Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst
des Landtags Nordrhein-Westfalen

Landtag Nordrhein-Westfalen • Postfach 10 11 43 • 40002 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

INFORMATION
16/ 12
alle Reg.

Nach der Geschäftsanweisung des PBGD (Anlage 10 GO) sind nach dem Grundsatz der Allgemeinzugänglichkeit Ausarbeitungen nach Ablauf der WP zu veröffentlichen.

Zur Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes

Bearbeitung: Klaus Aalbers

Datum: 29. Juli 2011

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A. GUTACHTENAUFTRAG 4

B. EINLEITUNG 5

C. GUTACHTEN 8

I. REGELUNGSINHALT DES THUG 8

II. WESENTLICHE BEGRÜNDUNG DES GESETZES 10

III. DIE LEITLINIEN DER ENTSCHEIDUNG DES BVERFG VOM 04.05.2011 12

1. Kernaussagen 12

2. Auswirkungen in der Praxis 14

IV. DIE VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DES THUG IM EINZELNEN 15

1. Voraussetzungen der Freiheitsentziehung durch Unterbringung 16

1.1. Ist das ThUG als Ergebnis der Bundesgesetzgebung mit der Aufteilung der Bund-Länderkompetenzen vereinbar? 16

1.1.1. Die Zweifel der Sachverständigen 16

1.1.2. Inhalt der Entscheidung vom 04.05.2011 18

1.1.3. Folgerungen 19

1.2. Einzelfallgesetz 21

1.3. Berücksichtigt das Gesetz das Verbot der Doppelbestrafung? 22

1.4. Entspricht das Gesetz dem strafrechtlichen Grundsatz des Schuldprinzips? 24

1.5. Vertrauensschutz und ungleicher Gefährlichkeitsmaßstab 25

1.5.1. Herleitung durch das BVerfG 25

1.5.2. Unterschiedlicher Gefährlichkeitsmaßstab 26

1.5.3. Gründe der Maßstabsabweichung 27

1.6. Therapiefähigkeit, Zwangsbehandlung 28

1.6.1. Therapiefähigkeit 28

1.6.2. Zwangsbehandlung 29

1.7. EMRK Konformität 29

1.8. Steht das Gesetz im Einklang mit dem Anspruch des/der Verurteilten auf Resozialisierung? 31

2. Ausgestaltung der Unterbringung, Verfahren 32

2.1. Kriterien der Neuausrichtung 33

2.2. Anwendbarkeit auf das ThUG 34

2.2.1. Kontrollgebot 35

2.2.2. Minimierungsgebot 36

D. ZUSAMMENFASSUNG 36

E. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS 37

F. LITERATURVERZEICHNIS 38

G. ANHANG 39

A. Gutachtenauftrag

Die Fraktion DIE LINKE hat den Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst am 14. April 2011 gebeten, die Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG Stand 01.01.2011) insbesondere unter folgenden Gesichtspunkten zu prüfen:

1. Entspricht das Gesetz dem strafrechtlichen Grundsatz des Schuldprinzips?
2. Berücksichtigt das Gesetz das Verbot der Doppelbestrafung?
3. Steht das Gesetz im Einklang mit dem Anspruch des/der Verurteilten auf Resozialisierung?
4. Ist das ThUG als Ergebnis der Bundesgesetzgebung mit der Aufteilung der Bund-Länderkompetenzen vereinbar?

B. Einleitung

Das "Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter" (ThUG)[1] ist als Artikel 5 des „Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung zu begleitenden Regelungen" (SichVNOG) am 17.12.2010 vom Bundestag verabschiedet worden und am 01.01.2011 in Kraft getreten. Mit dem ThUG reagierte der Bundesgesetzgeber auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der sowohl die nachträgliche Sicherungsverwahrung als auch deren nachträgliche Verlängerung als Verstoß gegen die Europäische Konvention der Menschenrechte (EMRK) gewertet hat. Das ThUG soll es ermöglichen, psychisch gestörte Gewalttäter bei Vorliegen einer entsprechenden Prognose ihrer Gefährlichkeit auch weiterhin unterzubringen, wenn auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung feststeht, dass sie deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden können, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist und die Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. Das Gesetz betrifft daher nur die sog. Alt- oder Parallelfälle und steht in engem Zusammenhang zur Sicherungsverwahrung.

Das deutsche Strafrecht unterscheidet zwischen Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, sog. Zweispurigkeit. Die Sicherungsverwahrung zählt zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 Nr. 3 StGB). Ihr Zweck besteht in erster Linie darin, die Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern zu sichern. Das Institut der Sicherungsverwahrung ist im Vergleich zu anderen europäischen Rechtsordnungen umstritten[2]. Die Sicherungsverwahrung wird derzeit wie Freiheitsstrafe vollzogen. Die Verwahrten befinden sich in separaten Abteilungen einer JVA. Ihnen stehen im Vergleich zu Strafgefangenen geringfügige Privilegien im Hinblick auf Kleidung und persönlichen Besitz zu. Die Sicherungsverwahrung wurde ab dem Jahr 1998 schrittweise ausgebaut. Das „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten" vom 26. Januar 1998[3] ordnete den Wegfall der Zehn-Jahres-Höchstfrist bei erstmaliger Sicherungsverwahrung an (§ 67 d Abs. 3 StGB). Durch das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3344) wurde dem StGB eine Regelung hinzugefügt, der zufolge die Sicherungsverwahrung im Urteil zunächst vorbehalten bleiben und über ihre Anordnung erst in einem Nachverfahren am Ende der Strafvollstreckung entschieden werden konnte. Das BVerfG hat im Jahre 2004 den Wegfall der Zehn-Jahres-Höchstfrist als verfassungsgemäß erachtet[4]. In einer weiteren Entscheidung[5] des Jahres 2004 erklärte das BVerfG die Straftäterunterbringungsgesetze der Länder Bayern und Sachsen-Anhalt mit dem Grundgesetz für unvereinbar, weil es sich bei der geregelten Materie um Strafrecht

---

1 http://www.juris.de/jportal/portal/t/1894/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=2&numberofresults=5&fromdoctodoc=yes&doc.id=BJNR230500010%3Ajuris-n00&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

2 Schönke/Schröder § 66 StGB RdNr. 2 f

3 Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (Bundesgesetzblatt I Seite 160)

4 Urteil vom 10. Februar 2004 ; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040210_2bvr083402.html

5 Urteil vom 10. Februar 2004 – 2 BvR 834/02, 1588/02 – (BVerfGE 109, 190)

im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG handele und der Bund mit der Regelung der Sicherungsverwahrung im Strafgesetzbuch von seiner Gesetzgebungszuständigkeit zulässigerweise abschließend Gebrauch gemacht habe. Durch Gesetzesänderung[6] wurde in Folge dieser Entscheidung noch im gleichen Jahr die nachträgliche Sicherungsverwahrung eingeführt. Das BVerfG billigte auch diese Regelung[7]. Es führte hierzu aus, dass der Grundsatz des Verbotes der Doppelbestrafung aus Art. 103 Abs. 2 GG auf staatliche Maßnahmen beschränkt sei, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich diene. Bei der Sicherungsverwahrung handele es sich um keine „Strafe" in diesem Sinne, sondern um eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Das Strafrecht unterschied somit zuletzt zwischen drei Anordnungsformen: der primären, der vorbehaltenen und der nachträglichen Sicherungsverwahrung.

Der EGMR stellte mit seiner Entscheidung vom 17.12.2009[8] zwei Verstöße gegen die EMRK fest. Zunächst verstößt die Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die damals geltende Höchstgrenze hinaus gegen das Recht auf Freiheit gem. Art. 5 EMRK. Danach kann eine Freiheitsentziehung nur erfolgen, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen ihr und der Schuld des Täters besteht. Dies ist bei der ersten Anordnung der Sicherungsverwahrung der Fall. Die spätere Verlängerung steht indes nicht mehr in dem erforderlichen Kausalzusammenhang zur Schuld des Täters. Die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung aufgrund einer zeitlich nachfolgenden Gesetzesänderung verstößt zudem gegen das in Art. 7 Abs. 1 EMRK normierte Rückwirkungsverbot. Die Sicherungsverwahrung stellt nach Ansicht des EGMR eine Strafe dar, woran auch die Charakterisierung als Maßregel der Besserung und Sicherung nichts ändert, da sie im Wesentlichen wie der Freiheitsentzug ausgestaltet ist. Mit mehreren Urteilen vom 13.01.2011 hat der EGMR nunmehr für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK festgestellt[9]. Die deutsche Rechtsprechung hat auf die Ausgangsentscheidung des EGMR nicht einheitlich reagiert. Einige Oberlandesgerichte erklärten die Sicherungsverwahrung in den Altfällen für erledigt und ordneten die sofortige Entlassung der betroffenen Personen an, während andere OLG keine Veranlassung zur Entlassung der Verwahrten sahen. Auch die Entscheidungen einzelner Senate des Bundesgerichtshofs divergierten[10].

Die Verfassungsmäßigkeit des ThUG wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere in der Anhörung der Sachverständigen in mehrerlei Hinsicht bezweifelt[11]. Die Regelungen wurden zum einen als Umgehung

---

[6] Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 (BGBl I S. 1838),

[7] http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090805_2bvr209808.html

[8] EGMR (V. Sektion), Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M/Deutschland); http://beck-online.beck.de/Default.aspx?typ=reference&y=300&Z=BeckRS&B=2010&N=01692

[9] Beukelmann in NJW Spezial, http://beck-online.beck.de/Default.aspx?typ=reference&y=300&Z=NJW-Spezial&B=2011&S=120

[10] Vgl. BGH 5 StR 60/10 v. 21.7.2010, 4 StR 577/09 v. 12.5.2010

[11] http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/index.html

http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/05_Wortprotokoll.pdf

der Rechtsprechung des EGMR charakterisiert, die dazu diene, die konventionswidrige rückwirkende Verlängerung der Dauer der Sicherungsverwahrung für Altfälle auf anderem Wege zu erreichen. Zum anderen fehle dem Bund für die Ausgestaltung einer solchen Regelung die erforderliche Gesetzgebungskompetenz, da diese im Falle reiner Gefahrenabwehrmaßnahmen bei den Bundesländern liege. Das ThUG werde wahrscheinlich auch kaum einen Anwendungsbereich finden, da die Verhängung der Sicherungsverwahrung volle Zurechnungsfähigkeit voraussetze, während die Einweisung wegen einer psychischen Störung dazu im Widerspruch stehe. Daher stelle sich auch die Frage nach der Zulässigkeit eines Einzelfallgesetzes. Die Anknüpfung im ThUG an eine psychische Störung und nicht etwa an eine psychische Erkrankung wurde zudem als zu unbestimmt kritisiert. Schließlich sei auch nicht ausgeschlossen, dass das ThUG vom EGMR erneut wegen eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot aufgehoben werden könnte. Diese Aspekte hatte auch der Bundesrat zum Gegenstand seiner Stellungnahme gemacht[12].

Nach Erteilung dieses Gutachtenauftrages durch die Fraktion DIE LINKE hat das BVerfG mit Urteil vom 04.05.2011[13] alle Regelungen zur Anordnung und Dauer der Sicherungsverwahrung für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt, weil sie das Freiheitsgrundrecht sowie das Abstandsgebot verletzen. Die Regeln zur rückwirkenden Verlängerung und nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung verletzen zudem das Vertrauensschutzgebot. Die bisherigen Vorschriften gelten längstens bis zum 31.05.2013 weiter. Der Senat hat seine Entscheidung mit der Anordnung verbunden, dass in Fällen der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus sowie in den Fällen der nachträglichen Sicherungsverwahrung die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beziehungsweise ihre Fortdauer nur noch angeordnet werden dürfen, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG leidet. Der EMGR hat in einer Entscheidung vom 09.06.2011 die vom BVerfG getroffenen Feststellungen zur Sicherungsverwahrung begrüßt, zugleich aber darauf hingewiesen, dass das BVerfG diese Regelungen nicht rückwirkend für nichtig erklärt hat[14].

Die Anzahl der Altfälle wird mit 110 bis 115 Personen beziffert[15]. Zu Beginn des Jahres hatten in NRW 31 Altfall-Sicherungsverwahrte bereits Haft und zehn Jahre Verwahrung abgesessen, 11 Verwahrte erreichen die Zehn-Jahres-Frist in den nächsten drei Jahren. 16 Personen wurden bereits entlassen[16]. In Oberhausen stehen in dem ehemaligen Gebäude einer JVA seit dem 01.07.2011 bundesweit die ersten 18 Therapieplätze zur Verfügung, von denen einer in Kürze belegt werden soll.

---

[12] Bundesrat Drucksache 794/2/10 vom 16.12.10, http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2010/0794-2-10.pdf

[13] http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[14] http://beck-online.beck.de/default.aspx?typ=reference&y=300&Z=becklink&N=1013963

[15] Skirl, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 25

[16] taz Pressebericht vom 07.01.2011, http://www.taz.de/1/politik/deutschland/artikel/1/schleswig-holstein-hat-beste-loesung/

C. Gutachten

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über den wesentlichen Inhalt des ThUG sowie die aus der Gesetzesbegründung erkennbare Absicht des Gesetzgebers zum Erlass des ThUG gegeben werden. Dem schließt sich eine Darstellung der Entscheidung des BVerfG vom 04.05.2011 an. Sodann folgen die Erwägungen zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes unter Berücksichtigung der Fragen des Auftrags.

