

# 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

---



15. März 2007

### Ergänzung der nachträglichen Sicherungsverwahrung

#### I. Einleitung

Die vorgeschlagene „Ergänzung“ der nachträglichen Sicherungsverwahrung betrifft Straftäter, die bereits zum Zeitpunkt ihrer Verurteilung als gefährlich angesehen wurden, bei denen das erkennende Gericht aber aus Rechtsgründen noch keine Sicherungsverwahrung anordnen konnte. Der Gesetzgeber geht hier von einer Schutzlücke aus, welche durch die – kritisch zur Kenntnis genommene – restriktive Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs aufgerissen wurde.

Entgegen der Begründung handelt es sich nicht nur um eine Klarstellung. Wie der BGH zutreffend entschieden hat, setzt die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung voraus, dass nach der Verurteilung – in der Regel im Vollzug – neue Tatsachen erkennbar werden, aus denen auf die Gefährlichkeit des Täters geschlossen werden kann.<sup>1</sup> Der Gesetzeswortlaut ist insofern eindeutig. Eine Rechtsänderung ist in diesem Sinn keine „neue Tatsache“, zumal sie kaum auf die Gefährlichkeit des Täters hindeuten dürfte.<sup>2</sup> Die Gesetzesbegründung selbst ist durchaus zweideutig<sup>3</sup>, spielt aber angesichts des klaren Wortlauts keine Rolle.

In der Sache setzt die Erweiterung der nachträglichen Sicherungsverwahrung die bisherige Entwicklung fort. Durch die Änderung bleibt weiterhin ausgeschlossen, dass eine erstinstanzliche rechtsfehlerhafte Gerichtsentscheidung nachträglich über § 66 b StGB korrigiert werden kann. Vielmehr handelt es sich um eine Korrektur der Gesetzeslage durch den Gesetzgeber selbst. Akzeptiert man die Prämissen der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH<sup>4</sup>, so liegt auch keine verfassungswidrige Rückwirkung vor, weil

---

<sup>1</sup> BGH, NStZ 2006, S. 156, 158 f.

<sup>2</sup> Verkannt von *Veh*, NStZ 2005, S. 307 ff.

<sup>3</sup> S. BT-Drs. 15/2887, S. 2 spricht von „Straftätern, gegen die aus rechtlichen ... Gründen Sicherungsverwahrung bislang nicht angeordnet wurde“, ebenso S. 10. Zugleich wird dort aber auf Tatsachen abgestellt, „die im Vollzug der Freiheitsstrafe bekannt werden“. Ferner wird die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf Fälle beschränkt, „in denen sich die fortdauernde Gefährlichkeit des Verurteilten erst im Vollzug ergibt“ (S. 12).

<sup>4</sup> S. BVerfGE 109, S. 133, 167 ff., 180 ff.; NJW 2006, S. 3483, 3484; BGHSt 50, S. 121, 130; NStZ 2006, S. 156, 158.

sich das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber dem Freiheitsinteresse des als hochgradig gefährlichen Verurteilten durchsetzt.<sup>5</sup> Schließlich tritt eine Schwierigkeit hier nicht auf, welche bei der Anwendung von § 66 b StGB für erhebliche Probleme sorgt. Es geht dabei um die Frage, ob und inwieweit überhaupt aus dem Vollzugsverhalten eines Verurteilten Erkenntnisse im Hinblick auf seine Gefährlichkeit gewonnen werden können.<sup>6</sup> Die Ergänzung erfasst nur solche Fälle, in denen die Sicherungsverwahrung an sich schon im Strafurteil hätte angeordnet werden können, wenn es eine Rechtsgrundlage gegeben hätte. Die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen ergeben sich also aus den Feststellungen zur angeklagten Tat.

## II. Allgemeine Bedenken

Mit der Ergänzung ist ein grundlegender Wandel der nachträglichen Sicherungsverwahrung verbunden. Bisher handelte es sich materiell um eine Form der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Lasten des rechtskräftig Verurteilten. Mit diesem Charakter hat das Bundesverfassungsgericht jüngst die Verhältnismäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung begründet.<sup>7</sup> Durch die Neuregelung geht dieser Charakter verloren. Es kommt nicht mehr auf „neue Tatsachen“ an, sondern es werden frühere gesetzgeberische Entscheidungen korrigiert.

