

[19] bb) Der Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 c EMRK („wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie [= die betreffende Person] an der Begehung einer Straftat ... zu hindern“) erlaubt kein präventives Vorgehen gegen einen Einzelnen oder eine Gruppe von Personen, die wegen ihres fortbestehenden Hangs zu Straftaten eine Gefahr darstellen. Er bietet den Vertragsstaaten zudem nur „zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde“ lediglich ein Mittel zur Verhütung einer konkreten und spezifischen Straftat und eignet sich deshalb zur Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung nicht (vgl. *EGMR* a. a. O. Rn. 89 und insoweit in *NJW* 2010, 2495 nicht abgedruckt Rn. 102; siehe auch *BVerfG* a. a. O. S. 396).

[20] cc) Soweit es der *EGMR* (a. a. O. Rn. 103, insoweit in *NJW* 2010, 2495 nicht abgedruckt) nicht ausgeschlossen hat, dass in Ausnahmefällen die Sicherungsverwahrung bestimmter Straftäter die Bedingungen einer rechtmäßigen Freiheitsentziehung „bei psychisch Kranken“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 2e EMRK) erfüllen kann, liegen die hierfür notwendigen Voraussetzungen (vgl. *BVerfG* a. a. O. S. 396 ff.) nicht vor, wie die Vorinstanzen zutreffend festgestellt haben. Dies wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

[21] dd) Darüber hinaus handelt es sich auch nicht um eine „rechtmäßige“ Freiheitsentziehung i. S. von Art. 5 Abs. 1 EMRK. Denn die nachträgliche Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung verstößt gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK (*EGMR* a. a. O. Rn. 117 ff., 135, 137). Der Freiheitsentzug ist zudem nicht mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 (auch i. V. m. Art. 20 Abs. 3), 104 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar (*BVerfG* a. a. O. S. 372 ff. und S. 388 ff.).

[22] c) Entgegen der Auffassung der Revision ist das beklagte Land auch passivlegitimiert.

[23] Zwar ist im Verfahren der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei Beschwerdegegner; dementsprechend trifft sie eine etwaige vom *EGMR* nach Art. 41 EMRK dem jeweiligen Beschwerdeführer zugesprochene Entschädigung.

[24] Im Rahmen der innerstaatlichen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach Art. 5 Abs. 5 EMRK ist jedoch, wie der Senat bereits in seinem Urteil v. 31. 1. 1966 (a. a. O. S. 74) angedeutet hat, die Frage der Person des Verpflichteten wie bei der Amtshaftung durch Anwendung des Art. 34 GG zu klären. Danach ist der Hoheitsträger (Bund, Land oder sonstige Gebietskörperschaft) verantwortlich, dessen Hoheitsgewalt bei der rechtswidrigen Freiheitsentziehung ausgeübt wurde (vgl. in diesem Sinne auch *OLG Hamm* InfAuslR 2003, 156, 157 = *NVwZ* Beilage I 5/2003, 40; *Dörr*, in: *Grote/Marauhn*, EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Kap. 13, Rn. 106; *Elberling*, in: *Karpenstein/Mayer*, EMRK, Art. 5 Rn. 136; *Esser*, in: *Löwe Rosenber*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., 11ter Bd., EMRK, IPBPR, Art. 5 EMRK, Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 379; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR, Art. 5 MRK, Art. 9, 11 IPBPR Rn. 134; *Guradze*, Die Europäische Menschenrechtskonvention [1968], Art. 5 Erl. 43; *Meyer Gofßner/Schmitt*, StPO, 56. Aufl., Anh. 4 MRK, Art. 5 Rn. 14; *Paeffgen*, in: *SK StPO*, 4. Aufl., Art. 5 Rn. 71a; *Renzikowski*, in: *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 5 Rn. 322).

