

Mad or bad?

Der Begriff »psychische Störung« des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR¹

Akad. Oberrätin Dr. jur. Katrin Höffler, Ludwig-Maximilians-Universität, und Priv.-Doz. Dr. med. Cornelis Stadtland, Institut für psychiatrische Gutachten, München

A. Der Einzug der »psychischen Störung« in das Recht der Sicherungsverwahrung

Zum 01.01.2011 ist das Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (ThUG) v. 22.12.2010 in Kraft getreten,² das in § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG den Begriff der »psychischen Störung« verwendet und ausdrücklich an die Regelung in Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK anknüpfen möchte.³ Geschehen ist dies im Anschluss an das Urteil des EGMR v. 17.12.2009; der *Gerichtshof* hatte eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) sowie von Art. 7 Abs. 1 EMRK (keine Strafe ohne Gesetz) festgestellt, soweit die Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus fort dauerte, die Anlasstaten aber vor dem Wegfall der Zehn-Jahres-Frist⁴ begangen wurden.⁵ Nach § 1 ThUG wird nun die Unterbringung in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung ermöglicht, wenn eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nicht länger zulässig ist, weil das Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu beachten ist. Weitere Voraussetzungen für eine solche Unterbringung sind das Vorliegen einer psychischen Störung, eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Person infolge der psychischen Störung das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird (Nr. 1), und die Erforderlichkeit der Unterbringung aus diesen Gründen zum Schutz der Allgemeinheit (Nr. 2).

In seiner Entscheidung v. 04.05.2011 erhebt das BVerfG das Vorliegen einer solchen »psychischen Störung« i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG zu einer zusätzlichen Voraussetzung einer (weiteren) Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, soweit die Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus fort dauert, die Anlasstaten aber vor dem Wegfall der Zehn-Jahres-Frist begangen wurden, bzw. soweit die Sicherungsverwahrung erst nachträglich gem. § 66b Abs. 2 StGB oder § 7 Abs. 2 JGG angeordnet wurde oder wird,⁶ und spannt dabei wiederum den Bogen zu dem Begriff aus Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK.⁷ Die Unterbringung darf demnach nur noch angeordnet werden bzw. fort dauern,

»wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten aus den konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Unterbrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (...) leidet.«⁸

Der Begriff der »psychischen Störung« taucht also nunmehr an zwei bedeutsamen Stellen auf, während er ansonsten im nationalen Recht nicht gebräuchlich ist. Die Einführung des Terminus erfolgte wohl in der Hoffnung darauf, dass eine weitere Unterbringung der Personen, die andernfalls wegen festgestellter Verstöße gegen Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 EMRK bzw. das allgemeine Vertrauensschutzgebot (Art. 2

Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) freigelassen werden müssten, jedenfalls übergangsweise weiterhin ermöglicht wird,⁹ indem man deren Unterbringung i.S.d. EMRK nach Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK legitimiert.

B. Psychische Störung = Psychische Krankheit?

Folglich ist der Begriff der »psychischen Störung« einerseits im Hinblick auf das Recht der EMRK zu beleuchten, andererseits im Gefüge des nationalen Rechts; dies gilt umso mehr, als der Begriff der »psychischen Krankheit« i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK nicht in der Konvention selbst definiert ist,¹⁰ sondern auf das nationale Recht verweist.¹¹

I. Nationales Recht

1. »Krankhafte seelischen Störung« gem. § 20 StGB

a) Ursache als Ausgangspunkt

Im Strafrecht ist der Begriff der »krankhaften seelischen Störung« bei § 20 StGB zu finden. Unter »krankhafte seelische

1 Der Beitrag entstand während der Mitarbeit an einem Forschungsprojekt der Abteilung für Forensische Psychiatrie, Prof. Dr. *Norbert Nedopil*, LMU München; ihm und seinen Mitarbeitern sei an dieser Stelle für anregende Diskussionen und Unterstützung herzlich gedankt. Die *Autoren* haben auf der 12. Fachtagung der Kriminologischen Gesellschaft am 30.09.2011 einen Vortrag zu einer empirischen Studie betreffend die in Bayern in der Sicherungsverwahrung Unterbrachten gehalten, bei denen das Vorliegen einer »psychischen Störung« besonders zu prüfen sein wird. Für aus der anschließenden Diskussion resultierende Ideen bedanken sich die *Autoren*.

2 BGBl. I, S. 2300 (2305).

3 So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/3403, S. 53.

4 Somit vor Inkrafttreten von Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten v. 26.01.1998 (BGBl. I, S. 160).

5 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M. J. Deutschland*) = StV 2010, 181. Am 13.01.2011 ergingen weitere Entscheidungen des EGMR zum Recht der Sicherungsverwahrung, in denen ebenfalls eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention festgestellt wurde; EGMR, Urt. v. 13.01.2011 – 17792/07 (*Kallweit J. Deutschland*); Urt. v. 13.01.2011 – 20008/07 (*Mautes J. Deutschland*); Urt. v. 13.01.2011 – 27360/04 und 42225/07 (*Schummer J. Deutschland*); eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK nahm der EGMR auch bzgl. des bayerischen Straftäterunterbringungsgesetzes an, Urt. v. 13.01.2011 – 6587/04 (*Haidn J. Deutschland*). Ein weiteres Urteil zum Wegfall der Zehn-Jahres-Höchstfrist folgte, Urt. v. 14.04.2011 – 30060/04 (*Jendrowiak J. Deutschland*).

6 BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Tenor, Ziff. III = StV 2011, 470; s. weiter Rn. 173; zu § 66b Abs. 1 StGB a.F. s. BVerfG, Beschl. v. 08.06.2011 – 2 BvR 2846/09.

7 BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 (Fn. 6), Rn. 151 f. = StV 2011, 470.

8 BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 (Fn. 6), Tenor Ziff. III. 2.a) = StV 2011, 470. Das Urteil hat im Übrigen weitreichende Konsequenzen; so erstreckte das BVerfG gem. § 78 Abs. 2 BVerfGG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit auf alle Gesetze zur Sicherungsverwahrung im StGB und JGG, allerdings unter Fortgeltung bis 31.05.2013 (Übergangsregelung). Eine Besprechung erfolgte bislang u.a. von *Hörnle* NStZ 2011, 488 f.; *Kreuzer/Bartsch* StV 2011, 472 f.; *Eisenberg* StV 2011, 480 f.; *Leipold* NJW-Spezial 2011, 312 f.

9 Zum gesetzgeberischen Willen auch *Kinzig* NJW 2011, 177 (181). Zur Motivlage des BVerfG *Hörnle* NStZ 2011, 488 (490), die ein Anknüpfen an der »psychischen Störung« für eine »(bedauerliche) Verlegenheitslösung« hält.

10 EGMR, Urt. v. 24.10.1979, A 33 (1979) (*Winterwerp J. Niederlande*) = EGMR-E 1, 427 (434 Abs. 37, 38).

11 Frowein-EMRK/Peukert, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 76.

Störung« werden die Defekte gefasst, die nach dem herkömmlichen psychiatrischen Verständnis als Krankheit¹² eingestuft werden, also alle auf einer nachweisbaren oder wenigstens vermuteten körperlichen Ursache beruhenden psychischen¹³ Störungen;¹⁴ allerdings ist der Begriff unabhängig vom eigenständigen psychiatrisch-medizinischen Krankheitsbegriff auszulegen.¹⁵ »Krankhaft« sagt also in vorliegendem Zusammenhang an sich zunächst noch nichts über die Intensität der Störung aus, sondern zielt auf die Ursache (somatischer Natur);¹⁶ nichtsdestotrotz dient der Begriff für die praktische Anwendung als »ein (zweifelhafter) Schwere-Maßstab.«¹⁷ Eine quantitative Abgrenzung ist erforderlich, da der Diagnosekatalog dieses Eingangsmerkmals ganz unterschiedliche Schweregrade psychischer Beeinträchtigungen erfasst.¹⁸

b) Veränderung der Terminologie

Blickt man auf die international geprägten Diagnose-Klassifikationen (ICD-10, Kapitel V¹⁹; DSM-IV²⁰), wird deutlich, dass der Begriff »Krankheit« oder »Erkrankung« dort nicht mehr gebräuchlich ist, sondern durchweg »Störung« in einem umfassenden Sinn verwendet wird,²¹ wobei auch hier die diagnostische Terminologie im Fluss ist. Für die zukünftigen Kataloge DSM-V²² und ICD-11²³ sind teilweise grundsätzliche Veränderungen und Neustrukturierungen zu erwarten.²⁴ Auf der einen Seite wird deutlich, dass mit der zunehmenden Aufgabe der ätiologischen Klassifizierung²⁵ der Krankheitsbegriff selbst wenig weiterhilft und daher in der Psychiatrie durch »Störung« ersetzt wurde; auf der anderen Seite ist zu betonen, dass der Begriff der »Störung« an sich auch kein differenzierendes Abgrenzungskriterium darstellt.²⁶ Vielmehr bietet er zunächst nur einen – gegenüber dem Krankheitsbegriff noch weiterreichenden – Oberbegriff gleich einem Sammelbecken für unterschiedlichste »mental disorders«; eine Gewichtung muss dann stets noch gesondert vorgenommen werden.²⁷ Gerade bei der bisherigen kategorialen Klassifikation von Persönlichkeitsstörungen wird diskutiert, dass ein eindeutiger »cut-off« zwischen »normaler« und »abnormaler« Persönlichkeit nicht gefunden ist. Auch die Instrumente zur Erfassung von Persönlichkeitsstörungen werden jedenfalls teilweise als nicht valide und reliabel bezeichnet,²⁸ was deutlich macht, dass der Begriff auch auf diagnostischer Seite nur schwer eingrenzbar ist.

