

Monika Johanna Werndl

# Zweispurigkeit und Vertrauensschutz

Das Recht der Sicherungsverwahrung zwischen Sicherheit  
und rechtsstaatlichem Vertrauensschutzgebot



**Nomos**

Schriften zur Kriminologie

herausgegeben von

Prof. Dr. Katrin Höffler, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg

Prof. Dr. Jörg Kinzig, Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Ralf Kölbel, Ludwig-Maximilians-Universität München

Band 11

Monika Johanna Werndl

# Zweispurigkeit und Vertrauensschutz

Das Recht der Sicherungsverwahrung zwischen Sicherheit  
und rechtsstaatlichem Vertrauensschutzgebot



**Nomos**

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort.

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5253-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-9433-9 (ePDF)

**D384**

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Danksagung

Das Gelingen meiner Dissertation habe ich der Unterstützung einer Vielzahl von Personen zu verdanken. Deren vollständige Auflistung würde den Rahmen einer solchen Danksagung allerdings bei Weitem übersteigen. Stellvertretend für all jene, die mich auf dem Weg zur Promotion begleitet haben und nicht müde geworden sind, mich zu unterstützen, möchte ich an dieser Stelle nur einige wenige von ihnen namentlich hervorheben.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Doktor Johannes Kaspar. Er hat mir die Gelegenheit gegeben, über die Sicherungsverwahrung zu promovieren – ein Thema das auf Grund seines Facettenreichtums schon zu Studienzeiten großes Interesse in mir geweckt hat. Sein unerschöpflicher Fundus an thematischen sowie wissenschaftlichen Anregungen und Hinweisen haben eine umfassende und vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Thema ermöglicht. Ohne die zahlreichen, stets aufgeschlossenen Gespräche hätten viele gute Ideen keinen Eingang in diese Arbeit gefunden. Besonders zu schätzen weiß ich, dass Herr Professor Kaspar mich fortwährend gefördert und auch mich ermutigt hat, meine Arbeit und die ihr zu Grunde liegenden Gedanken sowie Zielrichtungen in den einschlägigen Fachkreisen vorzustellen.

Zu großen Dank verpflichtet bin ich auch dem Amtschef im Bayerischen Staatsministerium der Justiz, Herrn Ministerialdirektor Professor Doktor Frank Arloth für die Erstellung des zweiten Gutachtens.

Mein Dank geht außerdem an alle meine ehemaligen Kollegen und Kolleginnen in und außerhalb des Lehrstuhls von Herrn Professor Kaspar an der Universität Augsburg. Die bereichernden Tipps und Diskussionsbeiträge haben mich nachhaltig beeindruckt und mich wiederholt in neue fruchtbare Bahnen gelenkt. An dieser Stelle möchte ich zuvörderst danken Frau Michaela Braun; sie stand mir, insbesondere wenn es um administrative Fragen ging, immer mit Rat und Tat zur Seite. Besonders erwähnen möchte ich auch Herrn Korbinian Grabmaier, Frau Dr. Isabel Kratzer-Ceylan und Herrn Dr. Stephan Christoph. Ihr akademischer Rat war stets bereichernd.

Für die unschätzbar wichtige Hilfe beim Korrekturlesen dieser Arbeit möchte ich Frau Katja Schiffelholz LL.M., Frau Julia Schmidt, Herrn Dr. Robert Heymann, Frau Martina Oevermann, meiner Tante, Frau Oberstu-

## *Danksagung*

dienrätin a.D. Johanna Spreitler und meinem Vater, Herrn Oberlandesgerichtspräsident a.D. Peter Werndl danken. Ihre wertvollen Anmerkungen haben der Arbeit den notwendigen Schliff verliehen. Insbesondere auch deshalb, weil es ehrliche und offene Kritik gab, was neue Ansätze erst ermöglicht hat.

Für die verständnisvolle Unterstützung während der Endphase meiner Promotion gilt mein Dank den Kollegen und Kolleginnen der Kanzlei Ufer Knauer Rechtsanwälte. Besonders hervorheben möchte ich Frau Martina Oevermann; sie war mir während dieser anspruchsvollen Zeit von unschätzbarem Wert. Ein besonderes Dankeschön möchte ich schließlich an Herrn Professor Doktor Christoph Knauer richten. Er hat in mir die Idee zur Promotion erfolgreich geweckt und mich als Mentor begleitet.

Eine herausragende Stellung in jeglicher Hinsicht nehmen meine Familie und Freunde ein; sie haben dieses Werk in allen Phasen mit jeder möglichen Unterstützung bedacht. Meinem Vater und seiner Frau, Peter und Angelika, danke ich für den selbstlosen Beistand und das unermessliche Vertrauen. Zusammen mit meiner Schwester Susanne haben sie mich mit bewundernswerter Geduld durch die Höhen und Tiefen auf dem Entstehungsprozess dieser Promotion begleitet und mir dabei geholfen, den Impetus und den Fokus nicht zu verlieren.

Allen Förderern – auch den nicht ausdrücklich Genannten – ein recht herzliches Dankeschön!

