

Thesensätze

Die Gefahr, dass Betroffene zum Schutz der Allgemeinheit nicht mehr als gleichberechtigte Mitglieder der Gesellschaft, sondern als bloße Gefahrenquellen, die behandelt werden müssten, entmündigt werden, ist bei vorbeugenden Eingriffen, die sich gegen eine Tätergefährlichkeit richten, besonders groß. Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob diese Gefahr gebannt werden kann, indem der Konflikt zwischen den Interessen des Einzelnen und den Interessen der Allgemeinheit derart aufgelöst wird, dass die Subjektstellung des Betroffenen gewahrt bleibt.

- Weder utilitaristische noch feindstrafrechtliche Konzepte bieten dahingehend eine überzeugende Lösung.
- Rechtsethisch kann eine vorbeugende Intervention nur nach einem Konzept gerechtfertigt werden, das neben der Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen auch das Prinzip der zwischenmenschlichen Solidarität als legitimatorische Grundlage anerkennt.

Strafrechtsdogmatisch lassen sich vorbeugende Maßnahmen wiederum nur nach Ansätzen begründen, die eine Gefährlichkeit des Täters generell auch als Bestandteil der Rechtfertigungsgrundlage der Strafe erachten oder die Wiederholungsgefahr zumindest als Anknüpfungspunkt für einen hinzutretenden präventiven Eingriff akzeptieren. Bei konsequenter strafrechtstheoretischer Betrachtung überzeugen diese Ansätze nicht: Ist es legitim, einem Täter allein zur präventiven Sicherung und Behandlung die Freiheit zu entziehen, unterläuft die Gefährlichkeit letzten Endes sowohl Tat- als auch Schuldprinzip. Den Wegfall dieser Garantien können andere, rechtsstaatliche Grundsätze nicht vollständig kompensieren.

Einen Ausweg aus diesem Legitimationsdilemma bietet ein pragmatisches Konzept. Eine strafrechtstheoretische Begründung für die Erweiterung des strafrechtlichen Sanktionsapparats liefert ein solcher Ansatz allerdings nicht. Er stellt darauf ab, dass auf bestimmte Personen therapeutisch eingewirkt werden muss, wenn sie aus eigenem Antrieb bisher nicht bereit waren, sich mit ihrem psychischen Zustand und den Folgen ihres Verhaltens für ihre Mitmenschen auseinanderzusetzen, dies aber bereits zu Verletzun-

gen oder ernst zu nehmenden Gefährdungen geführt hat und weitere gefährliche Handlungen zu befürchten sind:

- Die Maßnahme gegen zurechnungsfähige Rechtsbrecher tritt als gefahrenabwehrend defensiver Eingriff an die Stelle der Strafe.
- Die Maßnahme gegen zurechnungsunfähige Rechtsbrecher ist ein gefahrenabwehrend aggressiver Eingriff *sui generis*.

Die Einordnung des Maßnahmenrechts im Strafrecht basiert dann auf der Überlegung, dass Verteidigungsrechte des betroffenen Einzelnen im Strafrecht besonders gut ausgeprägt sind und auch verfahrensökonomische Gründe für eine funktionale Zuständigkeit der Strafgerichte sprechen. Nach einem pragmatischen Ansatz dient das Maßnahmenrecht vor allem dem Zweck, den Einzelnen vor einem überbordenden staatlichen Eingriff zu schützen. Dies stützt Thesen, die eine möglichst zurückhaltende Anordnungspraxis gewährleisten wollen:

- Die Wahrscheinlichkeit einer falsch-positiven Prognoseentscheidung muss so gering sein, dass Anlass und Befürchtung das Restrisiko für falsche Positive aufwiegen können (*faire Verteilung des immanenten Irrtumsrisikos*).
- Anlass, Befürchtung und Gefährlichkeit müssen in sog symptomatischem Zusammenhang zum diagnostizierten Grundzustand stehen und dürfen nicht isoliert betrachtet werden (*Symptomtizität*).

Grundsätzlich ist aber fraglich, ob es sich bei einem Maßnahmenrecht, das nicht an die Schuld gebunden ist, sondern als Gefahrenabwehr gerechtfertigt wird, um Strafrecht oder Polizeirecht iW.S. handelt. Davon hängt es ab, ob originär strafrechtliche Prinzipien (kein Eingriff ohne strafrechtliches Unrecht) gelten und für die Beurteilung eines rechtswidrigen Verhaltens eines abnormen Täters grundsätzlich nichts anderes gelten darf als für die Beurteilung von Taten jedes anderen Rechtsbrechers.