[25] Der unmittelbare Eingriff in das Freiheitsrecht des Klägers ist wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben hier durch die Beschlüsse der Strafvollstreckungskammer des *LG F.* und deren anschließenden Vollzug in der

Justizvollzugsanstalt *F.* erfolgt. Dass die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auf der Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften beruhte und es im vorliegenden Fall auch nicht darum geht, dass den zuständigen Amtsträgern bei der Anwendung dieser Normen Fehler im Einzelfall unterlaufen sind, ändert im Verhältnis der Parteien zueinander nichts an der Passivlegitimation des Beklagten. Es geht entgegen der Auffassung der Revision nicht ausschließlich um legislatives Unrecht, für das der Beklagte nicht einzustehen habe. Vielmehr knüpft Art. 5 Abs. 5 EMRK an eine rechtswidrige (konventionswidrige) Freiheitsentziehung an. Diese ist hier aber durch ein Gericht des Beklagten (und in Umsetzung der Gerichtsentscheidung durch die Vollzugsbehörden des Beklagten) erfolgt, wo bei im Verhältnis der Parteien zueinander nicht darauf ankommt, dass so die Revision das Gericht gar keine andere Wahl gehabt habe, als die erst später für rechtswidrig erkannte Vorschrift des § 67d Abs. 3 StGB anzuwenden.

[26] 2. Ohne Erfolg bleiben auch die Rügen der Revision zur Höhe der zuerkannten Entschädigung.

[27] a) Die Bemessung eines immateriellen Schadens ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters, der hier durch § 287 ZPO besonders festgestellt ist. Sie kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob die Festsetzung Rechtsfehler enthält, insbesondere ob das Gericht sich mit allen für die Bemessung der Entschädigung maßgeblichen Umständen ausreichend auseinandergesetzt und um eine angemessene Beziehung der Entschädigung zu Art und Dauer der Beeinträchtigungen bemüht hat (vgl. nur *BGH*, Urteile v. 12. 5. 1998 VI ZR 182/97 = *BGHZ* 138, 388, 391; und v. 23. 4. 2012 II ZR 163/10 = *BGHZ* 193, 110 Rn. 68).

[28] b) Auf der Grundlage dieser eingeschränkten Prüfungsmöglichkeit lässt das Berufungsurteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil des beklagten Landes erkennen. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass sich die Instanzgerichte an der Bemessungspraxis des *EGMR* in vergleichbaren Fällen (Urteile v. 17. 12. 2009 Beschwerde Nr. 19359/04 = *EuGRZ* 2010, 25 Rn. 139, 141 = insoweit in *NJW* 2010, 2495 nicht abgedruckt; v. 13. 1. 2011 Beschwerde Nr. 17792/07 = *EuGRZ* 2011, 255 Rn. 88; Beschwerde Nr. 20008/07, juris Rn. 71; Beschwerde Nr. 27360/04 und 42225/07, juris Rn. 92; v. 24. 11. 2011 Beschwerde Nr. 48038/06, juris Rn. 115, 116; und v. 19. 4. 2012 Beschwerde Nr. 61272/09, juris Rn. 105) orientiert haben.

[29] Die Auffassung des beklagten Landes, es hätte berücksichtigt werden müssen, dass der Kläger erst gegen den Beschluss des *LG F.* v. 7. 12. 2009 Beschwerde eingelegt und somit durch sein „passives“ Verhalten selbst zur Fortdauer der Sicherungsverwahrung beigetragen habe, geht fehl. Insoweit bedarf es keiner Entscheidung der Frage, ob § 839 Abs. 3 BGB oder § 254 BGB der ebenfalls gebieten kann, einen belastenden hoheitlichen Akt durch geeignete Rechtsbehelfe abzuwehren (vgl. nur Senat, Urteil v. 26. 1. 1984 III ZR 216/82 = *BGHZ* 90, 17, 31 ff.) auf einen Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK anwendbar sind (offen gelassen auch in den Senatsurteilen v. 29. 4. 1993 III ZR 3/92 = *BGHZ* 122, 268, 278 f.; und v. 4. 7. 2013 III ZR 342/12, juris Rn. 33 m. w. N. zum Meinungsstand). Denn dem Kläger kann eine schuldhaftes Versäumung von Rechtsbehelfen nicht angelastet werden, da auch das *BVerfG* die Anwendung der streitgegenständlichen Regelungen mit Urteil v. 5. 2. 2004 (*BVerfGE* 109, 133) in Übereinstimmung mit der fachgerichtlichen Rechtsprechung zunächst als rechtmäßig beurteilt hat. Die von der Revision gerügte „Passivität“ des Klägers kann deshalb nicht zu seinem Nachteil berücksichtigt werden.