I. Regelungsinhalt des ThUG

Der Ausgangsentwurf des SichVNOG sah eine Therapieunterbringung für aufgrund des Rückwirkungsverbotes zu entlassende bzw. bereits entlassene Sicherungsverwahrte noch nicht vor. Der Gesetzgeber sah sich jedoch vor das Problem gestellt, die Unterbringung der Altfälle auf eine mit der EMRK rechtskonforme Grundlage zu stellen und entschied sich deshalb im laufenden Gesetzgebungsverfahren zu einer Ergänzung um das ThUG. Dies stellte letztlich einen Kompromiss zwischen dem Bundesjustizministerium und dem Bundesinnenministerium dar. Das ThUG ermöglicht nach Ansicht der Regierung den angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern und wahrt zugleich die rechtsstaatlichen Anforderungen an dieses "letzte Mittel der Kriminalpolitik"[17].

Das SichVNOG umfasste folgende wesentliche Änderungen:

- Der Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung wurde wesentlich enger gefasst,
- die vorbehaltene Sicherungsverwahrung wurde erweitert,
- die nachträgliche Sicherungsverwahrung wurde für die Zukunft abgeschafft, für die Altfälle blieb es allerdings bei der bisherigen Regelung (§ 316e EGStGB),
- für diejenigen Altfälle, bei denen auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung feststeht, dass sie nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden können, wurde, sofern es sich um psychisch gestörte Sexual- und Gewalttäter handelt, mit dem ThUG die Möglichkeit einer Therapieunterbringung eingeführt.

Nach § 1 ThUG kann die Unterbringung einer Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung angeordnet werden, wenn diese nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist. Zentrale Voraussetzung der Unterbringung ist, dass die Person an einer psychischen Störung leidet und eine Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse ergibt, dass sie infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird und die Unterbringung aus diesem Grund zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. Die Gefährlichkeit der betroffenen Person muss somit kausal auf der psychischen Störung beruhen. Grundlage der

[17] BT-Drs. 17/3403 S. 1, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

Gefährlichkeitsprognose ist eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit der betroffenen Person, die insbesondere ihre psychische Störung einbezieht, aber auch das - kriminelle - Vorleben und die aktuellen Lebensverhältnisse. Bei bereits aus der Sicherungsverwahrung entlassenen Personen wird im Rahmen der Gesamtwürdigung auch das Verhalten seit der Entlassung zu berücksichtigen sein.

Die Unterbringung muss nach § 2 ThUG in einer räumlich und organisatorisch vom Strafvollzug getrennten Einrichtung vollzogen werden. Die medizinisch-therapeutische Ausrichtung der Einrichtung soll eine angemessene Behandlung der im Einzelfall vorliegenden psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten können. Wo die Betroffenen letztlich untergebracht werden sollen, ist im Therapieunterbringungsgesetz nicht geregelt und muss von jedem einzelnen Bundesland festgelegt werden. In jedem Fall muss die Unterbringung sich vom Strafvollzug oder der Sicherungsverwahrung unterscheiden, um erneute Probleme mit dem Rückwirkungsverbot der EMRK zu vermeiden.

Neben den materiell rechtlichen Voraussetzungen der Therapieunterbringung regelt das neue Gesetz auch das Verfahren. Dafür gelten - abgesehen von einigen Besonderheiten - die Vorschriften über das Verfahren in Unterbringungssachen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) entsprechend. Nach diesen Regeln richtet sich auch der Rechtsschutz der Betroffenen. Den Antrag auf Unterbringung stellt die untere Verwaltungsbehörde, in deren Zuständigkeitsbereich das Bedürfnis für die Therapieunterbringung entsteht. Nach § 1 der Verordnung zur Regelung der Zuständigkeiten nach dem Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (ZustVO ThUG) vom 3. Januar 2011 sind dies im Lande NRW in erster Linie die Kreise und kreisfreien Städte sowie die Städteregion Aachen[18]. Befindet sich der Betroffene in der Sicherungsverwahrung, so ist auch der Leiter der Einrichtung antragsberechtigt, in der diese vollstreckt wird. Betroffene sind über die Antragstellung zu unterrichten (§ 5). Sie haben Anspruch auf einen Rechtsbeistand (§ 7). Die Entscheidung über die Unterbringung trifft eine Zivilkammer des Landgerichts (§ 3), nach Anhörung von zwei Gutachtern im Rahmen einer förmlichen Beweisaufnahme. Die Sachverständigen sollen Ärzte für Psychiatrie sein; sie müssen Ärzte mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sein (§ 9). Der Betroffene ist vor einer Therapieunterbringung persönlich anzuhören (§ 8 Abs. 2). Das Verfahren richtet sich gem. § 3 nach dem FamFG AT (§§ 1-110 FamFG) und den Vorschriften über das Unterbringungs-Verfahren (§§ 312 bis 339 FamFG). Während des Vollzugs der Unterbringung ruht die Führungsaufsicht (§ 11 Abs. 2). Die Unterbringung endet spätestens nach 18 Monaten, es sei denn, sie wird nach erneuter Begutachtung durch Gerichtsbeschluss verlängert (§ 12 Abs. 1). Das Gericht kann die Unterbringung jederzeit aufheben, sobald die Voraussetzungen entfallen sind (§ 13). Das Gericht kann im Hauptsacheverfahren durch einstweilige Anordnung für die Dauer von drei Monaten eine vorläufige Unterbringung anordnen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Therapieunterbringung gegeben sind und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht (§ 14).

[18] http://landtag/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XMMGVB111.pdf?von=6&bis=6

II. Wesentliche Begründung des Gesetzes

Ziel des Gesetzgebers beim Erlass des SichVNOG war die Schaffung eines Systems zu einem angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern, das dabei zugleich die rechtsstaatlichen Anforderungen wahrt[19]. Infolge des EGMR-Urteils sei es zu Entlassungen von Sicherungsverwahrten gekommen. Weitere Entlassungen seien zu erwarten, obwohl bei den Betroffenen die Gefahr bestehe, dass sie erhebliche Straftaten begehen würden. Mit dem „Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter" solle für bestimmte Fälle eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, die eine sichere Unterbringung der betroffenen Straftäter ermögliche, ohne dabei gegen die Vorgaben der EMRK zu verstoßen. Dazu sei eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des neuen Gesetzes auf solche Fälle erforderlich, in denen sich die Gefährlichkeit der aus der Sicherungsverwahrung zu Entlassenden oder bereits entlassenen Straftäter aus einer psychischen Störung ergebe. Im Übrigen könne bei konkret drohenden Straftaten Personen unabhängig vom Vorliegen einer psychischen Störung auf polizeirechtlicher Basis die Freiheit entzogen werden[20]. Der Gesetzgeber agiere dabei in einem schmalen Bereich, der sowohl durch die Anknüpfung an Straftaten als auch durch präventive Ziele geprägt sei und in dem zugleich sowohl das Grundgesetz als auch die EMRK enge Vorgaben machten. Mit dem Entwurf solle deshalb der besonderen Situation Rechnung getragen werden, die durch das Urteil des EGMR entstanden sei: Die betroffenen Personen könnten durch das Recht der Sicherungsverwahrung aktuell nicht mehr erfasst werden, so dass es als Übergangsregelung einer eng begrenzten Sonderregelung für diesen Teil der „Altfälle" bedürfe. Zentrale Voraussetzung für die Anordnung der Therapieunterbringung solle das Vorliegen einer psychischen Störung und eine daraus resultierende Gefährlichkeit der betroffenen Person sein[21].

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes hierzu folge insgesamt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG. Der Kompetenztitel „Strafrecht" umfasse hierbei die Regelung sämtlicher - sowohl Schuld ausgleichender als auch präventiver - staatlicher Maßnahmen, die anlässlich oder aufgrund einer Straftat ergehen. Mit dem ThUG nutze der Bund seine Kompetenz zur Regelung zukunftsgerichteter Maßnahmen, die ihre sachliche Rechtfertigung auch aus vorangegangenen Straftaten bezögen. Unter systematischem Aspekt folge die Zuordnung aus dem Gedanken des Sachzusammenhangs. Erscheine eine Regelung als Annex zu einem Sachgebiet, auf dem der Bund tätig sei, umfasse die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auch präventive Regelungen in diesem Sachbereich[22].

Die für die Unterbringung in Frage kommenden Einrichtungen müssten vor allem eine angemessene Behandlung der im Einzelfall vorliegenden psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten können. Damit unterscheide sich die Therapieunterbringung fundamental von Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung, denn bei dieser neuen, mit einer Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung stehe eindeutig die Behandlung im Vordergrund. Eine solche Form des Freiheitsentzuges könne nicht mehr als Strafe angesehen werden

[19] BT-Drs. 17/3403 S. 1, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

[20] BT-Drs. 17/3403 S. 14, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

[21] BT-Drs. 17/3403 S. 19, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

[22] BT-Drs. 17/3403 S. 20, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

mit der Folge, dass darauf auch das Rückwirkungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 Satz 2 EMRK keine Anwendung finde[23].

Bei der Therapieunterbringung handele es sich um eine neue Form von Freiheitsentziehung im Anschluss an eine beendete Sicherungsverwahrung. Das Erfordernis einer rechtskräftigen Entscheidung (in § 1 Abs. 1 ThUG) mache die Subsidiarität der Therapieunterbringung im Verhältnis zur Sicherungsverwahrung deutlich. Durch die Formulierung „deshalb ..., weil ..." werde hervorgehoben, dass die Entscheidung gegen eine weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung auf der Pflicht zur Berücksichtigung eines Rückwirkungsverbots beruhen muss. Dem Anwendungsbereich unterfielen also solche Personen, die infolge des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden oder bereits entlassen worden seien (Parallelfälle). Dass auch bereits entlassene Sicherungsverwahrte mit einbezogen sind, stelle Absatz 2 ausdrücklich klar. Um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, erfasse die Regelung aus der Gruppe der Parallelfälle nur solche Personen, die wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB-E genannten Art verurteilt worden seien, also wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung.

Die mit einer Therapieunterbringung verbundene Freiheitsentziehung finde ihre Rechtfertigung in Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK, da zentrale Voraussetzung für die Anordnung der Unterbringung das Vorliegen einer psychischen Störung sei. Die Bestimmung der EMRK erlaube ausdrücklich eine Freiheitsentziehung „bei psychisch Kranken" (in der englischen Fassung „persons of unsound mind" und in der französischen Fassung „d'un aliéné"). Schon die Menschenrechtskommission habe unter diesen Begriff auch abnorme Persönlichkeitszüge gefasst, die nicht einer Geisteskrankheit gleichkommen. In einem Urteil aus dem Jahre 2003 stelle der EGMR klar, dass auch ein weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters ausreichen könne und betone, dass eine fehlende Behandelbarkeit im klinischen Sinne nicht zu einer Freilassung zwinge, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit bestehe. 2004 sei der EGMR zu der Feststellung gelangt, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Straftäters eine (auch) auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK gestützte Unterbringung nicht ausschließe. In diesem Sinne sei auch der Begriff der „psychischen Störung" zu verstehen, der sich zugleich an die Begriffswahl der heute in der Psychiatrie genutzten Diagnoseklassifikationssysteme anlehne. Soziale Abweichungen oder soziale Konflikte allein, ohne persönliche Beeinträchtigungen der betroffenen Person, würden danach nicht als eine psychische Störung bezeichnet. Spezifische Störungen der Persönlichkeit, des Verhaltens, der Sexualpräferenz, der Impuls- oder Triebkontrolle hingegen könnten sich als psychische Störung darstellen. Dies gelte insbesondere für die dissoziale Persönlichkeitsstörung und verschiedene Störungen der Sexualpräferenz, etwa die Pädophilie oder den Sadomasochismus. Letztlich decke der Begriff der „psychischen Störung" ein breites Spektrum von Erscheinungsformen ab, von denen nur ein Teil in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis als psychische Erkrankung gewertet werde.

Das Vorliegen einer psychischen Störung allein reiche jedoch für die Anordnung der Therapieunterbringung nicht aus. Vielmehr müsse eine Gesamtwürdigung der

[23] BT-Drs. 17/3403 S. 19 ff, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

Persönlichkeit, des Vorlebens und der Lebensverhältnisse ergeben, dass die betroffene Person infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen werde. Über das Erfordernis der Gefährlichkeitsprognose, die einen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit verlange, werde sichergestellt, dass eine Unterbringung nur bei störungsbedingten erheblichen Gefahren für besonders bedeutende Rechtsgüter Dritter in Betracht komme. Die Gefährlichkeit der betroffenen Person müsse im Sinne einer Kausalität auf der psychischen Störung beruhen. Schließlich müsse sich aus der störungsbedingten Gefährlichkeit der betroffenen Person ergeben, dass ihre Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich sei. Als milderes Mittel dürften insbesondere Maßnahmen im Rahmen der Führungsaufsicht anzusehen sein, wenn sie geeignet seien, die Gefährlichkeit der betroffenen Person auf ein Maß zu reduzieren, das unterhalb der für eine Unterbringung maßgeblichen Schwelle liege[24].

III. Die Leitlinien der Entscheidung des BVerfG vom 04.05.2011

Das BVerfG hatte über fünf Verfassungsbeschwerden gegen die Fortdauer bzw. die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zu entscheiden. Gegenstand seiner Prüfung war das gesamte System der Sicherungsverwahrung einschließlich der Neuregelungen des SichVNOG sowie die Auswirkungen der EMRK.