c) Erheblichkeit

Nun könnte man meinen, dass der Gesetzgeber quasi vorausschauend schon den Begriff der »Störung« in § 20 StGB verwendet hat, jedoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass hier maßgeblich zum einen die Erheblichkeit²⁹ selbiger, zum anderen die Spezifität der Störung gerade für die Anlasst von Bedeutung ist.³⁰ Ob der sachverständige Befund dann letztlich unter das erste Eingangsmerkmal (krankhafte seelische Störung) des § 20 StGB subsumiert werden kann, ist wiederum eine juristische Frage, die vom Gericht entschieden werden muss.³¹

2. Schwere andere seelische Abartigkeit gem. § 20 StGB

Relevant in diesem Zusammenhang ist auch das vierte Eingangsmerkmal, die »schwere andere seelische Abartigkeit« i.S.d. § 20 StGB, da hierunter alle Störungen, die nicht unter die ersten drei Eingangsmerkmale subsumiert werden können, insbesondere auch die Persönlichkeitsstörungen, fallen.³² Gemeint sind also solche Abweichungen des psychischen Zustands, die nicht auf nachweisbare oder postulierte

organische Prozesse zurückgeführt werden können³³ bzw. für die die organische Ursache bei Konzeption der Eingangsmerkmale noch nicht bekannt war.³⁴ Bereits vom Wortlaut her wird deutlich, dass ein Intensitäts-Element (»schwere«) enthalten ist, welches regelmäßig bereits psychiatrisch (Ausprägungsgrad wie bei psychotischer Erkan-

12 Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, 3. Aufl. 2004, S. 46 sprechen von einer »Krankheit im engeren Sinne«.

13 Die Bezeichnung als »seelische« Störung knüpft nicht an die Seele an, sondern an die psychische Struktur; siehe hierzu nur Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 20 Rn. 8; Schreiber/Rosenau, in: Venzlaff/Foerster (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl. 2009, S. 85.

14 LK-StGB/Schöb, 12. Aufl. 2007, § 20 Rn. 59.

15 Fischer (Fn. 13), § 20 Rn. 8.

16 So die h.M., vgl. nur Fischer (Fn. 13), § 20 Rn. 8; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 20 Rn. 3; Sch/Sch-StGB/Perron, 28. Aufl. 2010, § 20 Rn. 6 m.w.N. Darunter fallen insbesondere exogene und endogene Psychosen, ausführlich dargestellt bei Nedopil, Forensische Psychiatrie, 3. Aufl. 2007, S. 23 f.; vgl. auch Schöb, Juristischer Studienkurs, 7. Aufl. 2010, S. 52, Rn. 12.

17 Fischer (Fn. 13), § 20 Rn. 8. Ähnlich Nedopil NJW 2000, 837.

18 Nedopil (Fn. 16), S. 23 f. unter Hinweis darauf, dass auch eine Berücksichtigung der Schwere auf der zweiten Stufe der Schuldfähigkeitsbegutachtung diskutiert wird.

19 WHO, International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, 1991.

20 Amerikanische psychiatrische Vereinigung APA, Diagnostic and Statistical Manual of mental Disorders, 2000.

21 Rasch/Konrad (Fn. 12), S. 47, mit dem Hinweis, dass die internationale Entwicklung der Psychiatrie auch die forensische Psychiatrie zum Umdenken zwingt. Hoff/Saß, in: Kröber u.a. (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band 2, 2010, S. 8 f. machen deutlich, dass hier Nominaldefinitionen von großer Bedeutung sind.

22 Ein Entwurf des DSM-V wurde bereits zu Beginn des Jahres 2010 vorgestellt, die endgültige Version soll im Mai 2013 durch die American Psychiatric Association vorgestellt werden; hierzu Mitteilung im Ärzteblatt v. 12.02.2010, abrufbar unter http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/40054/DSM-V_Erste_Einblicke_in_das_neue_Psychiatrie-Handbuch.htm.

23 Für das Jahr 2013 ist die Fertigstellung des Entwurfs vorgesehen, für das Jahr 2014 der Beginn der Implementation in Projekt-Staaten, WHO, ICD Revision Project Plan, Version 2.0, abrufbar unter http://www.who.int/classifications/icd/ICDRevisionProjectPlan_March2010.pdf.

24 Dies betont auch Saß Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 129 (130). Für die Psychiatrie aus europäischer Perspektive Möller European Archives of Psychiatry and Neurosciences 2008, 7 f.

25 Auch in den Klassifikationsschemata, vgl. ICD-10. Nedopil NJW 2000, 837 (838) beschreibt, dass die Begriffe auch ausgetauscht wurden, um Stigmatisierungen zu vermeiden, warnt jedoch eindringlich vor einer »Verwässerung«.

26 Nedopil NJW 2000, 837 (838).

27 Barnow/Herpertz/Spitzer/Dudeck/Grabel/Freyberger Fortschr Neurol Psychiat 2006, 706. Auch im Rahmen der Neugestaltung von DSM-V und ICD 11 musste daher diskutiert werden, ab wann eine Diagnose gestellt werden bzw. ab wann etwas als Krankheit bezeichnet werden soll; hierzu einleitend Sartorius Die Psychiatrie 2007, 75; Beise Ars Medici 2010, 266 (267).

28 Dargestellt bei Barnow/Herpertz/Spitzer/Dudeck/Grabel/Freyberger Fortschr Neurol Psychiat 2006, 706 f. m.w.N., die sich letztlich für eine Synthese kategorialer und dimensionaler Ansätze aussprechen (S. 711 f.). Felthaus/Saß Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 136 (141) führen aus, dass gerade im Bereich der psychischen Störungen die Konstruktvalidität nur schwer fassbar ist; dort findet sich auch eine ausführliche Darstellung zu diagnostischer Validität und forensischer Psychiatrie (S. 141 f.).

29 Rasch/Konrad (Fn. 12), S. 49, 51 sprechen von einerseits Schwere der psychischen Störung (S. 49) bzw. der Struktur von Krankheit (S. 51), andererseits vom Ausmaß der durch sie verursachten Beeinträchtigung (S. 49), gerade betreffend die allgemeine soziale Kompetenz der Persönlichkeit (S. 51), und fassen dies unter den »strukturell-sozialen Krankheitsbegriff«; in diesem Sinne auch LK-StGB/Schöb (Fn. 14), § 20 Rn. 38. Die nötige Quantifizierung betont auch Hoff/Saß (Fn. 21), S. 15, Abb. 1.1 und S. 19 f.

30 Nedopil (Fn. 16), S. 24 für die schwere andere seelische Abartigkeit.

31 LK-StGB/Schöb (Fn. 14), § 20 Rn. 38 a.E.

32 Nedopil (Fn. 16), S. 24: Auch fallen darunter bspw. die neurotischen und paranoiden Entwicklungen, Störungen der Impulskontrolle und sexuelle Verhaltensabweichungen.

33 BGHSt 34, 22 (24) = StV 1986, 379; 35, 76 (79) = StV 1988, 527; BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 6, 9, 14, 15, 17; Schreiber/Rosenau (Fn. 13), S. 93.

34 Diese Ergänzung wäre an sich nötig, da heute für einige Störungsbilder durchaus organische Befunde existieren.

kung³⁵ bzw. Anlehnung an den strukturell-sozialen Krankheitsbegriff³⁶) versucht wird zu beurteilen;³⁷ es ist zur Abgrenzung erforderlich. Die Eingrenzung soll vor zu weitgehender Exkulpation schützen.³⁸ Der Gesetzgeber hat hierfür keinen Maßstab festgelegt; der Krankheitswert liefert eine »beschränkte Orientierungshilfe«,³⁹ es geht letztlich darum, dass die seelische Abartigkeit der krankhaften seelischen Störung gleichwertig erscheint⁴⁰ und Symptome deutlich werden, die in der Gesamtschau das Leben vergleichbar schwer stören oder belasten.⁴¹ Letzteres zeigt, dass auch hier wieder auf die funktionalen Auswirkungen – in Bezug zur Fragestellung – zu achten ist. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, als nach Schätzungen ca. ein Drittel der Bevölkerung irgendwann im Lauf eines Jahres die entsprechenden ICD-10 Kriterien erfüllt; nach den Daten des Bundesgesundheits-surveys lagen 2008 die Zwölfmonatsprävalenzen psychischer Störungen bei Erwachsenen bei 37 % für Frauen und bei 25,3 % für Männer.⁴² Unklar ist, ob tatsächlich eine Zunahme psychischer Erkrankungen zu verzeichnen ist, oder der Anstieg auf einer Veränderung der Wahrnehmung und Diagnosestellung⁴³ (beispielsweise durch Unterschiede bei den Messinstrumenten und Diagnosekriterien) beruht.