Die Art und Weise, in der diese Korrektur vorgenommen wird, begegnet Bedenken, weil der Wortlaut der vorgeschlagenen Änderung weit über die ursprüngliche Intention hinausreicht. Insbesondere können folgende Konstellationen die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ermöglichen, in denen das Tatgericht ebenfalls aus rechtlichen Gründen keine „normale“ Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB anordnen konnte:

- Wenn sich die Gefährlichkeit aus einer Feststellung ergibt, die aufgrund eines Beweisverwertungsverbotes nicht zur Urteilsgrundlage gemacht werden durfte, war die Anordnung „aus rechtlichen Gründen nicht möglich“.
- In Betracht kommen weiter die Fälle, in denen das Tatgericht nicht den nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB erforderlichen Hang festgestellt hat. Das BVerfG hat jüngst entschieden, dass für die Anordnung nach § 66 b Abs. 2 StGB die Feststellung eines Hanges nicht zwingend ist<sup>8</sup> und damit der entgegenstehenden Auslegung durch die Fachgerichte<sup>9</sup> widersprochen.
- Schließlich betrifft die Änderung auch die Fälle, in denen die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung durch das „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ vom 26. 1. 1998<sup>10</sup> erweitert worden sind (Einführung von § 66 Abs. 3 StGB). Mehr noch: Jede künftige Erweiterung der Sicherungsverwahrung wirkt sich automatisch rückwirkend aus.

---

<sup>5</sup> S. bereits *Veh*, NStZ 2005, S. 308.

<sup>6</sup> Krit. etwa *Nedopil*, NStZ 2002, S. 344, 349; *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 66 a Rn. 9a; *Ullenbruch* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2/1, 2005, § 66 a Rn. 11-13; *Rasch*, Forensische Psychiatrie, 1999, S. 375 ff.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2006, S. 3484.

<sup>8</sup> BVerfG, NJW 2006, S. 3484.

<sup>9</sup> Vgl. BGH, NStZ 2006, S. 278, 279 f. m. insoweit zust. Anm. *Renzikowski*.

<sup>10</sup> BGBl. I, 160.

### III. Nachträgliche Sicherungsverwahrung und Art. 5 Abs. 1 EMRK

Bereits in der Anhörung des Rechtsausschusses vom 5. 5. 2004, in der über die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung diskutiert wurde, habe ich begründet, dass eine nachträgliche Sicherungsverwahrung mit dem durch Art. 5 EMRK verbürgten Freiheitsrecht unvereinbar ist, weil sie nicht unter die in Abs. 1 abschließend aufgeführten Freiheitsbeschränkungen fällt.<sup>11</sup> Die bundesdeutsche Rechtsprechung hat sich nicht weiter mit der Problematik des Art. 5 EMRK befasst und so leider die Chance vergeben, Einfluss auf die Auslegung der Konvention in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu nehmen. Auf diese Weise wird die vom BVerfG in der „Görgülü-Entscheidung“ statuierte Pflicht missachtet, sich mit der Straßburger Rechtsprechung auseinanderzusetzen.<sup>12</sup> In der Literatur werden die Bedenken gegen die nachträgliche Sicherungsverwahrung weitgehend geteilt.<sup>13</sup>

Um Wiederholungen zu vermeiden, möchte ich mich auf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR und auf eine Auseinandersetzung mit einigen neuen Einwänden beschränken.

#### 1. Zur Relevanz der EMRK

Der Hinweis, dass das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung später in Kraft getreten ist als Art. 5 EMRK<sup>14</sup>, trifft zu, führt hier aber nicht weiter. Zwar kann die Bundesrepublik Deutschland unabhängig von der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG<sup>15</sup> abweichendes Recht setzen. Nach der lex posterior-Regel kann innerstaatliches Recht in diesem Fall frühere völkerrechtliche Festlegungen derogieren. Der Einzelne kann sich vor deutschen Gerichten dann nicht mehr auf diese Regelung berufen, weil der Verstoß gegen das Völkerrecht lediglich das Außenverhältnis der Bundesrepublik zu den anderen Vertragsstaaten betrifft.