Die vorherrschende Vorstellung von einem dualistischen System ist hingegen in der sog Kumulationslösung verwurzelt, durch die der Vergeltungsgedanke und Präventionszwecke zusammengeführt werden sollen. Das Maßnahmenrecht diene der Verbrechensverhinderung, wodurch der Schuldgrundsatz für die Strafe erhalten bleiben kann:

- Vorbeugende Maßnahmen können dann spezialpräventiv begründet werden.
- Kriminalpolitische Ausnahmen von dogmatischen Grundsätzen wären erlaubt.
- Das Irrtumsrisiko habe eher der gefährliche Rechtsbrecher zu tragen.

Auch gegen eine solche Lösung kann der Vorwurf des *Etikettenschwindels*¹⁰ erhoben werden: Das Maßnahmenrecht ist dann ein Täterstrafrecht

10 Siehe *Kohlrausch*, ZStW 44 (1924), Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand, 21 (28, 33); v. *Birkmeyer*, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Heft 2 (1910) 29.

Liszt'scher Prägung. Zudem wurde in der Auseinandersetzung mit der Radikalität des spezialpräventiven Programms zur Bekämpfung gefährlicher Täter auch kein ausreichendes Maß der kritischen Reflexion erreicht. Die hA vertraut darauf, dass rechtsstaatliche Grundsätze das Eingriffspotenzial präventiver Maßnahmen bändigen können. Die Bindungswirkung resultiert aber vor allem aus der verfassungsrechtlichen Selbstbindung der staatlichen Eingriffsgewalt, weshalb sie im Strafrecht nicht wesentlich strenger ist, als sie etwa auch im Polizei- oder Medizinrecht wäre. Werden diese Einwände mit Blick auf mögliche spezialpräventive Vorteile eines schuldungebundenen Eingriffs nicht berücksichtigt, muss die Diagnose einer legitimatorischen und dogmatischen Krise des vorherrschenden Verständnisses der Zweispurigkeit aufrechterhalten werden.

A. Die Unterbringung gefährlicher Rechtsbrecher als zweite Spur eines dualistischen Sanktionssystems im Strafrecht

Das moderne Strafrecht ist geprägt durch ein sog dualistisches Sanktionssystem. Im Gegensatz zu einem monistischen System eines Vergeltungsstrafrechts kennt es also nicht allein die Schuldstrafe als Eingriffsform in die persönliche Freiheit eines Rechtsbrechers.¹¹ Vielmehr kommt es unter bestimmten Voraussetzungen zu einem Nebeneinander der Strafe und der sog vorbeugenden Maßnahme oder ausnahmsweise sogar ausschließlich zur Anordnung der Maßnahme, wenn der betroffene Rechtsbrecher mangels Zurechnungsfähigkeit nicht bestraft werden kann. Dieser Dualismus des Sanktionssystems ist seit der großen Strafrechtsreform 1975 positiv-rechtlich verankert. Seine Entwicklungsgeschichte reicht aber weiter zurück und beginnt bereits mit der Suche nach dem Zweck bzw Selbstzweck, den ein strafrechtlicher Eingriff legitim verfolgen kann. Mit einiger Autorität stellte *Kant* die Frage, ob denn staatliches Strafen gegen den freien Bürger überhaupt zweckgerichtet erfolgen darf und formulierte den normativen Grundsatz: In jeder Strafe als solcher muss zuerst Gerechtigkeit sein.¹² Die Verfolgung empirischer Zwecke mittels des Strafrechts und strafrechtlicher Eingriffe wäre folglich rigoros abzulehnen:¹³ Ein Täter dürfe als vernünftiges Subjekt niemals für fremde Zwecke instrumentalisiert werden. Demgegenüber argumentieren Vertreter*innen einer relativen Theorie mit rationalen Nützlichkeitsabwägungen. Es müsse im Strafrecht vorrangig darum gehen, durch Eingriffe in die Freiheit einzelner Personen das Verhalten des Täters oder anderer Menschen zukünftig zu beeinflussen, um dadurch kriminalpolitisch erwünschte Lenkungseffekte in der Gesellschaft zu erzielen. Im Kern dreht sich diese

11 Dazu *Moos*, ZnStR I (1973) Die vorbeugende Maßnahme, 53 (60); *Roxin/Greco*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I⁵ (2020) § 3 Rz 63: Die Zweispurigkeit sei ein „*fundamentales Strukturelement*“ des Strafrechts.

