

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

JURISTISCHE FAKULTÄT

FRANZ-VON-LISZT-HAUS

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Jur. Fakultät, Martin-Luther-Univ., 06099 Halle



9. November 2010

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen (BT-Drs. 17/3403)

I. Einleitung – Vorgaben der EMRK

Die vom Gesetzesentwurf intendierte grundlegende Reform der Sicherungsverwahrung ist geboten aufgrund der Konsequenzen, die aus der seit dem 10. Mai 2010 rechtskräftigen Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch den EGMR vom 17. 12. 2009¹ zu ziehen sind. Ob und inwieweit diese Entscheidung von den deutschen Behörden beachtet werden muss, ist zwischen den Oberlandesgerichten² und sogar zwischen den einzelnen Senaten des BGH³ umstritten. Dieser Streit hat, was in der Literatur⁴ zu wenig beachtet wird, zu einer veritablen Verfassungskrise geführt.⁵ Denn die hier einschlägigen Konventionsgarantien der Art. 5 und 7 EMRK sind in der Auslegung, die sie durch die Rechtsprechung des EGMR erfahren, über Art. 52 Abs. 3, 53 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU v. 14.12. 2007, C 303/1) inzwischen zu europäischem Verfassungsrecht aufgestiegen, so dass sich der Streit über den innerstaatlichen Rang der Konvention als Anachronismus erweist.⁶

Zur Kenntnis genommen werden muss, dass die bislang in Deutschland seit den von *Franz v. Liszt* angestoßenen Reformen nahezu unumstrittene Zweispurigkeit von Freiheitsstrafen, für die das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG gilt, und Sicherungsverwahrung, die nur dem

¹ EGMR v. 17. 12. 2009 – 19359/09) = NStZ 2010, 263 ff.

² Für eine sofortige Freilassung in vergleichbaren Fällen etwa OLG Hamm, RuP 2010, 162 f.; OLG Frankfurt, NStZ 2010, 573 f.; NStZ-RR 2010, 321 f.; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2010, 322 f.; OLG Schleswig, SchlHA 2010, 296 f.; dagegen OLG Celle, NStZ-RR 2010, 322; OLG Stuttgart, RuP 2010, 157 ff.; OLG Koblenz, RuP 2010, 154 ff.; OLG Nürnberg v. 7. 7. 2010 – 1 Ws 342/10; OLG Köln v. 14. 7. 2010 – 2 Ws 431/10.

³ S. BGH (4. Senat), NStZ 2010, 567 f. einerseits; BGH (5. Senat), NStZ 2010, 565 ff. andererseits; sehr zurückhaltend auch BVerfG, NJW 2010, 2501 f.

⁴ Vgl. etwa *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 ff.; *Radtke*, NStZ 2010, 537 ff.

⁵ Hierbei spielt die *Görgülü-Rspr.* des BVerfGE 111, 307 ff.; NJW 2005, 1105 ff. – dazu krit. *Cremer*, EuGRZ 2004, 683 ff.; *Esser*, StV 2006, 348 ff.; einlenkend zuletzt *Papier*, EuGRZ 2006, 1 ff. – eine durchaus problematische Rolle.

⁶ Vgl. im Übrigen zur Bindungswirkung *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 ff.

allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Rückwirkungsverbot unterliegt, vom EGMR weitgehend über den Haufen geworfen worden ist. Der Vorwurf einer mangelnden Sensibilität gegenüber den dogmatischen Feinheiten des deutschen Rechts⁷ greift dabei jedoch zu kurz. Man muss sich vielmehr umgekehrt fragen, weshalb die einhelligen Warnungen und Hinweise aus der einschlägigen Literatur zur EMRK⁸ weder vor dem Gesetzgeber bei den Verschärfungen der Sicherungsverwahrung seit 2004⁹, noch vor den Gerichten bei der Gesetzesanwendung¹⁰ auf nennenswerte Resonanz gestoßen sind. Immerhin bemüht sich der vorliegende Vorschlag einer grundlegenden Reform der Sicherungsverwahrung um die Herstellung einer konventionskonformen Rechtslage. Das kann man nur nachdrücklich begrüßen.

Für eine präventive Inhaftierung von gefährlichen Personen zur Verhinderung künftiger Straftaten ergeben sich aus Art. 5 EMRK unter Beachtung der Entscheidung des EGMR im Fall M. gegen Deutschland folgende Vorgaben:¹¹

* Jeder Eingriff in die Freiheit ist nur dann konventionskonform, wenn er sich auf eine der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a – f EMRK normierten Eingriffstitel stützen kann. Dabei ist der Katalog der Eingriffstatbestände im Interesse eines effektiven Schutzes der Freiheit eng auszulegen.¹²

* Die EMRK kennt grundsätzlich keine allgemeine Präventivhaft zur Verhinderung von Straftaten. Die präventive Inhaftierung zu Schutze der Allgemeinheit ist nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK nur bei „Geisteskranken“ zulässig. Der Ausdruck Geisteskrankheit („unsound mind“) wird in der Konvention nicht definiert. In der Praxis der Konventionsorgane lässt sich eine relativ weite Auslegung feststellen, die tendenziell über den Begriff der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB hinausgeht. Darauf ist noch

⁷ In diese Richtung *Grosse-Bömer/Klein*, ZRP 2010, 173.

⁸ S. etwa – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – *Ullenbruch*, NSTZ 2001, 292 (296); *Hanack*, FS Rieß, 2002, S. 709 (717 f.); *Richter*, ZfStrVo 2003, 201 (204); *Renzikowski*, JR 2004, 271 (273 f.); *Kinzig*, NJW 2004, 911 (914); *Trechsel*, FS Burgstaller, 2004, S. 201 (212); *Römer*, JR 2006, 5 f.; *Streng*, StV 2006, 92 (98); *Bender*, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2007, S. 163 ff.; *Sprung*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß?, 2009, S. 241 ff.; eine vertiefte Begründung der Gegenposition findet sich nur bei *Rissing-van Saan/Peglau* in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 66 b Rn. 54–56, 60 f.

⁹ Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. 7. 2004, BGBl. I, 1838; Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. 4. 2007, BGBl. I, 513; Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht vom 8. 7. 2008, BGBl. I, 1212.