Im Hinblick auf die EMRK kommt der lex-posterior-Regel indes keine Bedeutung zu, und zwar völlig unabhängig von dem Streit über ihren Rang im innerstaatlichen Recht.<sup>16</sup> § 349 Nr. 6 StPO gebietet nämlich die Wiederaufnahme des Verfahrens, wenn die Bundesrepublik Deutschland wegen eines Verstoßes gegen die Konvention vom EGMR verurteilt wird und die Entscheidung des Strafgerichts – hier: die nachträgliche

---

<sup>11</sup> Ausführlich dazu *Renzikowski*, JR 2004, S. 271 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 111, S. 307 ff.; dort heißt es im Leitsatz: „Die Konventionsbestimmung ist in der Auslegung des EGMR jedenfalls in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinandersetzen.“

<sup>13</sup> S. *Kinzig*, NJW 2004, S. 911, 914; *Gazeas*, StraFo 2005, S. 9, 14 f.; *Ullenbruch* in: Münchner Kommentar zum StGB, Bd. 2/1, 2005, § 66 b Rn. 53; *ders.*, NJW 2006, S. 1377, 1378; *Römer*, JR 2006, S. 5 f.; *Streng*, StV 2006, S. 92, 98; *Scheidegger* in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat. Liber amicorum Luzius Wildhaber, 2006, S. 733, 737 f.; *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, 2006, S. 506.

<sup>14</sup> So *Rosenau*, Festschrift für Venzlaff, 2006, S. 295, 306 f.

<sup>15</sup> BVerfGE 111, S. 307, 329.

<sup>16</sup> Nach h.L. kommt der EMRK nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu, s. statt vieler BVerfGE 111, S. 315 ff.; *Gollwitzer* in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Band, 25. Aufl. 2005, Einf. MRK Rn. 39 ff. m.w.N.

Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 275 a StPO – auf der Konventionsverletzung beruht. Auf diese Weise schleicht sich die vordergründig durch das spätere Bundesgesetz verdrängte Konventionsnorm gleichsam durch die Hintertür der Wiederaufnahme wieder in die deutsche Rechtsordnung hinein.

## 2. Die Freiheitsentziehung aufgrund der Verurteilung durch ein Gericht, Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK

Da die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach allen Entwürfen durch ein Gericht angeordnet werden soll, kommt zunächst der Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK als Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Der Haftgrund nach lit. a verlangt als rein formale Voraussetzung die Verurteilung durch ein zuständiges Gericht. Der Ausdruck „Verurteilung“ (conviction, condemnation) wird vom Gerichtshof seit jeher autonom ausgelegt, d.h. unabhängig von den Begriffsbildungen der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen.<sup>17</sup> Eine Verurteilung liegt vor, wenn jemand wegen eines strafrechtlichen oder disziplinarrechtlichen Tatbestands des nationalen Rechts schuldig gesprochen und deshalb gegen ihn eine Freiheitsentziehung verhängt worden ist. Diese Begriffbestimmung hat der Gerichtshof erst jüngst in der Entscheidung *Gurepka gegen Ukraine* bestätigt.<sup>18</sup> Allerdings können mit der Freiheitsentziehung neben der Repression für eine begangene Straftat auch andere Zwecke verfolgt werden, insbesondere die Anordnung der Sicherungsverwahrung. Das Urteil, das die nachträgliche Sicherungsverwahrung anordnet, enthält jedoch keinen Schuldspruch für eine begangene Tat.

Da die nachträgliche Sicherungsverwahrung nur bei Personen angeordnet werden darf, die zuvor bereits wegen einer erheblichen Straftat zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, könnte sich die von lit. a vorausgesetzte Beziehung zwischen Freiheitsentziehung und gerichtlicher Verurteilung aus dem – ersten – Strafurteil ergeben. Das genügt indes noch nicht.<sup>19</sup> Insofern fordert der EGMR, dass die Freiheitsentziehung nicht nur zeitlich auf die Verurteilung folgt, sondern von ihr kausal („sufficient causal connection“) – genauer: final – abhängt: Das Urteil ist der Grund für die Haft.<sup>20</sup> Die Freiheitsentziehung beruht jedoch nicht mehr auf dem ursprünglichen Urteil, wenn sie erst später – gerichtlich – angeordnet wird und sich diese Anordnung nicht in der Konkretisierung eines bereits durch das ursprüngliche Urteil gesetzten Rahmens erschöpft.<sup>21</sup> Vielmehr entscheidet das Gericht selbständig nach anderen Anordnungsvoraussetzungen und ohne die Bindung an die Beurteilung der Tat und des Täters durch das Strafgericht.<sup>22</sup> Unproblematisch ist demgegenüber etwa der Widerruf einer Entlassung auf Bewährung<sup>23</sup> oder die Vollstreckung eines Strafurteils im Heimatstaat des Verurteilten, wobei der Gerichtshof in diesem

