



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 355/11

vom
15. März 2012
in der Strafsache
gegen

wegen nachträglicher Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung aufgrund eines Vorbehalts

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 15. März 2012 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Verurteilten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 15. April 2011 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Verurteilten im Erstverfahren wegen gefährlicher Körperverletzung und versuchter gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen unter Einbeziehung der Strafe aus einem früheren Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und wegen gefährlicher Körperverletzung in drei Fällen sowie versuchter gefährlicher Körperverletzung in sieben Fällen zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Außerdem hat es die spätere Anordnung der Unterbringung des Verurteilten in der Sicherungsverwahrung vorbehalten. Mit dem angefochtenen weiteren Urteil hat es im Nachverfahren die Maßregel angeordnet. Hiergegen richtet sich die auf Verfahrensrügen und die Sachbeschwerde gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

2 Der Verurteilte hatte nach den Feststellungen des Landgerichts in seinem Ersturteil bei einem Aufenthalt in Kenia eine Aidsinfektion erlitten, über deren Bedeutung und Ansteckungsgefahren für Dritte er im Februar 1998 in der Universitätsklinik in H. im Einzelnen aufgeklärt worden war. Er wusste danach, dass er die Viruserkrankung bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr auf eine Partnerin übertragen konnte. Medikamente, die ihm verordnet worden waren, nahm er nach einiger Zeit nicht mehr ein. Der Angeklagte suchte zuerst über Videotext, später im Internet Kontakte zu Frauen als Sexualpartnerinnen. Eine Bekanntschaft endete, als die Geschädigte A. von seiner Aids-erkrankung erfuhr und Strafanzeige erstattete, weil er ihr die Infektionsgefahr verschwiegen hatte. Das führte zu der Vorverurteilung, deren Einzelstrafen in die erste Gesamtstrafe in der vorliegenden Sache einbezogen wurde.

3 Im Tatzeitraum, der sich von 2001 bis 2006 erstreckte, lernte der Verurteilte neben der Zeugin A. zehn weitere Frauen kennen, denen er seine Erkrankung nicht offen legte, und er hatte mit allen ungeschützten Geschlechtsverkehr. In vier Fällen führte dies zu einer Aidsinfektion bei den Sexualpartnerinnen, wobei unklar ist, ob die Krankheit ausbrechen wird. In den weiteren Fällen blieb schon die Virusübertragung aus. Je nach Eintritt der Infektion oder deren Ausbleiben hat das Landgericht vollendete oder versuchte gefährliche Körperverletzung angenommen. Es stellte in seinem Ersturteil die formellen Voraussetzungen der Maßregelverordnung gemäß § 66a Abs. 1 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB a.F. fest und nahm einen Hang des Angeklagten zur Begehung erheblicher Straftaten an. Dabei ging es von einem eingeschlifften Verhaltensmuster aus. Auch die Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit wurde schon im Ersturteil - bezogen auf den Urteilszeitpunkt - bejaht. Die sofortige Maßregelverordnung unterblieb aber zunächst, weil das Landgericht

die weitere Entwicklung der Persönlichkeit des Verurteilten während des Strafvollzugs als ungewiss ansah.

- 4 Nach den Feststellungen des Landgerichts im Nachverfahren ist der Verurteilte in der Haft therapieunwillig. Seine Aids-erkrankung ist zwar durch Medikamente bis zum Erreichen der Nachweisgrenze der Viruslast eingedämmt worden. Es bestehe aber ein Restrisiko für Ansteckungsmöglichkeiten beim ungeschützten Geschlechtsverkehr. Das Landgericht geht von weiterer Gefährlichkeit des Verurteilten aus, weil zu erwarten sei, dass er auch in Zukunft mit Sexualpartnerinnen, denen er die Erkrankung nicht offenbaren wird, ungeschützten Geschlechtsverkehr ausüben werde. Dafür sei eine narzisstische Persönlichkeitsprägung des Verurteilten maßgeblich. Auch liege ein Mangel an Empathie vor. Therapiebemühungen habe er vorwerfbar versäumt. Bei dieser Sachlage sei die Maßregel anzuordnen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei gewahrt.