12 *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft (1787) I.I. 52; siehe dazu auch *Jakobs*, NRWakW G 390, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (2004) 5 (11).

13 *Naucke* in *Hilgendorf/Weitzel*, Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung (2007) 116.

grundsätzliche Kontroverse der Strafrechtswissenschaft also um die Frage, ob der strafrechtliche Eingriff nur den gerechten Ausgleich herstellen darf (Vergeltung) oder der Eingriff gerechten Zwecken dienen soll (Prävention) oder aber eine Kompromisslösung möglich ist, die Vergeltungs- und Präventionsgedanken zusammenführt. Diese Debatte war für die Entwicklung, die zur dualen Ausformung des Strafrechts führte, von ganz entscheidender Bedeutung. Ein Teil dieser Arbeit wird sich daher eingehend mit den Entwicklungslinien aus der Zeit des Schulenstreits über die nationalsozialistische Entgrenzung und die Reformdebatte bis zu gegenwärtigen Rechtfertigungsansätzen für die vorbeugende Maßnahme auseinandersetzen. Wie aber unschwer zu erkennen ist, standen sich im Zuge dieser Entwicklung zwei grundverschiedene Positionen gegenüber:

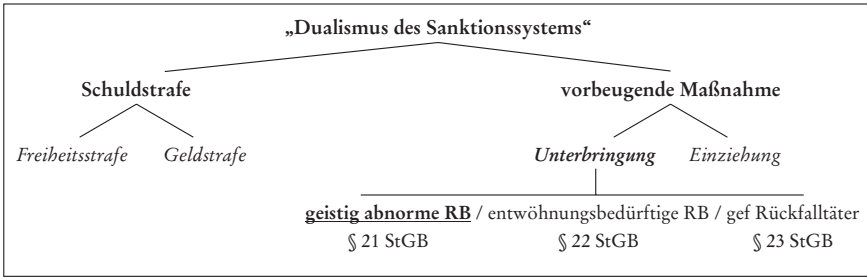
- Von einem vergeltungstheoretischen Standpunkt aus betrachtet, erscheinen schuldungebundene Eingriffe systemfremd.¹⁴ Ein Dualismus von Strafe und präventiver Maßnahme bedeutet für Vertreter*innen einer absoluten Theorie damit einen Systembruch. Lange Zeit hindurch dominierte in Wissenschaft und Gesetzgebung insofern auch eine ablehnende Haltung gegenüber der Erweiterung des Sanktionssystems in einer dualen Ausformung des Strafrechts.
- Vertreter*innen einer relativen Theorie (in der Tradition der sog. modernen Schule) erachten die Verhinderung von künftigen Taten hingegen als eine originäre Aufgabe des Strafrechts („ne peccetur“). Insofern kann eine Erweiterung des Sanktionensystems und das Hinzutreten einer schuldungebundenen Eingriffsform nach diesem Verständnis durchaus notwendig sein, um präventive Zwecke zu erreichen,¹⁵ bzw. sogar ein logischer Entwicklungsschritt hin zu einem präventiven Kriminalrecht sein.

Diesen Schritt in Richtung einer dualen Ausformung hat der österreichische Reformgesetzgeber vollzogen. Durch die Reform des Sanktionssystems des Strafrechts sprach er sich für eine Kompromisslösung aus, die deutliche präventionstheoretische Einflüsse aufweist. Nach manchen Stimmen in der Literatur legte der Strafgesetzgeber eben dadurch eine „an sich sehr anerkennenswerte Scheu“ ab, im Strafrecht über den klassischen Vergeltungsgedanken hinauszugehen.¹⁶ Seither sieht das Strafrecht neben der Strafe in den §§ 21–23 StGB auch freiheitsentziehende Eingriffsformen vor, die auf spezifische Tätergruppen zugeschnitten sind. Diese vorbeugenden Maßnahmen sind die strafrechtlichen Unterbringungen.

14 Kunz in Barton (Hrsg) „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ (2006) 85: Es handle sich um Fremdkörper im Sanktionensystem eines rechtsstaatlichen Strafrechts.