¹⁰ Es gibt überhaupt keine Entscheidung eines deutschen Gerichts bis zum 17. 12. 2009, die sich mit den durch Art. 5 und 7 EMRK aufgeworfenen Fragen befasst. Das gilt insbesondere auch für das BVerfG, das die in der Görgülü-Entscheidung geforderte Auseinandersetzung mit der Rspr. des EGMR niemals auf sich selbst bezogen hat.

¹¹ Näher dazu *Renzikowski* in: *Karl* (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 7. Lieferung Juni 2004, Art. 5 Rn. 115 ff., 130 ff., 149 ff., 158, 180 f., 190 ff., 195 ff.; *ders.*, JR 2004, 271 ff.

¹² Vgl. EGMR v. 24. 10. 1979 – 6301/73 (*Winterwerp gegen Niederlande*), § 37; EGMR v. 6. 11. 1980 – 7367/76 (*Guzzardi gegen Italien*), § 98; EGMR v. 29. 2. 1988 – 9106/80 (*Bouamar gegen Belgien*), § 43; EGMR v. 20. 3. 1997 – 21915/93 (*Lukanov gegen Bulgarien*), § 41; EGMR v. 27. 11. 1997 – 25629/94 (*K.-F. gegen Deutschland*), § 70; EGMR v. 4. 4. 2000 – 26629/95 (*Witold Litwa gegen Polen*), § 59; EGMR v. 25. 9. 2003 – 52792/99 (*Vasileva gegen Dänemark*), § 33; EGMR (Große Kammer) v. 29. 1. 2008 – 13229/03 (*Saadi gegen Großbritannien*), § 43.

zurückzukommen. Eine Inhaftierung nach lit. e ist jedoch nur in bestimmten Einrichtungen zulässig, die die erforderliche Behandlung der inhaftierten Person gewährleisten können.¹³

* Der Haftgrund nach lit. b betrifft nur Zwangs- und Beugemittel, mit denen eine konkrete „gerichtliche Anordnung“ oder gesetzliche Verpflichtung“ durchgesetzt werden soll. Einschlägig sind etwa Zwangs- und Beugehaft im Prozessrecht.¹⁴ Das Ziel der Verhinderung von Straftaten, selbst wenn sie sich einem bestimmten Spektrum (z.B. Gewaltdelikte, Sexualdelikte) zuordnen lassen, fällt nicht unter diesen Eingriffstatbestand.¹⁵

* In lit. c wird zwar die Wiederholungsgefahr ausdrücklich erwähnt. Wie sich aus dem systematischen Zusammenhang zu Art. 5 Abs. 3 EMRK ergibt, handelt es sich hierbei jedoch nur um einen vorläufigen Hafttitel zur Sicherung eines gerichtlichen Verfahrens, welches mit einer Verurteilung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK enden kann.¹⁶ Da die Sicherungsverwahrung gerade nicht dazu dient, ein späteres Strafverfahren durchzuführen, fällt sie nicht unter lit. c.¹⁷

* Der Haftgrund nach lit. a betrifft nur ganz bestimmte Urteile, nämlich solche, die mit einem Schuldspruch verbunden sind.¹⁸ Im Zusammenhang mit einer derartigen Verurteilung darf neben der Freiheitsstrafe eine anschließende präventive Freiheitsentziehung angeordnet werden.¹⁹ Das trifft auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht mehr zu, weil es im Verfahren nach § 275 a StPO nicht um die – bereits vom Tatgericht festgestellte – Schuld, sondern nur noch um die Gefährlichkeit des Inhaftierten geht.²⁰ Zwischen der Verurteilung und der Freiheitsentziehung muss ein „kausaler Zusammenhang“ bestehen.²¹ Demnach fungiert die Verurteilung als Eingriffstitel, der in späteren Entscheidungen konkretisiert werden kann (so in den meisten anderen Konventionsstaaten). Das setzt allerdings voraus, dass die – spätere präventive – Freiheitsentziehung bereits in der Verurteilung angedroht worden ist.

¹³ Vgl. EGMR v. 20. 5. 1985 – 8225/78 (*Ashingdane gegen Großbritannien*), § 44; EGMR v. 30. 7. 1998 – 25357/94 (*Aerts gegen Belgien*), § 46; EGMR v. 20. 2. 2003 – 50272/99 (*Hutchinson Reid gegen Großbritannien*), § 48.

¹⁴ Vgl. §§ 51 Abs. 1; 134; 230 Abs. 2 StPO; 380 Abs. 2 ZPO.

¹⁵ Vgl. EGMR v. 1. 7. 1961 – 332/57 (*Lawless gegen Irland*), A/3 §§ 9 und 12: „... since that clause does not contemplate arrest or detention for the prevention of offences against public peace or public order or against the security of the State but for the securing the execution of specific obligations imposed by law.“ S. M. (Fn. 1), § 102.

¹⁶ Vgl. EGMR v. 31. 7. 2000 – 34578/97 (*Ječius gegen Litauen*), § 50: „A person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence.“ Ebenso schon *Lawless* (Fn. 15), §§ 13–14; EGMR v. 22. 2. 1989 – 11152/84 (*Ciulla gegen Italien*), § 39; s. ferner EGMR v. 19. 10. 2000 – 27785/95 (*Włoch gegen Polen*), § 108; EGMR v. 24. 7. 2003 – 46133 und 48183/99 (*Smirnova gegen Russland*), § 56; EGMR v. 2. 12. 2003 – 53129/99 (*Imre gegen Ungarn*), § 37.

¹⁷ M. (Fn. 1), § 102.

¹⁸ Ständige Rspr. des Gerichtshofs, vgl. *Guzzardi* (Fn. 12), § 100; EGMR v. 24. 6. 1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck gegen Belgien*), § 35; *Aerts* (Fn. 13), § 45.

¹⁹ S. EGMR v. 27. 5. 1997 – 17391/90 (*Eriksen gegen Norwegen*), § 78; M. (Fn. 1), §§ 93 – 96; und zuletzt EGMR v. 21. 10. 2010 – 24478/03 (*Grosskopf gegen Deutschland*), §§ 45–54.

²⁰ Eine präventiv-polizeiliche Inhaftierung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit ohne eine Schuldfeststellung wird nach *Guzzardi* (Fn. 12), § 100 nicht von lit. a gedeckt.