Unter Häftlingen stellen psychische Erkrankungen fast den Regelfall dar. Eine Metaanalyse aus dem Jahr 2002, welche 62 Studien aus zwölf Ländern mit 22.790 Inhaftierten auswerte, fand psychotische Störungen bei 3,7 % der Männer und 4 % der Frauen, Depressionen bei 10 % der Männer und 12 % der Frauen und Persönlichkeitsstörungen bei ca. zwei Dritteln (65 %) der Männer und 42 % der Frauen.⁴⁴

II. Europäische Menschenrechtskonvention

1. »Person of unsound mind«

Der Begriff des »unsound mind« gem. § 5 Abs. 1 S. 2e EMRK ist in der EMRK selbst nicht definiert⁴⁵ und wird in der Regel mit »psychisch krank« übersetzt.⁴⁶ Der EGMR hat ausgeführt, dass der Termin nicht in bestimmter Weise festgeschrieben werden könne, sondern sich die Bedeutung mit dem Fortschritt der psychiatrischen Forschung ändere, wie sich auch die Flexibilität der Behandlung und die Einstellung der Gesellschaft zur Geisteskrankheit entwickle.⁴⁷ Es fällt auf, dass der EGMR an dieser Stelle von der »mental illness« spricht,⁴⁸ also von »psychischer Krankheit«, und ausdrücklich anführt, dass ein von den in einer Gesellschaftsgruppe überwiegend akzeptierten Normen abweichendes Verhalten alleine nicht genügt, um eine Unterbringung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK zu erlauben.⁴⁹

Andererseits seien zu den psychisch Kranken i.S.v. lit. e solche Personen zu rechnen, die aufgrund einer Persönlichkeitsstörung (»abnormal personality traits«/»personality disorder«) – im Gegensatz zur »psychischen Krankheit« im eigentlichen Sinn (»mental illness«) – strafrechtlich nicht verantwortlich sind (»whereby he cannot be held criminally responsible«) und als permanente Rechtsbrecher in Erscheinung treten.⁵⁰ Demnach wird auch daran angeknüpft, dass die Person infolge der Störung schuldunfähig war, was auch etwas über den Grad der Störung (im nationalen Recht: Auswirkungen im sogenannten zweiten Stockwerk) aussagt, so dass die Anforderungen denen des § 20 StGB entsprechen. Diese weitere Eingrenzung wird im nationalen Recht nicht immer ausreichend beachtet und findet sich auch nicht in der Gesetzesbegründung des ThUG.⁵¹ Auch nach einer weiteren Entscheidung des EGMR kann eine perma-

nente und fortdauernde dissoziale Persönlichkeitsstörung oder Psychopathie ausreichen,⁵² wobei wiederum zu beachten ist, dass sich diese laut dem damaligen Sachverhalt in einem Verhalten des Untergebrachten manifestiert hatte, für das er nicht verantwortlich war (»manifested by abnormally aggressive and seriously irresponsible behaviour«),⁵³ so dass auch hier wieder ein Intensitäts-Korrektiv zu finden ist. Ähnlich argumentiert der EGMR in der *Kallweit*-Entscheidung, in der er ausführt, dass von einer »serious dissocial personality disorder« nicht automatisch auf eine »true mental disorder« geschlossen werden kann; der *Gerichtshof* unterscheidet an dieser Stelle vielmehr, mit Blick auf die Systematik des nationalen Maßregelrechts, danach, ob die Person allein wegen ihrer Gefährlichkeit in einem Gefängnis (§ 66 StGB) oder eben wegen einer »mental illness« in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) untergebracht wurde, und stellt damit – jedenfalls inzident – erneut gewisse Anforderungen an den Ausprägungsgrad betreffend des »unsound mind«.⁵⁴

35 *Saß* entwickelte das psychopathologische Referenzsystem, nach dem die Funktionsbeeinträchtigung durch die Störung ein Ausmaß haben muss wie bei den psychotischen Erkrankungen.

36 Vgl. Fn. 28.

37 *Schreiber/Rosenau* (Fn. 13), S. 95, die anmerken, dass dies seitens der Psychiatrie bereits auf der »ersten Stufe« versucht wird – statt einer weitgehenden Verlagerung ins zweite Stockwerk.

38 So die Gesetzesbegründung, E 1962, S. 142.

39 LK-StGB/*Schöb* (Fn. 14), § 20 Rn. 72 f.

40 BGHSt 34, 22 (24 f., 28 f.) = StV 1986, 379; 35, 76 (78 f.) = StV 1988, 527; 37, 397 (401) = StV 1991, 412; BGH StV 1997, 127 f.; StV 2005, 15; NStZ-RR 2010, 7; von der »psychischen Störung mit Krankheitswert« spricht *Frommel* NK 2011, 123 (124).

41 Siehe nur BGH NStZ-RR 2008, 104; NStZ-RR 2010, 7.

42 Berichtet nach *Bühren/Vaderholzer/Schulte-Markwort/Loew/Neitscher/Hohagen/Berger* Ärzteblatt 2008, 207.

43 *Saß* Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 129 (130), führt aus, dass aus ökonomischen und Kostenübernahmegründen eine »Tendenz« der Zunahme psychiatrischer Diagnosen zu verzeichnen ist, die nicht mit einem tatsächlichen Zuwachs von Erkrankungen gleichzusetzen ist.

44 *Fazel/Danesh*, *Serious mental disorder in 23000 prisoners: a systematic review of 62 surveys*, 2002, S. 545 f.; bei den Persönlichkeitsstörungen fanden sich bei den Männern 47 % mit antisozialer Persönlichkeitsstörung, bei den Frauen 21 %.

45 EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – A 33 (1979) (*Winterwerp ./. Niederlande*) = EGMR-E 1, 427 (434, Rn. 37); *Frowein-EMRK/Peukert* (Fn. 11), Art. 5 Rn. 79; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 43.

46 So auch im amtlichen Text.

47 EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – A 33 (1979) (*Winterwerp ./. Niederlande*) = EGMR-E 1, 427 (434, Rn. 37).

48 Im englischen Original, gleichfalls Rn. 37 (»society's attitude to mental illness changes«); ebenso in EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03, Rn. 34 (*Stojanovski ./. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien*).

49 EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – A 33 (1979) (*Winterwerp ./. Niederlande*) = EGMR-E 1, 427 (434, Rn. 37); s.a. EGMR, Urt. v. 12.06.2003 – 44672/98 (*Herz ./. Deutschland*) = NJW 2004, 2209 (2210, Rn. 47); *Meyer-Ladewig* (Fn. 45), Art. 5 Rn. 45.

50 EGMR-E 7493/76, DR 6, 182 (*X ./. Deutschland*).

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

52 EGMR, Urt. v. 20.02.2003 – 50727/99, Rn. 19 (*Hutchinson Reid ./. Vereinigtes Königreich*) (»persistent and permanent psychopathic/anti-social personality disorder«); hier findet sich im Urteil des BVerfG interessanterweise ein Verzicht auf die Merkmale »permanent und fortdauernd« (BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 152 = StV 2011, 470). Das Merkmal der »Dauerhaftigkeit« ist jedoch auch bei § 20 StGB, viertes Eingangsmerkmal, als ein Faktor anerkannt; vgl. hierzu krit. LK-StGB/*Schöb* (Fn. 14), § 20 Rn. 70.

53 EGMR, Urt. v. 20.02.2003 – 50727/99, Rn. 19 (*Hutchinson Reid ./. Vereinigtes Königreich*).

54 EGMR, Urt. v. 13.01.2011 – 17792/07, Rn. 54 f. (*Kallweit ./. Deutschland*); ähnlich interpretiert *Hörnle* NStZ 2011, 488 (491) die diesbezügliche Rspr. des EGMR; sie spricht davon, dass der EGMR unter »true mental disorder« eine Erkrankung zu verstehen scheint, die »die Schuld ausschließt oder mindert oder jedenfalls eine Krankenhausbehandlung erforderlich macht«.

