

## Walter H. in den Rückfängen des ThUG – aktuellster Spaltpilz zwischen EGMR und BVerfG?

– Zugleich eine Besprechung von Saarl. OLG, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 W 212/11-94 zu einer »nachträglichen Sicherungsverwahrung\* –

Richter am Amtsgericht Thomas Ullenbruch, Emmendingen

### A. Der Zusammenhang

»Verschärfung der Sicherungsverwahrung auch rückwirkend – populär, aber verfassungswidrig?« – zugegebenermaßen: Das Thema ist »alt«. <sup>1</sup> Aber: Es ist aktueller denn je. Und: Es hat sich inzwischen gleich dreifach verkompliziert: Zum einen: »nachträgliche Verlängerung oder Anordnung«; zum anderen: »Verfassungs- und/oder Konventionswidrigkeit«. Und jetzt auch noch »Unterbringungen« nach »ThUG«. Zwar sind bislang bundesweit erst zwei Personen – vorläufig – untergebracht. <sup>2</sup> Die Prognose, es werde »kaum je« überhaupt dazu kommen, <sup>3</sup> ist aber widerlegt. Bundesweit sind außerdem Dutzende von Verfahren anhängig. Schon von daher dürfte der Ausgang der vorliegenden Verfassungsbeschwerde allerorten aufmerksam verfolgt werden. Zumal sich das BVerfG einer inhaltlichen Auseinandersetzung in der anderen Sache soeben durch einfache Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde entledigt hat. <sup>4</sup>

Hinzu kommt, dass zwischen BVerfG und EGMR bei dem Grundthema Sicherungsverwahrung (SV) nach wie vor erhebliche Diskrepanzen bestehen. Bei allem Wohlwollen lässt sich insoweit allenfalls eine gewisse »Teilbewältigung« konstatieren. <sup>5</sup> Der Zeitpunkt für die Verfassungsbeschwerde eines – dank des EGMR – gerade noch einer strafrechtlichen SV Entgangenen, stattdessen aber nunmehr zivilrechtlich (vorläufig-rechtskräftig) Therapieuntergebrachten, ist – so gesehen – denkbar ungünstig. Seit Anfang Oktober 2011 geht ein Gespenst um in Karlsruhe (und nicht nur dort). Die Bekanntgabe des Beschlusses der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 15.09.2011 ist rechtsstaatlich fatal. Schutzsuchende Bürger, zumindest sofern sie nicht eindeutig auf der Seite der »Sicherheit der Allgemeinheit« stehen, müssen ab sofort damit rechnen, dass das BVerfG ihnen – vordergründig – »Recht« gibt, dem »gegnerischen Bundesland« (konkret: NRW) – formal – die kompletten Verfahrensauslagen des Beschwerdeführers auferlegt, den Spieß jedoch – materiell (und existenziell) in wenn nicht diabolischer, so zumindest subtiler und zynischer Weise – umdreht und z.B. – Zack!! – im Ergebnis eine rechtskräftig angeordnete Entlassung im Dezember 2011 in die Gefahr einer Fortvollstreckung der Sicherungsverwahrung (SV) bis zum Lebensende verwandelt. <sup>6</sup> Ein Amtsrichter, der im Rahmen eines Einspruchs gegen einen Strafbefehl vergleichbar agieren würde, ohne zuvor auf die Gefahrenlage und die Möglichkeit einer Rücknahme des Rechtsbehelfs hinzuweisen, müsste sich vom BVerfG womöglich deutliche Belehrungen über die Grundsätze des »fairen Verfahrens« gefallen lassen.

Das liegt freilich ganz auf der Linie der legislativen und judikativen Entwicklung der Maßregel in Deutschland seit etwa 1996. Das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit wurde sukzessive zu Lasten der Freiheit verschoben. Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf orientierte sich da-

bei stets an spektakulären Einzelfällen. <sup>7</sup> So hob der Gesetzgeber 1998 die Höchstfrist der ersten Unterbringung in der SV auf – auch rückwirkend für alle noch nicht erledigten Fälle (legislativer »Sündenfall I«). <sup>8</sup> Rechtsstaatliche Bedenken <sup>9</sup> wurden vom BVerfG im Jahre 2004 in einem Senatsurteil (judikativer »Sündenfall I«) beiseite gefegt. <sup>10</sup> Wenige Tage später legten die höchsten deutschen Richter fulminant nach und erteilten dem Gesetzgeber – wider aller Grundsätze der Gewaltenteilung – einen »Auftrag« (judikativer »Sündenfall II«). <sup>11</sup> Dem (geflossentlich) entsprechend, erschuf der (damalige) deutsche Gesetzgeber noch im Jahr 2004 die Möglichkeit, SV nachträglich anzuordnen – also auch noch nach Eintritt der Rechtskraft der Ausgangsverurteilung. <sup>12</sup> Rechtsstaatliche Bedenken <sup>13</sup> fegte das BVerfG – nunmehr bloß noch in Kammerbeschlüssen – in den Jahren 2006 (zu § 66b Abs. 2 StGB a.F.) <sup>14</sup>, 2008 (zu § 66b Abs. 1 S. 2 StGB a.F.) <sup>15</sup> und 2009 (zu § 66b Abs. 3 StGB a.F.) <sup>16</sup> wiederum vom Tisch. Doch: Ende 2009 befand der EGMR, dass die rückwirkende Entfristung der SV gegen Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der EMRK verstößt. <sup>17</sup> Erste Freilassungen folgten, unbeschadet der Frage ggf. fortbestehender Gefährlichkeit. Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf drehte erneut auf. Er orientierte sich schlicht am Ergebnis: Entlassungen infolge der Entscheidung des EGMR sollten unbedingt verhindert werden. Zu diesem Behufe setzte der Gesetzgeber zum Jahreswechsel 2010/2011 das sog. »Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter« (ThUG) <sup>18</sup> in Kraft. Rechtsstaatliche und konventionsrechtliche Bedenken gegen das

\* StV 2012, 31 (in diesem Heft).

1 Ullenbruch NStZ 1998, 326.

2 Neben »Walter H.« vgl. noch OLG Nürnberg StV 2011, 686 m. Anm. Kinzig – vorgehend: LG Regensburg, Beschl. v. 15.06.2011 – 7 AR 2/11 ThUG.

3 Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472 (475).

4 2 BvR 1795/11.

5 So z.B. auch Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472.

6 BVerfG, Beschl. v. 15.09.2011 – 2 BvR 1516/11 = StV 2012, 25 (in diesem Heft).

7 Vgl. MüKo-StGB/Ullenbruch, 2004, § 66 Rn. 26 m.w.N.

8 BGBl. I 1998, S. 160.

9 Deutlich z.B. Ullenbruch NStZ 1998, 326 f.

10 BVerfG NJW 2004, 739 (744) = StV 2004, 267; u.a. wurde auch der Verf. als Sachverständiger angehört.

11 BVerfG StV 2004, 267.

12 BGBl. I 2004, S. 1838.

13 Deutlich z.B. MüKo-StGB/Ullenbruch (Fn. 7), § 66b Rn. 35 f.

14 BVerfG StV 2006, 574 m. krit. Anm. Ullenbruch NStZ 2007, 62.

15 BVerfG NJW 2009, 980 m. krit. Anm. Ullenbruch StraFo 2009, 52.

16 BVerfG RuP 2009, 209 m. krit. Bespr. Radtke/Hohmann-StPO/Ullenbruch, 2011, § 275a Rn. 123 u. 195; vgl. dazu auch Ullenbruch NStZ 2009, 143 (144).

