

*Oberstaatsanwalt Privatdozent Dr. Ralf Peter Anders
Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck
Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg*

Schriftliche Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu dem

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung
des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung
BT-Drucksache 17/9874**

b) Antrag der Fraktion der SPD

**Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung
BT-Drucksache 17/8760**

c) Antrag der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Jan Korte, Ulla
Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Einsetzung einer Expertenkommission zur
Sicherungsverwahrung
BT-Drucksache 17/7843**

am 27. Juni 2012

I. Gegenstand der Stellungnahme

Gegenstand dieser Stellungnahme ist die sog. nachträgliche Therapieunterbringung, wie sie im Antrag der Fraktion der SPD vom 28. Februar 2012 (BT-Drucksache 17/8760), dort unter Ziffer II. 2., sowie in Gestalt der Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Mai 2012 (BR-Drs. 173/12), dort unter Ziffer 2.¹, zum Ausdruck kommt².

Das *BVerfG* hatte vor seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011³ interdisziplinär Expertisen eingeholt und seinem Urteil zu Grunde gelegt. Es hat auf diesem Hintergrund dem Gesetzgeber ein enges zeitliches Korsett vorgegeben, die im Urteil enthaltenen Vorgaben umzusetzen. Die Einsetzung einer Expertenkommission⁴ neben den derzeit laufenden legislatorischen Anstrengungen dürfte aus diesen Gründen jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt angesichts des fortgeschrittenen Zeitablaufs nicht mehr zielführend sein.

II. Verfassungsrechtlich begründete Notwendigkeit der Neuregelung der Anordnungsvoraussetzungen für die Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011?

Das *BVerfG* erklärte mit Urteil vom 4. Mai 2011 die mit dem „Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“⁵ ab dem 1. Januar 2011 in Kraft getretenen sowie verschiedene frühere Fassungen der Regelungen über die Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig und gab dem Gesetzgeber auf, ein neues Recht der Sicherungsverwahrung spätestens bis zum 31. Mai 2013 zu schaffen. Längstens bis dahin bleiben die für verfassungswidrig erklärten Regelungen mit einschränkenden Vorgaben anwendbar.

Das *BVerfG* transponiert in seiner Entscheidung die Rechtsprechung des *EGMR* vom 17. Dezember 2009 zu den Artikeln 5 und 7 EMRK über eine

¹ S. 44 ff. in BT-Drucksache 17/9874.

² Es handelt sich bei der Stellungnahme um ein abgewandeltes Exzerpt aus meinem Aufsatz „Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung“, veröffentlicht in JZ 2012, 498.

³ *BVerfG*, JZ 2011, 845 (nachfolgend nach Rn. zitiert).

⁴ Vgl. Ziffer II. im Antrag der Abgeordneten Halina Wawzyniak u.a. vom 22. November 2011 (BT-Drs. 17/7843).

⁵ BGBl. I, 2300.

völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes. Danach sind im Wesentlichen zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die Fälle, in denen „lediglich“ eine Verletzung des Abstandsgebots ausgesprochen wurde, stehen neben den Fällen, in denen darüber hinaus auch eine Verletzung des Vertrauensschutzgebots festgestellt wurde. Für den erstgenannten Bereich sieht der *Senat* Bund und Länder in der Pflicht, „ein freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept für die Unterbringung zu entwickeln, das dem Abstandsgebot gerecht“ wird⁶. Das *BVerfG* gibt hier in den sog. „sieben Geboten“⁷ vor, was der Gesetzgeber insoweit zu leisten hat. Der *Senat* hat jedoch insbesondere die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht nur wegen des Verstoßes gegen das Abstandsgebot, sondern auch gegen das Vertrauensschutzgebot als verfassungswidrig angesehen. Dies hat Konsequenzen für die trotz des vom *EGMR* angenommenen absoluten Geltungsanspruchs von Artikel 7 EMRK⁸ vom *BVerfG* aus teleologischen Gründen offen gehaltenen⁹ Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des betroffenen Einzelnen und dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit: Das *BVerfG* hat für diesen Bereich – wie auch für die weiteren Vertrauensschutzfälle, nämlich die der rückwirkenden Gesetzesanwendung – enge Ausnahmeregelungen geschaffen, die der Annäherung an einen „absoluten Vertrauensschutz“¹⁰ gerecht werden sollen. Danach sind die Vertrauensschutzbelange der Betroffenen ausnahmsweise dann nicht verletzt, weil noch von einem Überwiegen der öffentlichen Sicherheitsinteressen ausgegangen werden kann, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind¹¹: Das Abstandsgebot muss eingehalten sein, es muss – insoweit in Anlehnung an die Rechtsprechung des 5. Strafsenats des *BGH*¹² – eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten sein und zudem muss mit Blick auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 lit. e) EMRK eine „psychische Störung“ i.S.d. § 1 Absatz 1 Nummer 1 ThUG vorliegen¹³. Für eine Übergangszeit bis längstens zum 31. Mai 2013 kann die nachträgliche Sicherungsverwahrung weiter angeordnet werden, wenn die beiden