1. Kernaussagen

Schwerpunkt der Prüfung war dabei zunächst das Verhältnis des GG zur EMRK. Hierzu hat das Gericht in den Leitsätzen seines Urteils festgestellt,

> „dass Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, rechtserheblichen Änderungen gleichstehen, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können. Die EMRK steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem GG. Die Bestimmungen des GG sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG. Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des GG mit denen der EMRK. Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem GG. Die Berücksichtigung der EMRK darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem GG eingeschränkt wird; das schließt auch die EMRK selbst aus (Art. 53 EMRK). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr" an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger" für den anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint".

[24] BT-Drs. 17/3403 S. 53 ff., http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf

Auf dieser Grundlage hat das Gericht sodann neue Maßstäbe für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Sicherungsverwahrung entwickelt:

> „Der in der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) ist nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Dabei sind auch die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen. Die Sicherungsverwahrung ist nur zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Konzeption dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der „äußeren" Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht. Die Freiheitsentziehung ist – in deutlichem Abstand zum Strafvollzug („Abstandsgebot") – so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt. Das verfassungsrechtliche Abstandsgebot ist für alle staatliche Gewalt verbindlich und richtet sich zunächst an den Gesetzgeber, dem aufgegeben ist, ein entsprechendes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln und normativ festzuschreiben. Die zentrale Bedeutung, die diesem Konzept für die Verwirklichung des Freiheitsgrundrechts des Untergebrachten zukommt, gebietet eine gesetzliche Regelungsdichte, die keine maßgeblichen Fragen der Entscheidungsmacht von Exekutive oder Judikative überlässt, sondern deren Handeln in allen wesentlichen Bereichen determiniert. Die Ausgestaltung des Abstandsgebots muss bestimmten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen genügen. Der in der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises ist angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig. Das Gewicht der berührten Vertrauensschutzbelange wird durch die Wertungen der EMRK in Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 verstärkt".

In Anwendung dieser Maßstäbe hat das Gericht im Tenor seiner Entscheidung zu den konkret vorliegenden Verfassungsbeschwerden alle Regelungen zur Anordnung und Dauer der Sicherungsverwahrung - einschließlich der Neuregelungen des SichVNOG - für verfassungswidrig erklärt, da sie mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG (persönliche Freiheit) unvereinbar sind. Darüber hinaus hat es weitere Vorschriften des StGB auch mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Vertrauensschutz) für unvereinbar erklärt.

Sodann hat das Gericht nach § 35 BVerfGG angeordnet:

> „Die für unvereinbar erklärten Vorschriften bleiben bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31. Mai 2013, nach Maßgabe der Gründe weiter anwendbar.

Folgende Vorschriften bleiben ebenfalls bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31. Mai 2013, weiter anwendbar, jedoch nach folgender Maßgabe: „In den ... Fällen, in denen die Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus Sicherungsverwahrte betrifft, deren Anlasstaten vor Inkrafttreten von Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 begangen wurden, sowie in den Fällen der nachträglichen Sicherungsverwahrung ... dürfen die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beziehungsweise ihre Fortdauer nur noch angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG leidet.

Die zuständigen Vollstreckungsgerichte haben zudem unverzüglich nach Verkündung dieses Urteils zu überprüfen, ob die Voraussetzungen der Fortdauer einer Sicherungsverwahrung (noch) gegeben sind. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, ordnen die Vollstreckungsgerichte die Freilassung der betroffenen Sicherungsverwahrten spätestens mit Wirkung zum 31. Dezember 2011 an".

2. *Auswirkungen in der Praxis*

Da die Anordnung ermöglicht, die Sicherungsverwahrung für Altfälle noch bis zum 31. Mai 2013 zu verlängern, hat der BGH ab dem 23.05.2011 in einer Reihe bei ihm anhängiger Verfahren[25] jeweils die sofortige Freilassung sicherungsverwahrter Personen verworfen und diese zur erneuten vollstreckungsgerichtlichen Überprüfung zurückverwiesen. Einige dieser Entscheidungen sind mit dem Hinweis versehen, dass auf Grund bereits vorhandener Gutachten von einer psychischen Störung i. S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG auszugehen ist. Darüber hinaus werden die zuständigen Strafgerichte auch in einer Reihe weiterer noch anstehender Fälle bis zum 31.12.2011 zu entscheiden haben, ob unter diesen Voraussetzungen die bisherige Sicherungsverwahrung verlängert werden kann. In deren Folge dürfte sich die Anzahl derjenigen Personen, für die letztlich eine Unterbringung nach dem ThUG in Betracht kommt, weiter verringern. Hinzu kommt, dass sich inzwischen einige der Freigelassen freiwillig in geeignete Einrichtungen begeben haben. Ferner hat der Landtag am 29.06.2011 das Gesetz über die vorübergehende Aufnahme ehemaliger Sicherungsverwahrter in Einrichtungen des Justizvollzuges des Landes Nordrhein-Westfalen (Sicherungsverwahrte-Aufnahmegesetz - SVAufnG NRW) erlassen, wodurch eine vorübergehende Aufnahme ehemaliger Sicherungsverwahrter in eine Justizeinrichtung des Landes NRW auf Antrag ermöglicht wird[26].

Nach einer Presseauskunft des Gesundheitsministeriums NRW sind inzwischen mindestens zwölf Anträge auf Unterbringung nach dem ThUG gestellt[27]. Dem stehen zwei veröffentlichte rechtkräftige Entscheidungen nach dem ThUG gegenüber. Das

---

[25] http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1d6e20d12722427ef1788605760983cb; http://beck-aktuell.beck.de/news/bgh-bestaetigt-nachtraegliche-sicherungsverwahrung-gegen-sexualstraftaeter

[26] http://landtag/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMG15-27.pdf?von=1&bis=0

[27] http://www.rp-online.de/politik/deutschland/Justiz-muss-ueber-Ex-Haeftlinge-entscheiden_aid_1015307.html

OLG Karlsruhe hat, ebenso wie die Vorinstanz, mit Beschluss vom 20.05.2011 trotz Vorliegens einer psychischen Störung und Annahme der Gefährlichkeit des Betroffenen eine Unterbringung nach dem ThUG abgelehnt, da das Land Baden-Württemberg bis zur Entscheidung keine geeignete Einrichtung im Sinne des § 2 ThUG benannt hatte[28]. Nach dem vom Sozialministerium vorgelegten Vorschlag sollte die Unterbringung vorübergehend in einem Gebäude einer Justizvollzugsanstalt erfolgen. In einem zweiten Fall hat das OLG Nürnberg durch Beschluss vom 21.07.2011 die Therapieunterbringung eines ehemals Sicherungsverwahrten angeordnet[29]. Der Betroffene dieses Verfahrens soll in Kürze in das Therapiezentrum Oberhausen verlegt werden.

Das Bundesministerium der Justiz hat im Juli 2011 den Ländern ein bisher nicht veröffentlichtes Eckpunktepapier zur Neugestaltung der Sicherungsverwahrung als Diskussionsgrundlage übermittelt. Ob in diesem Zusammenhang auch Änderungen des ThUG zur Diskussion gestellt werden, ist bisher nicht bekannt.

IV. Die Verfassungsmäßigkeit des ThUG im Einzelnen

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 04.05.2011 ausdrücklich festgestellt, dass das ThUG im vorliegenden Zusammenhang keiner verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen ist[30]. Dennoch bleibt zu fragen, ob die Entscheidung nicht Schlussfolgerungen für die Verfassungsmäßigkeit des ThUG ermöglicht. Dies liegt insofern nah, als das BVerfG in unterschiedlichen Zusammenhängen auf das ThUG eingegangen ist und in seiner (Übergangs-)Anordnung die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG normierte psychische Störung zur Voraussetzung für eine Verlängerung der Sicherungsverwahrung erklärt hat.

Die Notwendigkeit zumindest ansatzweise verfassungsrechtliche Erwägungen hinsichtlich des ThUG anzustellen, ergibt sich auch aus folgendem: Das Gericht hat die beanstandeten Vorschriften zur Sicherungsverwahrung nicht für nichtig, sondern nur für unvereinbar mit dem GG erklärt. Dies soll dem Gesetzgeber eine Korrektur ermöglichen. Zugleich will die Übergangsanordnung die sofortige Freilassung psychisch gestörter und zugleich gefährlicher Personen vermeiden. Da auch das BVerfG selbst an die Verfassung gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), setzt die Bezugnahme auf den Begriff der psychischen Störung des ThUG zumindest insoweit eine Prüfung der verfassungsrechtlich gebotenen Mindestanforderungen voraus. Dies wird durch die vom BVerfG selbst herausgegebene Pressemitteilung bestätigt: "Angesichts des mit der Sicherungsverwahrung verbundenen Grundrechtseingriffs ist es jedoch geboten, eine Übergangsregelung zu treffen, die die Wahrung verfassungsrechtlicher Mindestanforderungen sicherstellt. Im Hinblick auf die Vorschriften, die mit dem Vertrauensschutzgebot unvereinbar sind, ist dabei auf das am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Therapieunterbringungsgesetz zurückzugreifen. Mit diesem Gesetz hat der deutsche Gesetzgeber unter Berücksichtigung der besonderen Voraussetzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention eine

---

[28] http://beck-online.beck.de/Default.aspx?typ=reference&y=300&Z=BeckRS&B=2011&N=13666

[29] http://landtag/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/20110722041.pdf?von=0&bis=0; http://beck-aktuell.beck.de/news/olg-nuernberg-fuer-unterbringung-nach-1-therapieunterbringungsgesetz-reicht-gefahr-gravierender

[30] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 173; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

weitere Kategorie für die Unterbringung psychisch gestörter und aufgrund ihrer Straftaten potentiell gefährlicher Personen geschaffen, die auf den aktuellen psychischen Zustand der Betroffenen und ihre daraus resultierende Gefährlichkeit abstellt"[31]. Der Rückgriff auf diese tatbestandliche Voraussetzung der Unterbringung nach dem ThUG umfasst damit die Feststellung, dass das BVerfG die verfassungsrechtlichen Mindeststandards zumindest hinsichtlich dieses Teiles als erfüllt sieht.

Die nachfolgenden Ausführungen betreffen zunächst die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Freiheitsentziehung, sodann die Voraussetzungen der Ausgestaltung der Unterbringung.

1. Voraussetzungen der Freiheitsentziehung durch Unterbringung

In der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum ThUG[32] haben die Sachverständigen Einwände gegen das ThUG sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht erhoben. Die rechtlichen Bedenken bezogen sich sowohl auf die materiell-rechtlichen Grundlagen der Freiheitsentziehung als auch deren Ausgestaltung, insbesondere aber auf die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Die insoweit berührten Einzelaspekte sollen im Folgenden unter Einbeziehung der Fragen des Gutachtenauftrages und der bisher erkennbaren Tendenzen in der neueren Rechtsprechung erörtert werden. Dabei wird die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das ThUG vorangestellt.

1.1. Ist das ThUG als Ergebnis der Bundesgesetzgebung mit der Aufteilung der Bund-Länderkompetenzen vereinbar?

Die Begründung des Gesetzesentwurfs[33] geht von einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unter dem Kompetenztitel des Strafrechts aus. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört das Strafrecht zur konkurrierenden Gesetzgebung.

1.1.1. Die Zweifel der Sachverständigen

Die Sachverständigen haben die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes in ihren schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen überwiegend bezweifelt. Sie verweisen zunächst auf einen inneren Widerspruch der Gesetzesbegründung[34], die auch die Aussage enthält, dass sich die Therapieunterbringung „fundamental von der Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung" unterscheidet[35]. Die Schwierigkeit der

---

[31] Pressemitteilung des BVerfG Nr. 31/2011 vom 4. Mai 2011

[32] Kinzig, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 9; Scharmer, S. 14, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Scharmer.pdf

[33] BT-Drs. 17/3404, S. 32

[34] BT-Drs. 17/3404, S. 34

[35] Renzikowski, S. 11, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Renzikowski.pdf; Kinzig Ziffer VI.1 http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Kinzig.pdf

Subsumtion unter den Kompetenztitel als „Strafrecht" beruht auf dem Umstand, dass die nach § 1 Abs. 1 ThUG zulässige Unterbringung in einer geeigneten therapeutischen Anstalt einerseits nicht den Charakter einer Strafe i.S. von Art. 7 EMRK in der Auslegung des EGMR haben darf, andererseits aber die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gerade den Regelungsgegenstand „Strafrecht" voraussetzt[36]. Das BVerfG hat seine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der landesrechtlichen Regelungen der Bundesländer Bayern und Sachsen-Anhalt über die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung gerade auf den Konnex zwischen Sicherungsverwahrung und Strafrecht gestützt. Eine Annex-Kompetenz zum Strafrecht, wie sie der Gesetzesentwurf (zum ThUG) suggeriert, liegt jedoch gerade nicht vor. Einziger Bezug des ThUG zum Strafrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ist der beschränkte Anwendungsbereich, der sich auf zu entlassene oder entlassene Personen bezieht, bei denen aufgrund einer späteren rechtskräftigen Entscheidung feststeht, dass sie wegen eines Verbotes der rückwirkenden Verschärfung des Rechts der Sicherungsverwahrung aus dieser zu entlassen sind. Das ThUG macht die Anordnung von Freiheitsentzug nicht davon abhängig, dass eine Gefährlichkeit im Sinne der Anlassverurteilung unter Berücksichtigung neu gewonnener Kenntnisse die weitere oder erneute Freiheitsentziehung rechtfertigt, sondern allein davon, dass bestimmte persönliche Eigenschaften einer über das Strafrecht näher definierten Personengruppe den Freiheitsentzug zur Gefahrenabwehr ermöglichen soll[37]. Die in der Regel Jahre bzw. Jahrzehnte zurückliegende Anlasstat ist damit nur formales Anknüpfungskriterium, während der Schwerpunkt der Prüfung aber auf einer psychischen Störung und einer hieraus resultierenden Gefährlichkeit liegt, die völlig unabhängig von der Anlasstat festgestellt werden soll. Die Unterbringung ist daher nicht mehr als Reaktion auf die Tat zu sehen und zieht aus dieser auch nicht ihre sachliche Rechtfertigung. Dies ist jedoch für eine Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 1 GG Voraussetzung[38]. Es handelt sich deshalb um eine Quadratur des Kreises, die nicht gelingen kann. Der Entwurf muss einerseits dafür sorgen, dass es sich nicht um Strafrecht handelt, sonst gibt es Konflikte mit Artikel 5 EMRK. Deswegen muss er auf Artikel 5 Buchstabe e EMRK setzen, die Frage der psychischen Störung. Andererseits muss er aber gleichzeitig im Blick haben, dass es irgendwie doch noch Strafrecht ist, damit der Bundesgesetzgeber zuständig wird[39]. In der Sache handelt es sich jedoch (eher) um eine öffentlich-rechtliche Unterbringung, für die allein die Länder zuständig sind[40].