Anmerkung

Professor Dr. Marten Breuer, Konstanz*

Durch die vorliegende Entscheidung ist nunmehr höchst richterlich geklärt, welche Gebietskörperschaft bei einem Entschädigungsanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK passiv legitimiert ist: der Bund, der ein konventionswidriges Gesetz geschaffen hat, oder aber das Land, dessen Behörden das

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit internationaler Ausrichtung an der Universität Konstanz.

Gesetz vollzogen haben. Der *BGH* entschied im Sinne der zweiten Alternative. Das verdient zwar im Ergebnis Zustimmung, die hierfür angebotene Begründung erweist sich allerdings als nicht tragfähig. Zudem offenbart die Entscheidung gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

I. Zunächst ist daran zu erinnern, worum es in der vorliegenden Entscheidung *nicht* ging: namentlich ging es *nicht* um einen Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V. mit Art. 34 GG. Einen solchen hatte das *LG Karlsruhe* in der Eingangsinstanz bereits zutreffend mit der Begründung abgelehnt, es fehle an dem für die Amtshaftung notwendigen Verschulden.¹ In der Tat konnte es den Gerichten, welche die Fortdauer der Sicherungsverwahrung angeordnet hatten, nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie den vom *BVerfG* zunächst als verfassungskonform bestätigten² § 67d Abs. 3 StGB a. F. anwandten. Ja, aufgrund der Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) *mussten* sie die Norm sogar anwenden. Daneben hatte die Eingangsinstanz ebenfalls zutreffend entschieden, dass sich ein Entschädigungsanspruch auch nicht aus dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) ergebe.³

II. Hieraus resultiert die Relevanz des Anspruchs aus Art. 5 Abs. 5 EMRK. Bereits höchstrichterlich geklärt war, dass es sich bei der Norm um eine eigenständige, verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlage handelt.⁴ Ebenfalls entschieden hatte der *BGH*, dass mittels Art. 5 Abs. 5 EMRK nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können.⁵ Noch nicht geklärt war die Frage der Passivlegitimation des Anspruchs aus Art. 5 Abs. 5 EMRK, insbesondere mit Blick auf bundesstaatlich verfasste Gemeinwesen. Das Land Baden-Württemberg als Revisionsführer machte insoweit geltend, dass der Bund als passivlegitimiert anzusehen sei, da die baden-württembergischen Gerichte lediglich verbindliches Bundesrecht angewandt hätten. Der *BGH* antwortet hierauf lakonisch, es sei „der Hoheitsträger (Bund, Land oder sonstige Gebietskörperschaft) verantwortlich, dessen Hoheitsgewalt bei der rechtswidrigen Freiheitsentziehung ausgeübt wurde“.⁶

1. Zur Begründung verweist der *BGH* zunächst auf sein Urteil *BGHZ* 45, 58 aus dem Jahr 1966. Darin, so der *BGH* heute, hätte er bereits „angedeutet“, dass die Frage der Passivlegitimation durch Anwendung des Art. 34 GG zu beantworten sei. Das trifft zu, allerdings formulierte der *BGH* seinerzeit noch vorsichtiger, dass die Frage der Person des Verpflichteten „durch Anwendung des Art. 34 des Grundgesetzes geklärt werden *könnte*“.⁷ Es handelte sich somit um ein reines obiter dictum, eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage der Passivlegitimation erfolgte im damaligen Urteil nicht.

Daneben verweist der *BGH* auf einen Beschluss des *OLG Hamm*.⁸ Auch die darin enthaltene Aussage entpuppt sich bei näherem Hinsehen als bloßes obiter dictum, in der Sache begründete das *OLG Hamm* seine abschlägige Entscheidung mit dem Argument, dass die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen aus Art. 5 Abs. 5 EMRK den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entzogen sei. Darü-

ber hinaus bietet der *BGH* für seine Begründung eine durch aus beeindruckende Zahl von Literaturstellen. Dass dies allein eine inhaltliche Begründung nicht ersetzt, dürfte sich von selbst verstehen – zumal wenn man bedenkt, dass die angegebenen Fundstellen diejenige Konstellation, mit welcher der *BGH* im vorliegenden Fall konfrontiert war, gewiss nicht vor Augen hatten.

