

Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK?

Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11

Von Dr. Christine Morgenstern, Greifswald

Der Beitrag beschäftigt sich vor dem Hintergrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 15.9.2011¹ mit dem sich abzeichnenden Konflikt um den Begriff der psychischen Störung, den das Therapieunterbringungsgesetz (ThuG) verwendet. Zum einen geht es um die Deutungshoheit – inwieweit kann es eine „psychische Störung im Rechtssinne“ geben, die vom forensisch-psychiatrischen/psychologischen Verständnis abweicht? Zum anderen wird erörtert, inwieweit die gefundene Auslegung in konkreten Fällen im Licht von Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK bzw. vor den Augen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Bestand haben kann.

I. Einleitung

Die Vorgeschichte zum hier kommentierten Beschluss des Bundesverfassungsgericht ist bekannt: Ende 2009 erging im Fall M. v. Deutschland² das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), in dem festgestellt wurde, dass die rückwirkende Aufhebung der 10-Jahres-Frist für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Jahr 1998 gegen die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verstößt. Es dauerte ein knappes Jahr, bis das Recht der Sicherungsverwahrung reformiert wurde und weitere fünf Monate, bis das Bundesverfassungsgericht im Mai 2011 sämtliche Regelungen zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärte und den Gesetzgeber zur Neukonzeption binnen der nächsten zwei Jahre verpflichtete.³ Die Zeit dazwischen war geprägt von einer kontrovers geführten Debatte über die Zukunft der Sicherungsverwahrung und das weitere Schicksal der sog. „Parallel-“ oder „Altfälle“. Zu diesen gehören diejenigen Sicherungsverwahrten, gegen die ebenso wie gegen M. bereits vor 1998 Sicherungsverwahrung angeordnet worden war. Während einige Oberlandesgerichte aus der Straßburger Entscheidung folgerten, dass die Betroffenen aus der Verwahrung zu entlassen seien, wartete man in anderen OLG-Bezirken ab und wurde schließlich erst durch den BGH, dann durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt: Obwohl Vertrauensschutzbelange der Betroffenen tangiert seien, könne eine verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Schutz höchstwertiger Rechtsgüter die Fortdauer der Sicherungsverwahrung rechtfertigen. Gegen diejenigen der Betroffenen, bei denen „eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualdelikte aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist“, kann daher nun weiter Sicherungsverwahrung vollzogen werden, wenn sie an einer „psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG“ leiden.⁴ Damit will das Bundesverfas-

sungsgericht erreichen, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in den Altfällen auch im Licht der EMRK zu rechtfertigen ist, weil sie nach dieser Konstruktion Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK unterfallen soll.

Am Begriff der „psychischen Störung“ hängt damit sehr viel – um diesen Begriff soll es im Folgenden allein gehen. Seine Einführung in die Debatte erfolgte mit dem „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ (Therapieunterbringungsgesetz = ThuG).⁵ Der Gesetzgeber, der nach dem Eintritt der Rechtskraft der Straßburger Entscheidung im Fall M. im Frühjahr 2010 unter erheblichen Handlungsdruck geraten war und ganz offenbar mit Entlassungen durch die Gerichte rechnete, wollte zum einen seinen völkerrechtlichen Pflichten nachkommen und das Urteil umsetzen, andererseits verhindern, dass alle konventionswidrig Verwahrten tatsächlich auf freien Fuß kommen. Für sie wurde das ThuG als Teil des oben genannten Gesetzespakets erdacht und trat am 1.1.2011 in Kraft; es ist vom Verdikt der Verfassungswidrigkeit des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich nicht betroffen.

Der erfasste Personenkreis beschränkt sich nach § 1 ThuG auf Personen, die „deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden“ können, „weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist“. Damit sind grundsätzlich nur die Parallelfälle erfasst.⁶ Die Betroffenen müssen außerdem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG „an einer psychischen Störung leiden.“ Eine „Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse“ muss dann ergeben, 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 werden“. Ferner muss nach Nr. 2 die Unterbringung aus den in Nr. 1 genannten Gründen zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich sein (wobei fraglich ist, welches zusätzliche Tatbestandserfordernis hieraus gewonnen wird). Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 4.5.2011 verbleibt dem ThuG nur ein kleiner Anwendungsbereich, weil die Parallelfälleproblematik trotz des Vertrauensschutzgebotes bei hochgradiger Gefährlichkeit des Betroffenen ja gerade zugunsten einer weiteren Unterbringung in der Sicherungsverwahrung aufgelöst worden ist und zuvor nur wenige Betroffene entlassen worden waren. Dennoch sind einige Anträge auf Unter-

⁵ BGBl. I 2010, S. 2300 (S. 2305).

⁶ Mit Problemen in Bezug auf dieses Merkmal musste sich das OLG Saarbrücken auseinandersetzen, Beschl. v. 30.9.2011 – 5 W 212/11-94. Es kam letztlich zu dem Schluss, dass das ThuG auch dann anwendbar ist, wenn sich ein Betroffener nie rechtskräftig in Sicherungsverwahrung befunden hat, sondern über fast drei Jahre nach § 275a StPO vorläufig untergebracht war.

¹ BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11.

² EGMR NJW 2010, 2495.

³ BVerfG NJW 2011, 1931.

⁴ BVerfG NJW 2011, 1931, Nr. III. 2. a) des Tenors.

bringung nach ThuG gestellt worden, ein Betroffener ist auch bereits in der ehemaligen JVA Oberhausen untergebracht.⁷ In Bezug auf die Anforderungen an die Unterbringung legt § 2 ThuG unter der Überschrift „Geeignete geschlossene Einrichtungen“ fest, dass sie „wegen ihrer medizinisch therapeutischen Ausrichtung eine angemessene Behandlung der im Einzelfall vorliegenden psychischen Störung“ gewährleisten müssen, und zwar „auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans“ und mit dem „Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer“. Die weiteren Voraussetzungen der Unterbringung bzw. des Verfahrens nach ThuG sollen hier nicht erörtert werden, da es für den kommentierten Fall nur auf den dem ThuG entnommenen Begriff der psychischen Störung ankommt.