Dem wird von einem einzelnen Sachverständigen die bisherige Definition des Strafrechts durch das BVerfG entgegengehalten: das BVerfG versteht danach als Strafrecht „die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver

---

[36] Radtke, S. 25 f;
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Radtke.pdf

[37] Scharmer, S. 14 f,
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Scharmer.pdf

[38] http://www.humanistische-union.de/aktuelles/aktuelles_detail/back/aktuelles/article/neuordnung-der-sicherungsverwahrung/

[39] Kinzig, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 57

[40] Renzikowski, S. 11,
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Renzikowski.pdf

staatlicher Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen und ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen". Deshalb darf der Bund auch punktuelle Annexregelungen in solchen Bereichen treffen, die an sich in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fallen. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein notwendiger Zusammenhang mit einer in die Kompetenz des Bundes liegenden Materie besteht und für den wirksamen Vollzug einheitliche Bestimmungen des Bundes erforderlich sind. In Sachen ThUG handelt es sich noch um eine Reaktion, die an eine Straftat anknüpft, denn es richtet sich nur gegen Straftäter und ist eine präventive Maßnahme. Wenn man sich auf die zentrale Vorschrift des ThUG stützt, gibt es jedenfalls eine Chance für das Vorhandensein einer Bundeskompetenz, unabhängig davon, dass ansonsten das gesamte Gesetz natürlich vollständig, insbesondere von der Verfahrensgestaltung und der Zuständigkeit, gerade nicht nach Strafrecht „schmeckt". Gleichwohl macht die Kompetenzformulierung des Bundesverfassungsgerichts es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es die Bundeskompetenz gibt[41]. Deshalb lässt sich eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes unter dem Aspekt des Strafrechts „noch" annehmen[42].

1.1.2. Inhalt der Entscheidung vom 04.05.2011

Das BVerfG ist in seiner Entscheidung vom 04.05.2011 auf den Kompetenzaspekt insoweit eingegangen, als es das gesetzgeberische Zusammenspiel zwischen Bund und Ländern im Bereich der Sicherungsverwahrung wie folgt beschreibt: „Aus Sicht des Freiheitsschutzes spielt es insoweit keine Rolle, dass der Bundesgesetzgeber seit der Föderalismusreform im Jahr 2006 nicht mehr über die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug verfügt. Wenn er sich im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für ein zweispuriges Sanktionssystem und den Einsatz einer so einschneidenden freiheitsentziehenden Maßnahme wie der Sicherungsverwahrung entscheidet, muss er die wesentlichen Leitlinien des freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts, das der Sicherungsverwahrung von Verfassung wegen zugrunde zu legen ist, selbst regeln und sicherstellen, dass diese konzeptionelle Ausrichtung der Sicherungsverwahrung nicht durch landesrechtliche Regelungen unterlaufen werden kann. Bundes- und Landesgesetzgeber stehen gemeinsam in der Pflicht, ein normatives Regelungskonzept zu schaffen, welches den dargelegten Anforderungen genügt. Ihre Aufgabe ist es, unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüges ein freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln. Dabei ist der Bundesgesetzgeber angesichts seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für den Bereich des Strafrechts nach § 74 Abs. 1 Nr. 1 GG darauf beschränkt - aber, wenn er am Institut der Sicherungsverwahrung grundsätzlich festhalten will, auch gehalten - die wesentlichen Leitlinien vorzugeben. Vorgaben in diesem Sinn finden sich etwa in § 2 ThUG. Darüber hinaus ist er zuständig für die Regelungen zur gerichtlichen Überprüfung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung und für Verfahrensvorschriften. Die Landesgesetzgeber wiederum haben im Rahmen ihrer Gesetzgebungszuständigkeit das Abstandsgebot sichernde, effektive Regelungen für

---

[41] Radtke, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 60

[42] Radtke, S. 25 f;
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Radtke.pdf

den Vollzug der Maßregel zu treffen, die einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug gewährleisten. Dabei ist vor allem sicherzustellen, dass die genannten Anforderungen nicht durch Gewährung zu weiter Spielräume in der Praxis umgangen werden können und damit das Abstandsgebot faktisch leerläuft. Ohne Wahrung des Abstandsgebots ist das Institut der Sicherungsverwahrung mit dem Freiheitsgrundrecht der Untergebrachten nicht vereinbar"[43].

1.1.3. Folgerungen

Der Bundesgesetzgeber hat nach der Entscheidung des BVerfG eine umfassende Kompetenz für das Recht der Sicherungsverwahrung. Das BVerfG hat in den entscheidungserheblichen Aspekten einerseits auf seine bisherige Rechtsprechung, andererseits mehrfach auf das ThUG selbst Bezug genommen. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers erstreckt sich danach zumindest auch auf den Erlass des ThUG in seinen Leitlinien.

Für diese Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes sprechen im Einzelnen folgende Aspekte: Das ThUG stellt eine „begleitende Regelung" zur Sicherungsverwahrung dar. Es hat dabei die Funktion einer Auffangregelung für die Altfälle. Die Unterbringung nach dem ThUG knüpft damit letztlich sowohl an eine Straftat als auch die Sicherungsverwahrung an. Das BVerfG hatte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 hervorgehoben, dass die Unterbringung von Straftätern der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes unterliegt: „Die Straftäterunterbringung weist sowohl verfahrensrechtlich als auch inhaltlich weit reichende Parallelen zur Sicherungsverwahrung auf. Diese enge Verbindung gebietet eine einheitliche kompetenzrechtliche Zuordnung. Zudem darf eine fehlende Teilregelung nicht aus ihrem Regelungszusammenhang herausgelöst und isoliert für sich behandelt werden. Gerade ein geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung spricht regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung"[44].

Das BVerfG leitet die Reichweite der Kompetenz des Bundes für das Strafrecht aber auch aus historischen und systematischen Erwägungen ab. Danach ist der Begriff des Strafrechts weit zu verstehen. Unter ihn lassen sich über repressive, vergeltende Sanktionen hinaus all diejenigen Regelungen fassen, durch die strafwürdiges Verhalten in seinen Voraussetzungen gekennzeichnet und mit staatlicher Sanktion bedroht wird. Bei einer solchen Auslegung umfasst die Kompetenz des Strafgesetzgebers auch die Regelung von Unrechtsfolgen, die nicht die Schuld des Täters vergelten. Diesem weiteren Sprachgebrauch entsprechend regelt das Strafgesetzbuch nicht nur schuldbezogene Sanktionen, sondern auch weitere Rechtsfolgen, die bei Schuldunfähigkeit oder unabhängig von einem Schuldvorwurf festgesetzt werden können (vgl. etwa §§ 63, 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Diese weite Auslegung des Begriffs des Strafrechts nimmt die Gesamtheit der Normen in den Blick, in denen staatliche Reaktionen anlässlich und auf Grund einer Straftat geregelt sind. Von einem in diesem Sinne weiten Strafrechtsbegriff in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG geht sowohl die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch der überwiegende Teil der Literatur aus. Danach ist die Gesamtheit der Rechtsnormen,

---

[43] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 129 f;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[44] Urteil vom 10. Februar 2004, - 2 BvR 834/02 - 2 BvR 1588/02 - RdNr. 109, 138 ;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040210_2bvr083402.html

die für eine rechtswidrige Tat eine Strafe, Buße oder Maßregel der Besserung und Sicherung festsetzen, dem Strafrecht zuzuordnen. Die Entstehungsgeschichte bestätigt eine Auslegung, nach der das Strafrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG neben vergeltenden, schuldausgleichenden Sanktionen auch spezialpräventive Reaktionen auf eine Straftat erfasst[45]. Mit der Verwendung des Strafrechtsbegriffs in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hat der Verfassungsgeber die Kompetenzmaterie normativ bezeichnet. Das "Strafrecht" im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG umfasst eine Vielzahl verschiedener Reaktionsmöglichkeiten. Er bezieht sich nicht nur auf an das Schuldprinzip anknüpfende Strafen, sondern auch auf Rechtsfolgen, die keinen unmittelbar schuldausgleichenden Charakter haben. Die unterschiedlichen Reaktions- und Sanktionsmöglichkeiten des Strafrechts sind in vielfältiger Weise miteinander verzahnt. Ein Auseinanderfallen der Materie - etwa in ein dem Bundesgesetzgeber vorbehaltenes Schuldstrafrecht einerseits und eine dem Landesgesetzgeber zukommende Befugnis zur Regelung der an die Straftat anknüpfenden präventiven Maßnahmen andererseits - würde dem Sinn und Zweck des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG widersprechen, durch Verwendung eines vorgefundenen normativen Begriffs den gesamten, als einheitliches Regelungswerk konzipierten Normenkomplex in die Kompetenzvorschrift aufzunehmen. Auch dies spricht dafür, unter "Strafrecht" im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht nur die Tatbestände strafwürdigen Unrechts und die Schuldstrafen zu verstehen, sondern auch die sonstigen Unrechtsfolgen[46].

Das Gericht begründet in seiner nunmehrigen Entscheidung zudem eine Kompetenz des Bundes zum Setzen von Leitlinien, die - am GG und der MRK ausgerichtet - länderübergreifende einheitliche Mindeststandards bewirken sollen. Diese Standards sollen von den Ländern nicht umgangen werden können. Eine Notwendigkeit hierzu leitet das BVerfG daraus ab, dass das StVollzG des Bundes und die verabschiedeten Neuregelungen der Länder bisher nur rudimentäre Regelungen zum Vollzug der Sicherungsverwahrung aufweisen und damit dem Abstandsgebot nicht ausreichend Rechnung tragen[47]. Das BVerfG hat dies mit Feststellung verbunden, dass inzwischen innerhalb des deutschen Rechtssystems ein deutliches Defizit bei der Ausgestaltung von Grundrechten im Bereich der Sicherungsverwahrung erkennbar ist. Die damit dem Bund obliegende „Leitlinienkompetenz" weist eine Nähe zu der „Erforderlichkeitsklausel" des Art 72 Abs. 2 GG auf, die dem Bund auf bestimmten Gebieten der konkurrierenden Gesetzgebung auch dann das Gesetzgebungsrecht einräumt, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Das Strafrecht und damit auch das Recht der Sicherungsverwahrung gehören allerdings nicht zu denjenigen Kompetenztiteln, die in der enumerativen und abschließenden Aufzählung der Klausel des Art 72 Abs. 2 GG ausdrücklich genannt sind. Zudem unterscheidet sich diese beiden Kompetenzgrundlagen dadurch, dass die Erforderlichkeitsklausel dem Bundesgesetzgeber eine umfassende und vollständige eigene Regelung im Detail ermöglicht, während die Leitlinienkompetenz

---

[45] Urteil vom 10. Februar 2004, - 2 BvR 834/02 - 2 BvR 1588/02 - RdNr. 86 ff. m.w.N.; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040210_2bvr083402.html

[46] Urteil vom 10. Februar 2004, - 2 BvR 834/02 - 2 BvR 1588/02 - RdNr. 105 f; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040210_2bvr083402.html

[47] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 121 ; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

hingegen das Setzen einheitlicher Standards nur im Hinblick auf generelle und essentielle Vorgaben zulässt. Die weitere Ausgestaltung im Detail verbleibt bei den Ländern. Die Entscheidung enthält daher keinen neuartigen kompetenzrechtlichen Ansatz, sondern bestätigt insoweit nur die auch bisher schon anzunehmende Bundeskompetenz aus dem Kompetenztitel „Strafrecht" wegen Sachzusammenhangs. Der Zielansatz, die verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandards einheitlich und länderübergreifend einzuführen, verstärkt dabei die sachliche Notwendigkeit dieser Zuordnung. Der Erlass des ThUG durch den Bund ist deshalb von dessen Leitlinienkompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unter dem Kompetenztitel des Strafrechts erfasst.