2. Im Ausgangspunkt ist darauf hinzuweisen, dass der *BGH* die Funktion des Art. 34 GG grundlegend umgestaltet. Beunruhigen muss dabei, dass er dies stillschweigend tut, ohne den Funktionswandel offenzulegen. Art. 34 Satz 1 GG ist von seiner historischen Genese her eine *Anspruchsverlagerungsnorm*.⁹ Die Beamtenhaftung, die nach der Konzeption des § 839 BGB aus historischen Gründen zunächst den Beamten persönlich traf, wird über Art. 34 Satz 1 GG auf den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht, übergeleitet. Art. 34 Satz 1 GG wirkt somit als eine befreiende Schuldübernahme. In dem jetzigen Urteil erscheint Art. 34 GG hingegen als *Zurechnungsnorm*: Es geht nicht darum, einen gegenüber dem Beamten entstandenen Haftungsanspruch auf den Staat überzuleiten, sondern um die genuine Haftungsbegründung dem Staat (Bund oder Land) gegenüber. Das ist mit dem Wortlaut der Norm nur schwer zu vereinbaren, setzt dieser doch erkennbar einen anderwärts entstandenen Haftungsanspruch voraus („so trifft die Verantwortlichkeit ...“).

Freilich meinte schon *Bonk*, bei „verständiger Würdigung und verfassungskonformer Auslegung und Anwendung des Wortlauts“ (nota bene: verfassungskonforme Auslegung des Art. 34 GG!) übernehme Art. 34 GG entgegen der h.M. keine für den Staat „fremde“ zivilrechtliche Haftung, sondern spreche „ausdrücklich von der (direkten) ‚Verantwortlichkeit‘ der Träger öffentlicher Gewalt“.¹⁰ Daran ist so viel richtig, dass die Konstruktion einer vom Staat freiwillig übernommenen Beamtenhaftung unzeitgemäß erscheint. Wenn Art. 19 Abs. 4 GG von der Rechtsverletzung „durch die öffentliche Gewalt“ spricht, so setzt diese Norm die unmittelbare Unrechtszurechnung an den Staat nachgerade voraus.¹¹ Und doch ist im Staatshaftungsrecht die historisch gewachsene Übernahmekonstruktion hinzunehmen. *Bonk* selbst räumt ein, dass sich sein Ergebnis nur „bei Außerachtlassung [der] Entstehungsgeschichte“ erzielen ließe.¹² Dagegen hat schon das *BVerfG* bemerkt, der Staat werde durch Art. 34 GG „zwar Haftungssubjekt aber nicht Zurechnungssubjekt“.¹³

3. Dass der *BGH* für den Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK nach einer Zurechnungsnorm sucht, kommt indes nicht von ungefähr. Art. 5 Abs. 5 EMRK lässt die Frage nach dem Anspruchsverpflichteten nämlich (jedenfalls dem Wortlaut nach) offen:¹⁴ Die Norm besagt lediglich, dass eine in Art. 5 Abs. 1 4 EMRK verletzte Person Anspruch auf „Schadensersatz“ hat, nicht aber, wem gegenüber. Näher als der Rückgriff auf Art. 34 GG hätte insoweit freilich zunächst der Rekurs auf Art. 1 EMRK gelegen. Darin sichern „die Hohen Vertragsparteien“ allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu. Danach wäre der Bund als anspruchspflichtig anzusehen: In Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Grund-

1 *LG Karlsruhe* EuGRZ 2012, 260 (264).

2 *BVerfGE* 109, 133.

3 *LG Karlsruhe* EuGRZ 2012, 260 (264).

4 *BGHZ* 45, 46 (49 ff.); 45, 58 (65); 122, 268 (269 ff.).

5 *BGHZ* 122, 268 (280); noch offen gelassen in *BGHZ* 45, 58 (70).

6 *BGH* JZ 2013, 1161, 1163 Rn. 24.

7 Vgl. *BGHZ* 45, 58 (74); Hervorhebung vom Verfasser.

8 *OLG Hamm* InfAuslR 2003, 156 (157).

9 Vgl. *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 94 ff. (zur historischen Genese), S. 101 ff. (zur Anspruchsverlagerung).