17 EGMR StV 2010, 181 – M. J. Germany.

18 BGBl. I 2010, S. 2300 (2305).

Unterlassen einer konsequenten Bereinigung aller Altfälle<sup>19</sup> hat das *BVerfG* bislang geflissentlich übergangen.<sup>20</sup>

Spätestens im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen den besprechungsgegenständlichen Beschluss des *Saarl. OLG* werden die höchsten deutschen Richter wohl Farbe bekennen müssen. Bevor auf die rechtlichen Aspekte im Einzelnen eingegangen wird, soll der auch in tatsächlicher Hinsicht überaus bemerkenswerte »Fall« Walter H. etwas ausführlicher dargestellt werden.

## B. Der Fall

Der Fall betrifft die Fortsetzung der Freiheitsentziehung nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus über einen Zeitraum von bislang<sup>21</sup> mehr als vier Jahren – ohne rechtskräftiges Urteil in einer Hauptsache, zunächst unter Berufung auf (angeblich) straf-, sodann auf polizei- und schließlich auf zivilrechtliche Ermächtigungsgrundlagen. Er spiegelt – wie in einem Brennglas – in der Person eines einzigen Betroffenen nahezu alle Facetten der Problematik der SV wider – angefangen von den hochkomplizierten Anordnungsvoraussetzungen, über die Uneinigkeit der Juristen (selbst der obersten Strafrichter) und die Problematik der polizeilichen Dauerüberwachung, bis hin zu verfassungsrechtlichen Fragen des ThUG.<sup>22</sup>

### I. Die Taten

Im Februar 1988 versuchte Walter H. mit einer flüchtigen Faschingsbekanntschaft in alkoholisiertem Zustand gewalttätig geschlechtlich zu verkehren. Unter anderem würgte er die junge Frau und lies sie schließlich unbekleidet bei einer Außentemperatur von etwa Null Grad Celsius auf einem Waldboden liegend zurück. Im Februar 1990 befand er sich im Maßregelvollzug im damaligen »Landeskrankenhaus« Merzig. Während eines begleiteten Stadtausganges ergriff er die Flucht und wandte noch am selben Tage – wiederum alkoholisiert – in einem »Eros Center« bei dem Versuch, mit einer Prostituierten geschlechtlich zu verkehren, Gewalt an.

### II. Der Täter

Walter H. ist 1948 geboren und gelernter Schmelzschweißer. Er ist mehrfach vorbestraft. Seit seinem 20. Lebensjahr ist er immer wieder mit Tötungs- und schweren Gewaltdelikten aufgefallen. Bereits 1979 wurde er wegen Mordes zu einer Jugendstrafe von zehn Jahren verurteilt.

### III. Die Urteile der Tatrichter

Am 28.09.1989 verurteilte das *LG Saarbrücken* Walter H. wegen der Tat im Februar 1988 wegen vorsätzlichen Vollrausches zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten. Zugleich ordnete das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB an. Sachverständig beraten, ging das *LG* davon aus, dass Walter H. zum Tatzeitpunkt vermindert schuldfähig i.S.d. § 21 StGB war. Zum Zeitpunkt der Tat und zum Zeitpunkt der Verurteilung sah die Gesetzeslage die Möglichkeit der Anordnung der Unterbringung in der SV durch den Tatrichter vor (§ 66 StGB a.F.), nicht hingegen eine nSV nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 66b Abs. 3 StGB a.F.). Der Begriff »ThUG« war – wengleich in anderer Orthografie – nur als »thug = engl. f. Schläger« bekannt. Am 28.01.1991 ordnete das *LG Trier* wegen der Tat im Februar 1990 in einem Sicherungsverfah-

ren erneut die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB an. Sachverständig beraten ging das Gericht davon aus, dass Walter H. zum Tatzeitpunkt schuldunfähig i.S.d. § 20 StGB war. Zum Zeitpunkt der Tat und zum Zeitpunkt der Verurteilung sah die Gesetzeslage nach wie vor nur die Möglichkeit der Anordnung der Unterbringung in der SV durch den Tatrichter vor (§ 66 StGB a.F.), nicht hingegen eine nSV nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 66b Abs. 3 StGB a.F.). Auch rechnete zum damaligen Zeitpunkt nach wie vor niemand damit, dass zwei Jahrzehnte später ein »ThUG« eingeführt werden könnte.

### IV. Die Vollstreckung

Walter H. befand sich zwischen 1989 und 2005 nahezu ununterbrochen im Maßregelvollzug in der nunmehrigen »Saarländischen Klinik für Forensische Psychiatrie« (SKFP) in Merzig. Im Juli 2004 führte der Gesetzgeber die Möglichkeit ein, SV auch nachträglich anzuordnen, u.a. im Falle der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 66b Abs. 3 StGB a.F.). Im November 2005 erklärte das *LG Saarbrücken (StVK)* beide Unterbringungsanordnungen für erledigt (§ 67d Abs. 6 S. 1 StGB a.F.). Ein Zustand i.S.d. § 20 StGB sei nicht (mehr) gegeben. Ab 23.12.2005 verbüßte er die Restfreiheitsstrafe aus dem Urteil des *LG Saarbrücken* in der *JVA Saarbrücken*. Am 22.06.2007 war das Strafende. Walter H. wurde gleichwohl nicht entlassen.

### V. Der Nachtrag (Teil 1)

Vom 23.06.2007 bis 12.05.2010 war Walter H. einstweilen untergebracht gem. § 275a Abs. 5 StPO a.F. Am 14.11.2006 hatte die StA einen Antrag auf Anordnung der nSV (§ 66b Abs. 3 StGB a.F.) im Hinblick auf die Erledigung der Unterbringung gem. § 63 StGB gestellt. Im April 2007 ordnete das *LG Saarbrücken* gegen Walter H. nSV an.<sup>23</sup> Es stützte die Unterbringung auf das Urteil des *LG Saarbrücken*, in welchem gegen den Betroffenen – weil nur vermindert schuldfähig handelnd – neben der Unterbringung gem. § 63 StGB auf eine Freiheitsstrafe erkannt wurde, die zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung noch nicht ganz vollstreckt war. Der Betroffene legte Revision ein. Am 15.06.2007 – eine Woche vor Strafende – ordnete das *LG Saarbrücken* gegen Walter H. die einstweilige Unterbringung an (§ 275a Abs. 5 StPO a.F.). Der für die Revision Walter H.s zuständige 4. *Strafsenat* des *BGH* wollte das Rechtsmittel verwerfen, sah sich hieran aber durch eine Entscheidung des 1. *Strafsenats* vom August 2007 gehindert. Danach steht es der Anordnung von nSV gem. § 66b Abs. 3 StGB a.F. entgegen, wenn – wie im Fall Walter H. – nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung gem. § 63 StGB noch Freiheitsstrafe zu verbüßen ist, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist.<sup>24</sup> Im Juni 2008

19 Deutlich z.B. *Ullenbruch* StraFo 2010, 438 (441 f.).

20 *BVerfG* StV 2011, 470 – der *Verf.* wurde in der mündlichen Verhandlung in Vorbereitung des sog. Leiturteils II zur SV im Unterschied zur ersten Verhandlung nicht förmlich als Sachverständiger gehört; *BVerfG*, Beschl. v. 15.09.2011 – 2 BvR 1516/11 (Fn. 6).