1.2. Einzelfallgesetz

Aus der eindeutigen Bezugnahme der zentralen Vorschrift des § 1 Absatz 1ThUG auf die vom EGMR entschiedenen Einzelfälle folgerte ein Sachverständiger, dass die Regelung in die Nähe eines Einzelfallgesetzes komme. „Selbst wenn es 110 oder 115 Fälle sind. Es ist ja eine abschließende Zahl, es werden nicht mehr"[48]. Auch die Stellungnahme des Bundesrates hat diesen Aspekt aufgegriffen und Bedenken im Hinblick auf Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 GG geltend gemacht[49]. Art. 19 Abs. 1 GG bestimmt, dass soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten muss. Einzelfallgesetze sind als solche nach dem Grundgesetz nicht schlechthin, sondern lediglich für den Fall unzulässig, dass sie ein Grundrecht durch Gesetz einschränken. Die Einschränkung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist hier durch § 21 ThUG erfolgt.

Nach der Literatur handelt es sich, da das ThUG mehrere Einzelpersonen betrifft, seinem Typ nach um „ein Einzelpersonengesetz mit mehreren Adressaten"[50], auf das Art. 19 Abs. 1 GG Anwendung findet. Ein derartiges Gesetz formuliert den Tatbestand einer Norm zwar abstrakt-generell, aber so, dass dieser von vornherein nur von einer bestimmten Personengruppe erfüllt werden kann und die Erstreckung der Regelung auf weitere Personen auch für die Zukunft ausgeschlossen ist. Die Literatur in einem solchen Fall davon aus, dass dieses Gesetz der widerlegbaren Vermutung einer sachlich nach den Maßstäben des Art 3 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung unterliegt. Gleichzeitig soll allerdings gelten: Ist eindeutig, dass das grundrechtseinschränkende Gesetz zwar nicht auf alle, aber auf eine unbestimmte Vielzahl von Menschen zugeschnitten ist, spricht keine Vermutung für eine Gleichheitswidrigkeit[51]. Zwar ist die maximale Zahl der auf Grund des Verbotes der rückwirkenden Verschärfung ggfs. freizulassenden Personen bekannt. Bekannt war bei Beschlussfassung über das Gesetz aber nicht, wie viele Personen insgesamt tatsächlich freigelassen und wie viele sodann auf Grund des ThUG erneut untergebracht werden. Die Möglichkeit zur Verlängerung der Sicherungsverwahrung in Folge der Übergangsanordnung des BVerfG hat eine noch größere Unklarheit hinsichtlich der Zahl und der tatsächlich betroffenen Personen in den

[48] Skirl, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 25

[49] Bundesrat Drucksache 794/2/10 vom 16.12.10, http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2010/0794-2-10.pdf

[50] Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 1, RdNr. 38

[51] Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 1, RdNr. 39

Anwendungsfällen des ThUG bewirkt. Somit betrifft das ThUG zwar eine geringe, aber derzeit und auch künftig unbestimmte Anzahl unbestimmter Personen.

Die Rechtsprechung des BVerfG hat den Begriff des Einzelfallgesetzes des Art. 19 Abs. 1 GG in der Weise präzisiert, dass eine Norm den Charakter eines für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen geltenden generellen Rechtssatzes hat - und also kein Einzelfallgesetz ist -, wenn sich wegen der abstrakten Fassung des gesetzlichen Tatbestandes nicht genau übersehen lässt, auf wie viele und welche Fälle das Gesetz Anwendung findet, wenn also nicht nur ein einmaliger Eintritt der vorgesehenen Rechtsfolge möglich ist. Liegt ein genereller Rechtssatz vor, so ist ohne Belang, ob ein Einzelfall den Anlass zu der gesetzlichen Regelung gegeben hat[52]. Auch nach diesen Maßstäben enthält § 1 Abs. 1ThUG eine abstrakt-generelle Regelung. Wegen der unbestimmten Anzahl der Anwendungsfälle ist ein Einzelfallgesetz und damit sowohl nach der Rechtsprechung, als auch der Literatur die Rechtsfolge des Art. 19 Abs. 1 GG nicht gegeben.

1.3. Berücksichtigt das Gesetz das Verbot der Doppelbestrafung?

Das Verbot der Doppelbestrafung findet sich in Art. 103 Abs. 3 GG, wonach niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf. Der Fragestellung impliziert insoweit, dass der Freiheitsentziehung durch Therapieunterbringung Strafcharakter zukommt und deshalb deren Anordnung neben der bereits verbüßten Freiheitsstrafe unzulässig sein könnte. Bereits seit Inkrafttreten des Grundgesetzes wird eine Diskussion darüber geführt, ob die Sicherungsverwahrung in ihrer bisherigen Ausgestaltung Strafcharakter hat und damit unter das Verbot der Doppelbestrafung fällt. Das BVerfG hatte hierzu in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass die Sicherungsverwahrung eine Maßregel ist und ihr bereits deshalb kein Strafcharakter zukommt. „Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf solche staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Andere staatliche Eingriffsmaßnahmen werden von Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfasst. Es genügt nicht, dass eine Maßnahme an ein rechtswidriges Verhalten anknüpft. Daher fällt die rein präventive Maßnahme der Sicherungsverwahrung nicht unter Art. 103 Abs. 2 GG, obwohl sie unmittelbar an eine Anlasstat anknüpft[53]. Auch in der Gesetzesbegründung wird deshalb die Auffassung vertreten, dass die Therapieunterbringung des ThUG keine Strafe im Sinne von Artikel 103 Absatz 2 GG darstellt"[54].

Der EGMR hat demgegenüber in seiner Entscheidung vom 17.12.2009[55] die Sicherungsverwahrung als Strafe i.S. des Art. 7 Abs. 1 EMRK erachtet. Gemäß Art. 7

---

[52] BVerfG, Beschluss vom 07.05.1969, 2 BvL 15/67, RdNr. 86, http://www.juris.de/jportal/portal/t/13yt/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=2&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE163590283%3Ajuris-r03&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

[53] BVerfG, Urteil vom 05.02.2004, 2 BvR 2029/01, RdNr. 127 ff., http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040205_2bvr202901.html

[54] Drs. 17/3403, S. 60 f.

[55] Beschwerde-Nr.19359/04, M. ./. Deutschland, RdNr. 127 ff, http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata%5cents%5curteile%5c2010%5ccont%5cbeckrs_2010_01692.htm

Abs. 1 EMRK darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war; es darf auch keine „schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe" verhängt werden. Das Gericht hat aus der rückwirkenden Verlängerung der Sicherungsverwahrung eine Doppelbestrafung abgeleitet und zur Begründung des Strafcharakters unter anderem auch darauf verwiesen, dass diese wie eine Freiheitsstrafe eine Freiheitsentziehung zur Folge habe und in regulären Justizvollzugsanstalten vollzogen werde. Auch sei mit Blick auf die tatsächliche Situation der Sicherungsverwahrten nicht nachvollziehbar, dass der Sicherungsverwahrung lediglich eine präventive Funktion zukomme und sie keinem Strafzweck diene. Insbesondere sei festzustellen, dass es anscheinend keine besonderen, auf Sicherungsverwahrte gerichtete Maßnahmen, Instrumente oder Einrichtungen gebe, die zum Ziel hätten, ihre Gefährlichkeit zu verringern und damit ihre Haft auf die Dauer zu beschränken, die unbedingt erforderlich sei, um sie von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.

Das BVerfG hat allerdings in seiner Entscheidung vom 04.05.2011 diese Auslegung des EGMR für das deutsche Rechtssystem nicht übernommen. Es verweist in diesem Zusammenhang zunächst darauf, dass Strafe und Sicherungsverwahrung sich verfassungsrechtlich aus völlig unterschiedlichen Ansätzen herleiten. „Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung unterscheiden sich grundlegend in ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation. Die Berechtigung des Staates, Freiheitsstrafen zu verhängen und zu vollziehen, beruht wesentlich auf der schuldhaften Begehung der Straftat. Nur weil der Täter in vorwerfbarer Weise Unrecht begangen hat, darf er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und deren Vollzug unterworfen werden. Dem liegt das Menschenbild des Grundgesetzes von einem zu freier Selbstbestimmung befähigten Menschen zugrunde, dem mit dem in der Menschenwürde wurzelnden Schuldprinzip Rechnung zu tragen ist. Das Schuldprinzip begrenzt in seiner strafzumessungsleitenden Funktion die Dauer der Freiheitsstrafe auf das der Tatschuld Angemessene. Die Schuld ist einer der legitimierenden Gründe und äußerste Grenze der Anordnung und des Vollzugs der Freiheitsstrafe. Die Berechtigung zur Anordnung und zum Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln wie der Sicherungsverwahrung folgt demgegenüber aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Anordnung und Vollzug sind nur dann legitim, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Betroffenen im Einzelfall überwiegt"[56].

Zudem spricht die Interpretation des Art. 7 Abs. 1 EMRK durch den EGMR nach Auffassung des BVerfG eher dafür, das Abstandsgebot noch deutlicher zu konturieren. Deshalb verpflichtet die Rechtsprechung des EGMR nicht dazu, die Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG der des Art. 7 Abs. 1 EMRK vollständig anzugleichen. Das BVerfG stellt sodann abschließend fest: „Zur Anpassung des grundgesetzlichen Begriffs der Strafe in Art. 103 Abs. 2 GG - und damit zugleich des Art. 103 Abs. 3 GG - an den Strafbegriff des Art. 7 Abs. 1 EMRK besteht demzufolge kein Anlass. Für die gewachsene Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist dagegen an dem Begriff der Strafe in Art. 103 GG, wie er in der Entscheidung vom 5. Februar 2004 zum Ausdruck gekommen ist, festzuhalten"[57].

---

[56] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 104, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[57] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 142; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

Diese Feststellung betrifft zunächst zwar nur die Sicherungsverwahrung. Sie trifft aber auch auf die Therapieunterbringung zu, da diese als neuartige öffentlich-rechtliche Art der Unterbringung ebenfalls keinen Strafcharakter hat und im Vergleich zur Sicherungsverwahrung erst Recht nicht als Strafe i.S. des Art. 103 Abs. 3 GG oder des Art. 7 Abs. 1 EMRK angesehen werden kann.

1.4. Entspricht das Gesetz dem strafrechtlichen Grundsatz des Schuldprinzips?

Das Schuldprinzip, d.h. der Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld" ist im deutschen Recht nicht legal definiert[58]. Das Schuldprinzip hat nach der Rechtsprechung des BVerfG den Rang eines Verfassungsrechtssatzes und ist im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Absatz 3 GG verankert[59]. Das Rechtsstaatsprinzip enthält auch das Erfordernis materieller Gerechtigkeit. Aus diesem ergibt sich, dass Strafe - nicht nur die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht - nur auferlegt werden darf, wenn den Bestraften Schuld trifft. Materiell gerecht ist Strafe also nur, wenn und soweit man dem Bestraften den von ihm begangenen Rechtsverstoß zum Vorwurf machen kann. Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat[60]. Mittelbar ergibt sich dies auch aus § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, wonach die Schuld des Täters Grundlage für die Zumessung der Strafe ist. Die Schuld wird in diesem Sinne vorwiegend als Strafbegründungsschuld verstanden, d.h. als die Summe der Voraussetzungen, unter denen dem Täter die von ihm begangene rechtswidrige Tat als vorwerfbar zugerechnet wird[61].

Unter diesen Prämissen ist das Schuldprinzip nur dann berührt, wenn eine wegen einer Straftat verhängte Strafe Gegenstand der Betrachtung ist. Die Frage des Auftrages zielt, ebenso wie die vorherige, darauf ab, ob es sich bei der Freiheitsentziehung der Therapieunterbringung um eine Strafe bzw. eine Maßnahme mit Strafcharakter handelt. Nicht jede Entziehung der Freiheit stellt eine Strafe i.S. des Schuldprinzips dar, so z.B. die öffentlich-rechtliche Unterbringung nach dem PsychKG im Falle einer psychischen Erkrankung. Auch das StGB selbst enthält schuldunabhängige Maßnahmen, die mit einer Freiheitsentziehung einhergehen, z.B. die Maßregeln zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB). Die Freiheitsentziehung zur Therapieunterbringung knüpft nach den Vorgaben des ThUG an das Vorliegen einer psychischen Störung und eine entsprechende Gefährlichkeitsprognose an und muss zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich sein. Weder dem Gesetzeswortlaut noch

---

[58] Schönke/Schröder, Vorbemerkung zu §§ 38 ff, RdNr. 18

[59] BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, 2 BvR 506/63, Leitsatz, http://www.juris.de/jportal/portal/t/1cob/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=356&numberofresults=408&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE287369906&doc.part=K&doc.price=0.0#focuspoint

[60] BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, RdNr. 32 ff, http://www.juris.de/jportal/portal/t/tl9/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE287369906%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

[61] Lackner/Kühl Vor § 13, RdNr. 22

seiner Begründung sind somit Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass dieser Unterbringung Strafcharakter zukommen soll.

Bereits zuvor wurde dargelegt, dass das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Sicherungsverwahrung nicht als Strafe, sondern als schuldunabhängigen präventiven Freiheitsentzug wertet, der nicht an eine Schuld für zeitlich zurückliegende Taten anknüpft. Für das ThUG umschreibt das BVerfG den Charakter der Unterbringung in der Entscheidung vom 04.05.2011 in der Weise, „dass der deutsche Gesetzgeber mit diesem Gesetz eine weitere Kategorie für die Unterbringung psychisch gestörter Personen mit durch ihre Straftaten indiziertem Gefährdungspotential schaffen wollte, die nicht an die Schuldfähigkeit im vergangenen Zeitpunkt der Begehung der Straftaten geknüpft ist, sondern auf den aktuellen psychischen (Dauer-)Zustand der Betreffenden und ihre daraus resultierende künftige Gefährlichkeit abstellt"[62]. Auch der EGMR habe deutlich gemacht, dass selbst eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters eine derartige Unterbringung nicht ausschließt. Diese Wertung schließt insoweit aus, dass der Unterbringungszweck des ThUG das Schuldprinzip berührt.