²¹ „Sufficient causal connection“, vgl. *van Droogenbroeck* (Fn. 18), § 35; EGMR v. 2. 3. 1987 – 9787/82 (*Weeks gegen Großbritannien*), § 42; EGMR (Große Kammer) v. 28. 5. 2002 – 46295/99 (*Stafford gegen Großbritannien*), § 64; EGMR v. 10. 12. 2002 – 53236/99 (*Waite gegen Großbritannien*), § 65; EGMR (Große Kammer) v. 10. 12. 2002 – 21906/04 (*Kafkaris gegen Zypern*), § 117.

II. Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung

Zuzustimmen ist dem Ansatz, die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66 b StGB) – weitgehend – aufzugeben (BT-Drs. 17/3403, S. 2).

1. Zur Konventionswidrigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung

Die nachträgliche Sicherungsverwahrung wird erst nach dem Ersturteil kurz vor dem Ablauf der Freiheitsstrafe angeordnet (vgl. § 275 a StPO). Zwar findet ebenfalls eine Hauptverhandlung statt, die mit einem Urteil abschließt, aber diese Entscheidung ist keine Verurteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK. Hier geht es nämlich nicht um die Feststellung der schuldhaften Begehung einer Straftat, sondern ausschließlich um die – weitere – Gefährlichkeit des Inhaftierten. Das Ausgangsurteil des Tatgerichts ist nur Ausgangspunkt der nachträglichen Sicherungsverwahrung, weil sie eine Verurteilung wegen bestimmter Delikte voraussetzt. Indes besteht die vom EGMR geforderte „causal connection“ zwischen Urteil und Freiheitsentziehung hier nicht, denn das erste Strafurteil bildet lediglich den Anlass, nicht aber den Rechtsgrund, weil die Gründe für die Inhaftierung erst nachträglich während des Strafvollzugs entstehen. Wegen der formellen und materiellen Rechtskraft des Strafurteils ist jede Bezugnahme auf die frühere, inzwischen abgeurteilte Tat ausgeschlossen. Selbst wenn man die Erstreckung der Prognosebasis auf die Anlasstat als verfassungsrechtlich gebotene Gesamtwürdigung ansieht, ändert sich an der Beurteilung nichts. Dann nämlich entscheidet das Gericht nach anderen Anordnungsvoraussetzungen und gerade ohne Bindung an die Beurteilung der Tat und des Täters als nicht ausreichend gefährlich durch das Strafgericht. Von einer „kausalen“ Verbindung im Sinne der Rechtsprechung des EGMR kann hier keine Rede sein. Deshalb fällt die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht unter den Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK. Auch lit. c, der nur einen Kompetenztitel für vorläufige Inhaftierung regelt, kommt nicht in Betracht, weil die Sicherungsverwahrung nicht zur Vorführung vor ein Gericht angeordnet wird. Diese Folge ergibt sich aus einer konsequenten Anwendung der jüngst in der Beschwerdesache M. gegen Deutschland wiederholten Auslegung des Art. 5 Abs. 1 EMRK durch den EGMR.²² Wenn die Bundesregierung diese Ansicht nicht teilt (so ausdrücklich BT-Drs. 17/3403, S. 53 ohne jeden Hinweis auf irgendwelche Gründe), ist sie nicht nur juristisch schlecht beraten, sondern es wird der Blick auf die unumgänglichen Konsequenzen verstellt.

2. Die Problematik der „Altfälle“

Allerdings ist der Entwurf nicht konsequent, denn die nachträgliche Sicherungsverwahrung wird keineswegs völlig abgeschafft. So soll nach Art. 316 e Abs. 1 EGStGB-neu die nachträgliche Sicherungsverwahrung für Altfälle aufrechterhalten bleiben. M.a.W.: Die Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung soll erst für diejenigen Fälle gelten, in denen die Anlasstat nach Inkrafttreten des vorgeschlagenen Gesetzes begangen wird. Sehenden Auges wird hier die Konventionsverletzung permanent, ja notorisch, denn das Bestehen einer – zudem vom Gesetzgeber selbst verschuldeten (s.o. I.) – Schutzlücke (darauf insistiert BT-Drs. 17/3403, S. 81 ff.) ist für die Auslegung von Art. 5 EMRK ganz unbeachtlich.²³ Im Übrigen kommt ein weiterer Punkt hinzu. Da die

²² Ebenso *Kinzig*, NStZ 2010, 233 (239); *Müller*, StV 2010, 207 (211 f.).

²³ Die beschränkte Sicht des Gesetzgebers auf die Rückwirkungsproblematik nach Art. 7 EMRK (s. BT-Drs. 17/3404, S. 79 f.) ignoriert die Ausführungen in M. (Fn. 1), §§ 86–105 zu Art. 5 Abs. 1 EMRK.

nachträgliche Sicherungsverwahrung von Anfang an rückwirkend gelten sollte²⁴, kommt hier eine – nach der Beschwerdeentscheidung im Fall M. nicht mehr bestreitbare – Verletzung des Rückwirkungsverbots nach Art. 7 EMRK hinzu.²⁵ Zu einer Streichung der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit sofortiger Wirkung (s. den Änderungsantrag, S. 7) gibt es überhaupt keine konventionskonforme Alternative!

3. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66 b StGB

Sodann soll die nachträgliche Sicherungsverwahrung für diejenigen Personen beibehalten werden, die ursprünglich nach § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden sind und deren Unterbringung nach § 67 d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden ist. Diese Fälle regelt § 66 b Abs. 3 StGB, der nur modifiziert wird. Die Intention ist nachvollziehbar. Wessen Gefährlichkeit bereits vom Tatgericht festgestellt worden ist, soll nicht allein deshalb bei fortbestehender Gefährlichkeit entlassen werden müssen, weil sich der ursprüngliche Eingriffstitel gewissermaßen als „falsch“ herausgestellt hat.