⁶ *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 120.

⁷ *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 112 – 118.

⁸ Vgl. *Hörnle*, *NStZ* 2011, 488 (489 f.).

⁹ *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 98 unter Hinweis auf *BVerfGE* 109, 133 (159).

¹⁰ *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 139.

¹¹ Vgl. *BVerfG* (Fn. 3), Nummer III.2.a) des Urteilstenors; Rn. 156.

¹² *BGH*, *NJW* 2011, 240 (243).

¹³ *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 132 und 156.

letztgenannten Voraussetzungen erfüllt sind¹⁴. Von dieser Übergangsregelung erfasst sind Fälle, in denen die Anlasstaten vor dem 1. Januar 2011 erfolgten, da für Taten nach diesem Zeitpunkt die nachträgliche Sicherungsverwahrung abgeschafft wurde¹⁵.

Ausgehend von diesen Grundsätzen dürfte das zum Entscheidungszeitpunkt geltende materielle Recht der Anordnung der Sicherungsverwahrung zum 1. Januar 2011 durch das Urteil des *BVerfG* vom 4. Mai 2011 im Wesentlichen nicht angetastet worden sein. Der *Senat* hat nicht die wesentlichen Inhalte des geltenden Rechts selbst, insbesondere nicht die Voraussetzungen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung im StGB, beanstandet, sondern vielmehr das Defizit an Regelungen, welche die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Abstandsgebots erfüllen. Die Wucht des Urteils, das sich auf die seit dem 1. Januar 2011 geltenden sowie verschiedene frühere Fassungen der Regelungen über die Sicherungsverwahrung bezieht, resultiert also vornehmlich daher. Die Voraussetzungen der Anordnung sowohl der primären als auch der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung sind vom *BVerfG* dagegen nicht in Zweifel gezogen worden.

Der „Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ (BT-Drucksache 17/9874) befasst sich daher schon seinem Titel nach im Wesentlichen mit der Umsetzung des sog. Abstandsgebots, die vom *BVerfG* en détail in sieben konkreten Geboten vorgegeben ist¹⁶. Mit Blick auf die Voraussetzungen der Anordnung der Sicherungsverwahrung wird allein die nachträgliche Sicherungsverwahrung im JGG abgeschafft und gegen die vorbehaltene ersetzt.

Der vom *BVerfG* vorgegebene Ausnahmeweg für die Vertrauensschutzfälle im Bereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung weckt nun die Begehrlichkeit, diese Lösung auch auf Neufälle, also bei Anlasstaten ab dem 1. Juni 2013, zu erstrecken. Eine sog. nachträgliche Therapieunterbringung ist im Gesetzentwurf der

¹⁴ *BVerfG* (Fn. 3), Nummer III. 2. a) des Urteilstenors.

¹⁵ Durch das „Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“, BGBl. I, 2300.

¹⁶ Siehe zum ultima-ratio-Prinzip, Individualisierungs- und Intensivierungsgebot, Motivierungsgebot, Trennungsgebot, Minimierungsgebot, Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot sowie zum Kontrollgebot *Bartsch* FS 2011, 267 (271 ff.).

Bundesregierung nicht vorgesehen; sie wird über § 65 StGB in der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drucksache 173/12 (Beschluss))¹⁷ gefordert.

III. Die nachträgliche Therapieunterbringung

1. Konstruktion des § 65 StGB der Stellungnahme des Bundesrates

Die nachträgliche Therapieunterbringung versucht, das Konzept „nachträglicher strafrechtlicher Sanktionierung von ‚Gefährlichkeit‘“¹⁸ im Anschluss an das Anlassurteil, das keinen Vorbehalt einer solchen Sanktion vorsah, über den Begriff der „psychischen Störung“ für Neufälle im Maßregelrecht des StGB zu verankern. Erfasst sein durch dieses neue Recht sollen Neufälle, also solche, in denen die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sanktion angeordnet werden soll (Anlasstat), nach dem 31. Mai 2013 begangen worden ist¹⁹.