München, Februar 2019

*Monika Werndl*

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Zielsetzung der Arbeit	17
B. Gang der Arbeit	21
Teil 1 Die Sicherungsverwahrung im System der Zweispurigkeit	23
A. Die strafrechtlichen Sanktionen als Kernelemente des Strafrechts und deren verfassungsrechtliche Grenzen	24
I. Ausgangspunkt	24
II. Strafrechtliche Grundrechtsdogmatik	25
B. Die Unterscheidung zwischen Strafe und Maßregel im Konzept zweckorientierter Sanktionen	28
I. Zur Legitimation der Strafe	29
1. Das Wesen der Strafe	29
2. Grundlegendes zum Sinn und Zweck der Strafe	31
3. Der Vergeltungsgedanke als Grundlage der absoluten Straftheorien	33
a) Grundlagen	35
b) Kritik	37
c) Das Schuldprinzip	41
aa) Strafbegründungsschuld	42
bb) Strafzumessungsschuld	43
4. Relative Straftheorien	46
a) Spezialprävention	47
aa) Bedeutung	47
bb) Kritische Würdigung	48
b) Generalprävention	51
aa) Negative Generalprävention	51
bb) Positive Generalprävention bzw. Integrationsprävention	52
cc) Kritische Würdigung	54
(1) Negative Generalprävention	55

(2) Positive Generalprävention	57
(a) Vergeltungstheorie 2.0?	58
(b) Die Instrumentalisierung des Täters und die Latenz sozialer Funktionen	60
(c) Kein fehlender Tatbezug	64
(d) Generalprävention und Strafzumessung	65
(e) Fazit zur Kritik an der positiven Generalprävention	69
5. Expressive Straftheorien	70
6. Zusammenführung der bisherigen Ergebnisse	73
7. Fazit	79
II. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung und deren Begrenzungskriterien	82
1. Zu Wesen und Aufgabe des Maßregelrechts	83
a) Grundzüge	83
b) Zur spezialpräventiven Aufgabe der Maßregeln	86
2. Die Rechtfertigungsebene	90
a) Sozialethischer Ansatz	91
b) Positiv-generalpräventiver Ansatz	93
c) Notwehrrecht der Gesellschaft	95
d) Überwiegendes öffentliches Interesse	97
e) Zusammenfassende Würdigung der vorgestellten Rechtfertigungsansätze	100
3. Abgrenzung zur Strafe – Prävention gleich Prävention?	103
a) Unterschiedliche Ansatzpunkte und Präventionsaspekte	104
b) Gemeinsamkeiten und Überschneidungen	106
aa) Wesensmäßige Überschneidungen	107
(1) Übelzufügung	107
(2) Missbilligung	109
bb) Funktionsüberschneidungen	111
(1) Generalpräventive Wirkung der Maßregeln	111
(a) Negativ-generalpräventive Funktionsüberschneidungen	111
(b) Positiv-generalpräventive Funktionsüberschneidungen	113
(2) Spezialpräventive Funktionen der Strafe	116
cc) Gemeinsamer Bemessungsfaktor	118
c) Zusammenfassung	118



4. Was von der Zweispurigkeit bleibt	118
C. Einordnung der Sicherungsverwahrung	123
I. Das traditionelle Verständnis	123
II. Die Entwicklung der Sicherungsverwahrung unter Darstellung der wichtigsten „Meilensteine“ aus rückwirkungsrechtlicher Sicht	124
1. Entwicklung der Sicherungsverwahrung seit 1933 bis zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung	124
2. Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR zum Strafcharakter der Sicherungsverwahrung und zum Rückwirkungsverbot	131
a) Urteil des BVerfG vom 5.2.2004 zur rückwirkenden Entfristung der Sicherungsverwahrung	131
b) Urteil des EGMR vom 17.12.2009 (M. gegen Deutschland)	132
c) Urteil des BVerfG vom 4.5.2011	134
3. Aktuelle Rechtslage	136
4. Neues aus Straßburg	140
a) EGMR, Urт. v. 7.1.2016 – 23279/14 (Bergmann gegen Deutschland)	140
b) EGMR, Urт. v. 2.2.2017 – 10211/12 und 27505/14 (Inseher gegen Deutschland)	141
c) EGMR, Urт. v. 7.9.2017 – 45953/10 (D.J. gegen Deutschland)	143
d) Fazit	144
III. Sicherungsverwahrung – die Zwittergestalt des Sanktionenrechts	145
1. Abgrenzung auf theoretischer Ebene	145
a) Schuldunabhängig = ohne Vorwurf?	146
b) Doppelte Übelzufügung	149
c) Sicherungsverwahrung und Generalprävention	151
aa) Sicherungsverwahrung und negative Generalprävention	152
bb) Sicherungsverwahrung und positive Generalprävention	152
2. Abgrenzung auf Vollzugsebene – Abstandsgebot	155
a) Ultima-ratio-Prinzip	158