Weiterhin könnte die Frage des Auftrags auch dahingehend verstanden werden, dass, wenn mit der Feststellung einer psychischen Störung zugleich auch eine Einschränkung der Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB verbunden wäre, damit auch die Verhängung einer Freiheitsentziehung in Frage stehen könnte. Hierzu ist jedoch zum einen auf die durch das BVerfG festgestellte Zulässigkeit schuldunabhängiger Freiheitsentziehung zu verweisen. Zum anderen hat der BGH[63] diesbezüglich in einem Urteil vom 21.06.2011 ausdrücklich entschieden, dass eine psychische Störung i.S. des ThUG gerade nicht zu einer Einschränkung der Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB führt.

1.5. Vertrauensschutz und ungleicher Gefährlichkeitsmaßstab

Die Freiheitsentziehung durch Unterbringung nach dem ThUG könnte sich ferner als Verstoß gegen den Vertrauensschutz der Betroffenen darstellen.

1.5.1. Herleitung durch das BVerfG

Das BVerfG definiert und begründet den Vertrauensschutz in seiner Entscheidung vom 04.05.201[64] für den Fall der Sicherungsverwahrung wie folgt: Der in den Vorschriften zur Sicherungsverwahrung enthaltene Eingriff in das Vertrauen der Betroffenen ist angesichts des damit verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchstwertiger Rechtsgüter zulässig. Hierbei ist von einem besonders hohen Gewicht der betroffenen Vertrauensschutzbelange auszugehen, denn die in Rede stehenden

---

[62] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 173;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[63] BGH, Urteil vom 21.06.2011, 5 StR 52/11, RdNr. 24,
http://www.juris.de/jportal/portal/t/y8e/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=2&numberofresults=49&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE318012011%3Ajuris-r00&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

[64] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 133;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

Vorschriften enthalten, indem sie zur Anordnung beziehungsweise Verlängerung einer unbefristeten Freiheitsentziehung durch Sicherungsverwahrung ermächtigen, einen schweren – wenn nicht gar den schwersten vorstellbaren – Eingriff in das sachlich berührte Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) und damit in ein Recht, dem unter den grundrechtlich verbürgten Rechten bereits für sich genommen besonderes Gewicht zukommt. Der mit der Sicherungsverwahrung angeordnete Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ist selbst bei Wahrung des Abstandsgebots im Hinblick auf die mit der Sicherungsverwahrung unvermeidlich verbundene, dauerhafte Entziehung der äußeren Freiheit mit der Freiheitsstrafe vergleichbar. Damit gewinnt die Erwartung des Untergebrachten, die Freiheit zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder zu erlangen, besondere Bedeutung. In Anbetracht des erheblichen Eingriffs in das Vertrauen der in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG betroffenen Sicherungsverwahrten tritt der legitime gesetzgeberische Zweck der angegriffenen Vorschriften, die Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern zu schützen, weitgehend hinter das grundrechtlich geschützte Vertrauen in ein Ende der Sicherungsverwahrung nach Ablauf von zehn Jahren (so in den „Altfällen" im Anwendungsbereich des § 67d Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 2 Abs. 6 StGB) zurück. Eine rückwirkend angeordnete oder verlängerte Freiheitsentziehung durch Sicherungsverwahrung kann daher nur noch als verhältnismäßig angesehen werden, wenn der gebotene Abstand zur Strafe gewahrt wird, eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK in der hier zugrunde gelegten Auslegung erfüllt sind. Lediglich in solchen Ausnahmefällen kann noch von einem Überwiegen der öffentlichen Sicherheitsinteressen ausgegangen werden.

Es fragt sich somit, ob der für die Sicherungsverwahrung definierte Vertrauensmaßstab auf das ThUG zu übertragen ist.

1.5.2. Unterschiedlicher Gefährlichkeitsmaßstab

Das BVerfG setzt für die Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung in den Fällen der nachträglichen Anordnung und der Verlängerung über die 10-Jahres Frist hinaus eine „hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten" voraus. Das ThUG hingegen geht in § 1 Abs. 1 ThUG neben dem Vorliegen einer psychischen Störung und der Erforderlichkeit zum Schutz der Allgemeinheit von der Anforderung aus, dass „mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigt wird". Das ThUG stellt damit geringere Anforderungen an die durch eine Rückfallgefahr gefährdeten Rechtsgüter.

Das OLG Nürnberg hat sich in einem Beschluss vom 21.07.2011mit dieser Problematik befasst und entschieden, dass auf den Tatbestand des § 1 Therapieunterbringungsgesetz der strenge Maßstab der „hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten", der in Fällen der nachträglichen oder über zehn Jahre hinaus verlängerten Sicherungsverwahrung anzulegen ist, nicht zu übertragen ist. Hier reiche es vielmehr aus, dass gravierende Straftaten aufgrund einer psychischen Störung drohen. Dem war eine Entscheidung des LG Regensburg vorausgegangen, das eine Unterbringung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG nur dann als zulässig erachtete, wenn von dem Betroffenen aufgrund seiner psychischen Störung eine hochgradige Gefahr „schwerster" Gewalt- oder Sexualdelikte ausgeht. Da beim

Betroffenen nur „gravierende" und nicht schwerste Sexualstraftaten zu befürchten seien, dürfe keine vorläufige Unterbringung nach § 14 ThUG angeordnet werden. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg. Das OLG Nürnberg ordnete die vorläufige Unterbringung des Betroffenen in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung im Sinne des § 2 ThUG sowie die sofortige Wirksamkeit dieser Entscheidung an. „Entgegen der Auffassung des LG sei der in Fällen der nachträglich angeordneten oder über zehn Jahre hinaus verlängerten Sicherungsverwahrung anzulegende Maßstab der hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten nicht auf den Tatbestand des § 1 Abs. 1 ThUG zu übertragen. Hiergegen spreche zum einen, dass das BVerfG diesen strengen Maßstab ausdrücklich nur für den weiteren Verbleib der Altfälle in der Sicherungsverwahrung gefordert habe. Zum anderen würde eine Übertragung dieses Maßstabs im Ergebnis dazu führen, dass für das Therapieunterbringungsgesetz kein Anwendungsbereich verbleibe und dessen Vorschriften gänzlich leer liefen. Dieses Ergebnis aber stünde in Widerspruch zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der einen möglichst nachhaltigen Schutz der Allgemeinheit vor schweren Rechtsgutsverletzungen durch psychisch gestörte Gewalt- oder Sexualstraftäter gerade auch in den Fällen, in denen solche Täter wegen des Rückwirkungsverbotes aus dem Vollzug der Sicherungsverwahrung entlassen werden mussten, angestrebt habe"[65].

1.5.3. Gründe der Maßstabsabweichung

Der vollständige Wortlaut dieser Entscheidung ist bisher nicht veröffentlicht. Die Entscheidung erscheint jedoch im Ergebnis aus folgenden Erwägungen vertretbar: Unterschiedliche Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit setzen entweder Unterschiede hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen oder der Eingriffstiefe voraus. Dem OLG Nürnberg ist insoweit zuzustimmen, dass das BVerfG letztlich nur über die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und den Vertrauensschutz in den Fällen der Sicherungsverwahrung zu entscheiden hatte. Es hat dabei zwar den gesteigerten Vertrauensschutz in Bezug auf eine weitere Freiheitsentziehung insbesondere und ausdrücklich für die Altfälle betont. Dabei ist aber offen geblieben, ob dieser Vertrauensschutz nur bei Entscheidungen über eine Verlängerung der Sicherungsverwahrung, oder gleichermaßen auch im Falle einer beabsichtigten Unterbringung nach dem ThUG zusteht. Das Vertrauen der Betroffenen auf die Erlangung ihrer Freiheit dürfte aus subjektiver Sicht gleich hoch zu bewerten sein.

Das OLG Nürnberg begründet die Rechtmäßigkeit der unterschiedlichen Maßstäbe letztlich mit den Unterschieden zwischen Sicherungsverwahrung und Therapieunterbringung. Soweit es darauf verweist, dass das BVerfG diesen strengen Maßstab ausdrücklich nur für den weiteren Verbleib der Altfälle in der Sicherungsverwahrung gefordert hat, hebt diese Feststellung allerdings nicht nur auf den formalen Aspekt ab. Hinter diesem Argument steht auch, dass sich die Sicherungsverwahrung als Maßregel des StGB von einer Therapieunterbringung nach dem ThUG deutlich unterscheidet. Von Herkunft und Zweck gesehen ist die Sicherungsverwahrung nach wie vor dem Strafrecht zuzuordnen. Daran wird auch die künftige Ausgestaltung nach den Vorgaben des BVerfG nichts ändern. Das ThUG kodifiziert dagegen eine neue Art der öffentlichen Unterbringung. Davon gehen sowohl die Gesetzesbegründung als auch das BVerfG übereinstimmend aus. Damit

[65] http://beck-aktuell.beck.de/news/olg-nuernberg-fuer-unterbringung-nach-1-therapieunterbringungsgesetz-reicht-gefahr-gravierender;

unterliegt der Regelungsbereich bereits seinem Zeck nach anderen Voraussetzungen. Die Freiheitsentziehung zur Unterbringung unterliegt zudem dem Zivilrecht. Das ThUG gehört damit zwar kompetenzrechtlich, nicht aber seinem materiellen Inhalt nach zum Recht der Sicherungsverwahrung oder dem Strafrecht[66]. Ein wesentlicher Unterschied besteht schließlich auch hinsichtlich der Eingriffsintensität der Freiheitsentziehung. Die Freiheitsentziehung nach dem ThUG ist im Gegensatz zur derzeitigen Sicherungsverwahrung auf eine jederzeit mögliche Entlassung ausgerichtet. Unterschiedliche Maßstäbe bezüglich des Vertrauensschutzes erscheinen daher vertretbar. Erforderlichenfalls dürfte es in dieser Frage zu einer weiteren Klarstellung des BVerfG kommen, wie dies bereits für einen weiteren Teilbereich der Sicherungsverwahrung mit Entscheidung vom 21.06.2011 geschehen ist[67].

Hinzuweisen bleibt noch auf einen besonderen Aspekt. Für den Fall, dass mangels einer „hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten" die Sicherungsverwahrung nicht entsprechend den Vorgaben des BVerfG verlängert werden kann, könnte eine Unterbringung nach dem ThUG problematisch werden, da die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung nicht (nur) auf dem Rückwirkungsverbot, sondern in erster Linie auf der nicht ausreichenden Gefährlichkeit beruht[68].

1.6. Therapiefähigkeit, Zwangsbehandlung

Voraussetzung einer Unterbringung ist nach dem Wortlaut des ThUG weder die Therapiefähigkeit unter medizinischen Gesichtspunkten, noch die Bereitschaft des Betroffenen, sich einer Therapie zu unterziehen.

1.6.1. Therapiefähigkeit

In der Sachverständigenanhörung wurde hierzu die Forderung erhoben, dass die Therapieunterbringung überhaupt geeignet sein müsse, die von dem Betroffenen ausgehende Gefahr durch therapeutische Maßnahmen zu senken. Dies würde eine konkrete positive Behandlungsprognose voraussetzen. Dieser Gedanke folgt einer Entscheidung des BVerfG zur Behandlungsunterbringung nach § 64 StGB. Das BVerfG[69] hat in dieser Entscheidung den Grundsatz entwickelt, dass die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und ebenso ihr Vollzug von Verfassungs wegen an die Voraussetzung geknüpft sein müssen, dass eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Süchtigen zu heilen oder doch über eine gewisse Zeitspanne vor dem Rückfall in die akute Sucht zu bewahren. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf nicht weiter vollzogen werden, wenn entgegen einer anfänglichen positiven Prognose keine hinreichend konkrete Aussicht mehr auf einen solchen Behandlungserfolg besteht. Die betreffende Stellungnahme

---

[66] Das stellt keinen Widerspruch dar, da den Kompetenzerwägungen eine andere Zielrichtung zugrunde liegt

[67] http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110621_2bvr187910.html

[68] Nußstein, NJW 17/2011, S. 1194 ff., 1197

[69] BVerfG, Beschluss vom 16.03.1994, 2 BvL 3/90 u.a., Leitsätze 2 u. 4, http://www.juris.de/jportal/portal/t/15uy/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KVRE254999401%3Ajuris-r00&documentnumber=1&numberofresults=1&showdoccase=1&doc.part=K&paramfromHL=true#focuspoint

knüpfte an diese Entscheidung die Folge, „dass eine reine Therapieunterbringung nicht angeordnet werden kann, wenn bei dem Betroffenen keine hinreichend konkrete Aussicht auf eine therapeutische Beeinflussung der bei ihm festgestellten psychischen Störung besteht". Bei einer großen Zahl der sog. Altfälle in der Sicherungsverwahrung sei dies der Fall[70].

Diese Argumentation verkennt allerdings, dass in § 64 S. 2 StGB ausdrücklich eine konkrete Erfolgsaussicht der Unterbringung normiert ist. Da diese im ThUG fehlt, setzt die Entscheidung über die Therapieunterbringung eine positive Behandlungsprognose nicht voraus.