10 *Bonk*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 53.

11 *Breuer* (Fn. 9), S. 108 ff.

12 *Bonk*, in: *Sachs* (Fn. 10), ebd.

13 *BVerfGE* 61, 149 (198) = JZ 1983, 137 mit Anm. *Peine*.

14 Vgl. *BGHZ* 45, 58 (70).

sätzen¹⁵ ist die EMRK für eine etwaige bundesstaatliche Gliederung der Konventionsstaaten blind. Aus der Konvention verpflichtet ist immer der Gesamtstaat als Völkerrechts subjekt.¹⁶ Was läge da näher, als dass die Konventionsschöpfer auch jeweils den Gesamtstaat als haftungsverpflichtet i. S. des Art. 5 Abs. 5 EMRK im Sinn hatten?

Insoweit lohnt durchaus ein Seitenblick in das Unionsrecht: Hier war für den vom *EuGH* geschaffenen mitgliedstaatlichen Haftungsanspruch zunächst ebenfalls ganz überwiegend vertreten worden, Anspruchsgegner des Staatshaftungsanspruchs sei immer, auch in föderal verfassten Gebilden, der EU Mitgliedstaat als solcher.¹⁷ Der *EuGH* hat demgegenüber zwar die Haftung auch durch Teilstaaten zugelassen, aber nur, sofern sichergestellt sei, dass dem Einzelnen der durch den Gemeinschaftsrechtsverstoß entstandene Schaden ersetzt werde. Zudem hat er mahndend hinzugefügt, ein Mitgliedstaat könne sich seiner Haftung nicht dadurch entziehen, dass er auf die Aufteilung der Zuständigkeit und die Haftung anderer Körperschaften verweise.¹⁸

In seinem Urteil *BGHZ* 45, 58 aus dem Jahr 1966 hat der *BGH* die Position vertreten, die Frage unter anderem der Passivlegitimation sei in der Konvention bewusst offen gelassen worden, weshalb der Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK „zu seiner Verwirklichung der Eingliederung in und der Ausgestaltung durch das nationale Recht der Konventionspartner“ bedürfe.¹⁹ Das ist durchaus vertretbar, führt aber wie gesehen nicht zur Anwendung des Art. 34 GG als Zurechnungsnorm.

4. Darüber hinaus vermittelt der *BGH* mit seinem jetzigen Urteil den Eindruck, als gebe es im deutschen Staatshaftungsrecht hinsichtlich der Passivlegitimation ohnehin nur den einen Grundsatz, dass immer derjenige Hoheitsträger verantwortlich sei, dessen Hoheitsgewalt ausgeübt werde. Bei genauerer Betrachtung stellt man indes fest, dass das Gegenteil der Fall ist:²⁰ In der Frage der Anspruchsverpflichtung existieren nicht weniger als drei unterschiedliche Konzepte. Im Rahmen des § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG haftet nach der sogenannten Anvertrauenslehre in Abgrenzung zur Anstellungs- und Funktionstheorie diejenige Körperschaft, die dem Amtswalter die Aufgabe anvertraut hat, bei deren Erfüllung die Pflichtverletzung erfolgte.²¹ Beim enteignungsgleichen Eingriff soll aufgrund der Nähe dieses Rechtsinstituts zur Enteignung diejenige Körperschaft anspruchspflichtig sein, die von der jeweiligen Maßnahme begünstigt ist, alternativ der Hoheitsträger, in dessen Aufgabenbereich das schädigende Ereignis erfolgt ist.²² Eine Haftung des eingreifenden Hoheitsträgers lehnt die Rechtsprechung beim enteignungsgleichen Eingriff ausdrücklich ab.²³ Schließlich trifft die Haftung nach den in einigen ostdeutschen Ländern fortexistierenden Staatshaftungsgesetzen „das jeweilige staatliche oder kommunale Organ“ (§ 1 Abs. 1 Bbg StHG; § 1 Abs. 1 ThürStHG) bzw. den „jeweilige[n] Hoheitsträger“ (§ 1 Abs. 1 EntschG LSA). Darunter wird derjenige Verwaltungsträger verstanden, dessen Mitarbeiter

den Schaden verursacht hat.²⁴ Von einem einheitlichen Konzept kann also keine Rede sein.

