

Freiheitsstrafe und Maßregelvollzug

- Gemeinsamkeiten, Unterschiede und deren (Vollzugs-)Folgen -

Dr. Christoph Stieber¹

I. Einleitung

Zunächst möchte ich der Bundesvereinigung der Anstaltsleiterinnen und Anstaltsleiter für die Einladung zur diesjährigen Arbeits- und Fortbildungstagung nach Freiburg danken. Entgegen der ursprünglichen Ankündigung wird der Vortrag nicht von Herrn Bundesverfassungsrichter Professor Landau gehalten, der heute terminlich an Verpflichtungen im Senat gebunden ist. Ich freue mich, für diese Tagung statt seiner einen thematischen Beitrag mit einer gewissen „Karlsruhe Perspektive“ leisten zu dürfen. Als wissenschaftlicher Mitarbeiter habe ich in den letzten knapp drei Jahren reichlich an den Diskussionen partizipiert, die im weitesten Sinne unter das Stichwort „Sicherungsverwahrung“ zu fassen sind - einem der Schwerpunktthemen dieser Tagung.

Mit diesem Hintergrund möchte ich einen Blick auf die hier immer wiederkehrenden Themen Unterscheidung zwischen Straftat und Maßregelvollzug, Abstandsgebot und Resozialisierungsauftrag werfen, die seit kurzem um das Stichwort Therapieunterbringung zu ergänzen sind.

Eine solche Betrachtung kann heute nicht mehr allein aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts und dessen Interpretation und Anwendung des Grundgesetzes erfolgen. Vielmehr ist es ein offenes Geheimnis, dass insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) - wie es so schön heißt: im Dialog der Gerichte² -, mit einzubeziehen sind und die Entwicklung letztlich auch vorangetrieben haben. Ich möchte es an dieser Stelle offen lassen, ob der Gerichtshof hierbei als Motor, Kraftstoff oder lediglich als Katalysator gewirkt hat. Jedenfalls ist ein Blick nach Straßburg immer wieder angezeigt.

¹ Der Autor ist Richter am Verwaltungsgericht (Trier) und war von Juli 2011 bis Juni 2014 als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht im Dezernat von Prof. Landau tätig. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

² Vgl. Landau/Trésoret, DVBl 2012, S. 1329 ff.

Im Umfeld der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung im Jahr 2011³ wurden die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Strafvollzugs von Herr Professor Landau unter dem Topos „Grundgesetz und Strafvollzug“⁴ in mehreren Vorträgen und Beiträgen aufgegriffen und erläutert. Unter Umständen hat der eine oder andere unter Ihnen die auf die Würde des Menschen und auf das Menschenbild des Grundgesetzes gestützten Ausführungen auch heute noch vor Augen. Ich werde auf das eine oder andere Element hieraus zurückgreifen müssen, sind es doch diese Elemente, die die konkreten Vorgaben im Einzelnen bestimmen.

II. Schuld und Sonderopfer: Begründung des 2-spurigen Sanktionensystems

Das Thema Sicherungsverwahrung lässt sich ohne Erläuterungen zum 2-spurigen Sanktionensystem des deutschen Strafrechts kaum behandeln. Mir ist bewusst, dass dieses Element bereits seit Jahren immer wieder Gegenstand von Beiträgen ist und deshalb vielfach nicht unbekannt sein dürfte. Dennoch möchte ich ein paar Grundzüge erneut aufgreifen, in Erinnerung rufen und auf ein paar hoffentlich interessante Aspekte und Querverbindungen aufmerksam machen.

Zum Thema Sicherungsverwahrung gibt es ohne Zweifel auch eine Reihe aktueller Diskussionspunkte - so z.B. zur inhaltlichen Bedeutung und Reichweite der psychischen Störung -, die ich heute jedoch bewusst ausklammere. Denn ich habe gesehen, dass Herr Prof. Kinzig im weiteren Tagungsverlauf „Neues vom Zustand einer problematischen Maßregel“ vortragen wird, und ich möchte insoweit in keinem Fall vorgreifen.

1. Verfassungsrechtliche Legitimation

Zurück zum 2-spurigen Sanktionensystem: Ausgangspunkt für die vorzunehmende Differenzierung zwischen Kriminalstrafe einerseits und den Maßregeln der Besserung und Sicherung andererseits bildet vor allem die unterschiedliche verfassungsrechtliche Legitimation. Neben Unterschieden in den Anordnungsvoraussetzungen und den jeweils verfolgten

³ Vgl. BVerfGE 128, 326.

⁴ Vgl. beispielsweise Landau, in: Forum Strafvollzug 2011, S. 129 ff.

Zielen markiert die Schuld - als eines der zentralen Elemente des deutschen Strafrechts - die Grenze zwischen den beiden Spuren.

Apropos „strafrechtliches“ Sanktionensystem: In die Diskussion, ob die präventiv ausgerichteten Maßregeln überhaupt zum „Strafrecht“ gehören - insbesondere, wenn sie nachträglich angeordnet werden - und in die damit zusammenhängenden Fragen der Gesetzgebungskompetenz möchte ich hier nicht einsteigen.⁵

Zu den angesprochenen Unterschieden: Während die Freiheitsstrafe also gegen einen bestimmten Täter verhängt und vollzogen werden darf, weil dieser sich in vorwerfbarer Weise für die Begehung von Unrecht entschieden hat⁶, stützt sich die Legitimation zur Anordnung und zum Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln – unabhängig von einem Schuldvorwurf – auf das Prinzip des überwiegenden Interesses.⁷ Dem Betroffenen wird letztlich ein Sonderopfer abverlangt. Aus diesem Grund muss die hier vorzunehmende Abwägung ergeben, dass das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsinteresse des Maßregeluntergebrachten im konkreten Fall überwiegt.

Für die Freiheitsstrafe ist die Schuld allerdings nicht nur legitimierender Faktor (strafbegründende Funktion), sondern gleichzeitig begrenzende Größe. Die straflimitierende Wirkung des Schuldgrundsatzes verlangt, dass Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und der Schuld des Täters stehen muss; unverhältnismäßig hohe Strafen dürfen nicht verhängt werden.⁸ Insoweit deckt sich der Schuldgrundsatz letztlich mit dem allgemeinen Prinzip des Übermaßverbotes.⁹ Auf die daraus zu ziehenden Konsequenzen für das Strafen komme ich gleich zurück.

Das Schuldprinzip hat – darauf möchte ich zuvor noch am Rande hinweisen – jedoch nicht allein eine abwehrrechtliche Dimension, die es ausschließt, aus spezial- oder generalpräventiven Gründen das schuldangemessene Maß zu überschreiten. Solche, verfassungsrechtlich gleichsam legitimen Strafzwecke, wie sie in § 46 StGB Niederschlag gefunden haben, können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Strafzumessung deshalb allein unterhalb der Grenze der verwirklichten Schuld berücksichtigt

⁵ Vgl. dazu BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 53 ff.; kritisch Kinzig, NJW 2011, S. 177 <181>; Nußstein, NJW 2011, S. 1194 <1194>.

⁶ Vgl. BVerfGE 128, 326 <376 f.>; auch BVerfGE 109, 133 <171 f.>.