II. Der dem Beschluss des BVerfG v. 15.9.2011 zugrundeliegende Fall

Die als Parallelfälle noch immer in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen dürften ganz überwiegend solche sein, die von Gutachtern für besonders gefährlich gehalten werden und von denen gravierende Straftaten zu befürchten sind, denn relativ strenge Verhältnismäßigkeits- bzw. Prognoseanforderungen hat es ja schon zuvor gegeben. Es war zu erwarten, dass von den nochmals gesteigerten Anforderungen („hochgradige“ Gefahr, „schwerste“ Gewalt- und Sexualdelikte) nur wenige Verwahrte im Sinne einer Entlassung profitieren würden.⁸ Im vorliegenden Fall hatten das LG Arnsberg bzw. das OLG Hamm über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in einem Altfall zu entscheiden, in dem der Verwahrte schwere Gewalt- bzw. Sexualstraftaten begangen hatte, einen Teil der Taten während eines Hafturlaubes bzw. binnen zehn Wochen nach Vollverbüßung der gegen ihn verhängten Jugend- bzw. Freiheitsstrafen. Er war 1977 wegen Mordes zu einer Jugendstrafe und 1982 wegen verschiedener Gewalt- und Sexualdelikte zu einer Freiheitsstrafe zu acht Jahren verurteilt worden. Die Sicherungsverwahrung war 1994 angeordnet worden, als er wegen der Vergewaltigung eines 12-jährigen Kindes zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war. In den beiden Verfah-

ren nach Erwachsenenstrafrecht gelangten Sachverständige zu der Auffassung, dass er zwar „ausgeprägte dissoziale, narzisstische und geltungsbedürftige Persönlichkeitszüge“ aufweise, die jedoch keinen Krankheitswert hätten und insbesondere nicht unter die seelischen Störungen des § 20 StGB fielen.

Seit 1999 wurde die Sicherungsverwahrung vollstreckt, 2009 waren damit die zehn Jahre, die zum Verurteilungszeitpunkt noch als Höchstdauer der Verwahrung gegolten hatten, abgelaufen. Zur Vorbereitung der Entscheidung nach § 67d Abs. 3 StGB wurden zwei Sachverständigengutachten eingeholt. Auf deren Grundlage ordnete das LG Arnsberg am 16.6.2010 die Fortdauer der Sicherungsverwahrung an. Das gegen diesen Beschluss angerufene OLG Hamm stellte wegen der unklaren Situation nach der Straßburger Entscheidung bzw. der Streit um die Konsequenzen, der innerhalb der deutschen Strafjustiz ausgebrochen war, seine Entscheidung bis zur Klärung der Frage durch den BGH zunächst zurück. Es ordnete später den Vorgaben des BGH vom 9.11.2010⁹ gemäß die Einholung eines Gutachtens zu der Frage an, ob eine „hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Beschwerdeführers abzuleiten sei.“ Wie oben ausgeführt, griff das BVerfG diese Vorgabe des 5. *Strafsenats* des BGH in seiner Entscheidung vom 4.5.2011 auf und präzisierte die „konkreten Umstände“, die der BGH im Sinn gehabt hatte: sie müssten eine „psychischen Störung“ darstellen.¹⁰

Da alle Gutachter für den Betroffenen übereinstimmend ein erhebliches Rückfallrisiko im Hinblick auf erneute gravierende Sexualstraftaten angenommen hatten, kam es damit für eine weitere Unterbringung auf das Vorliegen einer psychischen Störung an. In der Zwischenzeit war durch den Leiter der JVA Werl außerdem ein gerichtliches Verfahren nach ThuG eingeleitet worden, so dass zwei weitere Gutachten, diesmal mit der konkreten Fragestellung, ob eine psychische Störung im Sinne von § 1 ThuG vorliege, erstattet wurden. Das OLG Hamm folgte in seinem 20-seitigen Beschluss vom 9.6.2011¹¹ der Einschätzung derjenigen Gutachter, die die beim Begutachteten vorgefundenen „dissozialen Verhaltenszüge in psychopathischer Ausprägung“ entweder nicht als kausal für die begangenen Taten betrachteten¹² bzw. als „dissoziales Syndrom“ qualifizierten, das einen „tatsächlichen Störungscharakter im Sinne übergeordneter Kriterien für psychische Störungen“¹³ nicht aufweise. Begründet wurden diese Einschätzungen mit der Tatsache, dass die egozentrische, rücksichtslose und daher dissoziale „Persönlichkeitsakzentuierung“ des Begutachteten nicht zu einer persönlichen

⁷ Die JVA Oberhausen ist zum Therapiezentrum für bis zu 18 Bewohner umgebaut worden und wird als Übergangslösung bis Ende 2012 betrieben werden. In dieser Zeit, so stellt der Landschaftsverband Rheinland als Träger der Einrichtung in einer Pressemitteilung vom 26.7.2011 klar, werden Lockerungsmaßnahmen nicht in Betracht gezogen (*Der Westen* v. 20.10.2011).

⁸ Ein mögliches Beispiel ist einer der Beschwerdeführer im am 4.5.2011 entschiedenen Verfahren vor dem BVerfG (NJW 2011, 1931), bei dem die Anlasstaten Eigentumsdelikte waren und die „Symptomtat“, eine Vergewaltigung, bereits sehr lange zurücklag. Hierauf weist das Gericht ausdrücklich hin (Rn. 176). Auch das Berliner Landgericht hatte schon auf der Grundlage der BGH-Vorgaben für die verschärften Kriterien in mehreren Altfällen Verwahrte, bei denen die Gefährlichkeit nicht mehr entsprechend hoch war, entlassen (Pressemitteilung der Senatsverwaltung für Justiz v. 14.4.2011 und *Morgenstern*, NK 2011, 54 [58]).

⁹ BGH NJW 2011, 240. Der 5. *Strafsenat* wurde nach der in Reaktion auf das Straßburger Urteil neu geschaffenen Divergenzvorlagepflicht nach § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG für die Vereinheitlichung der OLG-Rechtsprechung zuständig.

¹⁰ BVerfG NJW 2011, 1931 (1946 Rn. 172).

¹¹ OLG Hamm, Beschl. v. 9.6.2011 – 4 Ws 207/10.

¹² Gutachten v. 7.3.2011, S. 14 von Beschlusses 4 Ws 207/10.

¹³ Gutachten v. 1.6.2011, S. 19 des Beschlusses 4 Ws 207/10.