21 Stand: 15.10.2011.

22 Für weiterführende Informationen danke ich dem Verteidiger des Betr., RA *Michael Rehberger*, Saarbrücken.

23 AR 26/06 SchwG.

24 *BGHSt* 52, 31 = StV 2008, 77; dem folgend z.B. *Ullenbruch* *NSz* 2008, 335.

legte der 4. Strafsenat die Rechtsfrage mit seiner abweichenden Ansicht dem Großen Strafsenat des BGH vor.<sup>25</sup>

Im Oktober 2008 bestätigte der Große Senat für Strafsachen grundsätzlich die Rechtsauffassung des 1. Strafsenats. Er wies allerdings darauf hin, dass in derartigen Fallkonstellationen eine Anwendung des § 66b Abs. 1/Abs. 2 StGB a.F. nicht »gesperrt« sei und es für die Annahme »neuer Tatsachen« genüge, dass vor dem Hintergrund der nicht (mehr) vorhandenen Voraussetzungen der Unterbringung nach § 63 StGB die qualifizierte Gefährlichkeit des Verurteilten »auf abweichender Grundlage belegt« werde.<sup>26</sup> Dem entsprechend hob der BGH im Februar 2009 das Urteil des LG Saarbrücken im Hinblick auf die noch offene Reststrafe auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer zurück.<sup>27</sup> Im Juli 2009 ordnete das LG Saarbrücken gegen Walter H. erneut nSV an.<sup>28</sup> Es stützte die Unterbringung nunmehr auf das Urteil des LG Trier, in welchem gegen den Betroffenen – weil schuldlos handelnd – nur auf die Unterbringung nach § 63 StGB erkannt worden war.<sup>29</sup> Walter H. legte hiergegen Revision ein. Im Dezember 2009 befand eine sog. »Kleine Kammer« des EGMR im Fall »M. v. Germany«, dass die rückwirkende Entfristung erstmalig angeordneter SV konventionswidrig sei. Die Bundesrepublik Deutschland stellte den Antrag, die Rechtssache der »Großen Kammer« des EGMR zur Entscheidung zu unterbreiten. Im Februar 2010 »stellte« der BGH die Entscheidung über die Revision »zurück«; er sehe sich hierzu jedenfalls solange gehalten, bis der EGMR die Frage des Strafcharakters von SV endgültig entschieden habe.<sup>30</sup> Walter H. beantragte daraufhin beim BGH die Aufhebung des Unterbringungsbefehls. Die obersten Strafrichter wiederum wiesen darauf hin, insoweit sei das LG Saarbrücken zuständig. Im März 2010 wies das LG Saarbrücken den Antrag zurück, den Unterbringungsbefehl v. 15.06.2007 (!) aufzuheben;<sup>31</sup> die Entscheidung des EGMR sei nicht rechtskräftig (gemeint: endgültig), Walter H. gefährlich. Im April 2010 verwarf das Saarl. OLG die (Haft-)Beschwerde;<sup>32</sup> der Fall »M. v. Germany« sei nicht vergleichbar, die Fortdauer der vorläufigen Unterbringung (noch) nicht unverhältnismäßig. Walter H. legte hiergegen Verfassungsbeschwerde ein. Jedenfalls bis Mai 2010 hatte das BVerfG hierüber noch nicht entschieden.

Am 10.05.2010 wurde das Urteil des EGMR »endgültig« (rechtskräftig). Bereits der Vorprüfungsausschuss lehnte den Antrag auf Überweisung an die »Große Kammer« ab. Am 12.05.2010 hob der BGH auch das zweite Urteil des LG Saarbrücken sowie den Unterbringungsbefehl auf, wies den Antrag auf Anordnung der nSV zurück und ordnete an, dass der Betroffene in dieser Sache »sofort auf freien Fuß zu setzen« ist.<sup>33</sup> Das LG habe zwar die Voraussetzungen des § 66b Abs. 3 StGB a.F. rechtsfehlerfrei bejaht. Diese Bestimmung sei jedoch gem. § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK nicht auf Taten anwendbar, die vor ihrem Inkrafttreten begangen worden sind. Nach Maßgabe des Urteils des EGMR im Fall »M. v. Germany« verstoße (auch) im vorliegenden Fall die Anordnung der nSV gegen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK, da das Tatzeitrecht für die Anlasstakt nicht die Anordnung von nSV androhte. Eine konventionsgemäße Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB sei vorliegend methodisch vertretbar und mit Blick auf die Unterzeichnung der EMRK als völkerrechtlichen Vertrag seitens der Bundes-

republik Deutschland geboten. Am 12.05.2010 wurde Walter H. entlassen.

## VI. Der Nachtrag (Teil 2)

Vom 12.05.2010 bis 02.09.2011 wurde Walter H. dauerhaft »rund um die Uhr« durch die Polizei überwacht. Er stand außerdem unter Führungsaufsicht. Walter H. wurde am 12.05.2010 »Hals über Kopf« – der BGH hatte die Freilassungsweisung per Fax übermittelt – aus der JVA Saarbrücken entlassen. Nach mehr als zwei Jahrzehnten in Unfreiheit blieb ihm gerade noch Zeit, seine spärliche »Habe« aus der sog. »Effektenkammer« zu holen. Eine Unterkunft hatte er nicht. Er wurde deshalb – auf Kosten der Justiz – in einem Hotel in Saarbrücken untergebracht. Im Zimmer nebenan »mieteten« sich Polizeibeamte ein, die Walter H. fortan »rund um die Uhr« bewachten. Die tatsächliche Ausgestaltung der Polizeimaßnahme ist u.a. in einer Nachrichtensendung dokumentiert.<sup>34</sup> In einem Zeitungsbericht findet sich folgende Schilderung:<sup>35</sup>

»Offiziell ist Walter H. (...) seit dem 12.5.2010 ein freier Mann. Doch seine Freiheit ist durchaus eingeschränkt. Wenn er in der Öffentlichkeit unterwegs ist, folgen ihm Polizisten in Zivil quasi auf Schritt und Tritt. Bis zu 16 Beamte gehören zu dem Kommando, das (...) (ihn) auf Anordnung des Innenministeriums rund um die Uhr überwacht. Die Kosten für die Dauerüberwachung in den letzten knapp 16 Monaten werden auf über fünf Millionen Euro beziffert.«

Im Juli 2010 erhob Walter H. gegen die polizeiliche Observierung Klage beim VG Saarbrücken. Gleichzeitig beantragte er den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Im September 2010 wies das VG Saarbrücken den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück.<sup>36</sup> Die dauernde Observation sei jedenfalls nicht »offensichtlich« rechtswidrig. Im Dezember 2010 gab das OVG Saarlouis der hiergegen eingelegten Beschwerde nicht statt.<sup>37</sup> Allerdings könnten die bestehenden Rechtsgrundlagen allenfalls »übergangsweise« zur Rechtfertigung einer Dauerüberwachung herangezogen werden. Im Übrigen stehe zu erwarten, dass der Bundesgesetzgeber alsbald das »ThUG« einführen werde. Eine abschließende Entscheidung steht bislang<sup>38</sup> noch aus.

## VII. Der Nachtrag (Teil 3)

Seit dem 02.09.2011 ist Walter H. vorläufig untergebracht gem. § 14 ThUG. Er befindet sich in der »Saarländischen Klinik für Forensische Psychiatrie« (SKFP) in Merzig. Zum 01.01.2011 trat das ThUG in Kraft. Im Juli 2011 stellte die »Landeshauptstadt Saarbrücken, vertreten durch die

25 BGH NJW 2008, 2661; ihm folgend z.B. Zschieschack/Rau StraFo 2008, 372 (374 f.).

26 BGHSt 52, 379 (390 f.) = StV 2009, 15; ausf. krit. dazu Ullenbruch NStZ 2009, 143.

27 BGH NStZ-RR 2009, 171.

28 LG Saarbrücken, Urt. v. 17.07.2009 – 2 Ks 2/09.

29 Krit. zum »Austauschen« des Bezugspunktes während des Verfahrens Ullenbruch NStZ 2009, 143 (144); vgl. auch Radtke/Hohmann-StPO/Ullenbruch (Fn. 16), § 275a Rn. 141 f.

30 BGH, Beschl. v. 11.02.2010 – 4 StR 577/09.

31 2 Ks 36 Js 17113/88 (2/09).

32 1 Ws 73/10 2 Ks 2/09.

33 BGH StV 2010, 482.

34 »Heute-Journal« v. 22.07.2010, 21.45 Uhr; abrufbar unter ZDFmediathek.