b) Individualisierungs- und Intensivierungsgebot	161
c) Motivierungsgebot	164
d) Trennungsgebot	165
e) Minimierungsgebot	170
f) Kontrollgebot sowie Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot	171
g) Stellungnahme	176
aa) Positive Veränderungen	177
bb) (Keine) wesentliche Abgrenzung zum Strafvollzug	178
cc) Weiterhin subjektives Strafempfinden	181
dd) Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe	182
ee) Beurteilung des Abstandsgebots aus konventionsrechtlicher Perspektive	186
(1) Ansicht des EGMR	186
(2) Kritische Würdigung	188
ff) Ergebnis zur Abgrenzung auf Vollzugsebene	190
3. Ergebnis	192
D. Fazit zum Verhältnis von Strafe und Maßregel	193
Teil 2 Rückwirkung und Vertrauensschutz	198
A. Das Rückwirkungsverbot in Art. 103 Abs. 2 GG	199
I. Grundlagen	200
II. Reichweite	201
1. Traditionelle Betrachtungsweise – Zweckthese	203
2. Gegenposition – Wirkungsthese	206
3. Auslegung	207
a) Wortlaut bzw. grammatikalische Auslegung	208
b) Systematik	210
aa) Vergleich mit Art. 103 Abs. 3 GG	211
bb) Vergleich mit Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG	211
cc) Vergleich mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	211
(1) Das weite Strafverständnis bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG	212
(a) Gesetzgebungskompetenz bei den landesrechtlichen Straftäterunterbringungsgesetzen	212

(b) Gesetzgebungskompetenz für das ThUG	214
(2) Ein Begriff – zwei Bedeutungen?	216
dd) Fazit	219
c) Historische Auslegung	219
d) Der teleologische Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG	224
aa) Strafrechtliche Wurzel	224
(1) Rückwirkungsverbot im Lichte des Schuldgrundsatzes	224
(2) Rückwirkung und negative Generalprävention	227
(3) Rückwirkung und positive Generalprävention	229
bb) Staatsrechtliche Fundierung des Rückwirkungsverbots	232
(1) Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip	232
(2) Rechtsstaatlichkeit und Vertrauensschutz	233
(a) Subjektiv-täterorientierter Standpunkt	234
(b) Objektive Dimension des Vertrauensschutzes – Rechtssicherheit	236
(3) Rückwirkungsverbot und Menschenwürde	238
cc) Zusammenfassende Würdigung der teleologischen Auslegung	240
dd) Folgerungen der teleologischen Auslegung für die Erstreckung des Rückwirkungsverbots auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung	241
(1) Gleiche Eingriffsintensität von Strafen und Maßregeln	241
(2) Keine Unterscheidung zwischen schuldfähigen und schuldunfähigen Tätern	244
ee) Fazit zur teleologischen Auslegung	245
e) Ergebnis der Auslegung	246
aa) Zusammenfassung der Ergebnisse	247
bb) Was gegen die Zweckthese des BVerfG spricht	248
(1) Anwendung auf disziplinar-und ehrengerichtlichen Maßnahmen	248
(2) Geltung im Recht der Ordnungswidrigkeiten	249
(3) Einfachgesetzliche Regelung des § 2 Abs. 5 StGB	251

(4) Jugendstrafrechtliche Sanktionen	251
cc) Was gegen die Wirkungsthese spricht	253
dd) Verfassungskonformität	255
f) Fazit: Verfassungsnorminterpretierende Zweckthese	257
B. Das allgemeine Gebot des Vertrauensschutzes	258
I. Das Gebot des Vertrauensschutzes im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG	258
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	259
a) Vom Rechtsstaatsprinzip zum Gebot des Vertrauensschutzes	259
b) Vertrauensschutz und Rückwirkung	260
c) Folgerungen	263
2. Dogmatische Verankerung des Vertrauensschutzes	264
a) Rechtsstaatlicher Vertrauensschutz als subjektives Recht – die Bedeutung der Grundrechte	265
aa) Einführung	265
bb) Vertrauensschutz und Grundrechtsdogmatik	266
cc) Subsidiärer rechtsstaatlicher Vertrauensschutz	270
b) Kompatibilität mit der Rückwirkungsjudikatur des BVerfG	272
aa) Ansatz des Ersten Senats	272
bb) Ansatz des Zweiten Senats	274
c) Stellungnahme	274
d) Fazit	276
3. Die Rückwirkungsrechtsprechung des BVerfG	278
a) Die Differenzierung nach echter und unechter Rückwirkung des Ersten Senats	279
aa) Echte Rückwirkung	280
bb) Unechte Rückwirkung	280
b) Grenzen und Rechtfertigung von rückwirkenden Eingriffen in Vertrauenstatbestände – Ausnahmetatbestände	281
c) Die scheinbare Neuausrichtung des Zweiten Senats	283
aa) Inhalt der Neuausrichtung	283
bb) Würdigung der Neuausrichtung des Zweiten Senats	284
(1) Zum Widerspruch gegen die Normlogik	285
(2) Keine inhaltliche Verbesserung	286