15 Roxin/Greco, AT I⁵ § 3 Rz 63 = Roxin/Greco, Der vorbeugende Eingriff sei dann notwendig, wenn die Schuldstrafe nicht ausreicht.

16 Vgl. Moos, ZnStR I (1973) 53 (61).



1. Gesetzliche Grundlagen

Die Unterbringung zurechnungsfähiger und zurechnungsunfähiger geistig abnormer Rechtsbrecher in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher regelt § 21 StGB: Wer eine Tat begeht, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, und nur deshalb nicht bestraft werden kann, weil er die Tat unter dem Einfluss eines die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Zustandes (§ 11) begangen hat, der auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit von höherem Grad beruht, ist durch das Gericht gem § 21 Abs 1 StGB in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher einzuweisen, wenn nach seiner Person, nach seinem Zustand und nach der Art der Tat zu befürchten ist, dass er sonst unter dem Einfluss seiner geistigen oder seelischen Abartigkeit eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen begehen werde. Wenn eine solche Befürchtung vorliegt, ist gem § 21 Abs 2 StGB auch in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher einzuweisen, wer, ohne zurechnungsunfähig zu sein, unter dem Einfluss seiner geistigen oder seelischen Abartigkeit von höherem Grad eine Tat begeht, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist. Die Unterbringung ist dann zugleich mit dem Ausspruch über die Strafe durch das Gericht anzuordnen. Für die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eröffnet § 45 Abs 1 StGB die Möglichkeit der bedingten Nachsicht: Eine Unterbringung gem § 21 StGB ist bedingt nachzusehen, wenn nach der Person des Betroffenen, seinem Gesundheitszustand, seinem Vorleben, nach der Art der Tat und nach seinen Aussichten auf ein redliches Fortkommen, insbesondere nach einem während vorläufiger Anhaltung nach § 429 Abs 4 StPO oder eines Vollzugs der Untersuchungshaft durch vorläufige Unterbringung nach § 438 StPO erzielten Behandlungserfolg, anzunehmen ist, dass die bloße Androhung der Unterbringung in Verbindung mit einer Behandlung außerhalb der Anstalt und allfälligen weiteren in den §§ 50 bis 52 StGB vorgesehenen Maßnahmen ausreichen werde, um die Gefährlichkeit, gegen die sich die vorbeugende Maßnahme richtet, hintanzuhalten. Die Unterbringung eines zurechnungsfähigen Rechtsbrechers nach § 21 Abs 2 StGB darf allerdings nur

zugleich mit der Strafe bedingt nachgesehen werden. § 22 StGB normiert die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher. Vom Gericht ist in eine Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher einzuweisen, wer dem Missbrauch eines berauschenden Mittels oder Suchtmittels ergeben ist und wegen einer im Rausch oder sonst im Zusammenhang mit seiner Gewöhnung begangenen strafbaren Handlung oder wegen Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung im Zustand voller Berauschung (§ 287) verurteilt wird, wenn nach seiner Person und nach der Art der Tat zu befürchten ist, dass er sonst im Zusammenhang mit seiner Gewöhnung an berauschende Mittel oder Suchtmittel eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen oder doch mit Strafe bedrohte Handlungen mit nicht bloß leichten Folgen begehen werde. Hat der Rechtsbrecher jedoch mehr als zwei Jahre in Strafhaft zu verbüßen, liegen die Voraussetzungen für seine Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher vor oder scheint der Versuch einer Entwöhnung von vornherein aussichtslos, ist nach § 22 Abs 2 StGB von der Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher abzusehen. Auch die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher darf gem § 45 Abs 2 zugleich mit der Strafe und nur dann bedingt nachgesehen werden, wenn anzunehmen ist, dass die bloße Androhung der Unterbringung in Verbindung mit einer oder mehreren der in den §§ 50 bis 52 StGB vorgesehenen Maßnahmen genügen werde, um die Gewöhnung des zu überwinden. Kommt eine bedingte Nachsicht nicht in Betracht normiert § 24 Abs 1 StGB, dass die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher oder in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher vor der Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Die Zeit der Anhaltung ist dann auf die Freiheitsstrafe anzurechnen. Wird die Unterbringung vor dem Ablauf der Strafzeit aufgehoben, so ist der Rechtsbrecher in den Strafvollzug zu überstellen, wenn ihm der Rest der Strafe nicht bedingt oder unbedingt erlassen wird. Die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter regelt indes § 23 StGB: Wenn ein Täter nach Vollendung des vierundzwanzigsten Lebensjahres zu einer mindestens zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt wird, so hat das Gericht unter strengen Voraussetzungen (§ 23 Abs 1 Punkt 1 bis 3 StGB) zugleich seine Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter anzuordnen. Die Unterbringungsvoraussetzungen werden, anders als bei der Unterbringung geistig abnormer oder entwöhnungsbedürftiger Rechtsbrecher in Abs 3 bis 5 präzisiert. So bleiben frühere Strafen bei der Entscheidung über die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter mitunter außer Betracht. Hingegen sind ausländische Verurteilungen unter bestimmten Umständen zu berücksichtigen. Auch von einer solchen Unterbringung ist gem § 23 Abs 2 StGB abzusehen, wenn die Voraussetzungen für