35 »Saarbrücker Zeitung« v. 03.09.2011, dort allerdings Schilderung in Vergangenheitform.

36 VG Saarbrücken, Beschl. v. 15.09.2010 – 6 L 746/10.

37 OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.12.2010 – 3 B 284/10.

38 Stand: 15.10.2011.

Oberbürgermeisterin« beim *LG Saarbrücken* einen Antrag auf Unterbringung Walter H.s nach dem ThUG sowie Erlass einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Unterbringung.<sup>39</sup> Am 17.08.2011 führte das *LG Saarbrücken – 5. Zivilkammer* – eine mündliche Anhörung durch, beschloss, zwei Sachverständige mit einer Begutachtung des Betroffenen zu beauftragen und lies Walter H. das Gerichtsgebäude – gänzlich unbehelligt – wieder verlassen. Zum 01.09.2011 trat das »Gesetz zur Bestimmung der zuständigen Behörde nach dem Therapieunterbringungsgesetz und über den Vollzug des Therapieunterbringungsgesetzes im Saarland« (SThUZVollzG) in Kraft.<sup>40</sup>

Am 02.09.2011 beschloss das *LG Saarbrücken* die vorläufige Unterbringung Walter H.s gem. § 14 ThUG für die Dauer von (zunächst) drei Monaten. Das Gericht ordnete die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses an. Außerdem bestimmte es, dass die Oberbürgermeisterin der Landeshauptstadt Saarbrücken bei der Zuführung zur Unterbringung – erforderlichenfalls mit Hilfe der polizeilichen Vollzugsorgane – Gewalt anwenden und die Wohnung des Betroffenen ohne dessen Einwilligung betreten darf.<sup>41</sup> Die Antragstellerin vollstreckte den Beschluss noch am selben Tag. Die Umstände der Vollstreckung werden in einem Zeitungsbericht<sup>42</sup> wie folgt geschildert:

«(...) am Freitag, kurz vor Mittag, (...) in der Saarbrücker Innenstadt (...). Walter H. war – wie so oft – zu Fuß unterwegs (...). Hinter ihm: Polizeibeamte in Zivil (...). (G)egen 11.50 Uhr im Bereich der Koßmannstraße treten die Beamten plötzlich aus dem Schatten des 62-Jährigen, bitten ihn zu stoppen und auf einen Vertreter der Stadt Saarbrücken zu warten. Minuten später wird ganz unspektakulär eine einstweilige Anordnung des Landgerichts Saarbrücken vollstreckt. Damit ist Walter H., der sich nicht wehrt, kein freier Mann mehr, sondern Patient der forensischen Klinik Merzig. (...) Dorthin wurde er am Freitag per Krankenwagen gebracht. Polizisten fahren mit (...)»

Walter H. legte gegen den Beschluss des *LG Saarbrücken* sofortige Beschwerde ein. Diese wies das *Saarl. OLG* soeben – mit Beschluss v. 30.09.2011 – zurück. Walter H. hat hiergegen Verfassungsbeschwerde erhoben.<sup>43</sup> Die Erfolgsaussichten hängen von zahlreichen Aspekten ab. Im Folgenden wird auf die wichtigsten eingegangen werden.

### C. Die Rechtsfragen

Gegen das ThUG bestehen sowohl konventions- als auch verfassungsrechtliche Bedenken (dazu sogleich unter **I.** und **II.**). Darüber hinaus stellt sich ggf. die Frage einer verfassungswidrigen Anwendung des ThUG im konkreten Einzelfall – hier Walter H. (**III.**).

#### I. Verstößt das ThUG gegen die EMRK?

Die Konventionsmäßigkeit des ThUG ist vor allem im Hinblick auf Art. 5 und 7 EMRK und unter drei Aspekten fraglich:

##### 1. Ist das ThUG mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK vereinbar?

Das Problem: Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK enthält mehrere Eingriffstatbestände. Eine Freiheitsentziehung ist nur konventionsgemäß, wenn sie unter einen davon subsumiert werden kann. Vorliegend kommt nur Buchst. e) der vorbezeichneten Norm in Betracht. Dann müsste es sich bei einer »psychischen Störung« i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG um eine »psychische Krankheit« i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 e) EMRK handeln. Das ist umstritten.

Die Argumente: Nach einer Auffassung umfasst Buchst. e) auch Personen, deren Symptomatik nicht den Grad einer Krankheit im medizinischen Sinne (§§ 20, 21 StGB) erreicht. Der im englischen Originaltext benutzte Begriff »person of unsound mind« reiche deutlich weiter als der Begriff des »psychisch Kranken« in der deutschen Übersetzung bzw. der im Deutschen oft synonym hierzu gebrauchte Begriff des »Geisteskranken«.<sup>44</sup> Nach anderer Ansicht ist die Rechtsprechung des *EGMR* so zu verstehen, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 e) EMRK in Fällen psychischer Störung nur zur Anwendung kommen kann, soweit die psychische Störung zur Verneinung oder Beeinträchtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führt. Das sei bei den Betroffenen, die das ThUG im Auge habe, regelmäßig gerade nicht der Fall.<sup>45</sup>

Eigene Meinung: Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 e) EMRK sind ausschließlich dann erfüllt, wenn der Tatrichter die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB bejaht hat. Dann besteht allerdings bereits die Möglichkeit einer Unterbringung nach § 63 StGB. Für Kriseninterventionen nach der Entlassung von Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten wiederum existieren bundesweit Landesunterbringungsgesetze. Vorliegend geht es jedoch ausschließlich um die Umgehung der Rspr. des *EGMR* zur rückwirkenden Entfristung oder nachträglichen Anordnung von SV. Diese soll mit allen Mitteln unter einem anderen »Hut« wiederaufgenommen oder fortgeführt werden. Hierzu dürfen aber weder der Art. 5 der EMRK noch die forensischen Psychiater und Psychologen missbraucht werden.

##### 2. Ist das ThUG »lawfull« i.S.d. Art. 5 Abs. 1 EMRK?

Das Problem: Nach der Rspr. des *EGMR* ist eine Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK in allen Varianten nur dann »rechtmäßig« (»lawfull«), wenn sie vorhersehbar ist. Dies sei zur Vermeidung staatlicher Willkür unabdingbar.<sup>46</sup>

Die Argumente: Insoweit wird gegen das ThUG eingewandt, unter dem Aspekt des Vertrauensschutzgebotes wirke es nicht gerade überzeugend, wenn in den »Altfällen« nach jahrelangem menschen- und verfassungsrechtswidrigen Vollzug der SV, die Schuldfähigkeit und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betroffenen vorausgesetzt hatte, die Fortdauer des Freiheitsentzuges nach einer Gesetzesänderung von heute auf morgen mit einer »psychischen Störung« legitimiert werde.<sup>47</sup>

Eigene Meinung: Die fragliche Gesetzesänderung – die Einführung des ThUG – war für die Betroffenen zum Zeitpunkt der Begehung der Anlasstaten in keiner Weise vorhersehbar. Die Konstruktion des Gesetzgebers erfolgte seinerseits nur als Reaktion auf die – von ihm nicht vorher-

39 Antrag v. 12.07.2011 – 30. 11 – Z 25/11.

40 Ges. Nr. 1743 v. 24.08.2011; Amtsbl. I 2011, S. 282.

41 *LG Saarbrücken*, Beschl. v. 02.09.2011 – 5 O 59/11.

42 »Saarbrücker Zeitung« v. 03.09.2011.

43 BVerfG, Az. 2 BvR 2302/11.

44 *Söllner* Die Polizei 2011, 6 (13); weitere Nachw. bei *Nachbaur* Die Polizei 2011, 106 (112 f.).