⁷ Vgl. BVerfGE 109, 133 <173 f.>; 128, 326 <376 f.>; Kinzig, Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 34 ff.; Radtke, in: FS Schöch, S. 695 <712>.

⁸ Vgl. BVerfGE 6, 389 <439>; 45, 187 <228>; 50, 205 <215>.

⁹ Vgl. BVerfGE 34, 261 <267>; 50, 205 <215>.

werden.¹⁰ Vor allem in der jüngsten Rechtsprechung des Zweiten Senats zu Absprachen im Strafprozess wurde neben der abwehrrechtlichen, ein übermäßiges Strafen verhindernden Bedeutung der Schuld auch die objektive, rechtsstaatliche Funktion des schuldangemessenen Strafens betont.¹¹ Gestützt auf das Rechtsstaatsprinzip und der damit verbundenen Forderung nach materieller Gerechtigkeit muss die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen¹²; aber eben nicht nur im Sinne des bereits erwähnten Übermaßverbotes, sondern - kurz gesagt - in beide Richtungen, d.h. das Maß schuldangemessenen Strafens darf auch nicht unterschritten werden.

2. Konsequenzen für das „Strafen“

Aus dem Vorgenannten ergeben sich - insbesondere aufgrund der limitierenden Rückbindung an die Schuld - Konsequenzen für das Strafen: So führt die Anknüpfung an die Verantwortlichkeit des Täters – im internationalen Vergleich betrachtet – zu moderaten Strafhöhen, weil spezialpräventive Gesichtspunkte, die ihrerseits von der verwirklichten Schuld nicht mehr gedeckt sind, bei der Strafzumessung keine Berücksichtigung finden können. Der hierdurch in Teilen begründete „blinde Fleck“ im Bereich des staatlichen Auftrages zum Schutz der Allgemeinheit bedarf daher eines Ausgleichs - hier setzen die Maßregeln der Besserung und Sicherung an. Freiheitsstrafen werden also nur im Umfang der verwirklichten Schuld verhängt, und nur dort, wo es im Einzelfall erforderlich ist, werden anschließende oder ersetzende Maßregeln angeordnet.

Die aufgestellte Behauptung, das deutsche System führe in der Gesamtschau zu einem grundrechtsschonenden Umgang mit dem Freiheitsrecht, lässt sich durch Zahlenmaterial des Europarates unterstreichen, der in seinen sog. „SPACE“ Statistiken entsprechendes Material zusammengestellt hat.¹³ Die statistische Auswertung dort zeigt, dass in Deutschland zum Stichtag 31. März 2011 unter 3.000 Personen Freiheitsstrafen von zehn Jahren oder mehr (eingeschlossen lebenslange Freiheitsstrafen) verbüßt. Dies entspricht einem

¹⁰ Vgl. BVerfGE 109, 133 <173>.

¹¹ BVerfGE 133, 168 <198>.

¹² Vgl. BVerfGE 133, 168 <198>.

¹³ Vgl. Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I - 2011, S. 102 ff., abrufbar unter: <http://www3.unil.ch/wpmu/space>; vgl. dazu schon Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Der Schutz der Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern - Zur Rechtslage im europäischen Ausland, August 2010, abrufbar unter: www.bundestag.de.

Anteil von 4,7 % der Strafgefangenen.¹⁴ Hinzu kamen zum Stichtag 504 Personen im Maßregelvollzug. Demgegenüber verbüßten beispielsweise in Großbritannien und Wales zum Stichtag 1. September 2011 über 11.000 Personen eine Freiheitsstrafe von zehn Jahren oder mehr, wobei anzumerken ist, dass hier auch allein aus Sicherheitsgründen Untergebrachte eingerechnet sind. Der prozentuale Anteil beträgt, wenn man den Teil der Sicherungsuntergebrachten herausrechnet, um insoweit eine Vergleichbarkeit mit den Zahlen langjähriger Freiheitsstrafen in Deutschland zu erhalten, abgerundet 17,5 %.¹⁵ Hinzu kamen dort über 6.000 Personen, die aus Sicherheitsgründen untergebracht wurden.¹⁶ Auch in anderen Ländern ist der prozentuale Anteil an Personen mit Freiheitsstrafen von zehn Jahren oder mehr deutlich höher¹⁷: Zu nennen sind beispielsweise Belgien (19,8 %, hiervon entfallen 3,3 % auf lebenslange Freiheitsstrafen, die wiederum Unterbringungen aus Sicherheitsgründen umfassen kann), Dänemark (8,9 %), Italien (21 %) oder Luxemburg (27,4 %, hiervon entfallen 3,6 % auf lebenslange Freiheitsstrafen, die wiederum Unterbringungen aus Sicherheitsgründen umfassen kann).

Es versteht sich von selbst, dass dieser rein statistische Vergleich Verzerrungen aufweist, weil nationale Besonderheiten darin keine Berücksichtigung finden - wie beispielsweise die Möglichkeit oder das Absehen von einer Verhängung kurzer Freiheitsstrafen. Ungeachtet dessen kann hinsichtlich der Rechtsfolge – also hinsichtlich des Umfangs der Freiheitsentziehung – festgestellt werden, dass sich der deutsche Ansatz im europäischen Vergleich grundrechtsschonend darstellt.

Welche Argumente lassen sich – auch im Dialog mit dem EGMR – daraus ableiten? So wurde der Einwand erhoben, der EGMR habe bei seiner Leitentscheidung im Verfahren M. gegen Deutschland die menschenrechtliche Gesamtbilanz und die letztlich auch freiheitsschonende Austarierung des 2-spurigen Sanktionensystems nicht ausreichend berücksichtigt.¹⁸ Dieser Einwand ist durchaus berechtigt, wenn man den Blick isoliert auf das Freiheitsrecht richtet. Als etwaiger Vorwurf an den EGMR taugt er jedoch nur bedingt.

¹⁴ Vgl. Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I - 2011, a.a.O., S. 108.

¹⁵ Vgl. Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I – 2011, a.a.O., S. 108.

¹⁶ Vgl. Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I – 2011, a.a.O., S. 103.

¹⁷ Vgl. Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I – 2011, a.a.O., S. 108.

¹⁸ Vgl. Landau, NStZ 2013, S. 194 <197>.

Hier ist schlicht festzuhalten, dass die Konvention mit ihren abschließenden Freiheitsentziehungsgründen des Art. 5 EMRK¹⁹ einer derart abwägenden Gesamtbetrachtung nicht zugänglich ist und dem Gerichtshof deshalb schon kein Spielraum verblieb. Insoweit besteht ein eklatanter Unterschied zum deutschen Verfassungsrecht, das mit Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG zwar einen strengen Gesetzesvorbehalt formuliert, die Gründe für die Freiheitsentziehung jedoch letztlich in die Hand des Gesetzgebers legt, der seinerseits im Wesentlichen allein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen ist.