§ 65 StGB der Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Mai 2012 stellt einen Hybrid aus § 66b StGB a.F., also der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach altem Recht, und den Ausnahmevorgaben aus dem Urteil des *BVerfG* vom 4. Mai 2011 für Vertrauensschutzfälle dar. Die Konstruktion sieht im Wesentlichen „nova“ vor, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten i.S.d. § 66b Absatz 1 StGB a.F. hinweisen, in Verbindung mit den Erfordernissen einer „psychischen Störung“ und der dadurch bedingten Gefährdung i.S. der Ausnahmevoraussetzungen des *BVerfG* („hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten“) unter Beibehaltung der Anlasstaten nach § 66b Absatz 1 StGB a.F. Es besteht die Gefahr, dass mit der Beibehaltung des § 66b Absatz 1 StGB a.F. und der zusätzlichen Verankerung einer mit der „psychischen Störung“ verbundenen Gefährdung eine zweifache und somit unklare Gefahrenkausalität in einem Tatbestand festgeschrieben wäre. Dies wird insbesondere darin aufgewiesen, dass nach der Formulierung des § 65 StGB in der Stellungnahme des Bundesrates unklar ist, ob sich das Erfordernis der „nova“ auch auf die Tatsachen bezieht, die einer „psychische Störung“ zu Grunde liegen. Hier bestünde m.E. jedenfalls Klarstellungsbedarf.

¹⁷ S. 44 ff. in BT-Drucksache 17/9874.

¹⁸ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. (2012), Vorbemerkung zu § 66.

¹⁹ Vgl. Artikel 316f Absatz 1 EGStGB im Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 17/9874) mit Blick auf die primäre und vorbehaltene Sicherungsverwahrung; Ziffer 2. lit. d) der Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Mai 2012 (BR-Drucksache 173/12) (S. 48 in BT-Drucksache 17/9874).

Der verfassungsrechtliche begründete Sinn und Zweck der „nova“ liegt darin, unter Wahrung des Vorrangs des Erkenntnisverfahrens eine nachträgliche Korrektur des rechtskräftigen Urteils zu verhindern²⁰. In den meisten Fällen einer „psychischen Störung“ dürften Feststellungen hierzu im Ursprungsurteil fehlen²¹, weil sie dort ohne Relevanz war, so dass das Erfordernis von „nova“ insoweit auch im Rahmen des § 65 StGB der Stellungnahme des Bundesrates nur in wenigen Fällen eine Sperrwirkung entfalten dürfte; Ausnahmen wären in den Fällen möglich, in denen sich das Gericht dezidiert mit den §§ 20, 21 StGB auseinandergesetzt und in diesem Rahmen Feststellungen auch zu einer „psychischen Störung“ getroffen hätte. Für Fälle unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB – eine „psychische Störung“ führt in der Regel nicht zur Schuldunfähigkeit bzw. sehr selten zur verminderten Schuldfähigkeit²² – kann an die Rechtsprechung zu § 66b StGB a.F. angeknüpft werden, nach der für „nova“ verlangt wurde, dass im Falle psychischer Auffälligkeiten des Verurteilten es nicht darauf ankomme, wann diese Auffälligkeiten erstmals zur Diagnose insbesondere einer „psychischen Störung“ geführt hätten, sondern vielmehr maßgeblich sei, ob die der psychologischen oder medizinischen Bewertung zu Grunde liegenden Anknüpfungstatsachen im Zeitpunkt der Aburteilung bereits vorlagen oder zumindest erkennbar waren²³. Danach könnte das Erfordernis der „nova“ nicht nur in den Fällen, in denen das Gericht Feststellungen zu den §§ 20, 21 StGB getroffen hat, sondern auch in den „darunter“ liegenden Verfahren eine Sperrwirkung entfalten. Nur wäre in rechtstatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass dadurch der Anwendungsbereich der nachträglichen Therapieunterbringung in nur wenigen Fällen eingeschränkt würde. Denn es würde – wie bereits dargelegt – mit der „psychischen Störung“ eine Kategorie verankert, die für das Gericht, das wegen der Anlasstat verurteilte, als solche ohne eigenständige Relevanz war. Der Begriff der „nachträglichen“ Unterbringung, der mit einer Voraussetzung begründet würde, die bei der Anlassverurteilung ohne Bedeutung war, suggeriert daher eine Restriktion des Anwendungsbereichs der Norm, die es in Wahrheit nicht geben würde. Im Gegenteil: Die Unbestimmtheit des Begriffs der „psychischen Störung“

²⁰ *BVerfG*, NJW 2006, 3483 (3484); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 66b Rdnr. 18 m.w.N.