Gleichwohl ist die Regelung nicht konventionskonform. Die Prämisse des Entwurfs (BT-Drs. 17/3403, S. 55), hierbei handle es sich „nicht um die erstmalige Anordnung einer zeitlich unbegrenzten freiheitsentziehenden Maßnahme, sondern im Kern um die Überweisung von einer derartigen Maßnahme in eine andere“, ignoriert den abschließenden Katalog der Eingriffstatbestände in Art. 5 Abs. 1 lit. a – f EMRK.²⁶ Wird eine freiheitsentziehende Maßnahme im Fall des § 20 StGB nach § 63 StGB im Urteil angeordnet, ist nicht Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK einschlägig, denn es fehlt an einem Schuldspruch. Die Freiheitsentziehung unterfällt aber dem Eingriffstatbestand des Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK. Nun setzt § 66 b Abs. 3 StGB aber voraus, dass der die Schuldunfähigkeit ausschließende Zustand – d.h. die „Geisteskrankheit“ i.S.v. lit. e – zum Zeitpunkt der Erledigungsentcheidung nicht mehr besteht. Damit entfallen auch die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK, und es ist überhaupt nicht zu sehen, auf welchen – anderen – Eingriffstatbestand sich die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung stützen sollte.

Etwas differenzierter stellt sich die Beurteilung dar, wenn dem Täter im Urteil lediglich eine verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB zugebilligt wurde. Hier handelt es sich noch um einen Schuldspruch nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, so dass beide Eingriffstatbestände nebeneinander einschlägig sind (s. dazu auch unten V.1.). Gleichwohl stützt sich die Gefährlichkeitsprognose gemäß § 63 StGB maßgeblich auf den psychischen Zustand des Täters. Wenn dieser psychische Zustand für die weitere Inhaftierung nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 66 b Abs. 3 StGB nicht mehr maßgeblich ist, handelt es sich auch hier um eine Neubewertung, die sich nicht mehr in den Rahmen des Ausgangsurteils einfügen lässt. Damit ist der von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK geforderte enge Zusammenhang („sufficient causal connection“, s.o.) nicht mehr vorhanden. Dass schließlich ein Widerspruch zu den strengeren Anordnungsvoraussetzungen nach § 1 ThUG besteht, sei nur am Rande vermerkt.

²⁴ Das gilt noch mehr für den im Jahr 2007 eingeführten Art. 66 b Abs. 1 S. 2 StGB für Fälle, in denen „die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich war“.

²⁵ S. *Renzikowski* in: *Karl* (Fn. 11), 12. Lieferung Mai 2009, Art. 7 Rn. 32; ebenso *Scheidegger*, FS Wildhaber, 2007, S. 733 (739 mit Fn. 30); *Trechsel*, FS Burgstaller, 2004, S. 201 (207 ff.).

²⁶ Das gilt im Übrigen auch für den Änderungsvorschlag, der die „nachträgliche“ Anordnung der Sicherungsverwahrung lediglich von § 66 b StGB nach § 63 Abs. 5 StGB verschiebt.

Im Übrigen regelt § 67 a StGB Überweisungen in den Vollzug einer anderen Maßregel, wobei – und das ist hier gerade die Pointe – die Anordnungsvoraussetzungen der ursprünglichen Maßregel noch vorliegen müssen. Bemerkenswerterweise hat der 4. Senat des BGH die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB als konventionswidrig aufgehoben.²⁷

Die Abstimmung mit § 63 StGB müsste anders geregelt werden. Zunächst ist das vom Entwurf angesprochene Problem der Nova (BT-Drs. 17/3403, S. 55) nicht konventionsrelevant. Von großer Bedeutung ist aber die Vorhersehbarkeit der Dauer der Freiheitsentziehung für den Betroffenen selbst. Man sollte daher die Gefährlichkeit und ihre Gründe voneinander entkoppeln und die freiheitsentziehenden Maßregeln neu systematisieren. Die Gründe entscheiden ja lediglich über die Art der Unterbringung. Hier kann man dann differenzieren. Das Modell müsste m.E. so aussehen: 1) Bei hinreichender Gefährlichkeitsprognose wird Sicherungsverwahrung angeordnet bzw. vorbehalten. 2) Die Unterbringung wird in verschiedenen Einrichtungen vollzogen. 3) Ein Wechsel zwischen diesen Einrichtungen ist möglich.

4. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG

Schließlich gelten die Erwägungen des EGMR zu Art. 5 und 7 EMRK auch für die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG. Der BGH hat jüngst erstmalig nach § 7 Abs. 2 JGG die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet.²⁸ Unter Beachtung der Grundsätze des EGMR in der Beschwerdesache *M. gegen Deutschland* ist die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht im vorliegenden Fall konventionswidrig. Sie beruht erstens nicht auf dem Ausgangsurteil, weil das Landgericht zum damaligen Zeitpunkt keine entsprechende Sanktion angeordnet hat und das nach dem damals geltenden Recht auch nicht konnte (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK). Zweitens verstößt sie gegen das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 Abs. 1 EMRK, weil zum Zeitpunkt der Tat noch keine Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht vorgesehen war.²⁹ Die nächste Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR steht damit zu erwarten.

III. Zur „primären“ Sicherungsverwahrung

1. Allgemeines

Die „primäre“ Sicherungsverwahrung ist grundsätzlich mit Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK vereinbar, wie der EGMR jüngst in der Beschwerdesache *Grosskopf gegen Deutschland* klargestellt hat. Vergleichbare Sicherungssysteme sind auch in den anderen Konventionsstaaten üblich. Wenn sich der Reformentwurf für eine Konzentration der Sicherungsverwahrung auf die schwersten Fälle, insbesondere die Verhütung schwerer Gewalt- und Sexualdelikte ausspricht (vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 22, 24), dann kann das nur nachdrücklich begrüßt werden. Sicherungsverwahrung kann im Ernstfall die

²⁷ BGH, NStZ 2010, 567 f., allerdings im Hinblick auf Art. 7 EMRK.

²⁸ BGH, NJW 2010, 1539 ff.

²⁹ S. *Bartsch*, StV 2010, 521 (524); *Eisenberg*, NJW 2010, 1507 (1509); *Kreuzer*, NStZ 2010, 473 (477 f.); *Renziowski*, NStZ 2010, 506 (507 f.).

lebenslange Verwahrung bedeuten. Schon der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet daher eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf gravierende Fälle.