cc) Fazit	288
d) Derzeitiger Stand der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	288
e) Würdigung der Rückwirkungsdogmatik des BVerfG unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen	289
aa) Die Abgeschlossenheit des Tatbestands und die Reichweite der Vertrauensgrundlage	290
(1) Das Steuerrecht als Motor der Rückwirkungsjudikatur	292
(a) Veranlagungszeitraumrechtsprechung des BVerfG	292
(b) Kritik an der Veranlagungszeitraumrechtsprechung des BVerfG	293
(c) Zusammenfassendes Fazit zur steuerrechtlichen Rückwirkungsrechtsprechung	297
(2) Weitere Beispiele	298
(3) Stellungnahme zur Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung	299
bb) Annäherung auf der Rechtsfolgenseite	300
(1) Die Stärkung der unechten Rückwirkung	300
(2) Stellungnahme	302
cc) Das subjektiv-rechtliche Fundament des Rückwirkungsverbots – der KAGG-Beschluss vom 17.12.2013	304
(1) Die Entscheidung	305
(2) Grundsätzliche Schlussfolgerungen für die Rückwirkungsrechtsprechung	306
(a) Gegenstand des Vertrauensschutzes	307
a) Bildung von Vertrauen im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Bürger	307
b) Das Gesetz als Vertrauensgrundlage	309
c) Stellungnahme	311
(b) Zur Gewaltenteilungsfrage	313
(c) Zur Betätigung und Schutzwürdigkeit von Vertrauen	313

(3) Fazit	316
f) Zusammenfassung der Rückwirkungsrechtsprechung	316
4. Abschließende Stellungnahme und Folgerungen	317
a) Abschied vom dualistischen Rückwirkungs begriff	318
b) Vertrauensschutz ohne dualistischen Rückwirkungs begriff	320
II. Abgrenzung zu Art. 103 Abs. 2 GG	322
1. Kein grundsätzlicher Vorrang zugunsten der Rechtssicherheit	322
2. Zum Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz einerseits sowie Art. 103 Abs. 2 GG und dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot andererseits	324
C. Das Recht der Sicherungsverwahrung im Lichte des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebots	326
I. Rückwirkungsfälle der Sicherungsverwahrung	326
1. Kategorisierung der Sicherungsverwahrung	327
a) Primäre Sicherungsverwahrung	327
b) Vorbehaltene Sicherungsverwahrung	329
c) Nachträgliche Sicherungsverwahrung, § 66b StGB (§ 66b Abs. 3 StGB a.F.); § 7 Abs. 4 JGG (§ 7 Abs. 3 JGG a.F.); § 106 Abs. 7 JGG (§ 106 Abs. 6 JGG a.F.)	329
aa) Vorliegen von vertrauensschutzrechtlicher Relevanz	330
(1) Auffassung des BVerfG – Vertrauensschutzfälle	330
(2) Rechtliche Würdigung	332
(3) Fazit	336
bb) Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen als Element der Rechtssicherheit	337
(1) Rechtskraftkonflikt	337
(2) Rechtsfolge	342
(3) Fazit	343

d)	Altfallproblematik und Vertrauensschutzfälle	344
aa)	Abgeschlossenheit des Tatbestands bei der Sicherungsverwahrung	344
(1)	Ende der Inhaftierung bzw. Erledigung der Unterbringung	344
(2)	Gefährlichkeit des Täters	345
(3)	Rechtskräftige Entscheidung	345
(4)	Anlasstat	346
bb)	Rückwirkende Aufhebung der 10-Jahres- Höchstfrist	346
(1)	Auffassung des Zweiten Senats des BVerfG	347
(2)	Stellungnahme	349
(3)	Ergebnis	353
cc)	Vorbehaltene Sicherungsverwahrung	353
(1)	Bestimmung der Rückwirkungsfälle – keine Rückwirkungsfälle bei Jugendlichen	353
(2)	Rückwirkungsproblematik	355
dd)	Rückwirkende Anwendung der nachträglichen Sicherungsverwahrung	355
(1)	Allgemein zur rückwirkenden Anwendung	356
(2)	Altfallregelung § 66b Abs. 1 S. 2 StGB	358
(3)	Rückwirkende Anwendung von § 66b Abs. 3 StGB a.F. (Altfälle)	359
(a)	BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 5.8.2009 – 2 BvR 2098/08	359
(b)	BVerfG, Beschl. v. 6.2.2013 – 2 BvR 2122/11, 2 BvR 2705/11	360
(c)	Stellungnahme	361
(4)	Bewertung der rückwirkenden nachträglichen Sicherungsverwahrung	362
ee)	Nachträgliche Sicherungsverwahrung gem. §§ 66b Abs. 1, 2 StGB a.F. in Neufällen – Vertrauensschutzfälle	365
(1)	Auffassung des Zweiten Senats des BVerfG	365
(2)	Stellungnahme	366
ff)	Therapieunterbringungsgesetz	367
(1)	Die Entscheidung	367
(2)	Stellungnahme	368