Dennoch muss die Annahme einer psychischen Krankheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK nicht zwangsläufig mit fehlender strafrechtlicher Verantwortlichkeit/Schuldunfähigkeit einhergehen.⁵⁵ Anzumerken ist jedoch, dass in sprachlicher Hinsicht »unsound mind« auch mit »unzurechnungsfähig« übersetzt wird,⁵⁶ was wiederum ein rechtlicher Bezugspunkt wäre,⁵⁷ der eine gewisse Qualität der Störung erfordert. In systematischer Hinsicht ist augenfällig, dass in der Aufzählung des Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK sowohl der Landstreicher als auch der Alkohol- und Rauschgiftsüchtige genannt sind, nicht jedoch der Hangtäter.⁵⁸

2. Weitere Voraussetzungen

Für eine Unterbringung auf der Basis einer »unsoundness of mind«⁵⁹ verlangt der *Gerichtshof*, dass die Person zuverlässig nachgewiesen »psychisch krank« (»true mental disorder«) ist,⁶⁰ wobei Grad oder Art der Geistesstörung eine zwangsweise Unterbringung erfordern (»warranting compulsory confinement«), und – für die Frage einer fortbestehenden Unterbringung – dass diese Störung fort dauert (»persistence«).⁶¹ Der *Gerichtshof* betont weiter, dass gerade für die Frage des Fortdauerns solche Zeiten aussagekräftig seien, die außerhalb der psychiatrischen Einrichtung verbracht würden.⁶²

III. »Psychische Störung« i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

1. Die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung im Lichte der EMRK und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Nun ist fraglich, was mit Blick auf die Ergebnisse, die zu den bisherigen nationalen Regelungen und der EMRK gefunden wurden, für den Begriff der »psychischen Störung« i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG folgt. Zunächst ist es kein Widerspruch, wenn bei der Anlassverurteilung (bei Beurteilung der Frage der Schuldfähigkeit) das Vorliegen eines Eingangsmerkmals verneint wurde; die Feststellung der Schuldfähigkeit bezieht sich nämlich immer nur auf die konkrete Tatsituation, so dass eine Veränderung im Lauf der Zeit ohne weiteres möglich ist.⁶³ Dennoch ist natürlich zu bedenken, dass Sicherungsverwahrte schuldfähig und zugleich gefährlich sein müssen; wenn nunmehr letztlich eine psychische Störung, auf der die Gefährlichkeit beruhen soll – und es handelt sich ja nicht plötzlich um eine »neue Gefährlichkeit« – erforderlich ist, so erscheint diese Konstruktion kaum haltbar.⁶⁴ Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine psychische Auffälligkeit, die zu einer schweren Gefährlichkeit führt, wohl kaum so unbedeutend sein kann, dass sie damals bereits vorlag, aber keinerlei Konsequenzen nach sich zog.⁶⁵ Zudem bleibt offen, warum nicht jedenfalls eine Überweisung in das psychiatrische Krankenhaus nach § 67a Abs. 2 StGB vorgenommen wurde.⁶⁶ Nach der Gesetzesbegründung⁶⁷ sollen – unter Berufung auf eine von den Fraktionen CDU/CSU und FDP so interpretierte Rechtsprechung des *EGMR* – gerade solche »abnorme Persönlichkeitszüge« darunter fallen, die nicht einer Geisteskrankheit unterfallen; auch schließe die strafrechtliche Verantwortlichkeit die Unterbringung nicht aus. Der Begriff der »psychischen Störung« orientiert sich nach den Materialien weiter an den Begriffen der Klassifikationssysteme ICD-10 bzw. DSM-IV;⁶⁸ entscheidend sei danach, dass sich »ein klinisch erkennbarer Komplex von solchen Symptomen oder Verhaltensauffälligkeiten« zeige, die wiederum mit »Beeinträchtigungen auf der individuellen und oft auch der kollektiven

oder sozialen Ebene verbunden sind.«⁶⁹ Den Beeinträchtigungen wird hierbei eine maßgebliche Bedeutung zugebilligt. Als Beispiele finden sich insbesondere die dissoziale Persönlichkeitsstörung und verschiedene Störungen der Sexualpräferenz wie Pädophilie oder Sodomasochismus; nur ein Teil der Erscheinungsformen werde in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis als psychische »Erkrankung« gewertet,⁷⁰ so dass auch hier eine deutliche Abgrenzung zum Krankheitsbegriff erfolgt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Begriff also deutlich weiter zu verstehen; dies verwundert insofern, als es nach der Entstehungsgeschichte des Therapieunterbringungsgesetzes doch gerade darauf ankommt, dass er konventionskonform ist.⁷¹ Danach kommt dem nationalen Gesetzgeber zwar ein Beurteilungsspielraum zu (»margin of appreciation«⁷²), und der Begriff der psychischen Krankheit i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK verweist auf das nationale Recht.⁷³ Dennoch kann nicht einfach durch Einführen ei-

55 So im Ergebnis auch *Renzikowski* ZIS 2011, 531 (536 f.) mit umfassenden Nachweisen zu Rspr. und Streitstand; dieser zeichnet auf, dass der *EGMR* bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit »soweit ersichtlich niemals auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK zurückgegriffen« hat, wohl aber bei verminderter Schuldfähigkeit (S. 538). Siehe auch BeckOK/Klein, Ed. 10, § 1 Rn. 24 unter Bezugnahme auf *Renzikowski* BT-Drucks. 17/3401, S. 18 f.

56 Vorläufer der »persons of unsound mind« waren die »lunatics« (engl. für »Wahnsinnige, Verrückte, Irre«); so enthielten diesbezügliche Regelungen von 1890-1922 in England und Wales die »Lunacy Acts«, der rechtliche Begriff wurde 1930 aber durch den »Mental Health Act« in »person of unsound mind«, dann 1959 in »mental illness« geändert. Der in der englischen Version der EMRK 1950 verwendete Begriff »unsound mind« dürfte dieser Entwicklungslinie entstammen. Teilweise wird »unsound mind« auch mit »geschäftsunfähig« gleichgesetzt.

57 So auch *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn* Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 197 (201).

58 Zur Nichtnennung des »Hangtäters« auch *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn* Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 197 (201).

59 *EGMR*, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03, Rn. 31 (*Stojanovski ./. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien*).

60 So in der Übersetzung in *EGMR-E* 1, 427 (436, Rn. 39 a.E.); anders interessanterweise das *BVerfG*, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 152 = StV 2011, 470 (»psychische Störung«).

61 *EGMR*, Urt. v. 24.10.1979 – A 33 (1979) (*Winterwerp ./. Niederlande*) = *EGMR-E* 1, 427 (434, Rn. 37); zum englischen Original vgl. Fn. 48. In diesem Sinne auch die weitere Rspr. des *EGMR*, Urt. v. 24.10.1997 – Reports 1997-VII, Rn. 60 (*Johnson ./. Vereinigtes Königreich*); 31365/96, Rn. 45 (*Varbanov ./. Bulgarien*), ECHR 2000-X; Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03, Rn. 31 (*Stojanovski ./. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien*); Urt. v. 21.06.2005 – 517/02, Rn. 67 (*Kolanis ./. Vereinigtes Königreich*).

62 *EGMR*, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03, Rn. 34 (*Stojanovski ./. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien*).

63 Zu den differierenden Beurteilungszeitpunkten auch BeckOK/Klein (Fn. 55), § 1 Rn. 27; dieser weist auch darauf hin, dass die Störung zur Zeit des Strafurteils übersehen worden sein kann.

64 In diese Richtung auch *Kinzig* NJW 2011, 177 (181).

65 Ähnlich fragt *Nußstein* NJW 2011, 1194 (1196). Denkbar ist, dass sich ein vorliegendes Eingangsmerkmal nicht auf der 2. Stufe (Einsichts-/Steuerungsfähigkeit) ausgewirkt hat; dies stellt *Frommel* NK 2011, 123 (124) dar.

66 Ebenso fragend *Kinzig* NJW 2011, 177 (182) und *Morgenstern* NK 2011, 55 (57).

67 BT-Drucks. 17/3403, S. 53 f., s. insbesondere S. 54: »In diesem Sinne ist auch der Begriff der »psychischen Störung« in Nummer 1 zu verstehen, (...)«, also unter Verweisung auf zuvor angeführte Entscheidungen des *EGMR*.

68 Siehe hierzu Fn. 18, 19.

69 BT-Drucks. 17/3403, S. 54.

70 BT-Drucks. 17/3403, S. 54.

71 Dies betont auch *Pfister*, in: Nedopil (Hrsg.), Die Psychiatrie und das Recht – Abgrenzung und Brückenschlag, 2011, S. 73.

72 Siehe hierzu *EGMR*, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03, Rn. 34 (*Stojanovski ./. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien*) m.w.N.; diesen betont auch das *BVerfG*, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 152 = StV 2011, 470 unter Bezugnahme auf die *EGMR*-Rechtsprechung.