die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher vorliegen. Gem § 24 Abs 2 StGB ist die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter nach der Freiheitsstrafe zu vollziehen. Vor der Überstellung in die Anstalt hat das Gericht jedoch von Amts wegen zu prüfen, ob die Unterbringung noch notwendig ist.

Die Dauer der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen regelt der Gesetzgeber in § 25 StGB. Sämtliche vorbeugenden Maßnahmen sind danach auf unbestimmte Zeit anzuordnen und so lange zu vollziehen, wie es ihr Zweck erfordert. Eine Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher darf jedoch nicht länger als zwei Jahre dauern. Eine Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter, die nach der Strafe vollzogen wird, darf nicht länger als zehn Jahre dauern. Eine Höchstdauer für die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Nach § 25 Abs 3 StGB hat das Gericht aber von Amts wegen mindestens alljährlich zu prüfen, ob die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher oder in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter noch notwendig ist.¹⁷ Ob die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher aufrechtzuerhalten ist, muss das Gericht gem § 25 Abs 4 StGB mindestens alle sechs Monate prüfen. Über die Aufhebung einer vorbeugenden Maßnahme entscheidet das Gericht.

Da im Zuge der vorliegenden Arbeit immer wieder auch auf das deutsche Maßregelrecht Bezug genommen wird, soll eingangs auch ein Überblick über die Gesetzeslage in der Bundesrepublik gegeben werden: Der deutsche Materiengesetzgeber normiert die Anwendungsvoraussetzungen für die Maßregeln der Besserung und Sicherung in den §§ 61 ff StGB: Den detaillierten Regelungen geht in § 62 StGB die einfachgesetzliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für das Maßregelrecht voraus: Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht. Daraufhin regelt § 63 StGB die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus: Wer eine rechtswidrige Tat in Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit begangen hat, ist auf Anordnung des Gerichtes in einem psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und

17 VfGH 3.6.2018, G85/2017: Diese Bestimmung des § 25 Abs 3 StGB ermögliche zweifelsfrei einen verfassungskonformen Vollzug.

er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Ist die begangene Tat keine erhebliche Tat, ist die Anordnung nur dann zulässig, wenn aufgrund besonderer Umstände zu erwarten ist, dass der Täter erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt regelt § 64 StGB: Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die sie im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Die Anordnung setzt allerdings eine hinreichend konkrete Behandlungsaussicht voraus. Wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt auch dadurch erreicht werden kann, dass die Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt wird, ist eine solche Aussetzung des Vollzuges nach § 67b StGB möglich. Andernfalls wird die angeordnete Unterbringung in einer solchen Anstalt gem § 67 StGB vor der Freiheitsstrafe vollzogen. Wenn aber der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird oder die verurteilte Person zur Ausreise verpflichtet ist, besteht die Möglichkeit, dass das Gericht bestimmt, dass die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist (§ 67 Abs 2 StGB). Ist es dem Zweck der Maßregel zuträglich, kann eine solche Anordnung auch nachträglich getroffen, geändert oder aufgehoben werden (Abs 3). Eine Anrechnung der Zeit des Vollzuges der Maßregel auf die Strafe erfolgt, bis zwei Drittel der Strafe erledigt sind (Abs 4). Die Vollstreckung des Strafrestes kann allerdings zur Bewährung ausgesetzt werden (Abs 5).