²¹ *Kreuzer/Bartsch*, StV 2011, 472 (475).

²² Siehe nur *Schöch*, in: *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 2 (2011), 1193 (1209).

²³ *BGHSt* 50, 275 (278 f.); 373 (379, 383); *BGH*, NJW 2007, 1074 (1075).

führt aus kriminologischer und psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht zu bemerkenswerten Quantifizierungen – so sollen mehr als die Hälfte der langzeithaftierten Gewalt- und Sexualverbrecher in diesem Sinne psychisch gestört sein²⁴; angesichts der hohen Prävalenzraten für z.B. depressive Störungen sollen derzeit etwa 3 Millionen Menschen in Deutschland unter diesen Begriff fallen²⁵.

Zudem begegnet die nachträgliche Therapieunterbringung grundsätzlichen Bedenken.

2. Verfassungs-, konventionsrechtliche und systematische Kritik

a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Das Vertrauensschutzgebot aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG dürfte durch eine Regelung gleichsam „auf den Kopf gestellt“ werden, welche erst nachträglich eine Prüfung nach Kriterien vorsieht, die bei der Anlassverurteilung weitgehend ohne Bedeutung waren²⁶ – dies war bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung anders, da die dort verlangten „neuen Tatsachen“ sich allgemein auf die Gefährlichkeit des Verurteilten bezogen und sich das erkennende Gericht hier schon regelmäßig mit den entsprechenden Voraussetzungen der primären oder vorbehaltenen Sicherungsverwahrung beschäftigt haben dürfte. Dieses Bedenken schlägt in formell-verfassungsrechtlich Hinsicht durch: Die Verbindung zum Strafrecht wird immer „dünner“²⁷, wenn allein die „psychische Störung“ und eine darauf fußende bestimmte Gefährdungslage ausschlaggebend sein sollen. Dies dürfte durch die Rechtsprechung von *BVerfG* und *BGH* zu § 66b StGB a.F. bestätigt werden, die verlangt, dass – abgrenzend zu ansonsten präventiv-polizeilichen Maßnahmen – die „nova“ in einem prognoserelevanten symptomatischen Zusammenhang mit der Anlassverurteilung stehen²⁸. Für die Fallgruppe psychisch Kranker wurde daraus

²⁴ *Schöch*, in: *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 2 (2011), 1193 (1209).

²⁵ *Müller/Saimeh/Habermeyer/Nedopil/Schneider/Falkai*, online unter <http://www.dgppn.de/en/publikationen/stellungnahmen/detailansicht/article/141/zur-neuregel.html>, zuletzt aufgerufen am 25. Juni 2012. Siehe auch *Morgenstern*, ZIS 2011, 974 (977 f.).

²⁶ Kritisch insoweit auch *Krehl*, StV 2012, 27 (30).

²⁷ Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* sind von der Bundeskompetenz auch nachträgliche Maßnahmen präventiver Art erfasst, die an die Straftat anknüpfen und ihre sachliche Rechtfertigung aus der Anlasstat beziehen, BVerfGE 109, 190 (212).

²⁸ *BVerfG*, NJW 2006, 3483 (3484); BGHSt 50, 275 (278 f.); *BGH*, NSiZ 2006, 276; NJW 2007, 1074 (1076).

gefolgert, dass „die Krankheit ihren Ausdruck in Auffälligkeiten gefunden haben muss, die sich als Fortsetzung oder Verstärkung der Gefahrenlage bei der Anlasstat darstellen“²⁹. Auch dieser konkrete Zusammenhang – hier bezogen auf die „psychische Störung“ – mit der zurückliegenden Straftat dürfte durch ein Konzept, das „ ‚nova‘-freundlich“ mit einer Voraussetzung arbeitet, die für die Anlassverurteilung grundsätzlich irrelevant war, schwierig herzustellen sein.