2. Der geplante Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der primären Sicherungsverwahrung erfolgt regelungstechnisch über die Aufzählung bestimmter Anlasstaten (hier in Abs. 1 Nr. 1 a – c). Dabei verstehen sich die in Nr. 1 a genannten Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die sexuelle Selbstbestimmung im Hinblick auf das Regelungsziel von selbst. Insoweit dürfte es sich um die auch in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle handeln. Zu den Straftaten gegen die persönliche Freiheit gehören jedoch auch die Nötigung oder die Freiheitsberaubung. Der 28. Abschnitt erfasst neben den – einsichtigen – Brandstiftungsdelikten auch die Straßenverkehrsdelikte (§§ 315 b StGB ff.) oder etwa die Störung von Telekommunikationsanlagen (§ 317 StGB), bei denen eine Sicherungsverwahrung als ultima ratio wenig plausibel erscheint. Auch die in lit. b genannte Strafobergrenze von mindestens 10 Jahren Freiheitsstrafe bezieht Straftaten mit ein, bei denen keineswegs die körperliche Unversehrtheit betroffen sein muss. Allein die Verhinderung auch schweren wirtschaftlichen Schadens (s. Nr. 4) rechtfertigt kaum eine – ggf. lebenslange – Inhaftierung, wenn man sie als ultima ratio versteht.³⁰

3. Der Zeitpunkt der Gefährlichkeitsprognose

Nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB-neu richtet sich die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach der Gefährlichkeitsprognose zum Zeitpunkt der Verurteilung. Gleichwohl hat diese Prognose wegen des Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe nur eine vorläufige Bedeutung. Zum Zeitpunkt der Verurteilung kann niemand verlässlich sagen, wie gefährlich der Verurteilte nach einer langjährigen Strafverbüßung – gegebenenfalls mit begleitenden therapeutischen Angeboten – ist. Nach § 67 c StGB muss das Gericht daher vor dem Ende der Strafvollstreckung überprüfen, ob die Gefährlichkeit noch fortbesteht. Dies ist im Übrigen auch nach Art. 5 EMRK geboten.³¹ Somit besteht in den Rechtsfolgen zwischen §§ 66 und 66 a StGB kein substanzieller Unterschied. Es sollte daher überlegt werden, ob die primäre und die vorbehaltene Sicherungsverwahrung zusammengeführt werden können.³² Erhebliche Unterschiede zwischen beiden Instituten – insbesondere im Hinblick auf die Anlasstaten – sind jedenfalls nicht gerechtfertigt.

§ 67 e Abs. 2 StGB sieht für die regelmäßige gerichtliche Überprüfung der Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung zweijährige Prüfungsintervalle vor. Nur am Rande sei angemerkt, dass der EGMR in der Beschwerdesache Oldham gegen Großbritannien entschieden hat, dass sich aus Art. 5 EMRK zwar keine allgemeine Regel ableiten lasse, in welchem Zeitraum eine präventive Freiheitsentziehung gerichtlich überprüft werden müsse. Zwei Jahre seien jedoch zu lang!³³

³⁰ S. zum Ganzen bereits *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 592 f.

³¹ Vgl. dazu *Renzikowski* (Fn. 11), Art. 5 Rn. 283 f.; s. ferner *Freund*, GA 2010, 193 ff.

³² Dafür etwa *Kreuzer*, NZK 2010, 89 ff.

³³ EGMR v. 26. 9. 2000 – 36273/97 (*Oldham gegen Großbritannien*), §§ 31–37 unter Bezugnahme auf EGMR v. 24. 9. 1992 – 10533/83 (*Herczegfalvy gegen Österreich*), § 77. Dort wurden sogar 15 Monate als konventionswidrig gerügt.

IV. Zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

Der Entwurf strebt den „Ausbau“ der bislang nur ein Schattendasein führenden vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66 a StGB an, um auf diese Weise den Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern sicherzustellen (BT-Drs. 17/3403, S. 23).

1. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung im Lichte von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK

Im Gefolge der Beschwerdeentscheidung *M. gegen Deutschland* wird auch die Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der EMRK bezweifelt.³⁴ Als Eingriffstatbestand für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung kommt – wie bei der primären Sicherungsverwahrung auch – nur Art 5 Abs. 1 lit. a EMRK in Betracht. Fraglich ist somit, ob zwischen der späteren Unterbringung und dem Ausgangsurteil ein hinreichender Zusammenhang besteht³⁵, weil hier die Maßregel erst nach der Vollstreckung der Freiheitsstrafe angeordnet wird (§ 66 a Abs. 2 StGB bzw. § 66 a Abs. 3 StGB-neu). Immerhin deutet der EGMR an, dass sich der Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der weiteren Freiheitsentziehung mit der Zeit lockern kann. Es kommt daher jeweils darauf an, ob sich spätere Entscheidungen über die weitere Inhaftierung in dem vom Ausgangsurteil gesteckten Rahmen halten oder damit unvereinbar sind. Nach § 66 a StGB kann im Strafurteil die Anordnung der Sicherheitsverwahrung vorbehalten werden, weil zum Zeitpunkt der letzten Tatsacheninstanz die Gefährlichkeit des Täters noch nicht mit hinreichender Sicherheit feststeht. Grund für die spätere Unterbringung ist eine Gefährlichkeitsprognose aufgrund einer Gesamtwürdigung des Verurteilten, die neben seiner Entwicklung im Strafvollzug die früheren Straftaten berücksichtigt. An deren rechtliche Beurteilung durch das Tatgericht ist die Strafvollstreckungskammer aber gebunden. Diese Konstellation unterscheidet sich damit nicht wesentlich von der „indeterminate life sentence“ nach englischem Recht.

Als Präzedenzfall kann man auf die Beschwerdesache *Erikson* gegen Norwegen aus dem Jahr 1997 verweisen:

Dort hatte sich der Beschwerdeführer infolge der bei einem Verkehrsunfall zugezogenen Hirnverletzungen zu einer gewalttätigen Person entwickelt. Sein weiterer Lebensweg war durch eine Kette von Straftaten und anschließenden Freiheitsstrafen gezeichnet. Schließlich war er im Jahr 1985 wegen einer Straftat zu einer Freiheitsstrafe und anschließender befristeter Sicherungsverwahrung verurteilt worden, die nach norwegischem Recht bei fortbestehender Gefährlichkeit durch gerichtliche Entscheidung verlängert werden konnte. Die letzte Verlängerung lief am 25. Februar 1990 aus, ohne dass über einen neuen Verlängerungsantrag entschieden worden war. Erst nach fast drei Monaten wurde die Unterbringung verlängert. Der EGMR hielt die weitere Inhaftierung des Beschwerdeführers für vereinbar mit lit. a, da er eine hinreichende Verbindung zu dem Urteil aus dem Jahr 1985 bejahte. Denn die Gefährlichkeit des Beschwerdeführers war schon damals gerichtlich festgestellt worden; das Gericht