73 Frowein-EMRK/Peukert (Fn. 11), Art. 5 Rn. 76.

ner neuen Kategorie eine weitreichende Begriffsausdehnung vorgenommen werden.⁷⁴ Es ist daher zu fragen, wie der Terminus »psychische Störung« i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG auszulegen ist, damit er noch von Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK gedeckt ist.

Mit Blick auf die herausgearbeiteten Kriterien des *EGMR* ist – anders als die Gesetzesbegründung ausführt – der strafrechtliche Krankheitsbegriff oder jedenfalls eine gewisse Erheblichkeit⁷⁵ und Schwere der Störung als Korrektiv in normativer Hinsicht zu propagieren und sollte die Grenze bilden, und zwar gerade wegen der schwerwiegenden Folgen (Freiheitsentziehung auf unbestimmte Zeit), die an das Vorliegen geknüpft werden. Dies gebietet auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷⁶ Andernfalls wäre auch kaum absehbar, wann man in den niederschweligen Bereich der bloßen »Störung« käme bzw. wann man noch im »Normalbereich« läge; der Begriff der Störung an sich wäre vor allem nach unten nicht hinreichend abgrenz- und operationalisierbar, so dass auch Bestimmtheitsgesichtspunkte tangiert würden.⁷⁷ Eine solche restriktive Lösung hält sich im Rahmen des Wortlauts,⁷⁸ da auch in § 20 StGB der Begriff der »Störung«, wenn auch ergänzt durch die eingrenzenden Adjektive »krankhafte seelische« verwendet wird; man könnte daher von einer verfassungskonformen engen Auslegung sprechen. Der strafrechtliche Krankheitsbegriff wurde in der Vergangenheit auch stets genutzt, um die Störungen des vierten Eingangsmerkmals (»SASA«) in relevante und nicht relevante Störungen anhand ihrer Erheblichkeit einzuteilen – eine ähnliche Vorgehensweise empfiehlt sich ebenfalls für die Interpretation des ThUG.

Die hier vorgeschlagene Anknüpfung an der Erheblichkeit⁷⁹ der Störung sollte gerade im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorgenommen werden, auch die landesrechtlichen Unterbringungsgesetze verlangen regelmäßig »ein erhebliches Ausmaß« bzw. eine gewisse Qualität der Krankheit/Störung.⁸⁰ Ein sachlicher Differenzierungsgrund folgt für das ThUG nicht, und zwar auch nicht allein aus den erhöhten Anforderungen an die Gefährlichkeit. Ein Störungsbegriff, der nach unten derart offen ist, kann kein Anknüpfungspunkt für eine Risikobeurteilung sein, die verfassungsrechtlichen Grundsätzen genügt. Die erhöhte Gefährlichkeit – ohnehin kaum zu prognostizieren – kann somit bei Verhältnismäßigkeitsüberlegungen an dieser Stelle nicht den Ausschlag geben. Es gilt, bereits den Begriff der »psychischen Störung« für eine differenzierende, eingrenzende Beurteilung zu nutzen, statt jedwede Störung darunter zu fassen.⁸¹ Andernfalls droht das psychiatrische Krankenhaus (wieder) zur Verwahranstalt zu werden.⁸² Es geht nämlich darum, »gefährlich« nicht mit »krank« gleichzusetzen, dies auch vor dem Hintergrund, dass eine Unterbringung in der Psychiatrie ganz vorrangig auf Heilung abzielt.

Möchte man die neuen Regelungen nicht erneut der Gefahr aussetzen, konventionswidrig zu sein, so sollte man sich um eine entsprechende menschenrechtskonforme Auslegung bemühen; dies spricht für eine enge Interpretation in Anlehnung an den strafrechtlichen Krankheitsbegriff, gerade um auch vorzubeugen, dass von einer Straftat bzw. Gefährlichkeit der (entgegengesetzte) Rückschluss auf eine psychische Störung erfolgt.⁸³ Vor allem im Bereich der Persönlichkeitsstörungen droht die Diagnose stark von den Normen und Werten der Gesellschaft abzuhängen, in der eine Persönlich-

keit (konfliktfrei und akzeptiert) lebt.⁸⁴ Selbst wenn man also den strafrechtlichen Krankheitsbegriff nicht antizipieren möchte, so ist jedenfalls zu betonen, dass nicht jedwede Persönlichkeitsstörung unter den Begriff der »psychischen Störung«

74 Auch *Kreuzer StV* 2011, 122 (131) sieht den Begriff der »psychischen Störung« als zu weit an, um von Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK gedeckt zu sein. *Hörnle NSTZ* 2011, 488 (491), sieht einen »nicht offen gelegten Dissens« betreffend der Auslegung des Begriffs der »psychischen Störung« bzw. des »unsound mind« durch das *BVerfG* (weite Auslegung) und den *EGMR* (engere Auslegung).

75 Im Ergebnis ähnlich *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn Der Landkreis* 2011, 133 (134 f.); *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 2011, 197 (200 f.).

76 Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat das *BVerfG* im Urv. 04.05.2011 mehrfach angemahnt (2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 97, 99 = *StV* 2011, 470; s. hierzu auch *Kreuzer/Barisch StV* 2011, 470 [479], jedoch in anderem Kontext), so dass dessen Relevanz auch in diesem Zusammenhang hervorzuheben ist.

77 Ähnlich *Morgenstern NK* 2011, 55 (56); *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn Der Landkreis* 2011, 133 (134). Die Unbestimmtheit rügt auch *Nußstein NJW* 2011, 1194. Das *BVerfG* hat in seiner Entscheidung v. 05.02.2004 (NJW 2004, 739 [750] = *StV* 2004, 267, zum Wegfall der Zehn-Jahres-Höchstfrist gem. § 67d Abs. 3 StGB i.V.m. Art. 1a Abs. 3 EGStGB) betont, dass »im Hinblick auf die Intensität des Grundrechtseingriffs (...) Entscheidungen über die Freiheitsentziehung aufgrund einer Prognose von vornherein keine unbegrenzte Wirkung zukommen darf; in diesem Zusammenhang wies das Gericht auf die Unsicherheit hin, die »jeder Prognose innewohnt«.

78 Dazu nicht im Widerspruch auch *Nußstein NJW* 2011, 1194 (1196), der bzgl. des Wortlauts des Begriffs »psychische Störung« davon spricht, dass dieser die psychische Erkrankung als ein »Minus« beinhalte.

79 Auch *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn Der Landkreis* 2011, 133 (135) betonen, unter Bezugnahme auf *EGMR*, Urv. v. 13.01.2011 – 27360/04 und 42225/07, Rn. 56 (*Schummer .l. Deutschland*) (»serious mental disorder«), dass eine gewisse »Schwere« der Störung vorliegen muss; ebenso *Morgenstern NK* 2011, 55 (57), wobei diese jedoch eine Gleichsetzung mit der »Erheblichkeit« i.S.d. §§ 20, 21 StGB für fraglich hält. Eine gewisse »Schwere« verlangt auch *Nußstein NJW* 2011, 1194 (1196), der dies an das Kausalitätserfordernis (für die von § 1 ThUG beschriebenen Gefahren) knüpft.

80 So beispielsweise § 1 Abs. 2 UBG BW; »in ihren Auswirkungen einer Psychose gleichkommt« gem. § 1 Abs. 2 PsychKG M-V; ebenso u.a. § 1 Abs. 2 PsychKG BLN, § 1 Abs. 2 BbgPsychKG BRB, § 1 Abs. 2 RPPPsychKG RPF. Die konzeptionelle Ähnlichkeit sieht auch *Morgenstern NK* 2011, 55 f.; als eine Ergänzung zu den Unterbringungsgesetzen der Länder sieht *Froemel NK* 2011, 123 (124) das ThUG. Jedenfalls kommt im ThUG der Präventionsgedanke, orientiert an (abstrakter, von einer Tat weitgehend losgelöster und daher ggf. kaum feststellbarer) Gefährlichkeit zum Ausdruck, während eine starke Entfernung vom Tatstrafrecht vorgenommen wird; so auch *Kreuzer StV* 2011, 122 (124).

81 Anders wohl *Kotz ZAP Fach* 22, 547 (554), der einfach ausreichen lässt, dass eine »psychische Störung (i.S.d. ICD-10 oder DSM-IV)« vorliegt. Auch *OLG Nürnberg StV* 2011, 686 geht von einer »überdauernden Persönlichkeitsstörung im Sinne des ICD 10 (...)«. Daneben (...) nach den Kriterien des ICD 10 eine Störung der sexuellen Präferenz im Sinne einer Pädophilie (...)« aus und schließt hieraus auf das »Vorliegen einer psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG außer Zweifel«, ohne eine Gewichtung vorzunehmen bzw. nach dem Ausprägungsgrad zu fragen; so mag das Ergebnis unter Umständen zwar richtig sein, nichtsdestotrotz sollte dies mit Blick auf den Schweregrad begründet werden. S. auch *Mosbacher HRRS* 2011, 229 (235), der von einem Naheliegen der psychischen Störung bei einem diagnostizierten Störungsbild i.S.d. ICD-10 spricht, aber – unter Berufung auf BGHSt 49, 45 = *StV* 2005, 15 – von der bloßen Persönlichkeitsakzentuierung abgrenzen möchte und eine gewisse Dauerhaftigkeit verlangt; später fragt er jedoch nur pauschal »Liegt eine psychische Störung im Sinne von ICD-10 oder DSM-IV vor?« (S. 236).