Nach diesem kompetenzrechtlichen Argument wären Regelungsorte für das Vorhaben, nachträglichen Schutz vor psychisch gestörten Gefährlichen zu gewähren, die Unterbringungsgesetze der Länder.

Schließlich gelten die bereits mit Blick auf das ThUG und die Schwere des Grundrechtseingriffs erhobenen materiellen Bedenken gegen die Bestimmtheit des Begriffs der „psychischen Störung“ auch mit Blick auf eine nachträgliche Therapieunterbringung: Das ThUG verwende zwar diesen Begriff, definiere ihn aber nicht; die Gesetzesmaterialien³⁰ vermitteln kein eindeutiges Verständnis³¹, was zu entsprechend hohen Betroffenenzahlen führen werde³². Soweit in § 65 Absatz 3 StGB der Stellungnahme des Bundesrates geregelt werden soll, dass die Annahme einer „psychischen Störung“ nicht voraussetze, dass durch sie eine Einschränkung der Schuldfähigkeit gemäß den §§ 20, 21 StGB bewirkt worden sei³³, wird nicht mehr definiert, als schon aus der Gesetzesbegründung zum ThUG erkennbar ist³⁴.

b) Konventionsrechtliche Bedenken

²⁹ *BGH*, NJW 2007, 1074 (1076).

³⁰ Vgl. BT-Drucksache 17/3403, S. 54.

³¹ *Krehl*, StV 2012, 27 (29 f.); *Morgenstern*, ZIS 2011, 974 (976 ff. m.w.N.); *Ullenbruch*, StV 2012, 44 (49); *Kinzig*, StV 2011, 689 (691); *Nußstein*, NJW 2011, 1194; *OLG Hamm*, StV 2011, 681 (683). Siehe dazu aus psychiatrischer Sicht *Müller/Saimeh/Habermeyer/Nedopil/Schneider/Falkai*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2011, 116 (117) (auch online: <http://www.dgppn.de/en/publikationen/stellungnahmen/detailansicht/browse/1/select/stellungnahmen-2011/article/141/zum-gesetz-z.html>, zuletzt aufgerufen am 25. Juni 2012): „Verwässerung psychiatrischer Konzepte“; *dies.*, online unter <http://www.dgppn.de/en/publikationen/stellungnahmen/detailansicht/article/141/zur-neuregel.html>, zuletzt aufgerufen am 25. Juni 2012: „Diese Etikettierung gefährlicher Straftäter mit einer nicht näher bestimmten ‚psychischen Störung‘ ist als Missbrauch der Psychiatrie zu kritisieren“.

³² Vgl. zu den Zahlen oben III. 1.

³³ Ziffer 2. lit. a) bb) der Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Mai 2012 (BR-Drucksache 173/12) (S. 45 in BT-Drucksache 17/9874).

³⁴ Vgl. BT-Drucksache 17/ 3403, S. 54.

Aus konventionsrechtlicher Sicht bestehen die bereits mit Blick auf das ThUG bekannten Bedenken, ob der Begriff der „psychischen Störung“ unter den Eingriffstatbestand des Artikels 5 Absatz 1 Satz 2 lit. e) EMRK fällt. Hier dürfte weiterhin die Unsicherheit bestehen, dass der *EGMR*, soweit ersichtlich, bislang bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit niemals auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 lit. e) EMRK zurückgegriffen hat³⁵. Zentral und in ständiger Rechtsprechung zieht der *EGMR* faktisch-folgenorientiert Rückschlüsse aus der Art der Unterbringung, ob das Eingriffstatbestandsmerkmal des „unsound mind“ vorliegt³⁶. Verlangt wird – zuletzt bestätigt in den Entscheidungen in den Fällen O.H. v. Deutschland und Kronfeldner v. Deutschland, beide weitgehend Parallelfälle zu M. v. Deutschland³⁷ – „a hospital, clinic or other appropriate institution“³⁸. In beiden Entscheidungen verweist der *EGMR* zudem affirmativ auf das Urteil des *BVerfG* vom 4. Mai 2011³⁹, indem er – den dortigen „Therapieoptimismus“ teilend – ausführt, dass für diese Fälle „a high level of individualised and intensified offer of therapy and care by a team of multi-disciplinary staff to persons in preventive detention (...) if the standard therapies available in the institution did not have prospects of success“, erforderlich sei⁴⁰. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass bei Umsetzung des vom *BVerfG* im Urteil vom 4. Mai 2011 definierten Abstandsgebots schon der Sicherungsverwahrungsvollzug einer „other appropriate institution“ entsprechen würde. Rechnet man die in ständiger Rechtsprechung starke Betonung der Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers hinzu⁴¹, könnte der Vollzug einer nachträglichen Therapieunterbringung für Neufälle entsprechend § 65a Absatz 2 StGB der Stellungnahme des Bundesrates auch in einer Einrichtung nach § 66c Absatz 1 StGB des Regierungsentwurfs somit der folgenorientierten Auslegung von Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 lit. e) EMRK durch den *EGMR* entgegenkommen. Jedoch dürfte weiterhin die Prognose schwer fallen, wie der *EGMR* über das ThUG entscheiden wird; erhebliche Risiken der Konventionswidrigkeit mit Blick auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 lit. e) EMRK sind daher auch mit Blick auf eine nachträgliche Therapieunterbringung nicht von der Hand zu weisen.