³⁴ So etwa *Kinzig*, NStZ 2010, 239; skeptisch ferner *Pollähne*, KJ 2010, 255 (264 f.);

³⁵ So *M.* (Fn. 1), § 88 in ständiger Rspr, vgl. die Nachw. in Fn. 21.

hatte deshalb eine befristete Unterbringung mit Verlängerungsoption angeordnet. Nunmehr ging es lediglich um die Feststellung, ob diese ursprünglichen Gründe fortbestehen.³⁶

Diese Erwägung kann man auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach §§ 66 a StGB, 275 a StPO übertragen. Immerhin ist hier das Gericht an die rechtliche Beurteilung der Tat durch das Tatgericht gebunden. Außerdem wird durch die spätere Entscheidung lediglich der frühere Vorbehalt aktualisiert. Dass für die Sicherungsverwahrung nochmals ein Gericht eingeschaltet wird, schadet nicht.³⁷

Einzuräumen ist freilich, dass sich der EGMR noch nicht explizit mit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung beschäftigt hat.

2. Zu den Voraussetzungen vorbehaltener Sicherungsverwahrung

§ 66 a StGB-neu sieht zwei unterschiedliche Konstellationen vorbehaltener Sicherungsverwahrung vor. Abs. 1 erfasst die Fälle unsicherer Prognose; Abs. 2 betrifft die vorbehaltene Sicherungsverwahrung bei Erst- oder Einmaltätern.

Nun ist schon nach dem bisherigen Recht fraglich, was es bedeuten soll, dass der Täter nicht mit hinreichender Sicherheit gefährlich ist (s. § 66 a Abs. 1 StGB).³⁸ § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB-neu verlangt – lediglich – die Gefahr bestimmter weiterer Straftaten. Die Prognose nach § 66 a Abs. 1 Nr. 4 StGB-neu kann sich insofern nur graduell von der Prognose nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB unterscheiden. Eine mit hinreichender Sicherheit vorliegende Gefahr bedeutet möglicherweise eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, während die Möglichkeit einer Gefahr – nichts anderes verlangt der insofern unklare Wortlaut der Neufassung – eine geringere Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Ereignisses meint. Anders jedenfalls lassen sich die unterschiedlichen Voraussetzungen logisch nicht fassen. Eine „wahrscheinliche Gefährlichkeit“ (so BT-Drs. 17/3403, S. 42) ist jedenfalls eine Tautologie, mit der sich nichts anfangen lässt.

Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung für Ersttäter erscheint immerhin dann plausibel, wenn ein besonders spektakuläres Tatbild auf psychische Anomalien hindeutet. Das dürfte vor allem bei Sexualdelikten in Betracht kommen.

Jedoch überzeugt der Unterschied zwischen den Voraussetzungen für die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 a Abs. 2 StGB-neu und den Voraussetzungen nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB-neu nicht. So kommt es bei § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB-neu auf den Hang des Täters zu erheblichen Straftaten an. Hierauf verzichtet § 66 a Abs. 3 StGB-neu aber gerade. Das ist zum einen unplausibel, weil über die weitere Freiheitsentziehung aus präventiven Gründen immer erst nach der Vollstreckung der Freiheitsstrafe entschieden wird (s.o. III.3.). Zum anderen aber ist ganz unverständlich, warum es für die Anordnung des Vorbehalts nach § 66 a Abs. 1 Nr. 3 StGB-neu auf

³⁶ Erikson (Fn. 19), §§ 78–85.

³⁷ Ebenso Ullenbruch in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 2/1, 2005, § 66 a Rn. 18; vgl. auch M. (Fn. 1), § 94.

³⁸ Zu den damit verbundenen Auslegungsproblemen s. näher Kinzig/Stree in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 66 a Rn. 3; Ullenbruch in: MüKo-StGB, Bd. 2/1, 2005, § 66 a Rn. 28 ff., jew. m.w.N.

die Wahrscheinlichkeit eines Hanges ankommen soll, der dann später doch keine Rolle mehr spielen soll.³⁹

Grundsätzlich hat auch die vorbehaltene Sicherungsverwahrung mit einem Problem zu kämpfen, welches schon immer gegen die nachträgliche Sicherungsverwahrung eingewendet wurde: Wenn die Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Verurteilung für eine hinreichende Gefährlichkeitsprognose nicht ausreichen, müssen sich weitere Erkenntnisse aus dem Vollzugsverhalten gewinnen lassen, selbst wenn man auf „Nova“ verzichtet (s. BT-Drs. 17/3404, S. 50). Die Entwurfsverfasser räumen indes selbst ein, dass der Strafvollzug „tendenziell wenig Raum für die Schaffung prognoserelevanter Tatsachen ... [lässt], da er mit einer starken Reglementierung und Kontrolle verbunden ist“.⁴⁰ Diese Einsicht in die praktischen Unzulänglichkeiten der nachträglichen Sicherungsverwahrung trifft § 66 a Abs. 2 StGB letztlich ebenso.

V. Zum Therapieunterbringungsgesetz (ThUG)

1. Regelungsanliegen

Anliegen des ThUG ist es, Schutzlücken zu schließen, die sich infolge der Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR im Fall *M.* aufgetan haben. Personen, die wegen einer Verletzung von Art. 7 EMRK aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden müssen, sollen jedenfalls dann erneut verwahrt werden können, wenn befürchtet werden muss, dass sie aufgrund einer psychischen Störung weiterhin Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung begehen werden (s. § 1 ThUG).

Die Ausgestaltung der Unterbringung zieht viele Lehren aus der Beschwerdeentscheidung *M. gegen Deutschland*. So sollen nicht die Strafgerichte, sondern Zivilgerichte für die Anordnung zuständig sein (s. § 4 ThUG) – wie für die Unterbringung nach Landesrecht (UBG/PsychKG) auch. Folgerichtig gelten gemäß § 3 ThUG „die Vorschriften des Allgemeinen Teils und die Vorschriften über das Verfahren in Unterbringungssachen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend“. Auf diese Weise sollen alle Bezüge zu einer Strafe – und damit Einwände aus dem Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK) – vermieden werden. Diesem Ziel dient ferner der Vollzug in besonderen Einrichtungen, in denen geeignete Therapien mit dem Ziel einer möglichen Entlassung angeboten werden sollen. Damit wird der Kritik des EGMR an der Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung⁴¹ Rechnung getragen. Entsprechende Einrichtungen und Angebote wären freilich auch für die „normale“ Sicherungsverwahrung dringend geboten.⁴²

Gleichwohl wirft die vorgeschlagene Regelung erhebliche Bedenken auf.