45 In diesem Sinne z.B. *Kinzig* NJW 2011, 177 (181) und *Streng* JZ 2011, 827 (832) jew. m.w.N.; Nachweise auch bei *Nachbaur* Die Polizei 2011, 106 (113), der dem zuzuneigen scheint; eher skeptisch ebenfalls *Nußstein* NJW 2011, 1194 (1196).

46 Vgl. z.B. *EGMR* StV 2010, 181 – *M. J. Germany*.

47 Vgl. z.B. *Streng* JZ 2011, 827 (832) oder *Nachbaur* Die Polizei 2011, 106 (113).

gesehene – Entscheidung des *EGMR* v. 17.12.2009. Es ist nicht davon auszugehen, dass der *EGMR* ausgerechnet eine derartige Regelung als »lawful« einstufen wird.

### 3. Ist das ThUG mit Art. 7 Abs. 1 EMRK vereinbar?

Das Problem: Das ThUG berührt schließlich auch die Frage des Rückwirkungsverbots im konventionsrechtlichen Verständnis.

Die Argumente: Für den Fall, dass die vom ThUG vorgesehene Unterbringung – im allerweitesten Sinn – als eine strafrechtliche Sanktion zu verstehen ist, wird in der Lit. ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot im Sinn der Auslegung von Art. 7 Abs. 1 EMRK durch den *EGMR* als nicht fernliegend erachtet.<sup>48</sup>

Eigene Meinung: Das ThUG beinhaltet Strafrecht i.S.d. Art. 7 Abs. 1 EMRK. Die formale Zuständigkeit der Zivilgerichte ändert nichts am materiellen Gehalt des geregelten Rechtsbereiches.<sup>49</sup> Es handelt sich um eine bloße Nebelkerze. Es steht jedoch nicht zu erwarten, dass sich der *EGMR* hierdurch ablenken lässt. Konventionsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist folglich der Zeitpunkt der Begehung der Anlasstat(en). Sofern das ThUG insoweit noch nicht in Kraft war, verstößt jede spätere Unterbringung nach diesem Gesetz gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK. Ausnahmen von diesem absoluten Verbot sind naturgemäß ausgeschlossen.

## II. Verstößt das ThUG gegen das GG?

Auch die Verfassungsmäßigkeit des ThUG ist überaus zweifelhaft. Das *Saarl. OLG* hat sich denn auch mit der Möglichkeit einer Vorlage an das *BVerfG* nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG auseinandergesetzt, letztlich aber (leider) davon abgesehen. Zur Begründung hat es – insoweit zutreffend – darauf hingewiesen, Voraussetzung einer Vorlage sei die Überzeugung des Gerichts, dass die entscheidungserhebliche Norm das GG verletzt; Zweifel, auch erhebliche, genügen nicht.<sup>50</sup> Diese drängen sich allerdings unter mehreren Gesichtspunkten förmlich auf.

### 1. Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers?

Das Problem: Vor allem die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das ThUG ist sehr fraglich.

Die Argumente: Nach einer Auffassung soll sie sich »kraft Sachzusammenhang« aus dem Kompetenztitel für das Strafrecht ergeben (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).<sup>51</sup> Das »Übergreifen« des Bundesgesetzgebers könnte vorliegend »unerlässliche Voraussetzung« für die Regelung der zugewiesenen Materie sein. Schließlich verfolge der Gesetzgeber im vorliegenden Kontext ein bestimmtes Schutzkonzept zugunsten hochrangiger Rechtsgüter, in welchem im Rahmen einer Gesamtregelung auch ausgehend von einem strafrechtlichen Kern Verzahnungen mit der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr geboten seien.<sup>52</sup> Nach anderer Ansicht knüpft das ThUG zwar formal an strafrechtliche Vorverurteilungen an. Es müsse jedoch bezweifelt werden, ob auch bei materiell-rechtlicher Betrachtung noch unterstellt werden könne, die rein präventiv motivierte Unterbringung nach ThUG nach vollständig erledigter, mitunter Jahrzehnte zurückliegender Verurteilung beziehe ihre Rechtfertigung i.S.d. Entscheidung des *BVerfG* v. 10.02.2004<sup>53</sup> auch aus der Anlasstat. Frappierend sei im Übrigen die unübersehbare Nähe zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach den überkommenen Unterbringungsgesetzen der Länder.<sup>54</sup>

Eigene Meinung: Sicherheits- und Gefahrenabwehrrecht unterfallen unstreitig der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Eine »Quadratur des Kreises« ist nicht möglich. Was materiell nicht Strafrecht ist, kann auch formell nicht Strafrecht sein. Eine andere Frage ist, dass sich die Regelungsgebiete des ThUG und der öffentlich-rechtlichen UBGs der Länder in der Tat überlappen.<sup>55</sup> Gerade das zeigt aber nur wie (ergebnisorientiert) gekünstelt und (sachlich) unzutreffend die vorliegende Postulierung der Zuständigkeit des Bundes ist. Die soeben getroffene Feststellung ist ein Argument für die Zuständigkeit der Länder. Ein Umkehrschluss lässt sich hieraus jedenfalls nicht ziehen. Gleiches gilt für folgende rechtstatsächliche Feststellungen: Anordnungen nach landesrechtlichem Unterbringungsrecht stellen keine taugliche Alternative zum ThUG in dessen gedachter Funktion als Unwirksammachung der Entscheidung des *EGMR* in Sachen »M. v. Germany« dar. Der *Verf.* ist nicht nur als Strafrichter tätig, sondern – seit Jahren – auch als Betreuungsrichter in Sachen UBG BW. Aufgrund der Tatsache, dass im Bezirk des *AG Emmendingen* u.a. ein baden-württembergisches »Zentrum für Psychiatrie« (*ZfP*) gelegen ist, werden insoweit im Jahresdurchschnitt mehr als 150 Anträge auf (vorläufige) Unterbringung gestellt. Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 Nr. 3 UBG BW gelten als »psychisch Kranke im Sinne des Gesetzes« auch »Personen, bei denen eine geistige oder seelische Störung von erheblichem Ausmaß« vorliegt. Zu beachten ist insoweit – sowohl in Fällen der Eigengefährdung- als auch in solchen der Fremdgefährdung – der (restriktive) polizeirechtliche Gefahrenbegriff bezogen auf die Konkretheit wie auf die Gegenwärtigkeit der »Lage«. Dementsprechend ordnet der *Verf.* auch in aller Regel nur die vorläufige Unterbringung an – im langjährigen Durchschnitt für die Dauer von weniger als 28 Tagen. Von der gesetzlichen Möglichkeit einer Unterbringung im Hauptsacheverfahren wurde seit Januar 2010 nur in einem Fall Gebrauch gemacht. Der Betroffene, der unter einem religiösen Wahn leidet, hatte gegenüber dem *Verf.* glaubhaft dargelegt, er fühle sich im Falle der Beendigung der vorläufigen Unterbringung verpflichtet, jede Frau zu vergewaltigen, der er begegne. Auch diese Anordnung konnte bereits nach kurzer Zeit aus Subsidiaritätsgründen wieder aufgehoben werden, weil der Betroffene zwischenzeitlich nach BGB (§ 1906 Abs. 1 Nr. 1) untergebracht worden war. Auch die dargelegten rechtstatsächlichen Feststellungen vermögen dogmatisch allenfalls das Bestehen einer Lücke im Landesrecht zu begründen, nicht hingegen eine Zuständigkeit des Bundes.

48 Vgl. z.B. *Kreuzer/Bartsch* StV 2011, 472 (475) oder *Nußstein* NJW 2011, 1194.

49 Ausf. dazu sogleich unter C.II.1.

50 Saarl. OLG, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 W 212/11-94, unter II.1.a) = StV 2012, 31 (in diesem Heft).

51 BT-Drucks. 17/3403, S. 19, 34.

52 In diesem Sinne z.B. Saarl. OLG, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 W 212/11-94, unter II.1.a) = StV 2012, 31 (in diesem Heft).