Die fehlende Flexibilität der Konvention möchte ich nicht beurteilen, da Funktion und Aufgabe der EMRK eine freie Hand der unterschiedlichen nationalen Gesetzgeber wohl nicht zulassen. Sie stellt den EGMR aber durchaus auch in anderen Bereichen vor Argumentations- und Subsumtionsprobleme: So ist es z.B. konventionsrechtlich auch schwierig, eine einfache polizeirechtliche, präventive Ingewahrsamnahme – Stichwort: Gewaltbereite Demonstranten – unter den Katalog des Art. 5 Abs. 1 EMRK zu fassen. Ich möchte dies im Einzelnen hier nicht vertiefen und verweise insoweit auf den erforderlichen Argumentationsaufwand in der korrespondierenden Rechtsprechung des EGMR.²⁰

Wieder zur grundrechtsschonenden Gesamtbilanz unseres 2-spurigen Systems: Dieser Einwand darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der im Jahr 2009 mit der Entscheidung M. gegen Deutschland²¹ begründete Konflikt auch bei einer Berücksichtigung nicht ausgeblieben wäre. Denn jenseits der Frage eines passenden Freiheitsentziehungsgrundes lag ein Hauptangriffspunkt des EGMR in der unzulässigen, rückwirkenden Verschärfung der freiheitsentziehenden Maßnahme. Im Zusammenhang mit der Rückwirkung spielt es jedoch keine Rolle, ob die Freiheitsentziehung auf einem moderaten System fußt oder die Folge strengen Strafens ist. In beiden Fällen wird bei einer rückwirkenden Verschärfung letztlich in die Erwartung des Betroffenen eingegriffen, die Freiheit zu einem bestimmten Zeitpunkt wiederzuerlangen.

Eine andere Frage ist diejenige nach den Konsequenzen der Rückwirkung. Auf Grundlage des autonom zu bestimmenden Begriffs der Strafe im konventionsrechtlichen Sinne (Art. 7 Abs. 1 EMRK) erfasste der EGMR die Sicherungsverwahrung als Strafe. Er begründete dies im Wesentlichen mit der tatsächlichen Ausgestaltung des Vollzugs und den prozess-

¹⁹ Vgl. nur EGMR, Entscheidung vom 8. Juni 1976 – Beschwerde-Nr. 5100/71 u.a. - Engel u.a. ./ . Niederlande, Rn. 57; EGMR, Entscheidung vom 18. Januar 1978 – Beschwerde-Nr. 5310/71 – Irland ./ . Großbritannien, Rn. 194 (jeweils abrufbar über <http://hudoc.echr.coe.int>).

²⁰ Vgl. nur EGMR, Urteil vom 7. März 2013 - Beschwerde-Nr. 15598/08 -, Ostendorf ./ . Deutschland, juris.

²¹ EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009 - Beschwerde-Nr. 19359/04 -, M. ./ . Deutschland, juris.

alen Rahmenbedingungen, die denjenigen des Strafvollzuges glichen. Konventionsrechtliche Folge war ein absolutes Rückwirkungsverbot.²² Demgegenüber ist die Sicherungsverwahrung nach deutschem Verständnis keine Strafe und eröffnet damit grundsätzlich auch die Möglichkeit rückwirkender, belastender Veränderungen. Nicht das absolute Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist Maßstab; vielmehr werden allein durch das allgemeine Vertrauensschutzgebot die Anforderungen an die Zulässigkeit einer rückwirkenden Verschärfung bestimmt.²³ Gleichzeitig fordert der bereits geschilderte Unterschied zum Strafen - Stichwort: „Schuld“ - auch eine entsprechende Berücksichtigung beim Vollzug der Maßregel, womit wir wieder beim Thema Abstandsgebot wären.

3. Abstandsgebot

Das Abstandsgebot ist neben der grundrechtsschonenden Gesamtbilanz also eine weitere Konsequenz des 2-spurigen Sanktionensystems und verlangt - vereinfacht ausgedrückt - beim Vollzug der Maßregeln nach einem Abstand zum Strafvollzug. Grund hierfür bilden vor allem die bereits geschilderten Unterschiede in der verfassungsrechtlichen Legitimation. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil vom 4. Mai 2011 konkrete Vorgaben zum Abstandsgebot formuliert²⁴, von denen ich hier nur zwei kurz erwähnen möchte, die wohl am stärksten auf die Vollzugspraxis wirken: zum einen das Trennungsgebot, demzufolge bereits die Gestaltung des äußeren Vollzugsrahmens im deutlichen Abstand zum regulären Strafvollzug erfolgen muss.²⁵ Zum anderen das sogenannte Individualisierungs- und Intensivierungsgebot, das darauf gerichtet ist, dem Betroffenen ein passendes Behandlungsangebot zur Verfügung zu stellen, damit dieser - den Zweck der Freiheitsentziehung berücksichtigend - schnellstmöglich entlassen werden kann.²⁶ Erforderlich ist - wie immer wieder griffig formuliert wird - ein freiheitsorientiertes Therapiekonzept.

Ungeachtet dessen sollte nicht aus dem Blick verloren werden, dass sich das Abstandsgebot letztlich als Gesamtpaket einer Reihe eingeforderter Gebote darstellt. Aus diesem Grund kann auch nicht einem einzelnen Gebot ein Vorrang eingeräumt werden; der Zweck

²² EGMR, a.a.O., Rn. 122 ff.

²³ Vgl. BVerfGE 128, 326 <390>; auch BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 67 ff.

²⁴ BVerfG 128, 326 <379 ff.>.

²⁵ BVerfGE 128, 326 <380 f.>.

²⁶ BVerfGE 128, 326 <379 f.>.

des Abstandsgebots insgesamt und dessen verfassungsrechtliche Grundlagen dürfen nicht außen vor gelassen werden. In diesem Kontext hatte die 3. Kammer des Zweiten Senats einer Verfassungsbeschwerde stattgeben, die gegen eine Umsetzung des Trennungsgebotes um jeden Preis gerichtet war.²⁷

Folgendes ist vermutlich keine riskante These: Die klare Positionierung des Zweiten Senats zum Thema personelle und sachliche Ausstattung²⁸ wurde bei Ihnen gerne zur Kenntnis genommen. Damit wurde - wie schon in der Jugendvollzugsentscheidung²⁹ - in erster Linie der Haushaltsgesetzgeber zum Handeln aufgerufen und nicht Sie - als Anstaltsleiterinnen und Anstaltsleiter - müssen eine Umsetzung allein durch Umverteilung vorhandener Ressourcen bewerkstelligen. Ob dieser verfassungsgerichtliche Aufruf Ihnen im Ergebnis tatsächlich geholfen hat und hilft, die Vorgaben des Abstandsgebotes umsetzen zu können, vermag ich aus meiner Perspektive nicht zu beurteilen. Zweifellos aber verlangt das Abstandsgebot und hierbei insbesondere die Anforderungen an die Gestaltung des äußeren Vollzugs und an die Therapieangebote dem Haushaltsgesetzgeber und den Vollzugsanstalten Vieles ab.

Bei all den konkreten Vorgaben zum Abstandsgebot in der Entscheidung vom 4. Mai 2011 sollte eines jedoch nicht vergessen werden. Das Abstandsgebot hat seinen Ursprung bereits in der Sicherungsverwahrungsentscheidung des Zweiten Senats aus dem Jahr 2004.³⁰ Bemerkenswert ist insoweit, dass das Bundesverfassungsgericht seinerzeit noch ausdrücklich davon abgesehen hatte, konkrete Richtlinien für die Umsetzung vorzugeben. Die sich anschließende Umsetzung brachte jedoch einen eher „überschaubaren“ Erfolg und erst die deutliche Starthilfe durch den EGMR veranlasste das Bundesverfassungsgericht, nun doch konkrete Leitlinien zu formulieren. Aus diesem Grund fragte ich eingangs, ob der EGMR Motor, Kraftstoff oder Katalysator dieser Entwicklung war.