II.

- 5 Die Revision des Verurteilten ist mit der Sachrüge begründet, so dass es auf die erhobenen Verfahrensrügen nicht ankommt.

- 6 Entgegen der Ansicht der Revision stehen hier aber nicht bereits verfassungs- und konventionsrechtliche Bedenken gegen die gesetzliche Regelung der Anwendung von § 66a Abs. 1 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3344) entgegen. Nach dem unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergangenen Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2365/09 u.a. - ver-

stößt die Vorschrift zwar gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG. Sie gilt aber vorerst bis zur Neugestaltung des Maßregelvollzuges, längstens bis zum 31. Mai 2013, unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit weiter (BVerfGE 128, 326, 404 ff.). Dies bindet den Senat nach § 31 BVerfGG, so dass auch konventionsrechtliche Bedenken, die in der Literatur gegen die Regelung einer nachträglichen Maßregelanordnung aufgrund der Vorbehaltslösung erhoben werden (vgl. Rzepka R&P 2003, 191, 208; Merkel R&P 2011, 205, 211 f.; zweifelnd Elberling in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 5 Rn. 36; Eschelbach NJW 2010, 2499, 2500; Kinzig NJW 2011, 177, 179; Pollähne KJ 2010, 255, 264 f.; für die Unbedenklichkeit der Vorbehaltslösung dagegen etwa H. E. Müller, StV 2010, 207, 211; Passek, GA 2005, 96, 103) hier nicht durchgreifen können.

7 Der Maßregelanordnung im Nachverfahren steht auch nicht entgegen, dass das Landgericht nach dem Beurteilungsmaßstab, wie er in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt wird, bereits im Ersturteil die Maßregel hätte anordnen können. Danach ist die Gefährlichkeitsprognose aus der Beurteilungsperspektive im Urteilszeitpunkt durchzuführen. Unwägbarkeiten der Entwicklung im Strafvollzug sind, soweit sie jedenfalls nicht konkret absehbar erscheinen, dabei nicht zu berücksichtigen. Indes führt der Rechtsfehler im Ersturteil nicht dazu, dass das Landgericht, wenn es dort trotz bestehender Möglichkeit der sofortigen Maßregelanordnung zunächst nur einen Vorbehalt ausspricht, an einer Maßregelanordnung im Nachverfahren gehindert ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - 3 StR 394/10, NStZ 2011, 513 ff.). Jedoch bedarf es dann im Nachverfahren einer umfassenden neuen Prognoseentscheidung. Diese hat das Landgericht nicht rechtsfehlerfrei getroffen.

8 Während der Dauer der Weitergeltung der Vorschrift trotz Verfassungswidrigkeit muss nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts der Tatsache