53 *BVerfG* NJW 2004, 750 (751) = StV 2004, 267.

54 *Nachbaur* Die Polizei 2011, 106 (114); skeptisch auch *Nußstein* NJW 2011, 1194.

55 Ausf. dazu *Ullenbruch* Frankfurter Rundschau Online, abrufbar unter <http://www.fr-online.de/politik/doku-debatte/sicherungsverwahrung-ein-verfassungsbruch/-/11472608/4605986/-/index.html>.

## 2. Verstößt das ThUG gegen das Rückwirkungsverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG?

Das Problem: Wie bei der SV stellt sich auch hinsichtlich des ThUG die Frage der Vereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot nicht nur im Hinblick auf die EMRK (zu Art. 7 Abs. 1 siehe oben unter **C.I.3.**), sondern auch bezogen auf das deutsche GG.

Die Argumente: Nach einer Auffassung ist Art. 103 Abs. 2 GG schon deshalb nicht einschlägig, weil ein gem. ThUG Untergebrachter schon gar nicht »bestraft« werde. Die vom *BVerfG* aufgestellten Grundsätze für die in SV zu verbrihenden oder dort verbleibenden »Altfälle« seien auch hier heranzuziehen.<sup>56</sup> Demnach sei von einer Anpassung der Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG an den Strafbegriff des Art. 7 EMRK abzusehen. Die Relevanz eines (erhöhten) Vertrauensschutzes sei für das deutsche (Verfassungs-)Recht in den Art. 2 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG verortet – mit der Folge, dass ggf. eine Abwägung im Bereich der Verhältnismäßigkeit eröffnet sei.<sup>57</sup>

Eigene Meinung: Nach hier von Anfang an vertretener Auffassung<sup>58</sup> ist die Vereinbarkeit zwischen SV und Rückwirkung einer inhaltlich orientierten Betrachtung zu unterziehen. Das führt zur Geltung des absoluten Rückwirkungsverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG. Diese Kette kann durch eine dem entsprechende Entscheidung des *EGMR* und ein dieses wiederum umgehendes ThUG nicht durchbrochen werden.

## 3. Einzelfallgesetz?

Das Problem: Das ThUG ist bewusst bezogen auf »die Fälle, in denen infolge des Urteils des *EGMR* v. 17.12.2009 weiterhin als gefährlich eingestufte Straftäter aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden oder bereits entlassen wurden (nachfolgend: Parallelfälle) (...)«.<sup>59</sup> Nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG sind in der Bundesrepublik Deutschland Gesetze unzulässig, wenn von vornherein klar ist, auf wen sie sich beziehen.

Eigene Meinung: Der Kreis der vom ThUG betroffenen Personen stand von Anfang an fest – und ist auch in der Zukunft nicht mehr veränderbar: Es geht ausschließlich um die Personen, deren erstmalig angeordnete und bei Eintritt der Rechtskraft auf zehn Jahre befristete SV der deutsche Gesetzgeber 1998 nachträglich verlängert hat und die der *EGMR* Ende 2009 unter seinen Schutz gestellt hat. Unbeschadet der peinlichen Tatsache, dass sich das BMJ nach wie vor schwer tut, die genaue Anzahl der sog. »Parallelfälle« zu beziffern, dürfte es sich bei dem ThUG um ein unzulässiges Einzelfallgesetz handeln.<sup>60</sup>

## 4. Gesetzesbestimmtheit?

Das Problem: Zentraler Begriff des ThUG ist die »psychische Störung« (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG). Seine Eingrenzung i.S.e. auch nur halbwegs rechtssicheren Definition ist bislang<sup>61</sup> weder einem Juristen, noch einem Psychiater gelungen. Gesetze müssen aber bestimmt sein (Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG).

Die Argumente: Diese Unbestimmtheit führt in der Lit. zu verfassungsrechtlichen Bedenken, zumal die nach dem ThUG zulässigen Maßnahmen jedenfalls in der Nähe von strafrechtlichen Sanktionen stünden.<sup>62</sup>

Eigene Meinung: Das Eingangsmerkmal der »psychischen Störung« ist in seiner Unschärfe kaum zu übertreffen. Nach

neuesten Schätzungen der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) unterfallen ihm 10-20 % der Bevölkerung und 80-90 % der Strafgefangenen.<sup>63</sup> Das *BVerfG* hat soeben in einem aus mehreren Gründen erschreckenden (vgl. oben **A.**) Beschluss die Unschärfe des Begriffes noch gesteigert:<sup>64</sup> Es handele sich demnach um eine »neue dritte und damit eigenständige Kategorie«. Ihr unterfalle z.B. eine »dissoziale oder antisoziale Persönlichkeitsstörung«. Es handele sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der mit den überkommenen Kategorisierungen der Psychiatrie nicht deckungsgleich sei. Zwar seien nach wie vor (zumindest) regelmäßig Sachverständige hinzuzuziehen. Die Gerichte müssten indes »eigenständig« prüfen. Ein subjektiver Leidensdruck des Betroffenen sei jedenfalls entbehrlich. Entscheidend sei vielmehr »der Grad der objektiven Beeinträchtigung der Lebensführung in sozialer und ethischer Hinsicht.« Auch wenn dieser Beschluss einer dreiköpfigen Kammer womöglich im Rahmen einer allfälligen Senatsentscheidung kassiert und korrigiert werden dürfte, zeigt er doch fast schon karikaturhaft die Dehnbarkeit des Begriffes und auf Grund dessen zentraler Stellung die verfassungswidrige Unbestimmtheit des gesamten ThUG.

## III. Sonstige tatbestandliche Voraussetzungen

Sollte das *BVerfG* der Verfassungsbeschwerde Walter H.s bereits wegen Verfassungswidrigkeit des ThUG stattgeben, erübrigten sich insoweit weitere Überlegungen. Ansonsten stellt sich die Frage einer verfassungswidrigen Anwendung des an sich grundgesetzkonformen Gesetzes im konkreten Einzelfall. Diese ist vorliegend unter zahlreichen Aspekten zweifelhaft (»Verurteilung« i.S.d. § 1 ThUG?, »Rechtskräftige Entscheidung« i.S.d. Norm?, »Psychische Störung«, »Geeignete Einrichtung«? usw.). Aus Zeit- und Platzgründen kann an dieser Stelle nur auf die drei wichtigsten Gesichtspunkte eingegangen werden:

### 1. Umfasst der Anwendungsbereich des § 1 ThUG auch eine gescheiterte SV?

Die Frage auf der einfachrechtlichen Ebene lautet: Ist § 1 ThUG auf den Fall Walter H. überhaupt anwendbar? Erst für den Fall der Verneinung einer direkten Anwendung stellt sich die Anschlussfrage einer Analogiefähigkeit.

#### a) Unmittelbare Anwendung?

Das Problem: § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG lautet wie folgt: »Steht auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung fest, dass eine wegen (...) verurteilte Person deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann (...)«. § 1 Abs. 2 ThUG hat folgenden Wortlaut: »Abs. 1 ist unabhängig davon anzuwenden, ob die verurteilte Person sich noch im Vollzug der Sicherungsverwahrung befindet

56 So z.B. Saarl. OLG, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 W 212/11-94, unter II.1.a) = StV 2012, 31 (in diesem Heft).

57 Vgl. *BVerfG* StV 2011, 470.

58 *Ullenbruch* NStZ 1998, 326 (329 f.).

59 BT-Drucks. 17/3403, S. 2 f.

60 So bereits *Ullenbruch* Frankfurter Rundschau Online (Fn. 55).

61 Stand: 15.10.2011.

62 Vgl. z.B. *Nußstein* NJW 2011, 1194.

63 Stellungnahme Nr. 12 v. 11.10.2011; abrufbar unter <http://www.dgppn.de/publikationen/stellungnahmen/detailansicht/article/141/zur-neuregel.html>.