Aus verfassungsgerichtlicher Perspektive wird die nun laufende Umsetzung in zwei Bereichen nach und nach bzw. immer wieder zur Prüfung gestellt: Zum einen geht es um diejenigen, die gestützt auf das Abstandsgebot innerhalb des Vollzugs pauschal eine Besserstellung gegenüber den Strafgefangenen wollen. Dabei wird allerdings der verfassungsrechtliche Hintergrund des geforderten Abstandsgebots ebenso wenig berücksichtigt, wie

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 12. Juli 2012 - 2 BvR 1278/10 -, juris.

²⁸ Vgl. nur BVerfGE 128, 326 <384 f.>.

²⁹ BVerfGE 116, 69 <89 f.>.

³⁰ BVerfGE 109, 133 <166 f.>.

der Umstand, dass der Abstand letztlich durch das Gesamtpaket aus den im Einzelnen aufgeführten Geboten zu gewährleisten ist und sich nicht in jeder Einzelmaßnahme abbilden muss. Die zweite Stoßrichtung von Verfassungsbeschwerden betrifft die Strafvollstreckung. Dabei geht es darum, gestützt auf eine unzureichende Umsetzung des Abstandsgebots eine Entlassung aus dem Maßregelvollzug zu erwirken. Hier gibt es erste Verfahren, bei denen es darum geht, welche Konsequenzen es auf den weiteren Vollzug der Maßnahme hat, wenn seitens der Strafvollstreckungskammer zuvor formulierte Auflagen – z.B. das Angebot einer (bestimmten) Therapie – nicht erfüllt werden. Folgt daraus – wie in einem Fall ein Landgericht angenommen hat – eine zwingende Entlassung auf Bewährung oder – wie das Oberlandesgericht daraufhin entschieden hat – lediglich eine weiter verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung? Angesichts der Aktualität dieser noch offenen Fragestellung möchte ich meine Anmerkungen auf die Problembeschreibung beschränken. Nur soviel vielleicht: Liegt die Ursache für eine nicht durchgeführte Therapie nicht im fehlenden Therapieangebot sondern in der Therapieunwilligkeit des Betroffenen selbst begründet – vereitelt dieser also die Umsetzung des Abstandsgebotes selbst –, kann das nicht zugunsten des Betroffenen ins Feld geführt werden. Dabei wird im Einzelnen – insbesondere zunächst durch die Fachgerichte – zu klären sein, in welcher Art und Weise und in welchem Umfang einem Therapieunwilligen Behandlungsangebote zu unterbreiten und diese Angebote gegebenenfalls zu wiederholen sind.

4. *Legitimation, Zweck und Ziel*

Ein Punkt, der im Zusammenhang mit dem zu gewährleistenden Abstand zwischen Freiheitsstrafe und Maßregelvollzug immer wieder kritisch aufgegriffen wird, ist die in Teilen bestehende Parallelität von Zielen des Strafvollzugs auf der einen und des Maßregelvollzugs auf der anderen Seite.

Wenn, so die berechtigte Frage, bereits der Strafvollzug verfassungsrechtlich auf Resozialisierung auszurichten ist und auch der Sicherung der Gesellschaft vor neuerlichen Straftaten des Verurteilten dient³¹, worauf gründet sich dann der Abstand des Maßregelvollzugs, wenn es auch dort vor allem darum geht, den Betroffenen ihr Gefährlichkeitspotenzial zu nehmen und diese wieder in der Gesellschaft zu integrieren.³² Ganz unberechtigt ist dieser

³¹ Vgl. bspw. § 2 StVollzG des Bundes.

³² Vgl. BVerfGE 128, 326 <374 f.>.

Einwand auch deshalb nicht, weil auch der Zweite Senat unter Hinweis auf den ultima-ratio Gedanken der Sicherungsverwahrung fordert, dass den Betroffenen ein therapeutisches Angebot bereits während des Strafvollzugs gemacht werden muss³³, auch insoweit also eine Parallelität begründet wird.

Um diesem Einwand zu begegnen, ist es zunächst wichtig, zwischen den Bereichen Legitimation, Zweck und Ziel zu unterscheiden. Sich diese Unterscheidung zu vergegenwärtigen, ist auch deshalb wichtig, weil die die Unterschiede zutreffend aufzeigende Entscheidung des Zweiten Senats zur Sicherungsverwahrung aus dem Jahr 2004 die Begrifflichkeiten Ziel und Zweck zum Teil synonym verwendet.³⁴

In unmittelbarer Anlehnung an die verfassungsrechtliche Legitimation dient die Freiheitsstrafe dem Schuldausgleich: „Die Strafe ist eine repressive Übelzufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, die dem Schuldausgleich dient.“³⁵ Zu trennen von dieser Funktion, diesem Zweck der Freiheitsstrafe an sich ist die Ausgestaltung des Vollzugs: Hier spielen Gesichtspunkte der Vergeltung und des Schuldausgleichs keine Rolle, es geht also – bildlich gesprochen - nicht darum, den Sanktionscharakter durch eine Beschränkung auf Wasser und Brot zu unterstreichen. Unrechtsgehalt der Tat und Schwere der Schuld finden nur in der Dauer der Freiheitsstrafe Ausdruck.³⁶ Der Vollzug selbst formuliert seine Aufgaben dementsprechend auch anders und benennt die Resozialisierung als Vollzugsziel und nimmt hier weiter die spezialpräventive Funktion des Vollzuges auf.³⁷

Diese Aufgabe und Zielsetzung des Vollzuges darf jedoch nicht mit dem Zweck der Freiheitsstrafe gleichgesetzt werden. Denn andernfalls wäre die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe gegenüber demjenigen von vornherein ausgeschlossen, der keiner Resozialisierung bedarf und bei dem gleichzeitig eine neuerliche Tatbegehung ausgeschlossen werden kann, die Allgemeinheit also nicht vor weiteren Straftaten durch ihn zu schützen ist. Zur Illustration stellen Sie sich einfach eine gesellschaftlich voll integrierte, geachtete und sozial engagierte Persönlichkeit vor, die wegen einer Steuerstraftat zu einer Freiheitsstrafe von 3,5 Jahren verurteilt wurde. Auch unter der naheliegenden Prämisse, dass Gründe der

³³ BVerfGE 128, 326 <379>.

³⁴ BVerfGE 109, 133 <173 ff.>.

³⁵ BVerfGE 109, 133 <173> unter Verweis auf BVerfGE 7, 305 <319>; 9, 167 <169>; 20, 323 <331>; 25, 269 <285 f.>; 54, 100 <108>; 58, 159 <162>; 91, 1 <27>; 105, 135 <153>.

³⁶ BVerfGE 109, 133 <177>.

³⁷ Vgl. bspw. § 2 StVollzG des Bundes: Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.