³⁹ Soweit in BT-Drs. 17/3404, S. 50 angedeutet wird, für die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 a Abs. 3 StGB-neu könnten weniger strenge Voraussetzungen gelten als für die primäre Sicherungsverwahrung, so überzeugt das schon angesichts des gleich bleibenden Eingriff in die Freiheit der betroffenen Personen nicht.

⁴⁰ BT-Drs. 17/3404, S. 52; ebenso bereits *Nedopil*, NStZ 2002, 344 (349).

⁴¹ *M.* (Fn. 1), §§ 76, 77, 129.

⁴² Vgl. auch BVerfGE 109, 133 (167), wonach ein „Abstand zwischen dem allgemeinen Strafvollzug und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung“ eingehalten werden müsse, „der den allein spezialpräventiven Charakter der Maßregel ... deutlich macht.“

2. Gesetzgebungszuständigkeit

Zweifelhaft ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört das Strafrecht zur konkurrierenden Gesetzgebung. Darauf verweist auch der Entwurf (BT-Drs. 17/3404, S. 32). Damit unvereinbar ist jedoch die Aussage, die Therapieunterbringung unterscheide sich „fundamental von der Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung“ (BT-Drs. 17/3404, S. 34). Gerade auf den Konnex zwischen Sicherungsverwahrung und Strafrecht hatte jedoch das BVerfG am 10. 2. 2004 seine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der landesrechtlichen Regelungen der Bundesländer Bayern und Sachsen-Anhalt über die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung gestützt.⁴³ Die Verbindung der Unterbringung nach dem ThUG zu jeglicher strafbaren Anlasstat muss schon allein deshalb vollständig gelöst werden, weil sonst das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 EMRK einschlägig bliebe. Diesem Dilemma kann der Gesetzesentwurf nicht entkommen.

In der Sache handelt es sich daher um eine öffentlich-rechtliche Unterbringung, für die allein die Länder zuständig sind. Vergleicht man die einschlägigen Regelungen des Landesrechts, so ist zudem zweifelhaft, ob überhaupt eine Regelungslücke besteht.

3. Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK

Zweifelhaft ist ferner, ob und inwieweit eine „psychische Störung“ nach § 1 ThUG unter den Eingriffstatbestand des Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK fällt, wie die Entwurfsverfasser meinen (BT-Drs. 17/7304, S. 86 unter Bezugnahme auf die „Winterwerp“-Kriterien).

In der Entscheidung *Winterwerp gegen die Niederlande* hat der EGMR erstmals die Grundsätze formuliert, die seine Rechtsprechung zu lit. e bis heute tragen. Bislang verzichtet der EGMR unter Hinweis auf die dynamische Entwicklung der psychiatrischen Forschung und die Vielfalt der verschiedenen Krankheitsbegriffe auf eine positive Begriffsbestimmung und verlangt lediglich, dass es sich um eine „true mental disorder“ handelt.⁴⁴ Ganz allgemein wird man unter Geisteskrankheit jede länger dauernde schwere Störung der Verstandestätigkeit, des Willens, des Gefühls- und des Trieblebens verstehen können, die die Einsichts- und Handlungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.⁴⁵

In der Literatur wird vertreten, dass nur schuldunfähige Personen unter lit. e fallen.⁴⁶ Damit würden sich lit. a und lit. e wechselseitig ausschließen. Soweit diesbezüglich auf die Zulässigkeitsentscheidung der Kommission vom 12. 7. 1976 im Fall *X gegen Deutschland*⁴⁷ verwiesen wird⁴⁸, wird die Entscheidung verkürzt. Die EKMR stellte dort fest, dass unter „Geisteskrankheit“ i.S.v. lit. e nicht

⁴³ BVerfGE 109, 190 ff. m. krit. Bespr. von *Kinzig*, NJW 2004, 911 ff.

⁴⁴ *Winterwerp* (Fn. 12), § 39; aus neuerer Zeit s. EGMR v. 11. 12. 2008 – 34449/03 (*Shulepova gegen Russland*), § 40.

⁴⁵ S. *Winterwerp* (Fn. 12), § 38; EGMR v. 5. 11. 1981 – 7215/75 (*X. gegen Großbritannien*), § 41; *Douraki*, La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux, 1986, S. 50 ff.

⁴⁶ Vgl. *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 79; *Dörr* in: *Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 13 Rn. 193.

⁴⁷ EKMR v. 12. 7. 1976 – 7493/76 (*X gegen Deutschland*).

⁴⁸ So insbesondere der Änderungsvorschlag der GRÜNEN, Ausschussdr. 17(6)47, S. 7.

nur typische Krankheitsbilder zu verstehen seien, sondern auch – dort nicht näher spezifizierte – abnormale Störungen der Persönlichkeit („abnormal personality traits“) erfasst würden, die die Schuldfähigkeit nach § 20 StGB ausschließen. Gerade weil hier eine Freiheitsentziehung nicht auf lit. a gestützt werden könne, müsse der notwendige Schutz der Allgemeinheit durch lit. e gesichert werden. Aus der fraglichen Entscheidung lässt sich also allenfalls folgern, dass Persönlichkeitsstörungen nur dann unter lit. e fallen, wenn sie den ihrem Schweregrad nach § 20 StGB erreichen. Im Übrigen sind die Konventionsorgane in zahlreichen Entscheidungen davon ausgegangen, dass der Eingriffstatbestand nach lit. a neben dem Eingriffstatbestand nach lit. e vorliegen kann.⁴⁹

Auf der anderen Seite steht fest, dass allein aus der Gefährlichkeit nicht auf Geisteskrankheit geschlossen werden kann.⁵⁰ Eine Durchsicht der Spruchpraxis der Konventionsorgane ergibt, dass bislang – unabhängig von ihrer medizinischen Zuordnung – folgende erhebliche Persönlichkeitsstörungen als „Geisteskrankheit“ gewertet wurden: schizophrene Paranoia⁵¹ bzw. eine paranoide Persönlichkeit⁵², Schizophrenie⁵³, psychopathische Persönlichkeitsstörung⁵⁴, schizoide und narzisstische Persönlichkeitsstörung⁵⁵, alkoholbedingte Aggressivität⁵⁶, Aggressivität infolge eines Hirntraumas.⁵⁷