64 *BVerfG*, Beschl. v. 15.09.2011 – 2 BvR 1516/11 = StV 2012, 25 (in diesem Heft).

oder bereits entlassen wurde.« Gegen Walter H. wurde zu keinem Zeitpunkt SV gem. §§ 66 f. StGB vollstreckt, lediglich einstweilige Unterbringung gem. § 275a Abs. 5 StPO a.F. (s.o. B.). Es fragt sich, ob das Merkmal »nicht länger« i.S.d. vorbezeichneten Norm gleichwohl erfüllt ist.

Die Argumente: Nach einer Auffassung liegt auch hier eine taugliche Konstellation für eine direkte Anwendung des § 1 ThUG vor.<sup>65</sup> Der Wortlaut verlange keine früher vollzogene SV. Was nicht »länger« geschehen kann (darf), müsse nicht zwingend zuvor faktisch geschehen sein. Dass die Wahl des Komparativs zunächst vielleicht eher den gegenteiligen Eindruck vermittele, sei unschädlich. Anders als bei Straftatbeständen stehe beim ThUG nicht im Vordergrund, dass für jedermann das ihm von der Rechtsordnung Verbotene berechenbar sein müsse. Im Übrigen sei auch die einstweilige Unterbringung SV. Systematische Erwägungen führten zum selben Ergebnis: Gewollt sei die Schaffung eines möglichst lückenlosen Systems. Damit sei auch bereits das Ergebnis einer objektiv-teleologischen Auslegung indiziert. Diese Auslegung konterkarie auch den gerade für den in Rede stehenden Fall nur schwer zu durchschauenden Willen des Gesetzgebers nicht. Sicher, der Begriff des »Entlassens« impliziere vorangegangenen Vollzug. Warum der Bundesrat – nach einem Hinweis auf die vorliegende Problematik – den Vermittlungsausschuss nicht angerufen habe, sei nicht ersichtlich, aber auch nicht erheblich. Möglicherweise sei dies dem Interesse an schneller Verabschiedung des Gesetzes geschuldet. Nach anderer Ansicht sind die Voraussetzungen des § 1 ThUG schon deshalb nicht erfüllt, weil sich der Betroffene (1.) zu keinem Zeitpunkt in der SV befunden habe und daher (2.) auch nicht aus einer solchen bereits entlassen worden sei. Da SV noch gar nicht rechtskräftig angeordnet worden sei, könne die Ablehnung der Anordnung bereits denklogisch keine Beendigungsentscheidung sein.<sup>66</sup> Für die erlittene Zeit in der vorläufigen Unterbringung sei er sogar entschädigt worden. Vorläufige Unterbringung nach § 275a Abs. 5 StPO a.F. sei am ehesten mit Untersuchungshaft vergleichbar, nicht hingegen mit einer rechtskräftig angeordneten SV nach § 66 StGB.<sup>67</sup>

Eigene Meinung: Gescheiterte Anordnungen von SV nach vorangegangener vorläufiger Unterbringung nach der StPO sind kein tauglicher Anknüpfungspunkt für Unterbringungen nach dem ThUG. Die an den Haaren herbeigezogenen »Gründe« der vorstehend erstgenannten Auffassung sind ein Selbstdokument hemmungsloser Ergebnisorientierung. Beim Lesen des 40-seitigen Beschlusses des *Saarl. OLG* v. 30.09.2011 fragt man sich mehrfach, ob die drei unterzeichneten Richter wirklich ernst gemeint haben, was sie geschrieben haben. Eine derartige Auslegung öffnet die Türen des ThUG für alle, die für »gefährlich« erklärt werden und schon einmal entsprechend strafbar geworden sind. Alle diese »Personen« können »nicht länger« sicherungsverwahrt werden. Die Einschränkung von Vertrauensschutz kann jedenfalls kein Argument für eine entsprechende Auslegung sein. Der Wortlaut ist im Übrigen nicht mehrdeutig. Im Gesetz heißt es »nicht länger untergebracht«, nicht etwa »nicht länger geschehen«. Noch deutlicher wird § 1 Abs. 2 ThUG: »(...) noch im Vollzug der Sicherungsverwahrung (...)«. Das *Saarl. OLG* bewegt sich vielmehr auf dem Niveau einer umgangssprachlichen Auslegung. Auch was der Gesetzgeber vielleicht hätte zweckmäßigerweise anders ma-

chen sollen, kann kein Grund für eine Auslegung in diesem Sinne sein. Das ThUG ist eines der jüngsten Gesetze. Die teleologische Auslegung ist deshalb mit der gebotenen Zurückhaltung anzuwenden. Jedenfalls darf sie den Wortlaut und die Gesetzgebungsgeschichte nicht konterkarieren. Alles andere ist Analogie (dazu sogleich unter **C.III.1.b**).

#### b) Ist § 1 ThUG analog anwendbar?

Das Problem: Scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 1 ThUG im Fall Walter H. aus, kann – ohne jeglichen sonstigen neuen Umstand – eine erneute Freiheitsentziehung nur mittels einer analogen Anwendung der vorbezeichneten Norm erreicht werden.

Die Argumente: Die Landeshauptstadt Saarbrücken hat im besprechungsgegenständlichen Verfahren mit Schreiben v. 10.08.2011 ausgeführt, das ThUG weise hinsichtlich der vorliegenden Konstellation eine Regelungslücke auf. Diese sei im Wege einer Analogie zu schließen, weil die missliche Lage in vergleichbarer Weise durch die Rspr. des *EGMR* herbeigeführt worden sei. Das *Saarl. OLG* hat demgegenüber darauf hingewiesen, dass das Verbot analoger Gesetzesanwendung nicht nur im Bereich des – hier seines Erachtens nicht betroffenen – Strafrechts gelte. Auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen freiheitsbeschränkender Maßnahmen müssten sich aus dem Gesetz unmittelbar ergeben.<sup>68</sup>

Eigene Meinung: Das *Saarl. OLG* hat insoweit recht (vgl. nur Art. 104 Abs. 1 GG).

#### 2. Fehlt es an der Eilbedürftigkeit?

Das Problem: Die Anordnung einer vorläufigen Unterbringung kommt nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 ThUG nur in Betracht, wenn ein »dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden« besteht.

Die Argumente: Walter H. befand sich am 02.09.2011 fast ein Jahr und vier Monate auf »freiem Fuß« –, ohne dass es zu neuen Straftaten oder auch nur größeren Auffälligkeiten gekommen wäre. Es stellt sich deshalb die Frage, worauf die Entstehung eines »dringenden Bedürfnisses« ausgerechnet an diesem Tag zurückzuführen ist. Das *Saarl. OLG* begründet die »zeitliche Unaufschiebbarkeit« mit dem Schutz von Leben, körperlicher Unversehrtheit und sexueller Selbstbestimmung potentieller Opfer, deren Gefährdung sich nach den Feststellungen der Sachverständigen jederzeit realisieren könnte.<sup>69</sup>

Eigene Meinung: Die Feststellungen der Sachverständigen waren nicht neu. Auch die polizeiliche Überwachung »rund um die Uhr« musste am 02.09.2011 ggf. genauso (wenig) aus den Gründen ihrer Rechtswidrigkeit beendet werden wie eine Woche zuvor oder einen Monat danach. Verhältnismäßigkeitsüberlegungen sprechen im Vergleich zu einer stationären Maßnahme nach dem ThUG eher für die Fortführung der ambulanten Observation. Eine Eilbedürftigkeit i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 ThUG ist nach alledem jedenfalls

65 *Saarl. OLG*, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 W 212/11-94, unter II.1.b) = StV 2012, 31 (in diesem Heft).