1.6.2. Zwangsbehandlung

Im ThUG ist ebenfalls der Problemkreis der Zwangsbehandlung nicht erwähnt. Maßnahmen der Zwangsbehandlung dürfen nach einer ebenfalls neueren Entscheidung des BVerfG [71] vom 23.03.2011 nur als letztes Mittel und nur dann eingesetzt werden, wenn sie im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, Erfolg versprechen und für den Betroffenen nicht mit Belastungen verbunden sind, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stehen. Zum Schutz der Grundrechte des Untergebrachten sind besondere verfahrensmäßige Sicherungen geboten. Die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung bedürfen klarer und bestimmter gesetzlicher Regelung. Dies gilt auch für die Anforderungen an das Verfahren.

Regelungsbedarf für diese Voraussetzungen bestünde hier nur, falls derartige Maßnahmen beabsichtigt sein sollten. Der Gesetzentwurf einschließlich der Begründung enthält hierfür keine Anhaltspunkte.

1.7. EMRK Konformität

§ 1 Abs. 1 ThUG hat die Möglichkeit des Freiheitsentzuges aufgrund einer „psychischen Störung" neu eingeführt. Anders als die Unterbringungsmöglichkeit nach den Psychisch-Kranken-Gesetzen bzw. den Unterbringungsgesetzen der Länder fordert das Gesetz ausdrücklich keine psychische Krankheit, sondern eine „psychische Störung". Darunter sollen nach der Gesetzesbegründung maßgeblich Verhaltensabweichungen gezählt werden, die keine gleichzeitige Einschränkung der Handlungs- und Einsichtsfähigkeit voraussetzen, z.B. die so genannte dissoziale Persönlichkeitsstörung. Die Sachverständigen der Anhörung des Deutschen Bundestages vertraten mehrheitlich die Auffassung, dass die psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG nicht mit der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK

---

[70] Wankel, S. 1 f; http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Wankel.pdf

[71] BVerfG, Beschluss vom 23.03.2011, 2 BvR 882/09, http://www.juris.de/jportal/portal/t/mi1/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KVRE393071101%3Ajuris-r03&documentnumber=2&numberofresults=24&showdoccase=1&doc.part=K&paramfromHL=true#focuspoint

beschriebene Definition von „Psychisch Kranken" vereinbar[72], und damit nicht konventionskonform ist. Zudem wurde hinterfragt, was psychische Störung bedeute. „Soll es sich dabei um jede irgendwie geartete Verhaltensauffälligkeit handeln? Man kann es eine Persönlichkeitsstörung nennen, aber in der Sache, um der Konvention zu genügen, muss das Krankheitswert haben und die Steuerungsfähigkeit muss beeinträchtigt sein. Wenn das nicht der Fall ist, ist das auch nicht konventionskonform"[73]. Zudem knüpft § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG die Gefährlichkeit an die psychische Störung. Die Gefährlichkeit der betreffenden Person muss „infolge ihrer psychischen Störung" vorliegen. Dass aber die Gefährlichkeit der betroffenen Person „im Sinne einer Kausalität" auf der psychischen Störung beruht, scheint gerade bei der Gruppe der Persönlichkeitsgestörten aufgrund der dieser Diagnose per se innewohnenden Unsicherheiten, kaum vorstellbar[74]. In dem vorliegenden Gesetzentwurf geht es aber darum, Gefährlichkeit zu psychiatrisieren, also den Krankheitsbegriff so weit auszuweiten, dass eine störungsbedingte Gefährlichkeit bejaht werden kann, und dabei den Therapiebegriff so auszudünnen, dass davon lediglich noch eine Absichtserklärung übrig bleibt[75].

Nach Auffassung des BVerfG ist die konventionsrechtliche Rechtfertigung der Freiheitsentziehung in den hier in Rede stehenden Fällen unter den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK gegeben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte müsse es sich um eine zuverlässig nachgewiesene psychische Störung handeln, die eine zwangsweise Unterbringung erfordere und die fortdauere. Lediglich sozial abweichendes Verhalten stelle keine Störung im Sinne dieser Vorschrift dar. „Eine dissoziale Persönlichkeitsstörung oder eine Psychopathie könne jedoch darunter fallen. Bei der Beurteilung der Frage, ob das Erfordernis der psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK und ihrer Fortdauer erfüllt ist, besitzen die Mitgliedstaaten zudem einen Beurteilungsspielraum. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK verlangt darüber hinaus, dass die gesetzlichen Regelungen des betreffenden Anordnungs- oder Überprüfungsverfahrens die Feststellung einer psychischen Störung im Sinne einer ausdrücklichen Tatbestandsvoraussetzung vorsehen. Darüber hinaus gehe es im Kern nicht um die Freiheitsentziehung wegen einer in der Vergangenheit liegenden Handlung sowie einer daran anknüpfenden Verurteilung, sondern um die Freiheitsentziehung wegen eines gegenwärtigen Zustandes (hier: einer psychischen Störung und der darauf beruhenden Gefährlichkeit für die Allgemeinheit). Dem Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entspringe darüber hinaus die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen dem

---

[72] Scharmer, S. 16,
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Scharmer.pdf

Renzikowski, S. 12,
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Renzikowski.pdf

Kinzig Ziffer VI.2,
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Kinzig.pdf,

[73] Renzikowski, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 18 f,

[74] Kinzig, Ziffer VI.3
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Kinzig.pdf,

[75] Leygraf, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP BT, S. 12;

Zweck der Freiheitsentziehung und der Einrichtung, in der der Betreffende untergebracht ist. Die Rechtfertigung der Freiheitsentziehung setzt daher nicht zuletzt voraus, dass der Betroffene an einem Ort und unter Umständen untergebracht ist, die der Tatsache Rechnung tragen, dass er (auch) aufgrund einer psychischen Störung untergebracht ist (d.h. in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Einrichtung) [76].

Das BVerfG hat damit zum einen bestätigt, dass das Vorliegen einer psychischen Störung als Tatbestandsvoraussetzung des ThUG konventionskonform und diese Voraussetzung zum anderen bestimmbar ist.

1.8. Steht das Gesetz im Einklang mit dem Anspruch des/der Verurteilten auf Resozialisierung?

Der Strafvollzug in der Bundesrepublik ist nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ein auf die Resozialisierung der Gefangenen hin ausgerichteter "Behandlungsvollzug". Das Gericht hat mehrfach betont, dass die Forderung nach Resozialisierung verfassungsrechtlich dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft entspreche, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt stelle und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sei. Dieses Resozialisierungsinteresse ergebe sich für den Straftäter aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG. Der verurteilte Straftäter müsse die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen. Es sei Aufgabe des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle gesetzlichen Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig seien, beim Gefangenen dieses Vollzugsziel zu erreichen[77]. Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber, ein wirksames Konzept der Resozialisierung zu entwickeln und den Strafvollzug darauf aufzubauen. Dabei ist ihm ein weiter Gestaltungsraum eröffnet"[78].

Den Grundsatz der Resozialisierung als Ziel des Strafvollzuges beschreibt das Strafvollzugsgesetz des Bundes wie folgt: „Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel)." Zur Konkretisierung des Resozialisierungszieles enthält § 3 Abs. 1 StVollzG die Vorgabe, dass „das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich angeglichen werden soll." Schließlich verdeutlicht § 4 Abs. 1 StVollzG: „Der Gefangene wirkt an der Gestaltung seiner Behandlung und an der Erreichung des Vollzugszieles mit. Seine Bereitschaft hierzu ist zu wecken und zu fördern". Im Maßregelvollzug hingegen steht die therapeutische Behandlung im Vordergrund. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 MRVG NRW sollen „Maßregeln der Besserung und Sicherung die betroffenen Patientinnen und

---

[76] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 151 ff;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[77] BVerfG, Urteil vom 21.06.1977, 1 BvL 14/76, RdNr. 177
http://www.juris.de/jportal/portal/t/1cny/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=356&numberofresults=408&fromdoctodoc=yes&doc.id=BVRE800420001%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

[78] BVerfG, Urteil vom 01.07.1998, 2 BvR 441/90, Leit- und Orientierungssätze,
http://www.juris.de/jportal/portal/t/lno/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KVRE281859801%3Ajuris-r00&documentnumber=1&numberofresults=2&showdoccase=1&doc.part=K&paramfromHL=true#focuspoint

Patienten durch Behandlung und Betreuung (Therapie) befähigen, ein in die Gemeinschaft eingegliedertes Leben zu führen"[79].

Im Mittelpunkt desThUG steht die Behandlung der individuellen psychischen Störung, um eine baldige Entlassung zu ermöglichen (§ 2 ThUG). Das Resozialisierungsinteresse wird damit auch in der Therapieunterbringung durch einen generellen Anspruch des Betroffenen berücksichtigt. Insoweit entspricht dies der Forderung des BVerfG nach einer entsprechenden Leitlinie. Die konkrete Ausgestaltung dieses Anspruches obliegt im Detail, wie auch bei sonstigen Resozialisierungsmaßnahmen des Vollzugsrechts, den jeweiligen Landesgesetzgebern. Bisher sind im Vollzugsrecht ausgestaltete Tatbestände, wie z.B. Vollzugslockerungen oder offener Vollzug nicht als konkrete Ansprüche ausgestaltet, sondern als Möglichkeit dargestellt, über die im Einzelfall die Vollzugsbehörde unter Abwägung des Zielkonfliktes zwischen dem Resozialisierungsauftrag gegenüber dem Betroffenen und dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit[80] entscheidet. Das durch das ThUG vorgegebene Vollzugsziel ist damit mit dem Resozialisierungsinteresse von Verfassungs wegen im Grundsatz vereinbar.

Eine andere Frage ist, ob das ThUG daneben konzeptionell konkrete weitere Möglichkeiten zur Resozialisierung vorsehen muss. Hierauf wird im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Ausgestaltung im Folgenden einzugehen sein.

2. *Ausgestaltung der Unterbringung, Verfahren*

Sowohl der Bundes- als auch die Landesgesetzgeber sind aufgrund der Vorgaben des BVerfG verpflichtet, künftig an Hand vorgegebener Kriterien den Bereich der Sicherungsverwahrung neu zu regeln. „Dabei ist die Freiheitsentziehung ist in deutlichem Abstand zum Strafvollzug so auszugestalten. Das gesamte System der Sicherungsverwahrung ist so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt. Hierzu bedarf es eines freiheitsorientierten Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung mit klarer therapeutischer Ausrichtung auf das Ziel, die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr zu minimieren und auf diese Weise die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren. Die Vollzugsmodalitäten sind außerdem an der Leitlinie zu orientieren, dass das Leben im Vollzug allein solchen Beschränkungen unterworfen werden darf, die zur Reduzierung der Gefährlichkeit erforderlich sind. Das Resozialisierungsgebot, dem das Bild des Grundgesetzes von einem zu freier Selbstbestimmung befähigten Menschen zugrunde liegt gilt gleichermaßen für den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung[81]. Die zentrale Bedeutung, die diesem Konzept für die Verwirklichung des Freiheitsrechts des Untergebrachten zukommt, gebietet eine gesetzliche Regelungsdichte, die keine maßgeblichen Fragen der

---

[79] MRVG NRW 1999
https://lv.recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=2&ugl_nr=2128&bes_id=4635&menu=1&sg=0&aufgehoben=N&keyword=MRVG#det221399

[80] Schwind/Böhm § 2 StVollzG, RdNr. 20

[81] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 108;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

Entscheidungsmacht von Exekutive oder Judikative überlässt, sondern deren Handeln in allen wesentlichen Bereichen wirksam determiniert"[82].

Da die vom BVerfG für die Sicherungsverwahrung vorgegeben Kriterien auch die Therapieunterbringung berühren können, sollen sie im Folgenden wiedergegeben werden.