5. Wenn dem *BGH* im Ergebnis gleichwohl zuzustimmen ist, dann aus Gründen der Rechtsschutzeffektivität.²⁵ Hierfür muss man sich noch einmal die Fallkonstellation vergegenwärtigen: Den Sicherungsverwahrten gegenüber gehandelt hatten allein die Gerichte des Landes Baden Württemberg. Hätte sich der *BGH* auf das Argument eingelassen, dass diese dabei ohne weiteren Ermessensfehler lediglich Bundesrecht umgesetzt hätten und daher der Bund haftungsrechtlich verantwortlich sei, so wären künftig Geschädigte zu umfangreichen Recherchen verpflichtet, auf welcher Ebene innerhalb der bundesstaatlichen Ordnung der konventionsrechtliche Fehler zu lokalisieren sei. Auch wenn die Schadensverursachung im vorliegenden Fall aufgrund des *EGMR* Urteils eindeutig auf der Bundesebene zu verorten war (dazu sogleich), äußert sich der *EGMR* doch nicht immer mit der gleichen Deutlichkeit.²⁶ Im Zweifel würden daher sowohl der Bund als auch das jeweilige Land verklagt werden, freilich um den Preis eines teilweisen Unterliegens einschließlich entsprechender Kostenfolge. Das erscheint mit dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) nicht vereinbar. Insoweit ist dem *BGH* also zuzustimmen.

III. Mit der Entscheidung des *BGH* ist freilich noch nicht geklärt, wer für den immateriellen Schaden endgültig aufkommen muss. In dem Urteil findet sich der äußerst knappe Verweis, im Verfahren vor dem *EGMR* sei immer die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei Beschwerdegegner, und dementsprechend treffe auch sie eine vom *EGMR* gemäß Art. 41 EMRK zugesprochene Entschädigung.²⁷ Weitere Konsequenzen zieht der *BGH* hieraus nicht. Dabei wäre es durchaus lohnend gewesen, den Gedanken fortzuführen:

Nach dem durch die Föderalismusreform I neu geschaffenen Art. 104a Abs. 6 Satz 1 GG tragen Bund und Länder die Lasten einer Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen Deutschlands „nach der innerstaatlichen Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung“. Näher konkretisiert wird dieser Grundsatz durch das Lastentragungsgesetz (LastG).²⁸ Wie das *BVerwG* zur Anwendung des LastG entschieden hat, richtet sich bei einer Verurteilung durch den *EGMR* die Frage, worin die lastenbegründende Pflichtverletzung zu sehen sei, „allein nach dem in der Entscheidung [des *EGMR*] festgestellten Sachverhalt“. Abweichende Feststellungen im Erstattungsverfahren, so das *BVerwG*, verböten sich.²⁹ Das Urteil des *EGMR* in der Sache M. gegen Deutschland ließ nun aber keinen Zweifel daran, dass aus Sicht des Straßburger Gerichtshofes bereits die gesetzliche Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung in § 67d Abs. 3 StGB a. F. gegen die Konvention verstieß.³⁰ Vor diesem Hintergrund bleibt der Schaden im Falle einer Verurteilung in Straßburg also beim Bund „hängen“.

Kann es dann aber einen Unterschied ausmachen, wer für den Schaden haftungsrechtlich einzustehen hat, je nachdem

15 Vgl. Art. 4 Abs. 1 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit; ferner v. Arnould, *Völkerrecht*, 2012, Rn. 395.

16 *EGMR* (GK), Assanidze /J. Georgien, 8. 4. 2004, Nr. 71 503/01, Rn. 137 ff. = EuGRZ 2004, 268.

17 Vgl. *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten, 1999, S. 72 f.; *Gundel* DVBl. 2001, 95 (96), beide m. w. N.

18 *EuGH*, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rn. 62 – Konle.

19 *BGHZ* 45, 58 (70).

20 Hierzu auch *Breuer* (Fn. 9), S. 163 ff.

21 *BGHZ* 53, 217 (219); 77, 11 (15).

22 *BGHZ* 76, 387 (396 f.).

23 *BGHZ* 11, 248; 40, 49 (52).