³⁵ *Renzikowski*, ZIS 2011, 531 (538); *Morgenstern*, ZIS 2011, (979); *Höffler/Stadtland*, StV 2012, 239 (242 in Fn. 55).

³⁶ *Renzikowski*, ZIS 2011, 531 (536 f.); *Morgenstern*, ZIS 2011, (979 f.); *Höffler/Stadtland*, StV 2012, 239 (245) jeweils m.w.N. aus der Rechtsprechung des *EGMR*.

³⁷ Vgl. *EGMR*, NJW 2010, 2495.

³⁸ *EGMR*, Urteil v. 24.11.2011 – 4646/08, Rdnr. 79; Urteil v. 19.1.2012 – 21906/09, Rdnr. 72, jeweils m.w.N.

³⁹ Vgl. *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 113.

⁴⁰ *EGMR*, Urteil v. 24.11.2011 – 4646/08, Rdnr. 89; Urteil v. 19.1.2012 – 21906/09, Rdnr. 82.

⁴¹ *EGMR*, Urteil v. 24.11.2011 – 4646/08, Rdnr. 78 m.w.N.; Urteil v. 19.1.2012 – 21906/09, Rdnr. 71.

c) Systematische Bedenken

Mit der Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung im StGB seit dem 1. Januar 2011 wurde im „Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“⁴² ein Ausgleich in der Sicherheitsstruktur mit der Stärkung insbesondere der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (Verzicht auf die (sichere) Feststellung eines Hanges; neue „Ersttäter“-Regelung; Möglichkeit der Ausübung des Vorbehalts bis zum Strafende)⁴³ erreicht: Eine erneute nachträgliche Reaktion in Form einer Therapieunterbringung würde diese Systematik wieder ins Ungleichgewicht bringen. Es drohte die in jeder Hinsicht paradoxe Situation, dass nach der Entscheidung des *BVerfG* vom 4. Mai 2011 ein im Vergleich zur Rechtslage vom 1. Januar 2011 insgesamt schärferes Recht der Sanktionierung von Gefährlichkeit existieren würde, was dann wiederum Folge und Fortsetzung der „Flickschusterei“⁴⁴ einer in sich unstimmg und politisch getriebenen Arbeit des Gesetzgebers, die bereits dem Zustand des Rechts der Sicherungsverwahrung vor dem 1. Januar 2011 zu Grunde lag, wäre. Die Argumentation, man erwarte nur wenige Fälle, die unter eine nachträgliche Therapieunterbringung fallen könnten⁴⁵, ist schwer haltbar, da in *quantitativer* Hinsicht die angesichts der Unbestimmtheit des Begriffs der „psychischen Störung“ aus fachlicher Sicht vorliegenden Schätzwerte beunruhigen müssen⁴⁶. Zweifel, ob der vom *BVerfG* im Urteil vom 4. Mai 2011 formulierte Gefährungsgrad – eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten sein – ein taugliches Einschränkungskriterium begründet, dürften wegen der grundsätzlichen Unsicherheit von Gefährlichkeitsprognosen jedenfalls nicht gänzlich von der Hand zu weisen sein⁴⁷. Zudem bedeutete eine nachträgliche Therapieunterbringung im Vergleich zum ThUG eine erhebliche *qualitative* Neuerung, da gefährliche, psychisch gestörte Täter zukünftig mit *strafrechtlichen* Mitteln erfasst würden. Mit der Verankerung der

⁴² BGBl. I, 2300.

⁴³ BT-Drucksache 17/3403, S. 15.