2. Abschließende Bewertung der bundesverfassungsgerichtlichen Rückwirkungsjudikatur im Kontext der Sicherungsverwahrung	370
a) Zur echten und unechten Rückwirkung	370
b) Rückwirkungsfälle und Vertrauensschutzfälle	372
II. Ausnahmeweise Zulässigkeit der Rückwirkung	376
1. Ausnahmen vom Verbot der echten Rückwirkung	376
a) Nicht einschlägige Rechtfertigungsgründe	376
b) Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	378
aa) Schutzpflichtenkonstellation	380
bb) Ausfüllung der Schutzpflicht	384
cc) Fazit	388
2. Vertrauensschutz durch ausreichende Gesetzesbestimmtheit	389
a) Grundlagen	389
b) Psychische Störung	391
aa) Interpretation der psychischen Störung auf nationaler Ebene	391
bb) Konventionsrechtliche Vorgaben	395
cc) Würdigung	400
(1) Auseinanderfallen von medizinisch-psychiatrischem und normativem Störungsbegriff	400
(2) Konventionsrechtsrechtliche Beurteilung	405
dd) Fazit	409
c) Gefährlichkeitsprognose	413
aa) Hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten	414
bb) Schwerste Gewalt- und Sexualstraftaten	417
cc) Stellungnahme	418
d) Ergebnis der Bestimmtheitsprüfung	424
III. Fazit zur Vertrauensschutzprüfung	427
Teil 3 Resümee und Ausblick – Quo vadis Sicherungsverwahrung?	434
Literaturverzeichnis	439



## Einleitung

### *A. Zielsetzung der Arbeit*

Die Sicherungsverwahrung zählt zu den prominentesten Rechtsfolgen, die das strafrechtliche Sanktionensystem zu bieten hat. Dieser Ruhm ist freilich aber mehr fragwürdiger Natur. Blickt man auf die Entwicklung der Sicherungsverwahrung zurück, wurde die grundsätzliche Diskussion um dieses Maßregelinstitut insbesondere durch die stetigen Ausweitungen und Verschärfungen seit Ende der 1990er-Jahre immer wieder von neuem entfacht. Vor allem die rückwirkende Aufhebung der 10-Jahres-Höchstfrist, die (rückwirkende) Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung sowie die Implementierung der Therapieunterbringung als Substitut für konventionswidrige Varianten haben das Recht der Sicherungsverwahrung zu einem „kriminalpolitischen Dauerbrenner“<sup>1</sup> gemacht. Wenig verwunderlich ist daher auch, dass die Vereinbarkeit der Maßregel, vor allem auch deren Neuerungen, mit höherrangigem Recht sowie die vielfältigen Auslegungsprobleme, die sich bei der Anwendung der Normen ergeben, bereits Gegenstand zahlreicher strafrechtswissenschaftlicher Abhandlungen waren.<sup>2</sup>

Das Recht der Sicherungsverwahrung soll nachfolgend deshalb auch nicht allgemein und umfassend auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz (GG) und den betreffenden Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) untersucht werden. Die Arbeit hat sich vielmehr zum Ziel gesetzt, unter Berücksichtigung der jüngsten Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung der Stellung dieser Maßregel im strafrechtlichen Sanktionensystem auf den Grund zu gehen und die sich daraus ergebenden Implikationen speziell für die rechtsstaatlichen Elemente der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Blick zu nehmen.

---

1 Höffler/Kaspar 2014, Fall 12 Rn. 47.

2 Vgl. nur die Anzahl der Monographien seit 2004: Jansing 2004; Milde 2006; Mushoff 2008; Bender 2007; Brandt 2008; Wüstenhagen 2008; Sprung 2009; Flaig 2009; Bartsch 2010; Kinzig 2010; Bruhn 2010; Rüter 2011; Karmrodt 2012; Conradi 2013; Elz 2014; Carroll 2014; Pyhrr 2015; Schultz 2015; Ebner 2015.

Dreh- und Angelpunkt dieses Diskurses ist das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG, zu dessen Gewährleistungen sowohl ein absolutes Rückwirkungsverbot als auch ein speziell für das Strafrecht geltendes Bestimmtheitsgebot zählen. Denn mit den gesetzlichen Neuerungen war regelmäßig die Frage der Rückwirkung und den damit in Zusammenhang stehenden unabdingbaren rechtsstaatlichen Grenzen<sup>3</sup> verbunden. Nach traditioneller Auffassung gilt das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG allerdings nur, wenn es sich um eine Strafe handelt,<sup>4</sup> Maßregeln sollen hingegen nicht in dessen Anwendungsbereich fallen, sondern sind allein an den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsstaatsprinzips und damit auch dem allgemeinen Vertrauensschutzgebot zu messen.

Davon ausgehend judiziert das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) seit seiner Entscheidung vom 5.2.2004, dass die Sicherungsverwahrung auf Grund der strikten Trennung von Strafen einerseits und Maßregeln andererseits nicht dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot unterfällt, sondern allein an dem allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot zu messen ist.<sup>5</sup> Nachdem das BVerfG in der rückwirkenden Neuregelung damals keinen Verstoß gegen das Vertrauensschutzgebot erblickte, wurde die Diskussion um die Strafähnlichkeit der Sicherungsverwahrung erst wieder durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17.12.2009<sup>6</sup> entfacht und hat den deutschen Gesetzgeber sowie das BVerfG dazu veranlasst, das Regelungskonzept sowohl hinsichtlich des konkreten Vollzugs der Maßregel als auch im Bereich des formellen Rechts die Anordnungs- bzw. Fortdauervoraussetzungen in Fällen mit Rückwirkungsproblematik zu überdenken. Auch hat das BVerfG in seiner als „Paukenschlag“<sup>7</sup> bezeichneten Entscheidung vom 4.5.2011<sup>8</sup> sowohl die rückwirkende Aufhebung der Zehnjahreshöchstgrenze als auch weite Teile der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht nur für sog.