2.1. Kriterien der Neuausrichtung

Das durch den Gesetzgeber auszugestaltende Regelungskonzept muss umfassend als Gesamtkonzept ausgestaltet sein und zumindest folgende Aspekte umfassen[83]:

a) ultima-ratio-Prinzip

Die Sicherungsverwahrung darf nur als letztes Mittel angeordnet werden, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht ausreichen, um dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit Rechnung zu tragen.

b) Individualisierungs- und Intensivierungsgebot

Spätestens zu Beginn des Vollzugs hat eine umfassende, modernen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechende Behandlungsuntersuchung stattzufinden. Dabei sind die individuellen Faktoren, die für die Gefährlichkeit des Untergebrachten maßgeblich sind, eingehend zu analysieren. Auf dieser Grundlage ist ein Vollzugsplan zu erstellen, aus dem sich detailliert ergibt, ob und gegebenenfalls mit welchen Maßnahmen vorhandene Risikofaktoren minimiert oder durch Stärkung schützender Faktoren kompensiert werden können, um die Gefährlichkeit des Untergebrachten zu mindern, dadurch Fortschritte in Richtung einer Entlassung zu ermöglichen und dem Untergebrachten eine realistische Perspektive auf Wiedererlangung der Freiheit zu eröffnen. In Betracht zu ziehen sind etwa berufliche Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlungen sowie Maßnahmen zur Ordnung der finanziellen und familiären Verhältnisse und zur Vorbereitung eines geeigneten sozialen Empfangsraums. ...Hierzu bedarf es einer individuellen und intensiven Betreuung des Untergebrachten durch ein multidisziplinäres Team qualifizierter Fachkräfte Insbesondere im therapeutischen Bereich müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden. Erweisen sich standardisierte Therapiemethoden als nicht erfolgversprechend, muss ein individuell zugeschnittenes Therapieangebot entwickelt werden. Dabei muss – insbesondere mit zunehmender Vollzugsdauer – sichergestellt sein, dass mögliche Therapien nicht nur deshalb unterbleiben, weil sie im Hinblick auf Aufwand und Kosten über das standardisierte Angebot der Anstalten hinausgehen

c) Motivierungsgebot

Die unbestimmte Dauer der Sicherungsverwahrung kann schwerwiegende psychische Auswirkungen haben, den Untergebrachten demotivieren und ihn in Lethargie und Passivität führen. Dem ist zunächst durch ein Behandlungs- und Betreuungsangebot zu begegnen, das nach Möglichkeit eine realistische Entlassungsperspektive eröffnet Darüber hinaus ist die Bereitschaft des

---

[82] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 110;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[83] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 112 bis 118;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

Untergebrachten zur Mitwirkung an seiner Behandlung durch gezielte Motivationsarbeit zu wecken und zu fördern.

d) Trennungsgebot

Die Gestaltung des äußeren Vollzugsrahmens hat dem spezialpräventiven Charakter der Sicherungsverwahrung Rechnung zu tragen und muss einen deutlichen Abstand zum regulären Strafvollzug erkennen lassen. Das Leben im Maßregelvollzug ist den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen, soweit Sicherheitsbelange dem nicht entgegenstehen. Dies erfordert zwar eine vom Strafvollzug getrennte Unterbringung in besonderen Gebäuden oder Abteilungen, aber keine vollständige räumliche Ablösung vom Strafvollzug.

e) Minimierungsgebot

Die Konzeption der Sicherungsverwahrung muss Vollzugslockerungen vorsehen und Vorgaben zur Entlassungsvorbereitung enthalten, wobei der Freiheitsorientierung möglichst weitgehend Rechnung zu tragen ist. So muss sichergestellt werden, dass Vollzugslockerungen nicht ohne zwingenden Grund – etwa auf der Grundlage pauschaler Wertungen oder mit dem Hinweis auf eine nur abstrakte Flucht- oder Missbrauchsgefahr – versagt werden können. Sind unbeaufsichtigte Lockerungen wie Freigang, Ausgang oder Urlaub gleichwohl nicht möglich, müssen begleitete Ausführungen gewährt werden; diese können nur dann unterbleiben, wenn sie trotz der Beaufsichtigung des Untergebrachten zu schlechthin unverantwortbaren Gefahren führen. ... Die Entlassungsvorbereitung ist mit planmäßigen Hilfen für die Phase nach der Entlassung zu verzahnen. Insbesondere muss ein ausreichendes Angebot an Einrichtungen (forensische Ambulanzen, Einrichtungen des betreuten Wohnens u.ä.) gewährleistet sein, die entlassene Untergebrachte aufnehmen, die erforderliche Betreuung sicherstellen und damit einen geeigneten sozialen Empfangsraum bieten können.

f) Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot

Dem Untergebrachten muss ein effektiv durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Durchführung der Maßnahmen eingeräumt werden, die zur Reduktion seiner Gefährlichkeit geboten sind. Ihm sind ein geeigneter Beistand beizuordnen oder andere Hilfestellungen anzubieten, die ihn in der Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen unterstützen.

g) Kontrollgebot

Verfahrensrechtlich muss gewährleistet sein, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich überprüft wird. Die Vollzugsbehörde hat der zuständigen Strafvollstreckungskammer regelmäßig Sachstandsbericht zu erstatten. Ergeben sich Anhaltspunkte für die Aussetzungsreife der Maßregel, ist von Amts wegen unverzüglich eine gesonderte Überprüfung durchzuführen. Die strengere Kontrolle durch die Gerichte trägt dem allein präventiven Charakter der Maßregel Rechnung. Sie ist mit zunehmender Dauer des Vollzugs weiter zu intensivieren. Das gilt sowohl für die Zeitdauer der Intervalle zwischen den gerichtlichen Überprüfungen als auch für die von Amts wegen erforderliche Kontrolle der Vollzugsbehörden und die qualitativen Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung in Bezug auf deren inhaltliche Substantiierung.

2.2. Anwendbarkeit auf das ThUG

Bei der Frage, welcher dieser Aspekte möglicherweise ergänzend auch im Geltungsbereich des ThUG Anwendung finden muss, lassen sich vorab diejenigen

Kriterien aussondern, die ausschließlich nur für die Sicherungsverwahrung in Betracht kommen. Danach entfallen das ultima-ratio-Prinzip und das Motivierungsgebot, die nur für die Sicherungsverwahrung gelten.

Sodann können auch jene Kriterien vernachlässigt werden, die das ThUG bereits mit seinem derzeitigen Regelungsinhalt ausfüllt. Das BVerfG ist ausdrücklich auf das Abstands(Trennungs-)gebot eingegangen. Das ThUG setzt diese Anforderung durch die Unterbringung in räumlich und organisatorisch vom Strafvollzug getrennten Einrichtungen (§ 2 ThUG) bereits jetzt den Vorgaben entsprechend um. Auch das Individualisierungs- und Intensivierungsgebot kann bereits jetzt als erfüllt angesehen werden, weil ein Anspruch des Untergebrachten auf einen individuell zu erstellenden Therapieplan besteht, der sich auf die im Einzelfall vorliegende psychische Störung bezieht. Deshalb und wegen der Beiordnung eines Rechtsanwaltes für die gesamte Dauer der Unterbringung nach § 7 Abs. 1 ThUG) wird auch dem Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot Rechnung getragen.

Es bleibt damit nur noch zu fragen, ob das Minimierungsgebot sowie das Kontrollgebot ganz oder teilweise für die Freiheitsentziehung nach dem ThUG Geltung beanspruchen können.

2.2.1. Kontrollgebot

Das Kontrollgebot wurde vom BVerfG in Bezug auf die Sicherungsverwahrung mit dem präventiven Charakter der Maßregel begründet. Der Therapieunterbringung kommt gleichermaßen präventiver Charakter zu, der durch den Gesichtspunkt der jederzeitigen Aufhebbarkeit der Unterbringung noch verstärkt wird (§ 13 ThUG). Die Aufhebung bedarf allerdings einer an das Gericht gerichteten Anregung nach § 24 FamFG. Eine termingebundene Überprüfung sieht das ThUG während der Unterbringungsdauer von 18 Monaten (§ 12 Abs. 1 ThUG) nicht vor. Bereits deswegen befindet sich diese Regelung im Widerspruch zu der vom BVerfG geforderten jährlichen Überprüfung[84]. Eine jährliche Prüfung erscheint angesichts der 18-monatigen Dauer für das ThUG jedoch nicht in Relation und zudem unpraktisch. Eine Prüfung nach der Hälfte der gesetzlich festgelegten Unterbringungszeit wäre insoweit vorzuziehen, alternativ ein Antragsrecht des Betroffenen. Das ThUG wäre in diesem Punkt jedenfalls um eine Reglung zur Kontrolle der Unterbringung zu ergänzen. Bis zu deren Einführung könnten die §§ 12 und 13 verfassungskonform ausgelegt werden. Auf den Bestand des Gesetzes im Übrigen hätte dies keine Auswirkung. Zugunsten bestehender Gesetze gilt der Grundsatz der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit. Dieses Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung ist ständige Rechtsprechung des BVerfG. Aus ihm folgt nicht nur, dass für ein Gesetz zunächst die Vermutung der Vereinbarkeit mit dem GG spricht, sondern das Prinzip im Zweifel auch eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes verlangt[85]. Diese Grundsätze dürften insoweit auch auf das derzeitige ThUG anzuwenden sein.

---

[84] BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, RdNr. 118 ;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[85] Urteil vom 10. Februar 2004, - 2 BvR 834/02 - 2 BvR 1588/02 - RdNr. 182;
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040210_2bvr083402.html

2.2.2. Minimierungsgebot

Das Minimierungsgebot setzt für die Sicherungsverwahrung zwingend Vollzugslockerungen und Vorgaben zur Entlassungsvorbereitung sowie ein ausreichendes Angebot an Einrichtungen zur Aufnahme entlassener Untergebrachter voraus (geeigneter sozialer Empfangsraum). Diese Vorgabe entspricht dem Resozialisierungsgedanken des Vollzugs. Entsprechende Vollzugslockerungen sind aber auch z.B. in § 18 MRVG NRW vorgesehen. Darüber hinaus sieht auch § 328 FamFG die Möglichkeit einer Aussetzung des Vollzuges einer Unterbringung vor. Da nahezu alle Vollzugs- und Unterbringungsgesetze derartige Lockerungen vorsehen, dürfte bereits die Gleichbehandlung dafür sprechen, auch den nach dem ThUG Untergebrachten vergleichbare Ansprüche zuzubilligen. Hinzu kommt, dass der Entlassungsvorbereitung im Rahmen der Therapieunterbringung hervorgehobene Bedeutung zukommen sollte. Das Gesetz sollte deshalb um eine entsprechende Regelung zumindest in Form einer Leitlinie ergänzt werden. Der Regelungsbedarf für Sicherungsverwahrte ist infolge der Anordnung erst zum Mai 2013 gegeben. Da für das ThUG zeitlich gesehen unmittelbarer Regelungsbedarf besteht, lässt sich diese Lücke zugunsten der Betroffenen bis dahin durch eine analoge Anwendung bereits bestehender Vollzugsvorschriften schließen.

D. Zusammenfassung

Infolge der Entscheidung des BVerfG vom 04.05.2011 ist der Bundesgesetzgeber in der Pflicht, das Recht der Sicherungsverwahrung neu zu konzipieren. Das Gericht hat dabei auch das ThUG in den Blick genommen, ohne dessen Verfassungsmäßigkeit in Gänze zu prüfen. In Bezug auf das ThUG hat das Gericht ausdrücklich festgestellt, dass das Gesetz das Abstandsgebot wahrt. Zugleich ist es auch von einer Leitlinienkompetenz des Bundesgesetzgebers zum Erlass des ThUG ausgegangen. Weiterhin hat es eine wesentliche Voraussetzung des ThUG für eine Freiheitsentziehung durch Unterbringung, nämlich das Vorliegen einer psychischen Störung, zum Kriterium seiner Übergangsanordnung gemacht. Dabei hat es nicht nur die Konventionskonformität dieser tatbestandlichen Voraussetzung, sondern auch die verfassungsrechtliche Bestimmbarkeit und damit Bestimmtheit des neu eingeführten Unterbringungstatbestandes bestätigt. Das BVerfG hat schließlich Vorgaben für die künftige Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung gesetzt, die teilweise bereits im ThUG berücksichtigt sind. Die Möglichkeit zur Überprüfung der Fortdauer der Unterbringung bedarf hierbei einer ergänzenden Ausgestaltung über die Einfügung einer Frist oder die Aufnahme eines entsprechenden Antragsrechts. Ferner sind bisher nicht vorgesehene Vollzugslockerungen in das Gesetz aufzunehmen. Bis dahin können diese Lücken durch verfassungskonforme Auslegung bzw. zulässige Analogie zugunsten der Betroffenen geschlossen werden. Sonstige verfassungsrechtlich kritische Aspekte sind derzeit nicht ersichtlich. Nach Festlegung von Leitlinien durch den Bundesgesetzgeber wird es Sache der Länder sein, diese in landesrechtliche Vollzugsgesetze umzusetzen.

E. Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
APr	Ausschussprotokoll
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Drs.	Drucksache
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggfs.	gegebenenfalls
GV	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes NRW
i.d.R	in der Regel
i.V.m	in Verbindung mit
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JVA	Justizvollzugsanstalt
lit.	Buchstabe
LReg	Landesregierung
MRVG	Maßregelvollzugsgesetz

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NRW	Nordrhein-Westfalen
m.w.N	mit weiteren Nachweisen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
S.	Satz, Seite
SichVNOG	Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung zu begleitenden Regelungen
StGB	Strafgesetzbuch
ThUG	Therapieunterbringungsgesetz
ZustVO ThUG NRW	Verordnung zur Regelung der Zuständigkeiten nach dem Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter NRW

F. Literaturverzeichnis

Beukelmann, Nachträgliche Sicherungsverwahrung für Altfälle: Bestandsaufnahme, NJW-Spezial 2011, 120, http://beck-online.beck.de/default.aspx?typ=reference&y=300&Z=NJW-Spezial&B=2011&S=120

Deutscher Bundestag, 28. Protokoll des Rechtsausschusses der 17. WP, Anhörung vom 10. November 2010 zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung zu begleitenden Regelungen, BT-Drucksache 17/3403 ; http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/05_Wortprotokoll.pdf

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2011

Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt-Ausgabe, München, 58. Ergänzungslieferung 2010

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010

Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, Strafvollzugsgesetz, 5. Auflage, Berlin, 2009

G. Anhang

Europäische Menschenrechtskonvention

Art. 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit[86]

(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

a) rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;

b) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;

c) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;

d)rechtmäßige Freiheitsentziehung bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;

e)rechtmäßige Freiheitsentziehung mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;

f)rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

(2) Jeder festgenommenen Person muss innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

(3) Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist.

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

[86] http://beck-online.beck.de/?bcid=Y-100-G-EMRK-A-5

Art. 7 Keine Strafe ohne Gesetz[87]

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.

[87] http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fges%2FEMRK%2Fcont%2FEMRK%2EA7%2Ehtm;