⁴⁴ Kreuzer, StV 2011, 122; Kreuzer/Bartsch, StV 2011, 472 (474).

⁴⁵ Vgl. die Pressemitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 11. Januar 2012: „Für diese – wenigen, aber extremen – Fälle brauchen wir weiterhin ein Instrument“, <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/presse/archiv/2012/detail/6.php>, zuletzt aufgerufen am 25. Juni 2012.

⁴⁶ Vgl. oben III. 1.

⁴⁷ Höffler/Stadland, StV 2012, 239 (244 f.).

„psychischen Störung“ über die singulären Vertrauensschutzfälle nach der exzeptionellen Übergangsregelung aus dem Urteil des *BVerfG* vom 4. Mai 2011 sowie die ggf. vom ThUG erfassten limitierten Ausnahmefälle hinaus würde ein dauerhaftes Tor zur Psychopathologisierung des Strafrechts geschaffen. Denn es wäre sanktionenbegründend „eine neue dritte und (...) eigenständige Kategorie“⁴⁸ neben den bisher vorhandenen gesetzlichen Regelungen, welche die Unterbringung gefährlicher Straftäter zu Präventionszwecken auf der einen und die Unterbringung psychisch Kranker im Sinne der §§ 20, 21, 63 StGB auf der anderen Seite vorsehen, in das StGB eingeschrieben. Hier dürfte es sich um eine Furt handeln, welche das Problem der Grenzziehung zwischen Krankheit und Gesundheit verschärft⁴⁹ und deren Spurentiefe derzeit kaum abzuschätzen wäre⁵⁰. Dies gilt insbesondere, wenn ein gewisser Zeitabstand zu der aktuellen krisenhaften Ausnahmesituation erreicht sein wird.

Die Terminologie „Therapieunterbringung“ dürfte den Versuch darstellen, die qualitative Nähe zur nachträglichen Sicherungsverwahrung zu kaschieren. In der Sache handelt es sich um eine nachträgliche Pönalisierung von Gefährlichkeit durch das Strafrecht, deren Verfassungskonformität vom *BVerfG* in seinem Urteil vom 4. Mai 2011 lediglich über eine Regelung für „Ausnahmefälle“⁵¹ bestätigt wurde. Es bleibt die vom *BVerfG* angenommene grundsätzliche Verfassungswidrigkeit der nachträglichen Reaktion des Strafrechts auf Gefährlichkeit. Ihre prospektive und im Prinzip unbegrenzte Implementierung für Neufälle über die vergleichsweise überschaubaren Vertrauensschutzfälle hinaus stellt die Systematik der Neuregelung der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung, welche vom *BVerfG* im Urteil vom 4. Mai 2011 nicht beanstandet wurde, in Frage; Folge wäre wiederum der vielgescholtene „Flickenteppich“.

IV. Ergebnis

⁴⁸ *BVerfG*, StV 2012, 25 (26, Absatz 36); vgl. schon Absatz 173 des Urteils: „eine weitere Kategorie“.

⁴⁹ *Kröber*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2011, 234 (242).

⁵⁰ Vgl. *Kröber*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2011, 234 (242): „Die Kosten dieses Holzwegs sind immens“. Vgl. auch *Höffler/Stadtland*, StV 2012, 239 (245): „Es findet ein ‚Labeling‘ statt, dass ‚gefährlich‘ gleich ‚krank‘ (bzw. ‚gestört‘) sei, um statt ‚Verwahrung‘ das Etikett der ‚Therapie‘ nutzen zu können“.

⁵¹ *BVerfG* (Fn. 3), Rn. 156.

Die durch die nachträgliche Therapieunterbringung begründeten verfassungs- und konventionsrechtlichen Bedenken sind immens⁵²; erneute Niederlagen vor dem *BVerfG* und/oder dem *EGMR* wären katastrophal. Die Implementierung der nachträglichen Therapieunterbringung wäre auf dem Hintergrund des erreichten Regelungsstandes der Anordnungsvoraussetzungen im Recht der Sicherungsverwahrung nicht nur unsystematisch; darüber hinaus läge das qualitativ-kategoriale Defizit des Instituts der nachträglichen Therapieunterbringung in der Gefahr einer psychopathologischen Entgrenzung des Strafrechts.

⁵² Vgl. *Kreuzer/Bartsch*, StV 2011, 472 (473): „(v)erfassungs- und konventionsrechtlich bedenklich“.