---

3 Jüngst zu rechtsstaatlichen Grenzen und Zweispurigkeit, *Kaspar*, ZStW 127 (2015), 654 (654 ff).

4 So u.a. *Sax*, in: Die Grundrechte III 2, 1959, 909 (999 ff); Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann* Art. 103 GG, Rn. 244; *S/S/Eser/Hecker* § 2, Rn. 40; *Dünkel*, NKP 2004, 42 (44); *Veh*, NStZ 2005, 307 (308); *Rosenau*, in: FS Venzlaff, 2006, 287 (295); *Peglau*, NJW 2008, 1634 (1634); *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 794 (795).

5 BVerfGE 109, 133.

6 EGMR Ur. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 (M. v. Deutschland) = HRRS 2010 Nr. 65.

7 *Renzikowski*, Ad Legendum 2011, 401 (401); *Hörnle*, NStZ 2011, 488 (488); *Elz* 2014, S. 11.

8 BVerfGE 128, 326.

„Altfälle“, sondern auch für „Neufälle“ wegen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot für verfassungswidrig erklärt („Vertrauensschutzfälle“).

Gleichwohl sollen nach den bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben, die mittlerweile durch die Übergangsregelung des Art. 316f des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) Gesetz geworden sind, gerade jene Regelungen der Vertrauensschutzfälle anwendbar bleiben – sofern gewisse, den Vertrauensschutz ausnahmsweise überwindende Voraussetzungen erfüllt sind. Das BVerfG hat die Zulässigkeit der Sicherungsverwahrung in den Vertrauensschutzfällen an eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung gebunden, was insbesondere auch durch die erhöhten Anforderungen an die Gefährlichkeitswahrscheinlichkeit sowie die Schwere der zu erwartenden Delikte zum Ausdruck kommen soll. Danach kann eine rückwirkend angeordnete oder verlängerte Freiheitsentziehung durch Sicherungsverwahrung nur noch als verhältnismäßig angesehen werden, wenn eine *hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten* aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und in Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e) EMRK eine *psychische Störung* iSd § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes („ThUG“) vorliegt.<sup>9</sup>

Die Tatsache, dass es sich bei diesen als vertrauensschützend beabsichtigten Maßgaben mittlerweile „nur“ um Übergangsrecht, im Hinblick auf das ThUG gar um totgesagtes<sup>10</sup> Recht handelt, steht einer intensiven Auseinandersetzung mit diesem Teilaspekt des Rechts der Sicherungsverwahrung nicht entgegen; immerhin bleiben die Altfallregelungen im Wege der

---

9 BVerfGE 128, 326 (389, in Bezug auf die Voraussetzung der psychischen Störung ab 396).

10 So im Nachgang zur Entscheidung des BVerfG zum ThUG vom 11.7.2013, in der das Gericht seine Maßstäbe, die es zu den Vertrauensschutzfällen bei der Sicherungsverwahrung entwickelt hat, auch auf die Therapieunterbringung als nachträglich freiheitsentziehende Maßnahme anwendet und deshalb eine verfassungskonforme Auslegung von § 1 ThUG fordert und somit hinsichtlich der Gefährlichkeitsprognose über den Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG hinaus dieselben hohen Anforderungen gelten wie auch bei den Übergangsvorschriften in Art. 316f Abs. 2 S. 2 und 3 EGStGB, BVerfGE 134, 33, *Ullenbruch*, StV 2014, 174 Zu diesem Ergebnis bereits *Nußstein*, StV 2011, 633 (634 f).

Übergangsvorschriften aufrechterhalten<sup>11</sup> und können nach Berechnungen von *Schöch* theoretisch bis ins Jahr 2045 Anwendung finden.<sup>12</sup>

Vor allem aber tritt gerade an dieser Stelle das Spannungsverhältnis zwischen dem Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit und den Freiheitsrechten der betroffenen Straftäter besonders deutlich zu Tage. Zudem haben die im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD der 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags zu findenden Ausführungen zur Einführung einer „nachträglichen Therapieunterbringung“<sup>13</sup> gezeigt, dass der Umgang mit Straftätern, die über die Strafhaft hinaus als hochgefährlich eingeschätzt werden, ohne dass das Strafurteil eine an die Strafe anschließende Unterbringung angeordnet hätte, sowohl Legislative wie auch Judikative immer wieder beschäftigen wird.

Die Diskussion um die Zulässigkeit von rückwirkenden bzw. vertrauensschutztangierenden Gesetzesänderungen im Recht der Sicherungsverwahrung ist damit zwangsläufig auch eine ganz grundlegende über das Konzept der Zweispurigkeit, das zwischen Strafen einerseits und Maßregeln andererseits unterscheidet. Insbesondere die Sicherungsverwahrung erweist sich als Nagelprobe für die Zweispurigkeit, weil sie – abgesehen von der nachträglichen Sicherungsverwahrung in sog. „Erledigungsfällen“ gem. § 66b StGB – stets gegen voll schuldfähige Täter angeordnet, nach einer bereits verbüßten Freiheitsstrafe vollzogen wird und damit dem betroffenen Straftäter seine Freiheit ein zweites Mal entzieht.