Resozialisierung ebenso wenig nach einem Vollzug der verhängten Freiheitsstrafe verlangen wie der Schutz der Allgemeinheit vor neuerlichen Straftaten des Verurteilten - dieser konnte die Einmaligkeit seiner Verfehlung glaubhaft versichern -, wird mir niemand widersprechen, dass der Schuldausgleich dennoch nach einem Vollzug der verhängten Freiheitsstrafe verlangt.

Ich möchte Sie bitten, diese Überlegungen zum Zweck der Freiheitsstrafe in Abgrenzung zu den Zielen des Strafvollzuges und dessen Ausgestaltung im Gedächtnis zu behalten, ich komme darauf in anderem Zusammenhang noch einmal zurück.

Kurz zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung: Hier liegen die Dinge anders - der Schutz der Allgemeinheit vor neuerlichen Straftaten bildet hier nicht nur die Legitimation für die Entziehung der äußeren Freiheit, sondern bestimmt zugleich auch deren Zweck.³⁸ Wird dieser Zweck jedenfalls insoweit erreicht, dass die Schutzinteressen der Allgemeinheit das Freiheitsinteresse des Betroffenen nicht weiter überwiegen, ist der Maßregelvollzug umgehend zu beenden.³⁹

Sich diese Gegebenheiten vergegenwärtigend erschließt sich, weshalb es im Ergebnis unschädlich ist, wenn mit der Vollstreckung verfolgte, in der Ausgestaltung des Strafvollzuges zu Tage tretende Ziele zu einer Teilidentität mit dem Maßregelvollzug führen. Das Abstandsgebot ist kein Selbstzweck, sondern Ausfluss der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingung. Es geht nicht allein darum, die Betroffenen im Maßregelvollzug „besser zu stellen“ als Strafgefangene. Es geht darum, die auf das Prinzip des überwiegenden Interesses gestützte Freiheitsentziehung auf das erforderliche Maß zu beschränken, hierfür Strukturen zur Besserung bereitzustellen und prozessual Vorsorge dafür zu treffen, dass die Betroffenen bei Zweckerreichung bzw. bei Wegfall des Vollzugszweckes aus der Unterbringung entlassen werden. Dass unsere Verfassung auch für die Ausgestaltung des Strafvollzuges ein Resozialisierungsgebot formuliert, ändert an diesem Befund nichts. Andernfalls gelangte man - polemisch formuliert - zu dem verfassungsrechtlich nicht begründbaren Ergebnis, dass es den Strafgefangenen nur schlecht genug gehen müsse, um ohne größere Anstrengungen das „Abstandsgebot“ zu verwirklichen.

³⁸ Vgl. BVerfGE 109, 133 <174>.

³⁹ BVerfGE 128, 326 <377>.

All dies ändert natürlich nichts daran, dass es im Einzelnen schwierig zu bestimmen ist, welche Privilegien den Sicherungsverwahrten gegenüber den Strafgefangenen zu gewähren sind.

5. Exkurs: Lebenslange Freiheitsstrafe

Bei der bis hierhin aufgezeigten Diskussion um und über das Abstandsgebot komme ich nicht umhin, das Thema lebenslange Freiheitsstrafe aufzugreifen, das ich in der gebotenen Kürze anschneiden möchte. Konkret geht es dabei um die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 57a Abs. 1 StGB. Denn auch in diesem Bereich werden seitens der Betroffenen Forderungen nach einer Wahrung des Abstandsgebots erhoben.

Diese Forderung nach einer Gleichbehandlung mit Sicherungsverwahrten erscheint einem zwar zunächst eher fernliegend, weckt bei weiterer Befassung jedoch durchaus Zweifel und lässt sich erst bei einem dritten Blick - letztlich mit guten Gründen - verwerfen.

Der erste Impuls sagt: Gegen den Betroffenen wurde eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt, die dementsprechend auch als solche grundsätzlich vollstreckt werden kann. Bedenken ergeben sich jedoch bei näherer Betrachtung der gesetzlichen Regelung zur Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe auf Bewährung: Unter Einbeziehung der in § 57a Abs. 1 Nr. 3 StGB vorgenommenen Verweisung formuliert die Norm vier kumulativ zu erfüllende Anforderungen, von denen wir für die vorliegende Betrachtung zwei direkt außen vor lassen können: das Einverständnis des Betroffenen und die Mindestverbüßdauer von 15 Jahren.

Damit verbleiben zwei Tatbestandsmerkmale: Erstens darf die „besondere Schwere der Schuld“ des Verurteilten die weitere Vollstreckung nicht gebieten⁴⁰, und zweitens muss die Aussetzung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden können.

⁴⁰ Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein konkreter Zeitpunkt für eine *mögliche* Aussetzung des Strafrestes unter Berücksichtigung des Unrechts- und Schuldgehaltes der zugrunde liegenden Tat festgelegt werden (vgl. BVerfGE 86, 288 <314>).

Liegt ausgehend von den zwei verbliebenen Anforderungen nun eine Konstellation vor, in der auch die besondere Schwere der Schuld eine weitere Vollstreckung nicht gebietet, steht allein noch das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit einer Entlassung auf Bewährung entgegen. Hier lässt sich zu Recht die Frage formulieren, welcher Unterschied dann noch zum Sicherungsverwahrten besteht, dessen Maßnahme ebenfalls *allein* zur Sicherung der Allgemeinheit vollstreckt wird. Ich erinnere daran, dass in der zu betrachtenden Konstellation die besondere Schwere der Schuld gerade keine weitere Vollstreckung gebietet.

An diesem Punkt ist es wichtig, einen Schritt zurückzutreten, um sich die bestehenden Unterschiede zwischen der allein gefährlichkeitsbedingten weiteren Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe einerseits und dem Maßregelvollzug andererseits zu vergegenwärtigen: Bei der lebenslangen Freiheitsstrafe begründet nicht die Gefährlichkeit die Freiheitsentziehung, die Gefährlichkeit steht „nur“ einer Aussetzung zur Bewährung entgegen. Demgegenüber ist beim Maßregelvollzug die Gefährlichkeit Grund und Legitimation des Eingriffs in das Freiheitsrecht.

Diese Unterscheidung ist kein Formalismus: Ausgangspunkt bildet die verhängte lebenslange Freiheitsstrafe, die als Sanktion für schwerste Tötungsdelikte nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot schuldangemessenen Strafens verstößt.⁴¹ Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht allerdings unter Bezugnahme auf die Anforderungen menschenwürdiger Strafvollstreckung ausgesprochen, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleiben muss, seine Freiheit wiederzuerlangen.⁴² Dem wird durch die Möglichkeit der Aussetzung zur Bewährung Rechnung getragen.

Bezieht man an dieser Stelle neben den legitimatorischen Grundlagen der Freiheitsentziehung und der zu gewährleistenden Chance auf die Wiedererlangung der Freiheit auch die bereits beschriebenen Aufgaben und Ziele des Strafvollzuges in die Betrachtung mit ein, ergibt sich - vereinfacht formuliert - folgendes Bild:

Die verwirklichte Schuld des Täters ist potenziell geeignet, eine lebenslange Vollstreckung der Freiheitsstrafe zu legitimieren. Innerhalb dieses eröffneten Schuldrahmens ist dem Be-

⁴¹ Vgl. BVerfGE 45, 187 <253 ff.>; 117, 71 <90>.