Insgesamt lässt sich folgende Linie ausmachen: Wenn das Tatgericht aufgrund des Geisteszustands des Betroffenen von Schuldunfähigkeit (vgl. § 20 StGB) ausging, richtete sich die präventive Freiheitsentziehung mangels einer Verurteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK ausschließlich nach lit. e.⁵⁸ Wenn das Tatgericht nicht zu Schuldunfähigkeit gelangte, kamen lit. a und lit. e nebeneinander zur Anwendung. In diesen Fällen handelte es sich aber durchweg um Konstellationen eingeschränkter Schuldfähigkeit (vgl. § 21 StGB).⁵⁹ Bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit hat der EGMR soweit ersichtlich niemals auf lit. e zurückgegriffen.

Schließlich bezieht sich die „Geisteskrankheit“ i.S.v. lit. e auf einen vom Normalen abweichenden medizinischen Befund, der einer Behandlung bedarf, auch wenn Heilung im Einzelfall ausgeschlossen ist.⁶⁰

⁴⁹ So etwa X. (Fn. 45), §§ 38–39; EKMR v. 9. 10. 1985 – 10213/82 (*Gordon gegen Großbritannien*), § 42; *Eriksen* (Fn. 19), § 76; EGMR v. 24. 10. 1997 – 22520/93 (*Johnson gegen Großbritannien*), § 58; EGMR v. 2. 9. 1998 – 23807/94 (*Erkalo gegen Niederlande*), §§ 50, 51; EGMR v. 11. 5. 2004 – 49902/99 (*Brand gegen Niederlande*), § 59; EGMR v. 11. 5. 2004 – 48865/99 (*Morsink gegen Niederlande*), § 62; EGMR v. 24. 3. 2009 – 1241/06 (*Putrus gegen Deutschland*), § 1; EGMR v. 22. 10. 2009 – 1431/03 (*Trajče Stojanovski gegen Mazedonien*), § 30.

⁵⁰ S. etwa *Guzzardi* (Fn. 12), § 98; auch bloß abweichendes Verhalten genügt nicht, vgl. *Winterwerp* (Fn. 12), § 37; EGMR v. 28. 10. 2003 – 58973/00 (*Rakevich gegen Russland*), § 26; s. ferner *Trajče Stojanovski* (Fn. 49), §§ 33–37: Die bloße Furcht der Bevölkerung vor weiteren Straftaten ist irrelevant; die Notwendigkeit einer weiteren Überwachung rechtfertigt keine Haft.

⁵¹ *Winterwerp* (Fn. 12), § 41; *Ashingdane* (Fn. 13), § 38;

⁵² X. (Fn. 45), § 44; EGMR v. 23. 2. 1984 – 9019/80 (*Luberti gegen Italien*), § 28; *Herczegfalvy* (Fn. 33), § 64; *Shulepova* (Fn. 44), § 43.

⁵³ EGMR v. 21. 6. 2005 – 517/02 (*Kolanis gegen Großbritannien*), § 69; EGMR v. 8. 7. 2008 – 12455/04, 14140/05, 12906 und 26028/06 (*Tokić u.a. gegen Bosnien-Herzegovina*).

⁵⁴ *Johnson* (Fn. 49); *Hutchison Reid* (Fn. 13), § 52.

⁵⁵ *Putrus* (Fn. 49), § 1.

⁵⁶ *Gordon* (Fn. 49); *Oldham* (Fn. 33).

⁵⁷ *Eriksen* (Fn. 19); vgl. auch die Übersicht bei *Harding*, *International Journal of Law and Psychiatry* 12 (1989), S. 245 (255 mit Tabelle 5).

⁵⁸ S. *Luberti* (Fn. 52), § 25; *Herczegfalvy* (Fn. 33), § 62.

⁵⁹ S. *Gordon* (Fn. 49); *Oldham* (Fn. 33); *Brand* (Fn. 49), § 59; *Putrus* (Fn. 49); *Trajče Stojanovski* (Fn. 49), § 30.

⁶⁰ Vgl. *Hutchinson Reid* (Fn. 13), § 52; *Kolanis* (Fn. 53), § 70.

Zusammenfassend rechtfertigt also nur eine krankhafte psychische Persönlichkeitsstörung, die im Sinne von § 21 StGB die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt, eine Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK.⁶¹ Unter diesen Voraussetzungen dürfte eine Unterbringung nach dem ThUG nur in ganz extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Da diese Konstellationen jedoch bereits von den Unterbringungsgesetzen der Bundesländer erfasst werden, ist die Notwendigkeit für ein Bundesgesetz nicht ersichtlich.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der EGMR in der Beschwerdeentscheidung M. gegen Deutschland den Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK deshalb für nicht einschlägig gehalten hat, weil die deutschen Gerichte selbst davon abgesehen hatten, den Beschwerdeführer nach § 63 StGB in eine psychiatrische Anstalt einzuweisen.⁶² In diesem Fall könnte das ThUG schon deshalb nicht konventionsgemäß angewendet werden, weil es sich hierbei offensichtlich um ein unzulässiges Nachschieben von Gründen handeln würde. Eine nachträgliche Unterbringung unter Berufung auf Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK, wie sie vom ThUG intendiert wird, ist demnach nur dann möglich, wenn die schwerwiegende psychische Störung erst während der Haft – etwa im Rahmen der Prüfung nach § 454 Abs. 2 StPO – diagnostiziert wurde.⁶³

Prof. Dr. Joachim Renzikowski

⁶¹ Die in BT-Drs. 17/3403, S. 86 beispielhaft genannte Pädophilie ist also nur in den seltenen Fällen erfasst, in denen die Rspr. eine „schwere andere seelische Abartigkeit“ i.S.v. §§ 20, 21 StGB angenommen hat, vgl. BGH, NStZ 2001, 453 ff.; NStZ-RR 2004, 201; 2007, 337.

⁶² M. (Fn. 1), § 103.

⁶³ S. etwa OLG Koblenz, NStZ 2005, 97 (99); OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 107 f.