Mit den Reformen der letzten Jahre hat der Gesetzgeber nicht wenige Bemühungen angestellt, um einerseits den Vorgaben des EGMR gerecht zu werden und andererseits auch den der Öffentlichkeit bisher kommunizierten Sicherheitsstandard aufrechtzuerhalten. Ob dem Gesetzgeber letztlich dieser Spagat auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gelungen ist, lässt sich aufgrund der mittlerweile hochkomplexen Regelungsmaterie nicht ohne weiteres feststellen. Gegenstand der Dissertation soll daher eine Untersuchung der aktuellen Rechtslage, insbesondere der des Übergangsrechts, unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes sein.

---

11 Dies als inkonsistent bezeichnend, *Kinzig*, NJW 2011, 177 (180).

12 *Schöch*, GA 2012, 14 (15). Die sich sich daraus ergebenden Rechtsprobleme sollten nach Ansicht von *Zimmermann* ob der Endlichkeit des Altfallreservoirs hingegen nicht überschätzt werden, *Zimmermann*, HRRS 2013, 164 (177).

13 So ausdrücklich im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD in der 18. Legislaturperiode „Deutschlands Zukunft gestalten“, S. 145.

## B. Gang der Arbeit

Die vorliegende Arbeit stellt die Maßregel der Sicherungsverwahrung in den Kontext der Zweispurigkeit und des Vertrauensschutzes und lässt sich dementsprechend in zwei Hauptteile untergliedern.

Im ersten Teil der Arbeit soll das System der Zweispurigkeit einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden. Dabei handelt es sich um eine erforderliche Grundlegung für den im Anschluss zu behandelnden Aspekt des Vertrauensschutzes. Denn um untersuchen zu können, ob und in welcher Hinsicht sich die strafrechtlichen Sanktionen, allem voran die Sicherungsverwahrung, in Bezug auf den grundgesetzlichen Vertrauensschutz unterscheiden, ist zunächst das dogmatische Fundament der Kriminalstrafe einerseits und das der Maßregeln andererseits zu identifizieren und festzustellen, inwieweit beide Sanktionsarten sich voneinander abgrenzen lassen.

Daher wird zunächst losgelöst von der Sicherungsverwahrung sowohl die Legitimation der Strafe als auch die der Maßregeln herausgearbeitet, um sich sodann der tatsächlichen Abgrenzbarkeit beider Spuren zu widmen. Im Anschluss daran werden die Spurentauglichkeit und der Strafcharakter der Sicherungsverwahrung überprüft, wobei nicht nur die theoretische Ausrichtung der Sicherungsverwahrung Berücksichtigung finden wird, sondern auch die Änderungen durch das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes<sup>14</sup>, das zum 1.6.2013 in Kraft getreten ist, einbezogen werden.

Auf den Erkenntnissen des ersten Teils aufbauend widmet sich der zweite Teil der Arbeit der Sicherungsverwahrung unter dem Blickwinkel des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes und des allgemeinen Vertrauensschutzgebots. Dazu wird zunächst die Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG diskutiert, wobei die beiden Positionen von Zweck- und Wirkungsthese einander gegenübergestellt werden und sodann eine eigenständige Auslegung der Verfassungsnorm vorgenommen wird.

Davon ausgehend, dass das BVerfG als Vertreter der Zweckthese nach wie vor an dem Standpunkt festhält, dass die Sicherungsverwahrung als Teil des Maßregelkatalogs nicht den Gewährleistungen von Art. 103 Abs. 2 GG unterfällt, wird anschließend die Sicherungsverwah-

---

14 „Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“, BGBl. I S. 2425, Geltung ab 1.6.2013.

## *Einleitung*

rung in ihren rückwirkungsrelevanten Konstellationen an den Grundsätzen des allgemeinen Vertrauensschutzgebotes gemessen. Um eine ausreichende Beurteilungsgrundlage zu schaffen, wird dazu vorab die Dogmatik und die Rückwirkungsjudikatur des BVerfG unabhängig von der Thematik der Sicherungsverwahrung dargestellt und einer umfassenden Bewertung unterzogen.

Darauf aufbauend wird sich die Untersuchung der Eingruppierung der rückwirkungsrelevanten Fallgruppen der Sicherungsverwahrung in die bundesverfassungsgerichtlichen Rückwirkungskategorien widmen, um sich anschließend mit der Frage beschäftigen zu können, ob die vom BVerfG aufgestellten Voraussetzungen den Anforderungen des Vertrauensschutzes gerecht werden. Hierzu soll insbesondere untersucht werden, ob die erhöhten Anordnungsvoraussetzungen der Übergangsregelungen bestimmt genug sind, den Vertrauensschutz des betroffenen Straftäters ausnahmsweise zu überwiegen und dadurch den Eingriff in dessen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu rechtfertigen. Dementsprechend sollen die Merkmale der psychischen Störung und die der Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden.

Im dritten Teil werden die im Laufe der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst und eine abschließende Stellungnahme formuliert.