Rechnung getragen werden, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung um einen verfassungswidrigen Eingriff in das Freiheitsrecht handelt. Der Wert dieses Grundrechts beschränkt das übergangsweise zulässige Eingriffsspektrum. Danach dürfen Eingriffe nur soweit reichen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung aufrechtzuerhalten. Die Sicherungsverwahrung darf in der Übergangszeit nur nach einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden. In der Regel ist die Anordnung derzeit nur verhältnismäßig, wenn eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist. Der Kreis der Prognosestaten ist danach noch enger als nach dem Katalog tauglicher Anlasstaten für eine Maßregelanordnung nach § 66 Abs. 1 StGB n.F. (vgl. Renzikowski, Ad Legendum 2011, 401, 410). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelten auch erhöhte Anforderungen sowohl an die Konkretetheit der Rückfallprognose als auch an den Wert der gefährdeten Rechtsgüter (vgl. BGH, Beschluss vom 2. August 2011 - 3 StR 208/11; Beschluss vom 4. August 2011 - 3 StR 235/11, StV 2011, 673 f.; Beschluss vom 13. September 2011 - 5 StR 189/11, StraFo 2011, 518). Im Hinblick auf die Eigenschaft der Maßregel als Sicherungsmittel ohne direkten Bezug zur Tatschuld kommt es hier nicht auf die gesetzliche Bezeichnung des Straftatbestands an, auch nicht auf das durch gesetzliche Strafraumen vorbereitete abstrakte Schuldgewicht, sondern auf die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts, den Grad der im Einzelfall in Frage kommenden Verletzungsintensität sowie den Grad der Wahrscheinlichkeit einer künftigen Rechtsgutsverletzung (vgl. Senat, Urteil vom 19. Oktober 2011 - 2 StR 305/11, StV 2012, 213, 214). Das Tatgericht hat dazu alle im Einzelfall relevanten Umstände des konkreten Falles in einer Gesamtschau zu würdigen. Dies ist im angefochtenen Urteil nicht lückenlos geschehen.

- 9 Einerseits ist das Rechtsgut des Lebens, das auch von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB geschützt wird, ein Schutzgut von höchstem Wert, das staatliche Schutzpflichten auslösen kann. Andererseits ist die Gefahr seiner künftigen Verletzung durch den Angeklagten im vorliegenden Fall vom Landgericht nicht unter Berücksichtigung aller Umstände, die dagegen sprechen könnten, geprüft worden.
- 10 Nach den Urteilsfeststellungen hat der Verurteilte in der Haft eine Brieffreundschaft mit einer Frau entwickelt, der er seine Aids-erkrankung offenbart hat. Ihr hat er auch geschrieben, dass er nie wieder in ungeschützter Weise Geschlechtsverkehr haben wolle. Dieser Aspekt wäre unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles in der Gesamtschau zu berücksichtigen gewesen.
- 11 Wenn die Gefahr bestünde, dass der Verurteilte künftig Sexualpartnerinnen wählt, denen er die Erkrankung nicht offenbart und die er mit dem Virus infiziert, so würde er deren Leben gefährden und - mit Blick auf die Bedeutung des geschützten Rechtsguts - schwer wiegende Straftaten im Sinne der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts zu den §§ 66, 66a StGB begehen. Bestünde aber die Gefahr der Übertragung des Virus nicht mehr oder nur noch mit geringer Wahrscheinlichkeit, weil die Ansteckungsmöglichkeiten aus medizinischen Gründen einer Verringerung der Viruslast oder aus Gründen des Schutzes der Partnerinnen durch Verwendung eines Kondoms verringert würden, dann wäre auch die Gefahr künftiger Straftaten gegen das Leben so reduziert, dass die Maßregelanordnung aufgrund der Weitergeltungsanordnung bezüglich der §§ 66 Abs. 3, 66a Abs. 1 StGB a.F. bei besonders strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr angemessen erscheinen könnte. Würde der Verurteilte seinen Sexualpartnerinnen die Erkrankung offenbaren und erst danach mit diesen einvernehmlich Geschlechtsverkehr mit einem Restrisiko der

Ansteckung ausüben, so wäre bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung durch die Partnerinnen keine Strafbarkeit des Verhaltens gegeben. Die Äußerungen des Verurteilten gegenüber seiner Brieffreundin, der er die Aidskrankung offenbart und angekündigt hat, er werde Geschlechtsverkehr nur unter Verwendung eines Kondoms ausüben, können deshalb bei der Prognosebeurteilung und Verhältnismäßigkeitsprüfung von Bedeutung sein. Sie sind vom Landgericht jedoch nicht erkennbar berücksichtigt worden. Daher bedarf es einer neuen Prognoseentscheidung.

Ernemann

Fischer

RiBGH Dr. Berger befindet sich im Urlaub und ist daher gehindert zu unterschreiben.

Ernemann

Krehl

Eschelbach