Beeinträchtigung geführt habe;¹⁴ im Gegenteil sei sein soziales Kompetenzniveau nicht eingeschränkt, sondern er komme „souverän“ und „robust“ durch sein Leben bzw. seine Haftzeit.¹⁵

Das Gericht sah sich insgesamt durch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung nicht gehindert, bei der Auslegung des Begriffs der psychischen Störung ein gewisses Gewicht der psychischen Beeinträchtigung zu verlangen, die zudem Krankheitswert haben müsse und beruft sich dabei auch auf das Fachgremium der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN)¹⁶ bzw. eine Stellungnahme in der Sachverständigenanhörung des Deutschen Bundestag zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vom 9.11.2010.¹⁷ Zusammenfassend könne eine Freiheitsentziehung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK nur dann gerechtfertigt sein, „wenn die psychische Störung das Gewicht einer schweren seelischen Abartigkeit“ habe. Auffällig an dem unveröffentlichten Beschluss ist, dass die Begründung über fast fünf Seiten wörtlich Passagen aus den Gutachten der Sachverständigen wiedergibt, die sich teilweise grundsätzlich mit den Definitionskriterien psychischer Erkrankungen auseinandersetzen.

Das Gericht verneinte daher eine psychische Störung i.S.d. ThuG und hob den Beschluss des LG Arnsberg zur Fortdauer der Sicherungsverwahrung auf und ordnete die Entlassung des Untergebrachten am 19.12.2011 (sowie Führungsaufsicht) an. Die Zeitspanne von weiteren sechs Monaten bis zur Entlassung wurde mit den erforderlichen Entlassungsvorbereitungen begründet. Hiergegen wandte sich der Betroffene mit seiner Verfassungsbeschwerde, er begehrte die sofortige Entlassung. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung bis Dezember 2011 „zur Entlassungsvorbereitung“ rechtswidrig sei, sofern eine psychische Störung verneint worden sei. Die Vorbereitung der Entlassung sei kein ausreichender Haftgrund und verletze so den Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG bzw. dem Vertrauensschutzgebot. Danach sei auch ein mit Resozialisierungserwägungen begründeter weiterer Vollzug der Sicherungsverwahrung in Fällen ausgeschlossen, „in denen die Freiheitsentziehung auf Vorschriften beruht, die (auch) gegen das Vertrauensschutzgebot verstoßen“. Man wird dieser Argumentation folgen können, zumal das OLG Hamm hier auch

keine konkreteren Ausführungen zur Begründung (z.B. zu noch zu organisierenden Übergangsmaßnahmen, Weisungsmodalitäten etc.) macht.¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht verwies die Sache sodann gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG an das zuständige LG zurück.

Das Bemerkenswerte am Beschluss des BVerfG sind aber die Ausführungen, die nach der Begründetheitsprüfung folgen. Hier wird das OLG Hamm darauf hingewiesen, dass es „Sinn und Tragweite“ des Urteils vom 4.5.2011 verkannt habe und den Fachgerichten nahe gelegt, wie sie an die Auslegung des Begriffs der psychischen Störung herangehen müssen.

III. Der Begriff der psychischen Störung und seine Auslegung

Für eine Würdigung des Beschlusses muss daher der Begriff der psychischen Störung nach § 1 ThuG nun endlich näher betrachtet werden. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff,¹⁹ der ausgelegt werden muss. Die grammatische Auslegung ist üblicherweise die naheliegende – was gibt also der Wortlaut her? Wie kann der Rechtsinn möglichst nah am Wortsinn gefunden werden? Zunächst ist auffällig, dass sich der Gesetzgeber des Begriffs der psychischen Störung bedient, obwohl die EMRK in der aktuellen deutschen Fassung²⁰ den Begriff der psychischen Krankheit verwendet. Das Bundesverfassungsgericht formuliert stets „psychische Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Buchstabe e EMRK“ und gebraucht damit nicht den offiziellen Wortlaut. In der Tat hat in der Psychiatrie der Begriff der „psychischen Störung“ den der „psychischen Erkrankung“ weitgehend abgelöst. Hintergrund ist vor allem das Bemühen um eine Entstigmatisierung der Betroffenen.²¹ Eine Störung ist grammatisch etwas anderes als eine Krankheit, ggf. werden aber beide Begriffe synonym gebraucht. Hier deutet sich der Konflikt an – der Wortsinn ist ohne weiteres nicht zu ergründen, denn es kommt auf das Bezugssystem an bzw. auf die (Fach-)Sprache, die man spricht. Dabei weist das Bundesverfassungsgericht²² darauf hin, dass Deckungsgleichheit mit den überkommenen Kategorisierungen der Psychiatrie jedenfalls nicht nötig sei. Die Feststellungen²³ des Gerichts, der Gesetzgeber habe mit dem ThuG in zulässiger Weise Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK im Hinblick auf den erfassten Personenkreis „konkretisiert“, ist aber angesichts des Wort-

¹⁴ Gutachten v. 7.3.2011, S. 15 des Beschlusses 4 Ws 207/10.

¹⁵ Gutachten v. 1.6.2011, S. 18 des Beschlusses 4 Ws 207/10.

¹⁶ Müller u.a., Forensische Psychiatrie, Kriminologie und Psychiatrie 2011, 116 (auch online: www.dgppn.de).

¹⁷ Alle Stellungnahmen zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 17/3403) unter

http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/index.html (zuletzt abgerufen am 12.12.2011).

Ob das Gericht hier die Stellungnahmen nicht zu weitgehend interpretiert, ist allerdings die Frage. Zumindest findet sich keine entsprechende Aussage in der Stellungnahme, auf die hier offenbar Bezug genommen wird; vgl. auch Renzikowski, ZIS 2011, 531 (536).

¹⁸ Organisationshaft zur Vorbereitung der Überstellung in den Maßregelvollzug wird durch das Gericht allerdings grundsätzlich akzeptiert, BVerfG, Beschl. v. 26.9.2005 – 2 BvR 1091/01.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11, Rn. 39.

²⁰ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.10.2010 (BGBl. II 2010, S. 1198).

²¹ Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn, Forensische Psychiatrie, Kriminologie und Psychiatrie 2011, 197 (199).

²² BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11, Rn. 39.