Mit § 66 StGB beginnt der umfassende Regelungskomplex der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung. Dieser wird hier nur skizziert: Gem § 66 Abs 1 StGB erfolgt die Anordnung der Unterbringung unter strengen Voraussetzungen neben der Strafe. Insbesondere muss die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergeben, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist. § 66 Abs 2 und Abs 3 StGB eröffnen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, die Unterbringung auch ohne vorherige Verurteilung oder bereits nach einer vorausgehenden Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe anzuordnen. Nach § 66a StGB kann das entscheidende Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil aber auch vorbehalten, wenn nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann, dass der Täter iS des § 66 Abs 1 Nr 4 StGB für die Allgemein-

heit gefährlich ist. § 66b StGB normiert die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung: Diese ist möglich, wenn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zwar für erledigt erklärt worden ist, aber die Unterbringung anlässlich bestimmter schwerer Taten angeordnet wurde und insbesondere wegen seiner Entwicklung bis zur Erledigung der Unterbringung zu erwarten ist, dass der Täter mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

Die Dauer der Unterbringung in einer Anstalt regelt § 67d StGB: Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist eine solche Frist noch nicht abgelaufen, ist die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung auszusetzen, wenn zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine erheblichen rechtswidrigen Taten mehr begehen wird (Abs 2). Speziell für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung normiert § 67d Abs 3 StGB, dass das Gericht die Maßregel nach einer Vollzugsdauer von zehn Jahren für erledigt erklärt, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Hingegen wird die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gerichtlich für erledigt erklärt, wenn das Gericht nach Beginn der Vollstreckung gem § 67d Abs 6 StGB feststellt, dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre. Dabei gilt, dass die Fortdauer in der Regel nicht mehr verhältnismäßig ist, wenn die Unterbringung bereits sechs Jahre dauert und nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden. Nach zehn Jahren Unterbringungsdauer gilt § 67d Abs 3 Satz 1 StGB entsprechend.

2. Konkretisierung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes: Begriffsbestimmung, Grundschema und Eingriffstatbestand

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher. Es wird untersucht werden, wie Gefahrenabwehr dem Einzelnen gegenüber gerechtfertigt wird (rechtsethische Rechtfertigung), wie das Hinzutreten eines vorbeugenden Eingriffs zur Strafe anlässlich der Tat begründet werden kann (strafrechtliche Eingriffslegitimation) und wie die gesetzlichen Voraussetzungen eine rechtsethisch vertretbare Anordnung der Unterbringung gewährleisten könnten

(Dogmatik der Anstaltsunterbringung). Das Untersuchungsziel ist eine kohärente Aussage über die dogmatische Legitimation der strafrechtlichen Unterbringung als Reaktion auf ein anlassgebendes Unrecht. Im ersten Abschnitt sollen daher zunächst eine Begriffsbestimmung und Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes erfolgen. Das Hauptaugenmerk wird dabei auf der Tätergefährlichkeit liegen, die maßnahmentheoretischer Legitimationsgrund und Anordnungsvoraussetzung im Einzelfall ist. Ausgehend von dieser Konkretisierung wird sich die Untersuchung dem zugrundeliegenden Fragenkomplex der Maßnahmentheorie zuwenden. Dabei soll zunächst erörtert werden, ob sich ein vorbeugender Eingriff gegen die Gefährlichkeit in gegenwärtige straftheoretische Ansätze integrieren lässt und inwiefern Strafe und Anstaltsunterbringung nach diesen Ansätzen auf theoretischer Ebene kategorisch unterschieden werden müssen. Da sich diesbezüglich in der Wissenschaft grundlegend verschiedene Ansichten gegenüberstehen, sollen im Zuge einer ideengeschichtlichen Analyse der zweispurigen Ausformung des Strafrechts die Entwicklungslinien des theoretischen Unterbaus der strafrechtlichen Gefahrenabwehr nachvollzogen und der Frage nachgegangen werden, ob die bisherige Entwicklung tatsächlich in eine „veritable Krisis der Zweispurigkeit“¹⁸ geführt hat. In diesem Zusammenhang interessieren insbesondere der Einfluss einer empirischen Rechtstheorie auf das Maßnahmenrecht und die Überlegungen zur rechtsstaatlichen Begrenzung der Eingriffsmacht. Es soll untersucht werden, inwiefern die Annahme einer konsequenten Reduktion des vorbeugenden Eingriffs tragfähig ist und welchen Einfluss die Judikatur des EGMR auf die Debatte um die Geltung rechtsstaatlicher Grundsätze im Maßnahmenrecht ausübt. An die ideengeschichtliche Exploration und Stellungnahme wird in einem dritten Schritt die maßnahmentheoretische Untersuchung tradiertter Rechtfertigungsansätze für vorbeugende strafrechtliche Eingriffe anknüpfen. Dabei sollen sowohl kollektivistisch geprägte als auch individualistisch geprägte Rechtfertigungsmodelle einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