⁴² Vgl. BVerfGE 45, 187 <245>; 64, 261 <272>; 117, 71 <95>.

troffenen zwar die Chance auf eine Wiedererlangung der Freiheit einzuräumen, aber solange die Ziele des Strafvollzuges, zu denen auch der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten des Betroffenen gehört, nicht erreicht sind, kann die Vollstreckung der schuldlegitimierten Freiheitsentziehung fortgesetzt werden.

Es mag in diesem Zusammenhang zwar irritieren, dass im Rahmen des § 57a StGB zu prüfen ist, ob die besondere Schwere der Schuld eine weitere Vollstreckung gebietet und bei einem „Nichtgebotensein“ dennoch ein schuldbasierender Freiheitsentzug fortgesetzt werden kann. Allerdings muss der Punkt der besonderen Schwere der Schuld hier im richtigen Kontext betrachtet werden: Hintergrund ist das Anliegen des Gesetzgebers, auch im Falle einer guten Sozialprognose keine „Entlassungsautomatik“ nach der Mindestverbüßdauer von 15 Jahren zu begründen.⁴³ Die „besondere Schwere der Schuld“ ist also kein Synonym zu der, die Freiheitsentziehung legitimierenden Schuld. Dies hat zur Folge, dass ein „Nichtgebotensein“ in diesem Sinne auch keine Vollstreckung einer schuldunabhängigen Freiheitsentziehung begründet.⁴⁴ Es bietet sich hier im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen an - dazu passt auch die negative Formulierung der Voraussetzung -, die „besondere Schwere der Schuld“ als einen eigenständigen Grund für eine fortzusetzende Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe zu betrachten, indem hier - unabhängig von sonstigen Zwecken und Zielen von Freiheitsstrafe und Strafvollzug - allein die besondere Schwere der Schuld nach einer weiteren Vollstreckung verlangt. Man könnte auch sagen, in § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB kommt zum Ausdruck, dass die Freiheitsstrafe und deren Vollstreckung auch dem Schuldausgleich dient.⁴⁵

Damit schließt sich der Kreis zu den vorangegangenen Ausführungen zu Legitimation, Zweck und Ziel. Bereits dort wurde für den Bereich der zeitigen Freiheitsstrafe gezeigt, dass eine Freiheitsstrafe - oberhalb von 2 Jahren - auch gegenüber demjenigen vollstreckt werden muss, bei dem weder Resozialisierungsgründe noch Spezialprävention nach einem Freiheitsentzug verlangten.

Auch wenn lebenslange Freiheitsstrafe und Maßregelvollzug danach strukturelle Unterschiede aufweisen, leitet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch im Be-

⁴³ Vgl. BVerfGE 86, 288 <321>.

⁴⁴ BVerfGE 117, 71 <90>: Soweit die gesetzlichen Regelungen über die Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe vorsehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Strafe weiterhin vollstreckt wird, obwohl dies nicht mehr durch die besondere Schwere der Schuld geboten ist, wird damit nicht eine schuldunabhängige, vom Erfordernis der Schuldangemessenheit der Strafe nicht mehr gedeckte Strafvollstreckung zugelassen.

⁴⁵ Dazu bereits oben; vgl. BVerfGE 109, 133 <173> mwN.

reich der lebenslangen Freiheitsstrafe aus der Garantie der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip besondere Anforderungen an die Vollstreckung ab, die in einigen Bereichen denjenigen der Sicherungsverwahrung ähneln. Auf die Einzelheiten möchte ich nicht weiter eingehen⁴⁶ und lediglich darauf hinweisen, dass das Bundesverfassungsgericht das Element eines privilegierten Strafvollzuges zumindest vorsichtig angesprochen hat.⁴⁷ Die Vollzugsgestaltung im Bereich der lebenslangen Freiheitsstrafe ist danach ein weiteres, gesondert zu betrachtendes Mosaik im Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsstrafe und Maßregelvollzug.

III. Therapieunterbringung und der „Dritte Weg“

Als letzten Punkt möchte ich noch ein paar Anmerkungen zum Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Therapieunterbringungsgesetz machen, mit dem ein „Dritter Weg“ ins Spiel gebracht wurde. Worum es dabei geht und worum gerade nicht, möchte ich zum Abschluss kurz erläutern.

1. Zusammenhang zwischen psychischer Störung und §§ 20, 21 StGB

Die von mir bis hierhin in Bezug genommenen 2 Spuren - Stichwort: Legitimation - betreffen das Sanktionensystem mit der schuldabhängigen Freiheitsstrafe einerseits und den schuldunabhängigen Maßregeln der Besserung und Sicherung andererseits.

Lassen wir den Bereich der Freiheitsstrafen zurück und wenden uns innerhalb der Maßregeln denjenigen Maßnahmen zu, die mit einer potenziell langandauernden Freiheitsentziehung verbunden sein können, gelangen wir zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus einerseits und zur Sicherungsverwahrung andererseits. Hier fällt auf, dass auch innerhalb dieser Maßregeln eine Zweispurigkeit angelegt ist, die sich anhand der Kriterien der Schuldfähigkeit im Sinne des materiellen Strafrechts vollzieht, also anhand der Grenze von §§ 20, 21 StGB einerseits und der Schuldfähigkeit oder zumindest nicht erheblich verminderten Schuldfähigkeit andererseits.⁴⁸ Vereinfacht formuliert lässt sich sa-

⁴⁶ Vgl. dazu BVerfGE 117, 71 <94 ff.>; Kinzig, JR 2007, S. 165 <167 ff.>.

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 117, 71 <109 f.>.

⁴⁸ Trotz dieser Grenzziehung anhand der Schuldfähigkeit ist in Erinnerung zu rufen, dass sowohl die Unterbringung

gen, dass beim Vorliegen des erforderlichen Gefährlichkeitsgrades und der sonstigen formellen Voraussetzungen die Sicherungsverwahrung gegenüber dem zuvor schuldhaft handelnden Täter und die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gegenüber dem Schuldunfähigen oder erheblich vermindert Schuldfähigen angeordnet wird.⁴⁹

Durchbrechungen gibt es in beide Richtungen, die die genannte Grenzziehung jedoch nicht in Frage stellen: So kann zum einen - untechnisch gesprochen - die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus unter bestimmten Voraussetzungen – vor allem dem Wegfall der Voraussetzungen nach §§ 20, 21 StGB - in eine nachträgliche Sicherungsverwahrung umgewandelt werden.

Zum anderen ist in beide Richtungen eine Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel möglich, wenn dadurch die Resozialisierung besser gefördert werden kann (§ 67a StGB). Hier wird nicht die Grundlage der Freiheitsentziehung verändert, sondern lediglich der Vollzugsrahmen. Ich erwähne diese Möglichkeit - insbesondere die Möglichkeit, die Sicherungsverwahrung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu vollziehen -, weil hierzu unterschiedliche Vorstellungen der Konvention und des nationalen Rechts konfligierend aufeinandertreffen - ich komme darauf zurück.