²³ BVerfG NJW 2011, 1931 (1946 Rn. 173) und BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11, Rn. 38.

lauts nicht ohne weiteres nachzuvollziehen, denn er ist keinesfalls aus sich heraus verständlich.²⁴

Im Kanon der Auslegungsmethoden ist daher die historische heranzuziehen: in welchem Zusammenhang entstand das Gesetz, was wollte der Gesetzgeber? Die Gesetzesbegründung²⁵ beruft sich zunächst auf die in der Psychiatrie eingeführten Diagnosemanuale (International Classification of Diseases ICD-10 der WHO und das Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-IV der American Psychiatric Association) und räumt ein, dass die dort aufgeführten Diagnosen einen „klinisch erkennbaren Komplex von Symptomen oder Verhaltensauffälligkeiten, die mit persönlichen Belastungen und Beeinträchtigungen verbunden sind“ erforderten. Trotz dieser Bezugnahme auf die Fachsystematik soll aber mehr erfasst sein: „Letztlich deckt der Begriff der ‚psychischen Störung‘ ein breites Spektrum von Erscheinungsformen ab, von denen nur ein Teil in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis bzw. auf einer normativen Ebene als psychische Erkrankung gewertet wird.“ Damit ist die Intention des Gesetzgebers deutlich, es soll z.B. auch „ein abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters“ – und zwar unabhängig vom Vorliegen einer „im klinischen Sinne behandelbaren Krankheit“ – ausreichen.²⁶ In der Regel ist ein solches bei sog. „dissozialen Persönlichkeiten“ vorhanden, als die die Verwahrten geschildert werden. Sugeriert wird dann jedoch mit der Formulierung der Gesetzesbegründung, „[i]n diesem Sinne ist auch der Begriff der ‚psychischen Störung‘ in Nummer 1 zu verstehen, der sich zugleich an die Begriffswahl der heute in der Psychiatrie genutzten Diagnoseklassifikationssysteme [...] anlehnt“,²⁷ dass sich in Bezug auf die verschiedenen Kriterienbildungen Übereinstimmung herstellen ließe. Dass dem nicht so ist, kann schon aus der Widersprüchlichkeit der hier aufgeführten Zitate ersehen werden, so dass die Gesetzesbegründung als Auslegungshilfe nur bedingt weiterhilft.

Der Widerspruch rankt sich vor allem um die Frage, ob psychische Störungen einen Krankheitswert haben müssen, um unter § 1 ThuG subsumiert werden zu können, und wenn ja, ob es dazu auf eine Behandelbarkeit und ein „Leiden“ ankommt. Letzteres vertritt das OLG Hamm und stützt sich dabei auf einen der psychiatrischen Sachverständigen. Genau dieses Erfordernis wird vom BVerfG jedoch bestritten, wobei es sich dabei weniger auf eine autonome Auslegung des Begriffs im Rechtssinne als vielmehr auf ein Standardlehrbuch

der klinischen Psychologie beruft.²⁸ Im selben Buch hätte man aber auch Gegenargumente gefunden, wie wenig nämlich eine „konsensuelle Definition psychischer Störungen bislang gelungen ist“, dass sich der Streit gerade um das Problem der Abgrenzung von Leid und Dysfunktion ranke und dass nach DSM als einem der in Bezug genommenen Klassifikationssysteme „Leid oder Beeinträchtigung“ grundsätzlich zum Vollbild einer psychischen Störung gehöre.²⁹ Sowohl der Gesetzgeber als auch das Bundesverfassungsgericht bedienen sich also durchaus der Fachsprache, um das rechtliche Konzept zu erklären. Dass die „Muttersprachler“, die forensischen Psychiater und Psychologen, zur Verdeutlichung ebenfalls beitragen sollten, ist naheliegend. Ihre Interpretation geht jedoch wohl eher in die Richtung, die das OLG Hamm im Sinn hat: Nicht nur wird in der ablehnenden Stellungnahme der DGPPN betont, dass die Verwendung des Begriffs der psychischen Störung die „unterschiedliche Verhaltensrelevanz der in den Klassifikationssystemen definierten psychischen Störungen“ ignoriere.³⁰ Gerade die in der Begründung des ThuG besonders genannte und vor allem relevante „dissoziale Persönlichkeitsstörung“ ist zwar eine anerkannte psychische Störung, muss aber in ihrer jeweiligen konkreten Tragweite bzw. Krankheitswertigkeit sorgfältig differenziert werden.³¹ Sie erfasst auch nur eine Teilmenge der dissozialen Persönlichkeiten.³² Hinzu kommt, dass die immer wieder zur Absicherung des Begriffs verwendeten Diagnosemanuale in besonderem Maße als sich beständig wandelnde Konventionen gelten müssen, die gerade wieder vor erheblichen Umgestaltungen stehen.³³ Wer sich, um im Bild zu bleiben, im Wörterbuch der Fachsprache bedient, ohne die Grammatik zu kennen, leistet einer missbräuchlichen Verwendung des Begriffs Vorschub.³⁴ Die DGPPN hat daher auch in einer weiteren Stellungnahme gefordert, den Begriff der psychischen Störung zu ersetzen.³⁵ Erforderlich sei wegen der Unschärfe des Kriteriums, das stichtagsbezogen ca. 10-20% aller Deutschen mit einer irgendwie gearteten

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11, Rn. 40.

²⁹ *Butcher/Mineka/Hooley*, Klinische Psychologie, 13. Aufl. 2009, S. 9.

³⁰ *Müller u.a.*, Forensische Psychiatrie, Kriminologie und Psychiatrie 2011, 116.

³¹ *Saß*, in: Schneider (Hrsg.), Entwicklungen der Psychiatrie, Symposium anlässlich des 60. Geburtstags von Henning Saß, 2005, S. 395 (S. 398).

³² *Saß/Habermeyer*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2007, 156 (159).

³³ Insbesondere wird im Hinblick auf die Persönlichkeitsstörungen in Zukunft wohl nicht mehr nur gefragt werden, ob bestimmte Kriterien erfüllt oder nicht erfüllt sind, sondern in einem zweiten Schritt nach der Schwere der Beeinträchtigung, d.h. statt eines binären Systems soll ein dimensionaler Diagnoseschlüssel zum Einsatz kommen (vgl. hierzu <http://www.dsm5.org> [zuletzt abgerufen am 12.12.2011] und *Saß*, Kriminologie 2011, 129 [130]).

³⁴ *Saß*, Kriminologie 2011, 129 (130).

³⁵ Stellungnahme v. 11.10.2011, www.dgppn.de unter Publikationen/Stellungnahmen (zuletzt abgerufen am 12.12.2011).