a) Differenzierung der Unterbringungsarten

Der Begriff der Unterbringung, den die §§ 21 ff StGB verwenden, ist vom Wortsinn spezifisch auf den Entzug der persönlichen Freiheit eines Menschen gerichtet. Es handelt sich um freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen und damit im Kern um einen Eingriff in den Schutzbereich der Art 5 EMRK und Art 6 GRC sowie des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit. Im Sinne des Art 2 BVG PersFr liegt

18 [Scil] *Frisch*, ZStW 102 (1990), Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, 343 (353).

also eine *freiheitsbeschränkende Anhaltung* vor.¹⁹ Durch die Verwendung des Begriffs der Unterbringung bringt der Gesetzgeber überdies zum Ausdruck, dass sich diese Form einer vorbeugenden Maßnahme von vornherein auf eine freiheitsentziehende Anhaltung von gewisser Dauer richtet und nicht bloß eine kurzfristige Beschränkung der persönlichen Freiheit zu erwarten ist. Weiters ist mit dem spezifischen Begriff der Unterbringung nicht bloß eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit angesprochen. Vielmehr bedingt die Unterbringung einen unfreiwilligen Ortswechsel: Der Betroffene wird in eine eigens dafür vorgesehene Anstalt gebracht und dort angehalten (sog *Anstaltsunterbringung*). Hinsichtlich dieser strafrechtlichen Anstaltsunterbringung sind die Unterbringung geistig abnormer Rechtsbrecher gem § 21 StGB, die Unterbringung entwöhnungsbedürftiger Rechtsbrecher gem § 22 StGB und die Unterbringung gefährlicher Rückfalltäter gem § 23 StGB zu differenzieren. Diese Unterbringungsarten unterscheiden sich allerdings nicht nur hinsichtlich des Adressatenkreises und des Unterbringungsortes, sondern im Detail auch hinsichtlich ihrer Anordnungsvoraussetzungen, dh der Anzahl und der Art der Vortaten, der Anzahl und Art der befürchteten Taten und vor allem der Ursache der unterbringungsrelevanten Gefahr. Letztere kann in einer geistigen Abnormität, einer Substanzgewöhnung oder einem Hang zu strafbaren Handlungen bestehen. Es ist somit nicht bloß zwischen Strafe und strafrechtlicher Unterbringung zu differenzieren, sondern auch eine klare Abgrenzung zwischen den einzelnen Unterbringungsarten vorzunehmen.

Darüber hinaus können auch bezüglich der hier gegenständlichen Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher zwei Unterbringungsformen unterschieden werden: Bei näherer Betrachtung richtet sich § 21 Abs 1 StGB gegen Rechtsbrecher, die zum Zeitpunkt der Tat zurechnungsunfähig waren. Dafür ist gesetzlich vorausgesetzt, dass der Einfluss des psychischen Grundzustandes im Tatzeitpunkt so stark ausgeprägt sein musste, dass die Zurechnungsfähigkeit dadurch ausgeschlossen war. Demgegenüber richtet sich § 21 Abs 2 StGB gegen geistig abnorme Rechtsbrecher, die zum Tatzeitpunkt zurechnungsfähig waren. Abgesehen von dieser Unterscheidung, die im Kern die Zuständigkeit des Rechtsbrechers für den normativen Konflikt, der aus der Anlasstat resultiert (§ 21 Abs 2 StGB setzt voraus, dass der Rechtsbrecher nicht nur für die unerlaubte Anlasstat zuständig ist, sondern der anlassgebende Konflikt ihm auch schuldhaft zurechenbar wäre), weisen diese beiden Unterbringungsarten jedoch idente Anordnungsvoraussetzungen auf.²⁰

19 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1360; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 836.

20 *Tschachler*, Maßnahmenvollzug im Lichte der EMRK (2020) 13.