Die im Wesentlichen an der Schuldfähigkeit orientierte Grenzziehung nach §§ 20, 21 StGB geriet – bewusst oder unbewusst – ins Wanken, als der Gesetzgeber in Reaktion auf die Entscheidung des EGMR im Verfahren M. gegen Deutschland⁵⁰ zum 1. Januar 2011 das Therapieunterbringungsgesetz in Kraft setzte und mit dem Merkmal der „psychischen Störung“ den Freiheitsentziehungsgrund nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e) EMRK umzusetzen suchte.⁵¹ Als Anschluss- oder Folgemaßnahme zur Sicherungsverwahrung erfasst die Therapieunterbringung damit Täter, bei denen zum Tatzeitpunkt eine Beschränkung der Schuldfähigkeit i.S.d. §§ 20, 21 StGB nicht festgestellt wurde, setzt jedoch gleichzeitig eine therapiebedürftige psychische Störung voraus.

nach § 63 StGB als auch diejenige nach § 66 StGB eine schuldunabhängige Freiheitsentziehung begründen und es lediglich um die Frage der Schuldfähigkeit bei Tatbegehung geht. Hier geht es nicht um eine etwaige Sanktion für die (schuldhafte) Tatbegehung selbst.

⁴⁹ Da die Sicherungsverwahrung die Verurteilung zu einer zeitigen Freiheitsstrafe voraussetzt, scheidet die Sicherungsverwahrung gegenüber einem schuldunfähigen Täter (§ 20 StGB) von vornherein aus. Bei erheblich vermindelter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) ist zwar grundsätzlich ein Nebeneinander von Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus denkbar, wobei letzteres aufgrund der Regelung des § 67 StGB (Reihenfolge und Anrechnung) das mildere Mittel und damit im Ergebnis vorrangig ist (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 22. März 2007 - 4 StR 56/07 -, juris).

⁵⁰ EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009 - Beschwerde-Nr. 19359/04 -, M. ./ . Deutschland, juris.

⁵¹ Vgl. BT-Drucks 17/3403, S. 19, 53 f.

Dieses - ich nenne es einmal - Spannungsverhältnis vor Augen führte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss zum Therapieunterbringungsgesetz aus, die Therapieunterbringung installiere einen nicht anhand der strafrechtlichen Verantwortlichkeit abzugrenzenden „dritten Weg“.⁵² Konkret wurde hier unter Einbeziehung der konventionsrechtlichen Vorgaben und der Rechtsprechung des EGMR dargelegt, dass der Begriff der psychischen Störung in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur Kategorie der Schuldfähigkeit des materiellen Strafrechts stehe, sondern erstmalig eine an konventionsrechtlichen Vorgaben orientierte Unterbringungsvoraussetzung formuliere.⁵³

Mir ist durchaus bewusst, dass die Frage des erforderlichen Schweregrades einer psychischen Störung und eines inhaltlichen Zusammenhangs mit §§ 20, 21 StGB kontrovers diskutiert wurde⁵⁴ und vielleicht auch während dieser Tagung nochmals thematisiert werden wird. Ich möchte mich für den Moment allerdings auf den Hinweis beschränken, dass der EGMR - im Dialog der Gerichte - diesen Ansatz zuletzt ausdrücklich gebilligt hat - zugegebenermaßen nicht ohne gleichzeitig an sein von Elementen der Schuldfähigkeit unabhängiges Schwerekonzept zu erinnern.⁵⁵

Der EGMR fordert im Sinne dieses Schwerekonzepts qualitativ das Vorliegen einer tatsächlichen, wahren oder echten psychischen Störung⁵⁶, ohne diese Begriffe jedoch weiter inhaltlich auszufüllen. Neben der letztlich zirkulären⁵⁷ Anforderung, dass eine psychische Störung qualitativ den Anforderungen genügt, wenn Art und Grad der Störung eine zwangsweise Unterbringung rechtfertigen⁵⁸, prüft der EGMR auch die Gestaltung des vorangegangenen Vollzuges und dabei insbesondere die Frage, ob die Sicherungsverwahrung in einem psychiatrischen Krankenhaus vollzogen wurde. Hintergrund hierfür bildet eine der konventionsrechtlichen Anforderungen für eine Freiheitsentziehung aufgrund ei-

⁵² Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 93.

⁵³ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 98 ff.; zu den dennoch bestehenden qualitativen Anforderungen an eine psychische Störung, BVerfG, a.a.O., Rn. 105 ff.

⁵⁴ Vgl. zu den unterschiedlichen Positionen beispielsweise Schöch, GA 2012, S. 14 <28 f.>; Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn, FPPK 2011, S. 197 <201>; Renzikowski, ZIS 2011, S. 531 <536 ff.>; Krehl, StV 2012, S. 27 <30>.

⁵⁵ Vgl. EGMR, Entscheidung vom 28. November 2013, - Beschwerde-Nr. 7345/12 -, G. ./.. Deutschland, juris, Rn. 52, 82, 84.

⁵⁶ Vgl. dazu EGMR, Urteil vom 19. April 2012 - Beschwerde-Nr. 61272/09 - B. ./.. Deutschland, Rn. 67 mwN.

⁵⁷ Zirkulär deshalb, weil hier letztlich die Rechtfertigung der Freiheitsentziehung als Rechtsfolge mit der Erforderlichkeit der Freiheitsentziehung auf Tatbestandsseite begründet wird.

⁵⁸ Vgl. nur EGMR, Urteil vom 24. Oktober 1979 - Beschwerde-Nr. 6301/73 - Winterwerp ./.. Niederlande, Rn. 39 (stRspr).

ner „mental disorder“, der zufolge die Maßnahme in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Einrichtung vollzogen werden muss.⁵⁹

Hier komme ich zu dem bereits angesprochenen § 67a StGB zurück, der es ermöglicht, die Sicherungsverwahrung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu vollziehen. Erfolgte der Vollzug trotz dieser einfachrechtlich eröffneten Möglichkeiten und trotz der jetzt festgestellten psychischen Störung nicht in einer therapiegeeigneten Umgebung, weckt dies beim Gerichtshof Zweifel, ob eine tatsächliche psychische Störung überhaupt vorliegt⁶⁰ oder nunmehr zur Begründung einer weiteren Freiheitsentziehung vorgeschoben werden soll.

Bei genauerer Betrachtung begründet der Befund, dass einerseits eine psychische Störung attestiert wird, andererseits jedoch zuvor kein Vollzug der Sicherungsverwahrung in einem psychiatrischen Krankenhaus erfolgte, aus nationaler Perspektive keinen Widerspruch. Denn der Vollzug in einer anderen Maßregel nach § 67a StGB setzt voraus, dass dadurch die Resozialisierung tatsächlich besser gefördert werden kann. Hieran fehlt es jedoch, wenn der Betroffene beispielsweise therapieunwillig ist.⁶¹ Allein das Vorliegen einer psychischen Störung - ohne Aussicht auf eine bessere Resozialisierung - verlangt eben nicht nach einem Wechsel des Vollzugsrahmens. Demgegenüber setzt die Konvention für eine auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e) EMRK gestützte Freiheitsentziehung voraus, auch dem Therapieunwilligen eine therapeutische Umgebung bereit zu stellen.