²⁴ Dass das Gericht davon so überzeugt ist, ist auch angesichts der mündlichen Verhandlung zum Urteil am 8.2.2011 ein wenig verwunderlich. Die Presse berichtete, mehrere Richter hätten Bedenken gegenüber dem Begriff der „psychischen Störung“ in dem Gesetz geäußert, insbesondere nachdem ein Vertreter des Bundesjustizministeriums nicht klar schildern konnte, was genau unter diese Kategorie fallen solle, vgl. auch *Morgenstern*, NK 2011, 54 (56).

²⁵ BT-Drs. 17/3403, S. 53 f.

²⁶ BT-Drs. 17/3403, S. 54.

²⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 54.

psychischen Störung erfassen würde (und wohl ca. 70-80% aller Strafgefangenen), eine „quantifizierende oder anderweitig präzisierende Formulierung“. Festzuhalten ist jedenfalls, dass trotz bzw. gerade wegen der Berufung des Gesetzgebers auf psychiatrische Kategorien der Begriff der psychischen Störung weiter unklar bleibt.

Systematische Argumente müssen daher gesucht werden. Naheliegend ist zunächst, in der Nachbarschaft der Norm zu suchen. Das Bundesverfassungsgericht hat isoliert den Begriff der psychischen Störung aus § 1 ThuG zur Übergangsregelung der Altfälle herangezogen. Dennoch wird man wohl nicht verkennen können, dass das Gesetz, aus dem der Begriff stammt, nicht nur „Unterbringung“, sondern auch „Therapie“ im Namen trägt. § 2 ThuG verlangt, dass Therapie im Sinne einer angemessenen Behandlung erfolgt; nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung geht es um eine „Einwirkung auf die betroffene Person, die eine positive Beeinflussung ihrer psychischen Störung nicht ausgeschlossen erscheinen lässt, ohne dass tatsächlich in jedem Fall eine ‚Heilung‘ erreichbar wäre.“³⁶ Es ist kaum nachzuvollziehen, dass die Auslegung eines vom Gesetzgeber verwendeten Begriffes unter Ignorierung der Systematik desselben Gesetzes möglich ist, aus dem man den Begriff entnimmt – mit anderen Worten, dass man psychische Störung tatsächlich unabhängig vom therapeutischen Ansatz (Behandlung im Sinne von angestrebter Heilung oder Linderung) definieren könnte. Auch unter diesem Aspekt ist es daher schwierig, Personen einzubeziehen, die weder subjektiv noch objektiv beeinträchtigt sind, sondern offenbar bezogen auf ihre eigene Person gut durchs Leben kommen.

Ein weiterer systematischer Ansatz muss dieselben oder ähnliche Begriffe aus anderen, sachlich verwandten, Gesetzen zum Vergleich heranziehen. Das BVerfG betont, dass der Gesetzgeber mit dem ThuG eine ganz neue Unterbringungsform geschaffen habe und mit ihm eben auch eine neue Definition der Zielgruppe. Es macht geltend, zur bisherigen Rechtslage, die lediglich zwischen der „Unterbringung gefährlicher Straftäter in einer Justizvollzugsanstalt zu Präventionszwecken“ (also der Sicherungsverwahrung) und der „Unterbringung psychisch kranker, die im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit Straftaten begangen hätten (§§ 20, 21, 63 StGB)“ unterschieden habe, sei mit der Therapieunterbringung nun eine neue hinzugetreten. Dabei lässt das BVerfG unerwähnt, dass es auch bislang schon eine weitere Unterbringungsform für Personen gab, die aufgrund einer psychischen Erkrankung für andere gefährlich sind: Die Psychiatrie- bzw. Unterbringungsgesetze der Länder, in denen die Unterbringung von psychisch Kranken in einem psychiatrischen Krankenhaus geregelt ist, „wenn und solange durch ihr krankhaftes Verhalten gegen sich oder andere eine gegenwärtige erhebliche Gefahr einer Selbstschädigung oder für die öffentliche Sicherheit besteht, die nicht anders abgewendet werden kann [...]“ (z.B. § 11 Abs. 1 PsychKG MV). Diese öffentlich-rechtlichen Unterbringungsgesetze dienen dem Schutz und der Behandlung der betroffenen Kranken,

jedoch ebenso dem Schutz Dritter bzw. der Öffentlichkeit. Sie knüpfen daher nicht an eine begangene Straftat an und sind unabhängig von strafrechtlichen Kategorien wie der Schuldfähigkeit, wie es für das ThuG ja ganz offenbar auch angestrebt wird. Die PsychKG bzw. Unterbringungsgesetze der Länder sprechen teilweise von psychischer Erkrankung, teilweise von Störung, schränken bei ihren Unterbringungs-voraussetzungen aber das Eingangskriterium der Krankheit oder Störung dahingehend ein, dass sie „in einem erheblichen Ausmaß“ (z.B. § 1 Abs. 2 UBG BW) vorkommen müssen, oder qualifizieren sie inhaltlich: „Psychisch Kranke im Sinne dieses Gesetzes sind Personen, die an einer Psychose, einer psychischen Störung, die in ihrer Auswirkung einer Psychose gleichkommt, oder einer mit dem Verlust der Selbstkontrolle einhergehenden Abhängigkeit von Suchtstoffen leiden“ (z.B. § 1 Abs. 2 PsychKG MV, ähnlich § 1 Abs. 2 PsychKG NRW: „Psychische Krankheiten im Sinne dieses Gesetzes sind behandlungsbedürftige Psychosen sowie andere behandlungsbedürftige psychische Störungen und Abhängigkeitserkrankungen von vergleichbarer Schwere.“). Ein von diesen Präzisierungen und den in § 20 genannten „seelischen Störungen“ unabhängiger weiterer Begriff der „psychischen Störung“ dürfte nur schwer überzeugend zu entwickeln und in der Praxis anzuwenden sein.