---

<sup>17</sup> Vgl. EGMR v. 8. 6. 1976 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel u.a. gegen Niederlande*), § 68 = A/22 = EuGRZ 1976, S. 221, 226 f.; insofern geht die Kritik von *Rosenau* (o. Fn. 14), S. 308 ins Leere

<sup>18</sup> EGMR v. 6. 9. 2005 – 61406/00 (*Gurepka gegen Ukraine*), § 39 („found guilty“).

<sup>19</sup> Entgegen *Hörnle*, StV 2006, S. 383, 386 f.

<sup>20</sup> So zuletzt EGMR v. 11. 4. 2006 – 19324/02 (*Leger gegen Frankreich*), § 71; EGMR v. 27. 6. 2006 – 22318/02 (*Csozszanski gegen Schweden*): „result from, follow and depend upon or occur by virtue of the ‚conviction‘“.

<sup>21</sup> Unmissverständlich EGMR v. 11. 4. 2006 – 19324/02 (*Leger gegen Frankreich*), §§ 74 und 75: „associated with the objectives of the original sentence of murder“.

<sup>22</sup> Das verkennt *Rosenau* (o. Fn. 14), S. 308 f.; konventionsrechtlich kann man die verschiedenen Formen der Sicherungsverwahrung eben nicht gleichsetzen. Wie hier *Dörr* in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 13 Rn. 161.

<sup>23</sup> EGMR v. 26. 10. 2004 – 968/04 (*Brown gegen Großbritannien*).

Fall betont, dass die ungarischen Behörden und Gerichte sich auf den Strafvollzug beschränkten, ohne den Sachverhalt oder die Schuld des Angeklagten neu zu würdigen.<sup>24</sup>

### 3. Die Präventivhaft nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK

Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr wird in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK ausdrücklich genannt. Gleichwohl enthält diese Norm keinen Kompetenztitel für eine längerfristige Präventivhaft. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs steht die Freiheitsentziehung nach lit. c in einem spezifisch strafrechtlichen Kontext, denn sie dient der Vorführung vor ein Gericht. Ziel ist somit die Sicherung einer strafrechtlichen Untersuchung, die mit der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe (lit. a) enden kann. Das Gericht soll innerhalb einer angemessenen Zeit über die Fortdauer der Haft entscheiden, und zwar unter dem Gesichtspunkt, ob sich der Verdacht einer begangenen Straftat bestätigt.<sup>25</sup> Zudem versteht der EGMR in ständiger Rechtsprechung den Haftgrund nach lit. c und seine verfahrensmäßige Absicherung durch Art. 5 Abs. 3 EMRK als Einheit („essential link“).<sup>26</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK erfasst somit den Haftgrund der Wiederholungsgefahr weiterer Straftaten bei einem bereits bestehenden Tatverdacht (vgl. § 112 a StPO). Die nachträgliche Sicherungsverwahrung dient nicht der Vorführung vor ein Gericht und kann daher nicht auf lit. c gestützt werden.<sup>27</sup>

### 4. Ordnungs- und Erzwingungshaft nach Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK

In der bisherigen Diskussion spielt der Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK keine Rolle, obwohl die Sicherungsverwahrung damit begründet werden könnte, dass sie die Erfüllung einer „gesetzlichen Verpflichtung“ („any obligation prescribed by law“) erzwingen soll.<sup>28</sup> Allerdings verlangt der EGMR, dass die gesetzlich vorgeschriebene Pflicht, deren Erfüllung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK durch eine Freiheitsentziehung sichergestellt werden soll, spezifisch und konkret ist.<sup>29</sup> Auch wenn die Konventionsorgane bislang die Kriterien, wann eine gesetzliche Verpflichtung hinreichend konkret ist, noch nicht abschließend bestimmt haben, so kann diese Ermächtigung nicht im Sinne einer allgemeinen Generalklausel zur Einforderung von Rechtsgehorsam verstanden werden. So heißt es unmissverständlich in der Entscheidung im Fall *Lawless gegen Irland*: „... 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

---

<sup>24</sup> EGMR v. 27. 6. 2006 – 22318/02 (*Csozanszki gegen Schweden*).