An dieser Stelle ist zweierlei zu differenzieren: Zum einen, ob die vorangegangene Sicherungsverwahrung auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e) EMRK gestützt werden kann, wenn die Unterbringung nicht in einer therapiegeeigneten Einrichtung erfolgte; dies ist unter Berücksichtigung der klaren Vorgaben des Gerichtshofs zu verneinen; zum anderen, ob aus der Nichtvollziehung der Sicherungsverwahrung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67a StGB Rückschlüsse auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer psychischen Störung gezogen werden können; dies ist aufgrund der in § 67a StGB geforderten tatsächlich besseren Resozialisierung nicht der Fall.

⁵⁹ Vgl. EGMR, Entscheidung vom 28. November 2013, - Beschwerde-Nr. 7345/12 - G. ./.. Deutschland, Rn. 75 mwN.

⁶⁰ Vgl. dazu EGMR, Urteil vom 13. Januar 2011 - Beschwerde-Nr. 17792/07 – Kallweit ./.. Deutschland, Rn. 55.

⁶¹ Vgl. dazu die Ausführung des EGMR im Urteil vom 24. November 2011 - Beschwerde-Nr. 4646/08 - O.H. ./.. Deutschland, Rn. 16, 19, 24, 34, die zeigen, dass der Gerichtshof den „nationalen Blickwinkel“ gesehen hat.

Es wäre wünschenswert gewesen, diese Unterscheidungen und die dadurch begründete fehlende Rückschließbarkeit von einer Nichtüberweisung nach § 67a StGB auf das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein einer psychischen Störung im Dialog der Gerichte zu erklären. Bedauerlicherweise beschränkte sich der Zweite Senat in der Entscheidung zum Therapieunterbringungsgesetz an dieser Stelle auf eine Zustandsbeschreibung und die nicht weiter begründete Feststellung einer Nicht-Rückschließbarkeit.⁶²

2. Der „Dritte Weg“ - Bedürfnis nach Konkretisierung

Kommen wir aber zum Merkmal der psychischen Störung und der durch die Senatsentscheidung aufgeworfenen Frage nach einem „Dritten Weg“.

Die Begrifflichkeit „Dritter Weg“ verleitet in Abgrenzung zum psychiatrischen Krankenhaus und zur Sicherungsverwahrung dazu, auf eine dritte Kategorie der Unterbringung zu schließen. Das ist es jedoch gerade nicht. Wie der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts herausgearbeitet hat, bestehen zwischen den Anforderungen an die Ausgestaltung der Therapieunterbringung einerseits und einem das Abstandsgebot wahrenen Vollzug der Sicherungsverwahrung andererseits kaum durchgreifenden Unterschiede.⁶³ Dementsprechend decken sich im Wesentlichen auch die Anordnungsvoraussetzungen beider Institute, soweit auch bei der Sicherungsverwahrung aufgrund einer rückwirkenden Verschärfung Vertrauensschutzbelange zu berücksichtigen sind.⁶⁴ Den Befund der Gleichartigkeit der Maßnahmen stützt auch der zum 1. Juni 2013 in Kraft getretene § 2 Abs. 2 ThUG, demzufolge geeignete Einrichtungen im Sinne des Therapieunterbringungsgesetzes auch solche nach § 66c StGB sein können - also Einrichtungen nach einer Norm, die der Umsetzung des Abstandsgebots in der Sicherungsverwahrung dient.⁶⁵

Der beschriebene Dritte Weg steht dementsprechend vielmehr für eine neue gesetzliche Anordnungsvoraussetzung für eine im Grunde schon bestehende therapiegerichtete Unterbringung. Das Merkmal der psychischen Störung tritt neben die bisherige anhand von §§ 20, 21 StGB zweigleisige Unterscheidung von Sicherungsverwahrung und Unterbrin-

⁶² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 102.

⁶³ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 74 f.

⁶⁴ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 71 ff.:

Vertrauensschutzbelange verlangen nach einer hochgradigen Gefahr für die Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.

⁶⁵ Vgl. BT-Drucks 17/9874, S. 1, 14 ff.

gung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Sie ist zusätzliche Voraussetzung einer Vertrauensschutzbelange berührenden Sicherungsverwahrung und der dieser letztlich gleichartigen Therapieunterbringung. Nicht die Unterbringung ist neu, sondern die Installation eines den konventionsrechtlichen Vorgaben nachgebildeten Tatbestandsmerkmals, das eine Rechtfertigung einer nachträglich begründeten bzw. verschärften Unterbringung auch unter Berücksichtigung der EMRK ermöglicht oder ermöglichen soll.⁶⁶

IV. Schlussbemerkung

Am Ende sollte idealer Weise ein Fazit stehen. Es fällt mit jedoch zugegebenermaßen schwer, aus dem Vorgetragenen prägnant und griffig Bilanz zu ziehen. Vielleicht nur soviel: Es lohnt, sich die verfassungsrechtlichen Hintergründe ein ums andere Mal zu vergegenwärtigen, damit Begriffe wie beispielsweise das Abstandsgebot nicht zum Selbstzweck entwachsen, sondern ihrer Zielrichtung entsprechend ausgefüllt werden.

Der Dialog der Gerichte hat im Bereich der Sicherungsverwahrung bis hierhin einem detaillierten Abstandsgebot zum Durchbruch verholfen und zur Implementierung des Tatbestandsmerkmals der psychischen Störung geführt. Der Dialog dürfte aber noch nicht im Epilog angelangt sein. Zwar scheint der Gerichtshof durch das ausformulierte Abstandsgebot den gegen das Rückwirkungsverbot festgestellten Verstoß als ausgeräumt zu betrachten und erkennt hinsichtlich der abstrakt formulierten Voraussetzungen der psychischen Störung auch die Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e) EMRK an.⁶⁷ Allerdings darf das nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Dialog hinsichtlich der Umsetzung des Abstandsgebots im Tatsächlichen bis hierhin noch nicht einmal begonnen hat und dasselbe auch für die konkrete Maßstabsbildung der psychischen Störung gilt.

Sie als Anstaltsleiterinnen und Anstaltsleiter werden - da bin ich mir sicher - Ihren Beitrag nach Kräften leisten, um die Ihnen gestellten Aufgaben umzusetzen - sowohl im Bereich der Sicherungsverwahrung als auch der Therapieunterbringung, die nach Einführung des

⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 – 2 BvR 2302/11 u.a. -, juris, Rn. 104. Vgl. auch BT-Drucks 17/3403, S. 19.

⁶⁷ Vgl. dazu EGMR, Urteil vom 24. November 2011 - Beschwerde-Nr. 4646/08 - O.H. ./ Deutschland, Rn. 118; Urteil vom 19. Januar 2012 - Beschwerde-Nr. 21906/09 - Kronfeldner ./ Deutschland, Rn. 102. Der EGMR positioniert sich insoweit zwar „nur“ im Zusammenhang mit Art. 46 EMRK, kommt dort jedoch zu dem Ergebnis, dass das BVerfG eine angemessene Lösung zur Abstellung fortdauernder Konventionsverstöße [gemeint sind Art. 5 und 7 EMRK] aufgestellt habe.

§ 2 Abs. 2 ThUG vermutlich kein exklusives Betätigungsfeld der psychiatrischen Krankenhäuser bleiben wird.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.