Zudem ist zu hinterfragen, inwieweit eine so weite Auslegung, wie sie der Gesetzgeber intendiert, ein eigenständiges und von bloßer Gefährlichkeit abgrenzbares Kriterium der psychischen Störung übrig lässt, das auch im Licht des Gesetzesvorbehalts des Art. 104 GG Bestand³⁷ haben muss. Entscheidend scheint in diesem Zusammenhang zu sein, dass dieselbe egozentrische, rücksichtslose, aber autonome, souveräne und sich im Leben behauptende Persönlichkeit, würde sie nur nach Vermögensvorteilen streben (wie es ja vorkommt), nicht für „psychisch gestört“ gehalten werden würde, weil sie eben nicht diese Art von schweren Sexual- bzw. Gewaltstraftaten begeht. Damit wird aber die psychische Störung nicht über das Defizit an Autonomie und sozialer Beeinträchtigung definiert, das das Vollbild einer Störung nach der geschilderten psychiatrischen Auffassung ausmacht, sondern allein über die Art der begangenen Straftaten bzw. die Gefährlichkeit für besonders schützenswerte Rechtsgüter. Das führt dazu, dass der psychischen Störung als Tatbestandsmerkmal gar keine eigenständige Bedeutung mehr verbleibt, sondern sich eher der Gedanke Bahn bricht, „wer so etwas tut, muss gestört sein“. Das läuft aber letztlich auf einen Zirkelschluss hinaus, der sicher nicht gewollt ist.

Schließlich muss man sich im Rahmen einer weitergehenden systematischen Überlegung und nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers noch an Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK orientieren. Es kann spekuliert werden, ob man 1948 bei der Erarbeitung des Konventionstextes gehaut hat, welche Probleme sich aus der gewählten Formulierung der „persons of an unsound mind“ ergeben würden, der im Deutschen von

³⁶ BT-Drs. 17/3403, S. 55.

³⁷ Die Anforderungen an Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit ergeben sich hier nicht aus Art. 103 Abs. 2 GG, sondern aus dem Rechtsstaatsprinzip. Das OLG Hamm lässt diesbezüglich deutliche Bedenken erkennen.

Beginn an mit „psychisch Kranke“ wiedergegeben wurde. In sprachlicher Hinsicht ist anzumerken, dass „unsound mind“ ins Deutsche in der Regel mit „unzurechnungsfähig“ übersetzt wird, was eher eine rechtliche denn medizinische Kategorie darstellt. Der französische Text der EMRK, d.h. die zweite Originalversion, verwendet hingegen das Wort „aliéné“, was mit „geisteskrank“ übersetzt wird. Im Hinblick auf die Begriffe der EMRK hat der EGMR das Auslegungsprimat.³⁸ Es ist aber schwierig, anhand der EGMR-Rechtsprechung eine genaue Reichweite des Begriffs zu ermitteln, denn der Gerichtshof hat sich hierzu nie im Sinne einer Definition geäußert, sondern lediglich Leitkriterien (Winterwerp v. Niederlande)³⁹ entwickelt. Danach ist erforderlich, dass verlässlich nachgewiesen sein muss, dass eine psychische Erkrankung vorliegt, für die Unterbringung eine Notwendigkeit besteht und sie nur so lange dauern darf, wie die Krankheit und die daraus resultierende Notwendigkeit der Unterbringung fortbestehen, was regelmäßig überprüft werden muss. Was eine Geisteskrankheit ist, will der Gerichtshof selbst aber nicht definieren, weil das medizinische Verständnis dieses Konzepts sich ständig fortentwickelt und er auch – darauf weist das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hin⁴⁰ – den nationalen Gesetzgebern insofern die gesetzliche Ausgestaltung zugesteht. Das ist auch der Grund, warum letztlich alle fündig werden, die eine Bestätigung ihrer Auffassung durch einzelne Passagen aus Entscheidungen des EGMR suchen:

Diejenigen, die eine Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK erst dann für gerechtfertigt halten, wenn eine psychische Störung mindestens im Sinne von § 21 StGB die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt, können sich z.B. auf das Urteil Kallweit v. Deutschland berufen. Dort nimmt der Gerichtshof ausdrücklich Bezug auf die Tatsache, dass die Persönlichkeitsstörung nach Auffassung des erkennenden deutschen Gerichts keine „pathologische Störung, die zu einer Minderung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers geführt hätte“ war und gegen ihn auch keine Überweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus angeordnet worden war, obwohl er dies gewollt habe.⁴¹

Der Gesetzgeber hingegen beruft sich auf der Suche nach einer möglichst weiten Interpretation auf einen schon 1976 von der damals noch vorgeschalteten Kommission entschiedenen Fall: In X v. BRD⁴² heißt es, dass der Anwendungsbereich des Begriffes „unsound mind“ weiter verstanden werden müsse als der einer „mental illness“ und abnorme Persönlichkeitszüge, die noch keine psychische Erkrankung ausmachen, einschließen müsste. Sonst, so wird ergebnisorientiert argumentiert, „gäbe es keinen Schutz der Bevölkerung gegen Personen wie den Beschwerdeführer, der nach den Gutachten der psychiatrischen Sachverständigen und den Feststellungen der deutschen Gerichte zur Begehung aggressiver Taten neigt bzw. solche wiederholt begangen hat.“ Allerdings schließt

sich an diese Feststellung eine weitere an, dass nämlich die deutschen Gerichte andernfalls gar keine Möglichkeit gehabt hätten, den Beschwerdeführer zu inhaftieren, da er strafrechtlich „nicht zur Verantwortung gezogen werden könne“. Es handelte sich in dem Fall um eine Person, die in einer psychiatrischen Klinik untergebracht war (offenbar nach § 63 StGB); eine Übertragbarkeit auf Sachverhalte, in denen eine Schuldfähigkeit grundsätzlich bejaht wird, ist damit nicht gegeben. Der zweite Fall, den der Gesetzgeber heranzieht, ist *Hutchison Reid v. Vereinigtes Königreich*, der 2003 entschieden wurde.⁴³ Hieraus zitiert der Gesetzentwurf mit den Worten, ein „weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters“ könne zur Unterbringung ausreichen und betonte, dass eine fehlende Behandelbarkeit im klinischen Sinne nicht zu einer Freilassung zwingt, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit bestehe. Der Betroffene war anfangs als psychisch krank diagnostiziert worden, allerdings basierte die Unterbringung später nur noch auf der Feststellung einer dissozialen Persönlichkeit bzw. einer psychopathischen Störung. Das war jedoch nach dem anwendbaren schottischen Recht der Grund zur unbefristeten Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik („mental hospital“). Der Streit zwischen Beschwerdeführer und Behörden rankte sich konkret jedoch nicht um die Frage, ob der Beschwerdeführer eine „person of unsound mind“ sei, sondern ob eine solche Unterbringung in einer Klinik auch dann gerechtfertigt sei, wenn die psychische „Krankheit oder Zustand“ eine Heilung oder Linderung nicht erwarten lasse. Der Gerichtshof argumentierte, dass Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK eine Behandelbarkeit oder gar Heilbarkeit der psychischen Erkrankung zur Rechtmäßigkeit der Unterbringung nicht verlange.⁴⁴ Er akzeptierte daher die Unterbringung in einer Klinik nach der gestellten Diagnose, wies darauf hin, dass grundsätzlich positive Einflüsse des Klinikaufenthalts auf die von Beschwerdeführer gezeigten Symptome erkennbar seien und verneinte einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK. Der Beschwerdeführer bekam jedoch wegen der Verletzung seiner prozessualen Rechte aus Art. 5 Abs. 4 EMRK Recht. Insgesamt ist diese Entscheidung aber in der Tat diejenige, die den Fallkonstellationen der Parallelfälle in Bezug auf eine dissozial gestörten, aber schuldfähigen Täters am nächsten kommt, weil der Betroffene ebenfalls eine Strafe verbüßt hatte, d.h. grundsätzlich für strafrechtlich verantwortlich gehalten worden war.⁴⁵ Der – möglicherweise