<sup>25</sup> Statt vieler sei auf die Entscheidung EGMR v. 31.7.2000 – 34578/97 (*Jecius gegen Litauen*), § 50 = Reports 2000-IX, S. 235, 251 verwiesen; übersehen von *Passek*, GA 2005, S. 96, 110 f.

<sup>26</sup> S. etwa EGMR v. 24. 7. 2003 – 46133 und 48183/99 (*Smirnova gegen Russland*), § 56; EGMR v. 2. 12. 2003 – 53129/99 (*Imre gegen Ungarn*), § 37.

<sup>27</sup> Ebenso *Gollwitzer* (o. Fn. 16), Art. 5 Rn. 70 gegen *Dörr* (o. Fn. 22), Kap. 13 Rn. 161.

<sup>28</sup> Erwogen von *Dörr* (o. Fn. 22), Kap. 13 Rn. 161.

<sup>29</sup> EGMR v. 8. 6. 1976 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel u.a. gegen Niederlande*), § 69 = A/22 = EuGRZ 1976, S. 227; näher dazu *Trechsel*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, 1974, S. 204 ff.

State but for securing the execution of specific obligations imposed by law.“<sup>30</sup> Art. 5 Abs.1 lit. b EMRK enthält also keine Ermächtigung zur präventiven Freiheitsentziehung zur Verhütung von Straftaten außerhalb der in lit. c, d und e normierten Eingriffsvorbehalte, so dass sich die nachträgliche Sicherungsverwahrung zur Verhinderung künftiger schwerer Straftaten nicht auf diesen Eingriffstatbestand stützen lässt.

### 5. Das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 Abs. 1 EMRK

Nach der ständigen Rechtsprechung von BVerfG und BGH ist das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG für die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht einschlägig. Ausschlaggebend für dieses Argument ist die Unterscheidung zwischen Strafen und Maßregeln.<sup>31</sup> Aus konventionsrechtlicher Sicht versteht sich der Ausschluss der Sicherungsverwahrung vom strafrechtlichen Rückwirkungsverbot nicht von selbst.

Diese Frage wurde bislang von den Konventionsorganen noch nicht entschieden.<sup>32</sup> Zu beachten ist, dass der Begriff der Strafe nach Art. 7 EMRK autonom ausgelegt wird, d.h. ohne Bindung an nationale Besonderheiten.<sup>33</sup> Von entscheidender Bedeutung ist demnach, ob die in Frage stehende Maßnahme als Rechtsfolge an die gerichtliche Feststellung der Begehung einer Straftat anknüpft. Dass sie präventiven Zwecken dient, schließt ihre Einordnung als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK nicht von vornherein aus.<sup>34</sup> Diese Auslegung lehnt sich an den Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ in Art. 6 Abs. 1 EMRK an. Nähme man die Sicherungsverwahrung aus dem konventionsrechtlichen Begriff der Strafe aus, dann hätte dies auch unabsehbare Konsequenzen für die Anwendbarkeit des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. Stellt man ferner in Rechnung, dass viele andere Konventionsstaaten das deutsche System der Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel nicht kennen, sondern der Freiheitsentzug die Vergeltung von Schuld und zugleich die anschließende Sicherung der Gesellschaft vor dem eventuell noch gefährlichen Straftäter bezweckt (vgl. etwa die „mandatory life sentence“ oder die „indeterminate life sentence“ nach englischem Recht), so ist es durchaus möglich, dass die strafrechtliche Rückwirkung sich nach der Konvention anders darstellt als in der deutschen Rechtspraxis. Die Verschärfung der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit Rückwirkung verstößt dann auch gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK.

### 6. Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

---

<sup>30</sup> EGMR v. 1. 7. 1961 – 332/57 (*Lawless gegen Irland*), § 9 = A/3.

<sup>31</sup> S. o. Fn. 4.

<sup>32</sup> EGMR v. 1. 7. 1961 – 332/57 (*Lawless gegen Irland*), § 19 = A/3 betraf eine rein präventive Freiheitsentziehung ohne jedwede Anknüpfung an eine bereits begangene Straftat, aus der sich die Gefährlichkeit der inhaftierten Person hätte ergeben können.