82 Diese Gefahr für die Alltagspsychiatrie in anderem Zusammenhang betonend *Nedopil NJW* 2000, 837 (839).

83 Eine solche Gefahr betont *Kinzig R&P* 1997, 9 (12, 17) für die Persönlichkeitsstörung. Diese Gefahr wird beim Studium von BGH, Urv. v. 21.06.2011 – 5 StR 52/11, Rn. 24-26, insbes. Rn. 26 = *StV* 2011, 674 deutlich.

84 So auch *Kinzig R&P* 1997, 9 (17) unter Berufung auf *Rasch*; weiterhin ähnlich *Rasch/Konrad* (Fn.12), S. 279.

« subsumiert werden darf.⁸⁵ Nur so kann der unzulässigen Gleichung »bad« = »mad« vorgebeugt werden. Auch vor dem Hintergrund, dass die Prüfkriterien zur Einsichts- und Steuerungsfähigkeit (auf dem »2. Stockwerk« der Schuldfähigkeitsbegutachtung) entfallen, da ein direktes Pendant beim ThUG nicht existiert,⁸⁶ ist das Augenmerk auf eine Eingrenzung auf der ersten Stufe zu richten, an deren Ende ein operationalisierbarer Anknüpfungspunkt für die folgenden Stufen, die Gefährlichkeitsprognose (»infolge«⁸⁷/Konnextität) und die Erforderlichkeit der Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit steht. Ergänzend kann auf § 65 StGB a.F. verwiesen werden, der durch das 2. Strafrechtsreformgesetz v. 04.07.1969 eingeführt worden war, letztlich aber 1984 wieder gestrichen wurde, ohne jemals in Kraft getreten zu sein. Die Vorschrift sah vor, dass die sozialtherapeutische Anstalt bei weitgehender Gleichheit der formellen Voraussetzungen an die Stelle der Sicherungsverwahrung treten sollte, wenn zusätzlich bei den Tätern eine *schwere* Persönlichkeitsstörung vorgelegen hätte.⁸⁸ Dies zeigt, dass bereits damals erkannt worden war, dass eine Abgrenzung innerhalb der Persönlichkeitsstörung⁸⁹ erforderlich ist, um sie als Anknüpfungspunkt für eine so einschneidende Rechtsfolge zu legitimieren.

2. Gegenläufige Tendenzen in der aktuellen Rechtsprechung

Der 5. Strafsenat des BGH scheint jedoch der Gesetzesbegründung zu folgen, indem er ausführt, dass eine »derartige psychische Störung [orientiert an den Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK] (...) nicht zu einer Einschränkung der Schuldfähigkeit gem. §§ 20, 21 StGB« geführt haben muss; der BGH geht hier nicht näher auf das zeitliche Moment ein,⁹⁰ es scheint vielmehr anzuklingen, dass er hier unterschiedliche Intensitätsgrade zugrunde legt, also wohl gerade vom strafrechtlichen Krankheitsbegriff abgrenzen möchte.⁹¹

Auch das BVerfG hat sich zwischenzeitlich erneut – in einem obiter dictum – mit dem Begriff der »psychischen Störung« beschäftigt.⁹² Das Gericht betont einerseits, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung in § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG ausdrücklich auf die zu Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK entwickelten Voraussetzungen Bezug genommen habe, andererseits, dass er insbesondere nicht an die §§ 20, 21 StGB angeknüpft und »eine neue dritte und damit eigenständige Kategorie« geschaffen habe.⁹³ Der Begriff der psychischen Störung wird als »unbestimmter Rechtsbegriff« eingestuft, der mit den Kategorisierungen der Psychiatrie nicht »deckungsgleich« und vom Gericht, allerdings regelmäßig nur nach sachverständiger Beratung, zu beurteilen sei. Das BVerfG misst bei der dissozialen und antisozialen Persönlichkeitsstörung dem »Grad der objektiven Beeinträchtigung der Lebensführung in sozialer und ethischer Hinsicht« entscheidende Bedeutung zu.⁹⁴ Deutlich wird somit, dass das BVerfG den Begriff der »psychischen Störung« denkbar weit verstanden haben möchte; zwischen den Zeilen lässt sich vermuten, dass er sogar noch weiter sein soll als der psychiatrische Begriff der »psychischen Störung«, den die Klassifikationssysteme zugrunde legen. Dabei wird darauf rekuriert, dass der Gesetzgeber den Begriff des »unsound mind« im nationalen Recht nun eben so ausfüllen möchte; eine kritische Auseinandersetzung mit den Grenzen des »unsound mind«⁹⁵ erfolgt nicht. Dies überzeugt aus genannten Gründen nicht, nicht nur im Hinblick auf das nationale

Verfassungsrecht, sondern auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR in der Vergangenheit. Die in der Sicherungsverwahrung Unterbrachten waren regelmäßig bei ihren Anlasstaten schuldfähig; so hat auch der EGMR den Freiheitsentziehungsgrund des Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK wiederholt als hilfswise Rechtfertigung abgelehnt, da in den Ausgangsurteilen eine psychische Erkrankung und darauf basierende Unterbringung abgelehnt worden war.⁹⁶ Es ist nicht zu sehen, warum der EGMR es nun vorbehaltlos akzeptieren sollte, wenn eben diese Klientel kraft eines sehr weiten Begriffs der »psychischen Störung« vom Gesetzgeber in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK »hineindefiniert« wird. Das dürfte die Grenze des Einschätzungsspielraums des nationalen Gesetzgebers überschreiten.

3. Die Gefährlichkeitsprognose – taugliches Einschränkungskriterium?

Zu fragen ist, ob eine Eingrenzung auf der folgenden Stufe, nämlich der Gefährlichkeitsprognose möglich ist. Erforderlich ist, dass die unterzubringende Person infolge der psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird. Dieser Gefährlichkeitsmaßstab ist vom Wortlaut her betrachtet streng genommen wohl einerseits etwas weiter⁹⁷ als jener, den das BVerfG an eine (weitere) Unterbringung in der Sicherungsverwahrung – soweit die Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus fort dauert, die Anlasstaten aber vor dem Wegfall der Zehn-Jahres-

85 Saß Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 129 (130) betont, dass »eine Berufung auf eine diagnostizierbare Störung im Sinne von ICD-10 und DSM-IV-TR nicht hinreichend« ist (S. 130) und psychiatrische Diagnoseschlüssel für sich »wenig aussagekräftig« seien; nötig sei ein »forensischer Dialog« (S. 131). Ähnlich auch Dittmann, in: Nedopil (Hrsg.), Die Psychiatrie und das Recht – Abgrenzung und Brückenschlag, 2011, S. 148, der eine »Quantifizierung« i.S.e. »psychopathologischen Referenzsystems« vorschlägt. Die Weite des Begriffs befinden auch Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn Der Landkreis 2011, 133 (134).

86 Bereits aus diesem Grund ist es missverständlich, wenn teilweise diskutiert wird, ob ein den §§ 20/21 StGB (insgesamt) entsprechender Zustand vorliegen muss; dies kann man bereits deshalb nicht fordern, weil die Voraussetzungen des »2. Stockwerks« keine unmittelbare Entsprechung im ThUG finden.

87 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG: »infolge ihrer psychischen Störung«; BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 173 = StV 2011, 470 für das ThUG: »auf den aktuellen psychischen (Dauer-)Zustand und ihre daraus resultierende künftige Gefährlichkeit«; s.a. BT-Drucks. 17/3403, S. 53 f.

88 Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 23; zur Sozialtherapeutischen Anstalt als Maßregel ausführlich im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung auch Schöch FS Roxin, 2011, S. 1193 (1194).

89 Die Entwicklung von klassifizierenden Ordinalskalen zu Persönlichkeitsstörungen zur Objektivierung bei der Beurteilung von Schweregraden regte Schöch MSchrKrim 1983, 340 im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeitsbeurteilung bereits vor langer Zeit an.

90 Aus dem sich die Unterschiede ergeben könnten, also dass damals keine psychische Störung vorlag, nunmehr schon. BGH, Urt. v. 21.06.2011 – 5 StR 52/11, Rn. 25 = StV 2011, 674; BGH StV 2011, 485.