³⁸ EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99.

³⁹ EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99, Rn. 35 und 52 ff.

⁴⁰ Im ebenfalls in der Gesetzgebungsbegründung angeführten Fall *Morsink v. Niederlande* (EGMR, Urt. v. 11.5.2004 – 48865/99), war hingegen von keiner Seite bestritten worden, dass der Beschwerdeführer eine psychische Krankheit hatte; es ging vielmehr um die Unterbringung in einer Art Organisation, weil die Überstellung in die psychiatrische Spezialeinrichtung aus Kapazitätsgründen nicht möglich war und eine Behandlung daher nicht stattfinden konnte. Es handelte sich im Übrigen wieder um einen Verurteilten mit geminderter Schuldfähigkeit, nicht um einen voll Schuldfähigen (EGMR, Urt. v. 11.5.2004 – 48865/99, Rn. 9 und 60).

³⁸ BVerfG NJW 2011, 1931 (1935 Rn. 89).

³⁹ EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73, Rn. 39.

⁴⁰ BVerfG NJW 2011, 1931 (1943 Rn. 152).

⁴¹ EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07, Rn. 55.

⁴² EGMR, Urt. v. 17.7.1976 – 7493/76 (Commission).

entscheidende – Unterschied ist, dass im schottischen Fall die Unterbringung weitaus die meiste Zeit in einer Klinik vollzogen worden war, so dass der Gerichtshof gerade mit dem Hinweis auf diese Tatsache die Feststellung einer psychischen Krankheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK nach Vorgaben des nationalen Rechts akzeptierte.

Man kann angesichts der Fülle an Möglichkeiten, die die Rechtsprechung des EGMR zur Interpretation des Begriffs des „Psychisch Kranken“ i.S.d. Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK bietet, an den Gerichtshof deshalb zu Recht die Forderung stellen, sich klarer zu positionieren – und sei es nur, dass bestimmte (zu weite?) Interpretationen grundsätzlich und systematisch überzeugend ausgeschlossen werden.⁴⁶ Dabei scheinen unterschiedliche Ansätze in den verschiedenen Kammern des EGMR auf. Inwieweit sie auch auf einer unterschiedlichen Prägung durch unterschiedliche Rechts Traditionen basieren, wäre näher zu untersuchen. Dennoch kommt man – vor allem, wenn man eine Prognose wagen will, wie der EGMR in einem Fall wie dem vorliegenden entscheiden würde – an zwei Umständen nicht vorbei: Der Gerichtshof hat stets eine Art „Schwere-Konzept“ in Bezug auf die psychische Erkrankung oder Störung vertreten, d.h. er hat unter Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK Fälle subsumiert, in denen nicht irgendwelche, sondern erhebliche psychische Störungen zu der Gefährlichkeit führten, die die Unterbringung notwendig machten. Bekannt sind die Zitate, es müsse sich um eine „true mental disorder“ oder eine „serious mental disorder“⁴⁷ handeln. Ersteres („true“) hilft nicht weiter, weil ja auch angesichts der Uneinigkeit der psychiatrischen Sachverständigen im hier besprochenen Fall gerade nicht klar ist, ob es sich bei der dissozialen Persönlichkeitsstörung hier um eine „echte Störung“ handelt bzw. was das dann zu bedeuten hat. Einigkeit bestand zwischen ihnen aber darüber, so jedenfalls legt es die Darstellung im Beschluss des OLG Hamm nahe, dass die Störung die Autonomie des Betroffenen nicht wirklich schmälert – ob der EGMR daher hier von einer „ernsten“ Störung im Sinne seiner bisherigen Rechtsprechung ausgehen würde, ist mehr als fraglich. Ausdrücklich festhalten sollte man dabei allerdings auch, dass die Rechtsprechung des EGMR einen über die in § 20 StGB beschriebenen seelischen Erkrankungen hinausgehendes Verständnis von psychischer Krankheit hat.

Betrachtet man die Argumentation des EGMR so wird, gerade auch im Fall Hutchison Reid außerdem deutlich, dass er trotz grundsätzlicher Anerkennung der Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers („domestic law criterion“) Rückschlüsse von der Art der Unterbringung auf das Vorliegen einer psychischen Erkrankung zieht, damit also eine Art Plausibilitätsprüfung vornimmt. Es dürfte gerade in den Parallelfällen, in denen ein beantragter Vollzug in einer psychiatrischen Klinik verweigert worden ist, außerordentlich schwierig sein, den EGMR davon zu überzeugen, dass eine relevante psychische Erkrankung oder Störung nach Art. 5

Abs. 1 lit. e EMRK vorliegt. In seiner jüngsten Entscheidung zur Sicherungsverwahrung in Altfällen, O.H. v. Deutschland, hat der EGMR⁴⁸ ebenfalls so argumentiert und eine Rechtfertigung der weiteren Unterbringung des Betroffenen über Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK deshalb nicht akzeptiert, weil trotz einer diagnostizierten psychischen Störung, die jedoch unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB anzusiedeln ist, seine Überstellung in den Maßregelvollzug nach § 67a Abs. 3 StGB abgelehnt worden war. Sie versprach nach Auffassung der Fachgerichte keinen Behandlungserfolg, weil der Betroffene jegliche Therapie verweigerte, so dass er auch in der Justizvollzugsanstalt seit 2002 nicht mehr behandelt worden war.