66 So z.B. *Schröder/Suarke* DRiZ 2011, 254 (255).

67 So z.B. dezidiert die Verfassungsbeschwerde im Fall Walter H.

68 *Saarl. OLG*, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 Ws 212/11-94, unter II.1.b) = StV 2012, 31 (in diesem Heft).

69 *Saarl. OLG*, Beschl. v. 30.09.2011 – 5 Ws 212/11-94, unter II.1.f) = StV 2012, 31 (in diesem Heft).

derzeit nicht ersichtlich. Ganz abgesehen davon, ob die von der genannten Vorschrift des Weiteren geforderten Gründe für die Prognose einer Anordnung der Unterbringung in der Hauptsache bejaht werden oder nicht.

#### D. Die Prognose

Falls das *BVerfG* bei seiner bisherigen Linie bleibt, steht zu befürchten, dass die Verfassungsbeschwerde im Fall Walter H. entweder aus formalen Gründen – besonders beliebtes Argument: Substantiierungsmangel – gar nicht erst zur Entscheidung angenommen wird (siehe oben unter **A.**) oder als nicht begründet zurückgewiesen wird. Jedenfalls die 3. Kammer des 2. Senats hat in ihrem jüngsten Beschl. v. 15.09.2011 (siehe nochmals oben unter **A.**) = StV 2012, 25 (in diesem Heft) angedeutet, dass sie bemüht sein werde, Entscheidungen nach dem ThUG wenn irgend möglich als Lückenfüller zu halten. Sollte Walter H. in Karlsruhe scheitern, wird er aller Voraussicht nach sein Heil in Straßburg suchen. Und dort stehen seine Chancen gut. Das wiederum würde ggf. das grundsätzliche Verhältnis zwischen *BVerfG* und *EGMR* berühren – Stichwort: Spaltpilz. Wie sich dieses Verhältnis nach dem beabsichtigten und erwarteten Beitritt der EU zur EMRK gem. Art. 6 Abs. 2 EUV entwickelt, ist

derzeit völlig offen. Das zeigt nicht zuletzt die – möglicherweise aus politischen Gründen etwas optimistische – Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages v. 20.02.2008 zum Schutz der Grundrechte in der EU nach dem Vertrag von Lissabon.<sup>70</sup> Die dortigen Überlegungen sind nach wie vor aktuell. Insbesondere wird in bestimmten Konstellationen die Frage der Letztentscheidungskompetenz Probleme bereiten.

GG und EMRK sind bei ehrlicher Betrachtung ein aliud. Ein Dialog der Gerichte lässt sich aus dem GG nur schwerlich herleiten. Er mag zwar rechtspolitisch notwendig sein, wird aber wohl auch auf der rechtspolitischen Ebene bleiben – es sei denn er würde ausdrücklich völkerrechtlich verankert. Ob die unlängst – anlässlich des 60-jährigen Bestehens des *BVerfG* – in mehreren Interviews geäußerten Lippenbekenntnisse zur Kooperation zwischen den Gerichten ohne weiteres umsetzbar sind, erscheint jedenfalls mehr als fraglich. Gut möglich, dass der Fall Walter H. noch internationale Rechtsgeschichte schreiben wird.

70 [www.bundestag.de/dokumente/analysen/2008/Schutz\\_der\\_Grundrechte.pdf](http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2008/Schutz_der_Grundrechte.pdf); m.w.N.

## Parteirechte der Verteidigung im deutschen Inquisitionsprozess – das Beispiel des Vernehmungs- und Fragerechts

### – Zur gebotenen Aufwertung des Fragerechts der Verteidigung insbesondere in der Hauptverhandlung eines nicht nur *pro forma* reformierten Inquisitionsprozesses\* –

Prof. Dr. Karsten Gaede, Hamburg

#### A. Einführung

Wenn wir über effektive Verteidigungsrechte diskutieren, legen alle Beteiligten zumeist wie selbstverständlich allein das inquisitorische Verfahrensmodell zugrunde, das von einer dominanten Rolle des Gerichts bei der Wahrheitssuche ausgeht. Wir haben uns *heute*<sup>1</sup> sogar abgewöhnt, Staatsanwaltschaft und Verteidigung überhaupt als Parteien zu bezeichnen, obschon sich der Parteienantagonismus in unseren Gerichtssälen täglich beobachten lässt. Der Begriff Partei wird geradezu peinlich vermieden,<sup>2</sup> vor allem weil uns die gesetzlich vorgeschriebene Objektivität der Staatsanwaltschaft als hohes und offenbar bemerkenswert fragiles Gut gilt. Schon die Verwendung des Begriffs scheint diese Objektivität zu gefährden. Nur selten wird die inquisitorische Grundstruktur unserer StPO in Frage gestellt<sup>3</sup> oder gar der Systemwechsel hin zum Parteiprozess zugunsten des Individualrechtsschutzes gefordert.<sup>4</sup>

Dieser vertraute Befund muss in Wirklichkeit erstaunen. Parteiprozessuales Denken spielte schon bei der Schaffung unserer StPO eine nennenswerte Rolle.<sup>5</sup> Entwicklungen wie die heutige »Verständigungskultur« sind Anlass, parteiprozessuale Ansätze von neuem zu durchdenken.<sup>6</sup> Überlegungen in diese Richtung laufen primär auf den rechtspolitischen Ruf nach dem Gesetzgeber hinaus.<sup>7</sup> Unser Nachdenken über parteiprozessuale Instrumente darf sich aber nicht auf diesen Hilferuf beschränken. Die jüngere Erfahrung, dass

der Gesetzgeber das Absprachen-(un-)wesen jahrzehntelang nur beobachtet und dann ohne eine echte Konzeption einfach weithin legalisiert hat, spricht zur Reformkraft des heutigen Gesetzgebers Bände.<sup>8</sup> Wir müssen uns vielmehr *auch* fragen, ob ein Mehr an parteiprozessualem Denken schon nach geltendem Recht möglich und geboten ist. In diesem Sinne soll mein Beitrag nach Einbruchstellen fahnden, die

\* Der Verf. ist Juniorprofessor an der Bucerius Law School. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den er am 26.03.2011 auf dem 35. Strafverteidigertag in Berlin gehalten hat.

1 Zum früheren Gebrauch des Parteibegriffs RGSt 38, 57 (59); *Alberg* GA 1917, 99 (100); *Hahn*, Materialien zur StPO, 1885, Abt. I, S. 189 f.; krit. *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 39 f.

2 *Peters*, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, § 16, 2; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 44 Rn. 5.

3 *Fezer* NSz 2010, 177 f.

4 Dafür über Art. 19 Abs. 4, 92 GG; *Haas* (Fn. 1), S. 2 f., 305 f.; so schon gdlg. *Herrmann* ZStW 100 (1988), 41 (46 f.); dazu bereits abl. *Weigand* ZStW 100 (1988), 733 (743 f.).

5 Zur Auseinandersetzung um das Prozessmodell vgl. zum Kreuzverhör *Hahn* (Fn. 1), S. 189 f., 832 f., 1356 f., 1579; *Grünhut* FS v. Weber, 1963, S. 343 (356 f.); *Herrmann*, Die Reform der dt. Hauptverhandlung usw., 1971, S. 49 f., 55 f.; *Woblers*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 65 f., 172 f., 189 f., krit. aber S. 179 f.

6 *Fezer* NSz 2010, 177 (183 f.); *Haas* (Fn. 1), S. 2 f.; auch *Lüderssen* FS Fezer, 2008, S. 531 f.

7 Radtke/Hohmann-StPO/Britz, 2011, § 239 Rn. 1; für eine verfassungsmäßige Pflicht *Haas* (Fn. 1), S. 305 f., 421 f.

8 *Fezer* NSz 2010, 177 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 2), § 44 Rn. 64 f.; positiv aber *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630 f.).