91 So sieht das bei Darstellung der Rechtsprechung auch Mosbacher HRRS 2011, 229 (235), der den Begriff der »psychischen Störung« auch als sehr viel weitgehend als denjenigen der Eingangsmerkmale (1 und 4) einstuft.

92 BVerfG, Urt. v. 15.09.2011 – 2 BvR 1516/11 = StV 2012, 1 m. Anm. Krehl.

93 BVerfG, Urt. v. 15.09.2011 – 2 BvR 1516/11, Rn. 36 = StV 2012, 1.

94 BVerfG, Urt. v. 15.09.2011 – 2 BvR 1516/11, Rn. 40 = StV 2012, 1.

95 Hierzu oben und gleichfalls ausführlich Renzikowski ZIS 2011, 530 (536 f., insb. 538).

96 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. J. Deutschland) = StV 2010, 181; Urt. v. 13.01.2011 – 6587/04 (Haidn J. Deutschland).

97 So auch OLG Nürnberg StV 2011, 686; Mosbacher HRRS 2011, 229 (236).

Frist begangen wurden, bzw. soweit die Sicherungsverwahrung erst nachträglich gem. § 66b Abs. 2 StGB oder § 7 Abs. 2 JGG angeordnet wurde oder wird – stellt (»eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus den konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist«),⁹⁸ so dass hier ein kleiner eigenständiger Anwendungsbereich verbleiben dürfte.⁹⁹ Andererseits ist er enger, als das, was von Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK gefordert wird; dort wird eine Selbst- oder eben Fremdgefährdung verlangt,¹⁰⁰ allerdings eben nicht in dieser Intensität. Die Rechtsprechung des *BVerfG* bzw. die nationalen Regelungen haben hier also auch einen gewissen einschränkenden Faktor, so dass Forderungen, die Entscheidungen des *EGMR* als für die nationalen höchsten Gerichte bindend anzusehen oder auch der EMRK einen höheren Rang zuzubilligen,¹⁰¹ letztlich an diesem Punkt zu einer Erweiterung führen könnten. Weiter muss die Gefährlichkeit im Sinne einer Kausalität auf der psychischen Störung beruhen (»infolge«),¹⁰² und nicht etwa auf einem anderen Umstand; über diese Konnexität ist unter Umständen eine Einschränkung zu erreichen. Zu berücksichtigen ist aber weiter, dass auch das Merkmal der »Symptomtat« als einschränkendes Kriterium und Bezugspunkt für die Gefährlichkeitsprognose nicht ausdrücklich im Gesetzestext zu finden ist. Für die vom *BVerfG* im Urteil v. 04.05.2011 aufgestellten Kriterien für die (weitere) Unterbringung beispielsweise der sog. Altfälle ist festzuhalten, dass die Störung wohl bereits (symptomatisch) in der Anlasstat sichtbar gewesen sein muss.¹⁰³ Auch für die Gefahrprognose nach dem ThUG dürfte daher maßgeblich an die Anlasstat anzuknüpfen sein. Vom Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG ist dies insofern gedeckt, als die Anlasstaten Element des »Vorlebens« sind.

Nichtsdestotrotz zeigt sich hier erneut die vage und unbestimmte Terminologie, unter der das neue Gesetz leidet; festzuhalten ist eine Entgrenzung in jede Richtung und auf allen Ebenen, so dass der Weite des Begriffs der »psychischen Störung« auch nicht durch die Gefährlichkeitsprognose mit der hinreichenden Bestimmtheit begegnet werden kann. Dies wird noch potenziert durch das Problem der Unsicherheit der Gefährlichkeitsprognose, mit der Folge der »falsch Positiven«, also einer fälschlicherweise bejahten Gefährlichkeit.¹⁰⁴

C. Anforderungen an die Art der Unterbringung und Ausblick

Zu beachten ist insbesondere, dass zwar aus Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK direkt kein Recht auf angemessene Behandlung hergeleitet werden kann,¹⁰⁵ sehr wohl jedoch aus dem nationalen (Verfassungs-)Recht.¹⁰⁶ Doch auch nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ist die Unterbringung (»detention«) in einem Krankenhaus oder einer vergleichbaren Einrichtung zu vollziehen (»if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution«), da ein gewisser Zusammenhang zwischen Anlass und Art der Unterbringung bestehen muss.¹⁰⁷ Daher ist durchaus auf den Ort der Unterbringung zu achten.¹⁰⁸ Wenn *Kreuzer* und *Bartsch*¹⁰⁹ mit Blick auf die Rechtsprechung des *BVerfG* einen gemeinsamen Vollzug mit der neu zu gestaltenden Sicherungsverwahrung für möglich halten, eben weil die nach dem Therapieunterbringungsgesetz erforderlichen »psychischen Störungen« »lediglich aufgesetzt« seien, nicht jedoch für einen neuen, ei-

genständigen Therapiebedarf stünden, so entspricht dies an sich wohl der (traurigen) Realität, ist jedoch vor den Vorgaben des *EGMR* kritisch zu sehen.¹¹⁰ Nichtsdestotrotz macht genau dies erneut den Etikettenschwindel¹¹¹ deutlich. Dieser liegt vielleicht weniger darin, dass eine psychische Störung vorliegt, da Persönlichkeitsstörungen eben durchaus festzustellen sind, als vielmehr darin, dass damit die Aussicht auf Heilung als Ziel und Zweck¹¹² propagiert wird, was aber teilweise nur schwer oder unter Umständen gar nicht möglich scheint, da es eben nicht um schwere psychische Krankheiten geht, die mittels Medikamenten und Therapie jedenfalls ohne Weiteres verringert werden können.¹¹³ Es findet ein »Labeling« statt, dass »gefährlich« gleich »krank« (bzw. »gestört«) sei, um statt »Verwahrung« das Etikett der »Therapie« nutzen zu können.¹¹⁴ Auch wenn die mangelnde The-

98 *BVerfG*, Ur. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Tenor, Ziff. III. 2a = StV 2011, 470. Mit den Anforderungen an die Gefährlichkeit mit Blick auf den Prognosemaßstab setzt sich *Mosbacher* HRRS 2011, 229 (231 f.) auseinander.

99 Unklar ist, ob diese Differenzierung beabsichtigt war.

100 Hierzu *Frowein-EMRK/Peukert* (Fn.11), Art. 5 Rn. 78.

101 *Kreuzer/Bartsch* StV 2011, 470 (474). A.A. auch *Hörnle* NStZ 2011, 488 (493), die das Streben nach Kompromissen gegenüber der bedingungslosen Unterordnung als vorzugswürdig ansieht.

102 So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/3403, S. 54.

103 Ebenso *Kreuzer/Bartsch* StV 2011, 470 (475) unter Zitierung *BVerfG*, Ur. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 173 = StV 2011, 470: »Personen mit durch ihre Straftaten indiziertem Gefährdungspotential«.

104 Vgl. *Nedopil* (Fn. 16), S. 290 f. m.w.N. sowie *ders./Stadtland*, in: *Lösel/Bender/Jehle* (Hrsg.), *Kriminologie und wissenschaftliche Kriminalpolitik*, 2007, S. 541 f. Zu statistischen Problemen der Prognose bei seltener schwerer Delinquenz *Schöb*, in: *Schneider, H.J.* (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Kriminologie*, Band I, 2007, S. 359 (365 f.). S. in jüngerer Zeit die Studien von *Alex*, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, 2010; *ders./Felles* FS *Schöb*, 2010, S. 750 f.; *Kinzig*, *Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter*, 2008; *Müller/Stolpmann/Fromberger/Haase/Jordan* MSchrKrim 2011, 253 f. Zur Prognoseunsicherheit unter Verhältnismaßstäbigen Gesichtspunkten s. auch *Streng* JZ 2011, 827 (828).

105 *EGMR*, Ur. v. 24.10.1979 – A 33 (1979) (*Winterwerp ./. Niederlande*) = *EGMR-E* 1, 427 (439).

106 Das *BVerfG*, Ur. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 117 = StV 2011, 470 fordert einen effektiv durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Durchführung solcher Maßnahmen, die eine Reduktion der Gefährlichkeit erhoffen lassen (Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot).

107 »Furthermore, there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention.« *EGMR*, Ur. v. 20.02.2003 – 50727/99, Rn. 49 (*Hutchinson Reid ./. Vereinigtes Königreich*); so auch im Ur. v. 11.05.2004 – 48865/99, Rn. 65 (*Morsink ./. Niederlande*). Ebenso *Meyer-Ladewig* (Fn. 45), Art. 5 Rn. 47.

108 Zur Notwendigkeit der Benennung einer geeigneten Einrichtung bereits im Antragsverfahren LG Freiburg, Beschl. v. 29.03.2011 – 7 O 1/11, 7 O 2/11.