IV. Fazit

Im hier gegenständlichen Fall gibt es keinen Gutachter, der davon ausgeht, der Betroffene könne sich im Falle einer Entlassung in Freiheit bewähren, vielmehr werden übereinstimmend schwerste Sexualstraftaten befürchtet. Die Frage, was mit schuldfähigen Tätern, bei denen nach Vollverbüßung ihrer Strafe bzw. Ausschöpfung aller weiteren strafrechtlichen stationären Unterbringungsmöglichkeiten eine hohe Gefahr schwerster Rückfälle besteht, geschehen soll, gehört zu den schwierigsten im Strafrecht – nicht nur in Deutschland, das lässt sich an der Rechtsprechung des EGMR ablesen. Die Gefahr, solche gefährlichen Täter zu „psychiatisieren“ und so in forensisch-psychiatrische Kliniken oder andere therapeutischen Einrichtungen abzuschieben,⁴⁹ ist überall groß, weil in diesen Fällen die Unterbringung auf unbestimmte Zeit – nämlich bis zur Heilung – akzeptiert wird und außerdem in der Regel weniger strenge rechtliche Garantien greifen. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Ausweg in einer Ausweitung und Aufweichung des Eingangskriteriums gesucht, indem er den Begriff der „psychischen Störung“ verwendet hat. Wie dieser konkretisiert werden kann, muss jetzt im Spannungsfeld von Recht und Psychiatrie, d.h. zwischen Juristen und Psychiatern geklärt werden. Dabei werden nicht nur inter-, sondern auch intradisziplinäre Differenzen erkennbar, im juristischen Spektrum zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten sowie zwischen nationalem und europäischem Rechtsverständnis. Dabei könnte es grundsätzlich einen Begriff der psychischen Störung im spezifischen Rechtssinne geben. Ob es aber sinnvoll ist, ihn in deutlichem Widerspruch zur forensisch-psychiatrischen Auffassung zu entwickeln, ist die große Frage – eine Interpretation muss vielmehr in demselben interdisziplinären Dialog⁵⁰ ge-

⁴⁶ Vgl. auch *Renzikowski*, ZIS 2011, 531 (533).

⁴⁷ So formuliert der EGMR im Fall *Schummer v. Deutschland* (EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04, 42225/07, Rn. 56).

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 24.11.2011 – 4646/08. Das Urteil ist das erste, das auch auf das Bundesverfassungsgerichtsurteil vom Mai 2011 eingeht, eine genauere Analyse ist daher wichtig. Sie muss aus Zeit- und Platzgründen hier aber unterbleiben.

⁴⁹ Diese Abschiebe-Tendenzen gibt es im Übrigen in Deutschland auch in der anderen Richtung, d.h. in Bezug auf Langzeitverwahrte vom Maßregelvollzug in den Strafvollzug bzw. in die Sicherungsverwahrung, vgl. *Schöch*, *Der Nervenarzt* 2005, 1382 (1384).

⁵⁰ Insofern ist die Stellungnahme der DGPPN (oben Fn. 35) auch nicht sehr glücklich, wenn sie formuliert: „Die Interna-

sucht werden, der z.B. im Hinblick auf die Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des § 20 StGB (vor allem in Bezug auf die „schwere seelische Abartigkeit“) oder auch im Hinblick auf Prognosemethoden schon beschworen und durchaus erfolgreich geführt wurde.⁵¹ Das OLG Hamm als höchste fachgerichtliche Instanz im hier besprochenen Fall hat dabei möglicherweise zu wenig eigenständige juristische Interpretationsarbeit geleistet. Dass das Bundesverfassungsgericht mit seinem „Hinweis“ konstruktiv zur Klärung beigetragen hätte, wird man jedoch auch nicht sagen können.

Angesichts der Fortdauer der Sicherungsverwahrung in den meisten Parallelfällen wird sich der Blick wohl bald wieder nach Straßburg richten. Die oben angedeutete Forderung nach einer Definition des Begriffs des psychisch Kranken durch den EGMR birgt dabei allerdings die Gefahr, dass er sehr weit interpretiert wird (bzw. sehr weite nationale Interpretationen abgesehnet werden), um Schutzlücken im Hinblick auf „nur“ gefährliche, nach psychiatrischen Verständnis aber gesunde potenzielle (Rückfall)Täter zu schließen. Letztlich würde damit jedoch der „Hang“ i.S.d. § 66 StGB, bei dem nach einer Ursache gerade nicht gefragt wird, zur psychischen Störung erhoben. Einer solch weiten Interpretation kann man allerdings wieder die Gesetzgebungsgeschichte entgegensetzen: Obwohl das Konzept des gefährlichen Rückfalltäters oder auch „Gewohnheitsverbrechers“ zum Zeitpunkt der Abfassung des Textes der EMRK hinreichend bekannt war, ist es in Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK nicht aufgenommen worden. Ob der EGMR es überzeugend schafft, dem Druck auf den Begriff des psychisch Kranken⁵² zukünftig standzuhalten, ist offen. Dass er in Fällen wie dem vorliegenden, in denen der Betroffene voll schuldfähig und niemals in einer psychiatrischen Klinik untergebracht war, eine nunmehr über Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK begründete Unterbringung akzeptiert, ist aber unwahrscheinlich.

tionalen Klassifikationen Psychischer Störungen ICD 10 und DSM IV wurden für die Kommunikation zwischen Medizinern und zwischen Medizinern und Kostenträgern entwickelt und stehen nicht zur Verwendung der dort enthaltenen Diagnosen für juristische Belange zur Verfügung.“

⁵¹ Vgl. z.B. *Schöch*, *Der Nervenarzt* 2005, 1382 (1384 f.), der die Wichtigkeit eines konstruktiven Dialogs als Immunisierung gegen Zumutungen der modernen Kriminalpolitik betont, oder *Nedopil*, *NStZ* 1999, 433 (486 f.), der darauf hinweist, dass die Tätigkeit auch des forensischen Psychiaters primär ärztliches Handeln ist, dabei aber dem Opferschutz bzw. dem Schutz der Allgemeinheit ebenfalls verpflichtet ist.

⁵² Festgestellt z.B. auch von *Esser*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 233.