24 Vgl. E. Klein/Krekel, in: *Soergel*, BGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, Anh. § 839, Rn. 272.

25 Ähnliche Überlegungen finden sich – allerdings zum enteignungsgleichen Eingriff und mit gegenteiligem Ergebnis – bei *Ossenbühl* JZ 1997, 559 (560 f.).

26 Vgl. M. Breuer EuGRZ 2008, 121 (122).

27 *BGH* JZ 2013, 1161, 1163 Rn. 23.

28 Eingeführt durch das Föderalismusreform-Begleitgesetz, BGBl. 2006 I 2098.

29 *BVerwGE* 128, 342 (348).

30 *EGMR*, M. /J. Deutschland, 17. 12. 2009, Nr. 19 359/04, Rn. 100 = EuGRZ 2010, 25.

ob die Betroffenen den Weg nach Straßburg wählen oder aber sogleich vor den innerstaatlichen Gerichten klagen? Ich denke nein. Es wäre vielmehr ein schwer erträglicher Wertungswiderspruch, sollten die Länder in Entschädigungsfällen gemäß Art. 5 Abs. 5 EMRK endgültig einen Schaden tragen müssen, den der Bund durch die Einführung des § 67d Abs. 3 StGB a.F. verursacht hat. Lösen lässt sich dieses Problem m.E. nur über einen Regressanspruch des schadensbelasteten Landes gegen den Bund. Dafür bedürfte es freilich einer Anspruchsgrundlage, und an einer solchen fehlt es momentan: Das Lastentragungsgesetz hatte nur die umgekehrte Fallkonstellation vor Augen, dass der Bund völkerrechtlich für einen Schaden einzustehen hat, den ein Land verursacht hat. In diesem Fall gewährt § 5 Abs. 1 LastG dem Bund einen Erstattungsanspruch gegen das jeweils verantwortliche Land. Der Fall, dass ein Land für Schäden aufkommt, die der Bund verursacht hat, stand dem Gesetzgeber aus erklärlichen Gründen nicht vor Augen,³¹ denn auf völkerrechtlicher Ebene tritt wie gesehen regelmäßig nur der Gesamtstaat in Erscheinung.

Dadurch, dass Art. 5 Abs. 5 EMRK nach der Rechtsprechung des *BGH* dem Geschädigten einen vor den innerstaatlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruch gegen den Hoheitsträger verleiht, dessen Hoheitsgewalt bei der rechtswidrigen Freiheitsentziehung ausgeübt wurde, ergibt sich freilich das Bedürfnis nach einem Regressanspruch auch im Verhältnis Land Bund. Ob man hierfür eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 LastG oder aber einen Rückgriff auf die Grundsatznorm des § 1 Abs. 1 LastG ausreichen lassen kann, erscheint fraglich. Der von *Stelkens* für den Rückgriff Land Bund als einzige Anspruchsgrundlage ins Gespräch gebrachte allgemeine öffentlich rechtliche Erstattungsanspruch³² dürfte vorliegend ebenfalls nicht zum Ziel führen, denn der Bund hat durch die Schadensersatzzahlung des Landes nichts „erlangt“ (auch nicht die Befreiung von einer Verbindlichkeit, da für den Bund keinerlei Zahlungsverpflichtung dem Geschädigten gegenüber bestand). Es mag durchaus sein, dass im Sinne *Stelkens* der Haftungsausgleich auch im Verhältnis Land Bund in Art. 104a Abs. 6 GG „mitgedacht“ ist,³³ an einer ausdrücklichen Normierung fehlt es bislang. Jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollte daher eine gesetzliche Grundlage für den Regressanspruch geschaffen werden. Nur so kann der erforderliche haftungsrechtliche Gleichklang zwischen der Haftung nach Art. 5 Abs. 5 EMRK und nach Art. 41 EMRK herbeigeführt werden.

³¹ Allgemein zur Entstehung des Art. 104a Abs. 6 vgl. *Kröning*, in: *Holt-Schneider/Schön* (Hrsg.), *Die Reform des Bundesstaates*, 2007, S. 335 ff.

³² *U. Stelkens*, in: *Härtel* (Hrsg.), *Handbuch des Föderalismus*, Bd. 22012, § 42 Rn. 86.

³³ *Stelkens*, in: *Härtel* (Fn. 32), ebd.