109 *Kreuzer/Bartsch* StV 2011, 470 (479). Auch der Referentenentwurf des BMJ, Bearbeitungsstand v. 09.11.2011 sieht in Art. 8 einen gemeinsamen Vollzug vor.

110 Auch § 2 ThUG (derzeitige Fassung) sieht wohl anderes vor.

111 Von »Etikettenschwindel« (Therapieunterbringung statt Sicherungsverwahrung) spricht bezüglich der Unterbringung nach ThUG auch *Kreuzer* StV 2011, 122 (131).

112 Vgl. nur BT-Drucks. 17/3403, S. 53 zu § 1 ThUG.

113 Vgl. die Ergebnisse von *Kinzig* R&P 1997, 9 (13) zu 370 Sicherungsverwahrten, von denen bei nur sechs Probanden gute Behandlungsaussichten in Gutachten konstatiert wurden (109: schlechte Aussichten, 45: Erfolg ungewiss, 210: keine Angaben). Keine realistischen Erfolgsaussichten sehen auch *Gairing/Tribolet-Hardy/Vohs/Habermeyer* MSchrKrim 2011, 243 f.

114 Den Vorwand für Verwahrung mit einhergehender Diskreditierung der »Therapie« sieht auch die *Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde* (DGPPN) *Nervenarzt* 2011, 382, die zugleich mit Blick auf die historische Erfahrung davor warnt, die Psychiatrie als »Ordnungsinstrument zur Internierung von psychisch auffälligen, sozial störenden, aber nicht psychisch kranken Menschen« zu missbrauchen. Eine Überblicks-Darstellung der Standpunkte der Fachgesellschaft findet sich bei *Müller*, in: *Nedopil* (Hrsg.), *Die Psychiatrie und das Recht – Abgrenzung und Brückenschlag*, 2011, S. 115 f.

rapierbarkeit nach der Rechtsprechung des *EGMR* nicht zur Freilassung zwingt, solange eine Gefahr für den Probanden oder die Allgemeinheit besteht,¹¹⁵ so ist dennoch ein gewisses Profitieren von der Unterbringung in einem therapeutischen Setting erforderlich, um einen hinreichenden Zusammenhang zwischen Grund, Ort und Bedingungen der Unterbringung im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 EMRK zu sichern.¹¹⁶ Vor allem vor dem Hintergrund, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK auf tatbestandliche Umstände abstellt und der *EGMR* daher nicht nur prüft, ob eine Verurteilung/Entscheidung des Gerichts in diesem Sinne vorliegt (wie beispielsweise bei lit. a), sondern über das Vorliegen bestimmter Eigenschaften der Person Beweis zu führen war, was der *EGMR* über eine Kontrolle der von den Behörden vorgenommenen Wertung auch prüft,¹¹⁷ ist darauf zu achten, dass die Anforderungen ernst genommen werden und nicht nur mit einem Label überzogen werden. Die Unterbringung ist nur gesetzmäßig i.S.d. Art. 5 EMRK, wenn faire und angemessene Vorschriften zum Schutz der Betrof-

fenen bestehen, vor allem müssen klare Normen betreffend die Unterbringung »Geisteskranker« bestehen.¹¹⁸

Auch aus diesem Grund sollte der Begriff der »psychischen Störung« – in Abgrenzung von »Persönlichkeit« oder gar »Charakter« – eng ausgelegt und am strafrechtlichen Krankheitsbegriff ausgerichtet werden bzw. jedenfalls anhand von Intensitätskriterien eingedämmt werden, wobei sich eine funktionale, an der Fragestellung ausgerichtete Eingrenzung anbietet.

115 *EGMR*, Ur. v. 20.02.2003 – 50727/99, Rn. 52, 55 (*Hutchinson Reid J. Vereinigtes Königreich*).

116 *EGMR*, Ur. v. 20.02.2003 – 50727/99, Rn. 55 (*Hutchinson Reid J. Vereinigtes Königreich*).

117 Frowein-EMRK/Peukert (Fn. 11), Art. 5 Rn. 36.

118 *EGMR*, Ur. v. 05.10.2004 – 45508/99, Rn. 120, 124 (*H.L. J. Vereinigtes Königreich*), wonach es auch auf das Verfahren bei der Begutachtung von »unsound minds« ankommen soll, für das Vorgaben bestehen müssen; Meyer-Ladewig (Fn. 45), Art. 5 Rn. 49.

Das Recht auf Rechtsbeistand nach dem europäischen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte in Strafverfahren

Rechtsanwälte Dr. Christian Corell und Dr. Karl Sidhu, LL.M., München*

A. Einleitung

Bisher bildete in der Europäischen Union die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), geprägt durch das Verständnis des *EGMR* mit Sitz in Straßburg, die gemeinsame Grundlage für den Schutz der Rechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren. Selbst die extensive Auslegung des *EGMR* zum Fairnessgrundsatz¹ hat jedoch nur vereinzelt dazu geführt, dass Mitgliedstaaten sich berufen fühlten, die Beschuldigtenrechte zu stärken. Vielmehr werden Beweiserhebungen in zahlreichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erfahrungsgemäß auf der Basis erschreckend minimalistisch ausgestalteter Beschuldigtenrechte durchgeführt. Insbesondere um den entscheidenden Hinweis auf das Recht, einen Anwalt zu konsultieren, steht es oftmals schlecht.

Mit dem sechsstufigen Fahrplan, den sogenannten Maßnahmen A bis F, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren des Europäischen Rates v. 30.11.2009² (im Folgenden: »Fahrplan«) wurde jedoch ein Grundstein gelegt, der in dieser Hinsicht zunächst vorsichtig optimistisch stimmte. Spätestens mit dem Vorschlag der Kommission v. 08.06.2011 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme³ ist nunmehr eine der wichtigsten verfahrensrechtlichen Bestimmungen auf europäischer Ebene in greifbare Nähe gerückt. Selbst der Deutsche Richterbund hebt den Richtlinienvorschlag als »Meilenstein zur Schaffung umfassender Beschuldigtenrechte auf europäischer Ebene« hervor.⁴

Vorliegender Beitrag wirft zunächst einen Blick auf die Bedeutung der EMRK für das Recht auf Verteidigerbeistand, sodann wird die derzeitige Situation des Anwaltskonsultationsrechts in ausgewählten Ländern der Europäischen Union beleuchtet, ehe die Vorstellung des Inhalts der Maßnahmen

erfolgt. Abschließend werden die erstmals festgeschriebenen Beweisverwertungsverbote bei Missachtung des Rechts auf Rechtsbeistand hervorgehoben.

B. Bedeutung der EMRK für das Anwaltskonsultationsrecht

Das in diesem Zusammenhang maßgebliche Recht auf ein faires Verfahren ist in den Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie in Art. 6 der EMRK verankert.⁵ Besagter Fairnessgrundsatz besteht seinerseits aus zahlreichen Einzelgarantien⁶ und stellt die in der Praxis bedeutsamste justizbezogene Garantie der Konvention⁷ dar. Er konkretisiert sich in Art. 6 Abs. 3c EMRK im Recht des Beschuldigten auf einen Pflicht- oder Wahlverteidiger.⁸ Speziell auf den Zeitpunkt des anwaltlichen Beistands findet sich zwar kein ausdrücklicher Hinweis, allerdings darf der zum Teil unbestimmt umfassende, teilweise aber auch recht enge⁹ Wortlaut des Art. 6 Abs. 3

* Für wertvolle Unterstützung danken die Autoren Herrn Telmo Baltazar von der Europäischen Kommission und Frau Rechtsreferendarin Nicoletta Bachner.

1 Dazu Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 112 f.; Grabenwarter/Pabel, in: EMRK/GG, 2006, Kap. 14 Rn. 1, 87; Wilfnger, Gebot effektiven Rechtsschutzes in GG u. EMRK, 1995, S. 149.

2 Abl. EU C 295/1 v. 04.12.2009, Anhang.

3 KOM (2011) 326 endgültig vom 08.06.2011, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0326:FIN:-DE:PDF> (Stand: 08.01.2012).

4 Presseerklärung des Deutschen Richterbundes v. August 2011, abrufbar unter <http://www.drbb.de/cms/index.php?id=730> (Stand: 08.01.2012).

5 BVerfGE 57, 250 (275); BVerfG NJW 2001, 2246.

6 Grabenwarter/Pabel (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 87; Wilfnger (Fn. 1), S. 149.

7 Frowein/Peukert (Fn. 1), Art. 6 Rn. 112 f.; Grabenwarter/Pabel (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 1, 87.

8 Frowein/Peukert (Fn. 1), Art. 6 Rn. 291 f.; Grabenwarter/Pabel (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 133, 139; Villiger, Handbuch EMRK, 2. Aufl. 1999, Art. 6 Rn. 514.

9 Vgl. z.B. einerseits das Wort »mindestens« und andererseits die detaillierte Regelung des unentgeltlichen Verteidigerbeistands.