<sup>33</sup> Vgl. EGMR v. 9. 2. 1995 – 17440/90 (*Welch gegen Großbritannien*), § 27 = A/307-A; EGMR v. 8. 6. 1995 – 15917/98 (*Jamil gegen Frankreich*), § 30 = A/317-B; EGMR v. 22. 6. 2000 – 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96 (*Coeme u.a. gegen Belgien*), § 145 = Reports 2000-VII.

<sup>34</sup> Vgl. EGMR v. 9. 2. 1995 – 17440/90 (*Welch gegen Großbritannien*), §§ 28, 30 = A/307-A; EGMR v. 8. 6. 1995 – 15917/98 (*Jamil gegen Frankreich*), § 31 = A/317-B. Wie hier *Scheidegger* (o. Fn. 13), S. 739; *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, Rn. 534.

In Betracht kommt schließlich ein Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“, der auch in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegt ist. Anders als bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung in ihrer jetzigen Ausgestaltung beruht die Gefährlichkeitsprognose nicht auf neuen Tatsachen, die zum Zeitpunkt des Strafurteils nicht erkennbar waren. Vielmehr soll die Prognose des Strafgerichts, die sich auf die abgeurteilte Tat stützt, nachgeholt werden. Das ist eine echte Rechtskraftdurchbrechung. Gleichwohl verweist man auch insoweit auf den Unterschied zwischen repressiver Strafe und präventiver Gefahrenabwehr und verneint infolgedessen einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG.<sup>35</sup> Wie gezeigt versteht sich diese Differenzierung aus der Sicht der Konvention nicht von selbst.

#### IV. Ein Blick über die Grenzen

Im Jahr 2006 ist die Schweiz – so stellt es sich bei oberflächlicher Betrachtungsweise dar – dem deutschen Vorbild gefolgt und hat in § 65 Abs. 2 schweizer. StGB ebenfalls die Möglichkeit einer nachträglichen Sicherungsverwahrung eingeführt. Bei genauem Hinsehen zeigen sich jedoch erhebliche Unterschiede zu § 66 b StGB. Voraussetzung für eine nachträgliche Verwahrung sind kumulativ, dass sich die Gefährlichkeit des Verurteilten während des Vollzuges der Freiheitsstrafe aus neuen Tatsachen oder Beweismitteln ergibt *und* dass die Gründe für seine Gefährlichkeit „im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte“. Materiell handelt es sich um einen Fall der Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten, d.h. die ursprüngliche Anklage wird im Hinblick auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung noch einmal vollständig verhandelt.<sup>36</sup>

Die Gründe für diese vom deutschen Recht abweichende Konstruktion lag darin, dass der Bundesrat eine Konventionsverletzung vermeiden wollte. Die Wiederaufnahme verstößt seiner Ansicht nach nicht gegen den Grundsatz „ne bis in idem“. Außerdem ist das neue Urteil eine hinreichende Rechtsgrundlage gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK für die nachträgliche Sicherungsverwahrung, soweit es einen Schuldspruch enthält.<sup>37</sup>

Auf die vorgeschlagene Ergänzung der nachträglichen Sicherungsverwahrung übertragen: Der schweizerische Gesetzgeber ist der Ansicht, dass eine Verletzung der Menschenrechtskonvention nur dann vermieden wird, wenn die Sicherungsverwahrung auch nach dem im Zeitpunkt der Tatbegehung geltenden Recht möglich gewesen wäre.<sup>38</sup> Man kann sicher trefflich darüber streiten, ob die schweizerische Regelung in jeder Hinsicht konventionskonform ist. Ein Dahinter-Zurück ist es auf keinen Fall!

---

<sup>35</sup> S. etwa OLG Brandenburg, NStZ 2005, S. 272, 274; *Poseck*, NJW 2004, S. 2559, 2561; *Passek*, GA 2005, S. 110; *Rosenau* (o. Fn. 14), S. 298 f.; *Veh*, NStZ 2005, S. 308; a.A. *Kinzig*, NStZ 2004, S. 655, 660.

<sup>36</sup> Näher dazu *Scheidegger* (o. Fn. 13), S. 737 ff.

<sup>37</sup> Bundesrat, BBl. 2005, S. 4713 ff.; *Scheidegger* (o. Fn. 13), S. 738 f.

<sup>38</sup> AS 2006, S. 3524.