## Teil 1 Die Sicherungsverwahrung im System der Zweispurigkeit

Die freiheitsentziehende Sanktion der Sicherungsverwahrung gehört zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB). Im Zuge vorab heftig geführter Diskussionen, bekannt geworden als der sog. „Schulenstreit“<sup>15</sup>, wurden diese durch das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24.11.1933 in das StGB eingeführt und stehen seitdem als sog. zweite Spur neben dem System der Strafen im heute geltenden deutschen Strafrecht. Die Maßregeln haben die Gefährlichkeit des Täters im Blick und sollen künftige Straftaten verhindern. Anders als die Kriminalstrafe können Maßregeln daher von der Schuld des Täters unabhängig angeordnet werden.

Auf dieser unterschiedlichen Zwecksetzung baut das System der Zweispurigkeit seit Einführung der Maßregeln der Besserung und Sicherung auf. Jedoch hat insbesondere das seit Ende der 1990er Jahre stetig reformierte und verschärfte Recht der Sicherungsverwahrung die Diskussion über die Abgrenzbarkeit zwischen Strafen und Maßregeln neu entfacht.

Im ersten Teil werden daher zunächst die Legitimationsansätze der Kriminalstrafe sowie der Maßregeln der Besserung und Sicherung herausgearbeitet und untersucht, damit im Anschluss die Einordnung der Sicherungsverwahrung in das bestehende Sanktionensystem vorgenommen werden kann.

Die sich hieraus ergebenden Erkenntnisse sollen im zweiten Teil der Arbeit zum einen Aufschluss darüber geben, ob im Hinblick auf die Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG eine unterschiedliche Behandlung von Strafen einerseits und den Maßregeln andererseits tatsächlich zwingende Folge der Zweispurigkeit ist. Zum anderen dient das im ersten Teil gewonnene Verständnis der Überprüfung, ob die von BVerfG der hM vorgenommene Behandlung der Sicherungsverwahrung nach den Maßgaben des allgemeinen Vertrauensschutzgebotes den rechtsstaatlichen Anforderungen an Rechtssicherheit und Bestimmtheit entspricht. Ausgehend von der Diskussion um die Spurentauglichkeit der Sicherungsverwahrung werden dabei im Speziellen für das Recht der Sicherungsverwahrung der Umfang

---

15 *Jescheck/Weigend* 1996, S. 76.

und die Reichweite des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebots untersucht werden.

*A. Die strafrechtlichen Sanktionen als Kernelemente des Strafrechts und deren verfassungsrechtliche Grenzen*

I. Ausgangspunkt

Den strafrechtlichen Rechtsfolgen von Strafe einerseits und Maßregel andererseits ist gemein, dass sie auf die Freiheitssphäre des Einzelnen einwirken, indem sie dessen Freiheit beschränken oder im Fall der freiheitsentziehenden Sanktionen sogar gänzlich aufheben und so den Betroffenen aus seinen Lebensbezügen, die Grundlage einer jeden sozialen Existenz sind, herausreißen.<sup>16</sup> Besonders augenfällig wird dies bei einem Vergleich von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung. Beide Sanktionen führen ungeachtet des mittlerweile dezidiert geregelten Abstandsgebots<sup>17</sup> während der Vollzugsdauer zu einem Ausschluss vom gesellschaftlichen Leben.

Gleichwohl fußen die Eingriffsmittel von Strafe und Maßregel auf unterschiedlichen Bezugspunkten. Für den Einsatz von Strafe ist die Vorwerfbarkeit des normwidrigen Verhaltens – sprich die Schuld des Täters – Voraussetzung. Die schuldhafte Tatbegehung ist – abgesehen von der Sicherungsverwahrung und der Führungsaufsicht – hingegen nicht Anlass für die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, die an die Gefährlichkeit des Straftäters anknüpfend vielmehr den Schutz der Allgemeinheit im Blick haben. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zwischen dem Schuldstraf- und dem Maßregelrecht.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass es bei den strafrechtlichen Sanktionen als Inbegriff der Ausübung staatlicher Gewalt stets um Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und/oder die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie deren Recht auf Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) geht. Die verfassungsrechtliche Relevanz der strafrechtlichen Sanktionen ist damit offenkundig.

---

16 *Calliess* 2005, S. 77; *Kaspar* 2014, S. 115 f.

17 Dazu ausführlich unten Teil I C. III. 2.



## II. Strafrechtliche Grundrechtsdogmatik

Geht man davon aus, dass für das (materielle) Strafrecht als Kernbereich der Ausübung hoheitlicher Gewalt keine „Sondergrundrechtsdogmatik“<sup>18</sup> gilt, bedürfen auch die durch strafrechtliche Sanktionen verursachten Eingriffe in Freiheitsgrundrechte der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung,<sup>19</sup> müssen also den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>20</sup> genügen. Dies entspricht auch der Ansicht des BVerfG, das wiederholt festgestellt hat, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns“<sup>21</sup> und somit bei der Auslegung und Anwendung der Normen des einfachen Rechts zu beachten ist.<sup>22</sup> Dieser Grundsatz gilt freilich auch für das Strafrecht<sup>23</sup> und damit für alle strafrechtlichen Sanktionen gleichermaßen.

In diesem Sinne hat auch das BVerfG schon früh entschieden, dass die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muss.<sup>24</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet es, dem Einzelnen als Adressat des staatlichen Handelns Lasten aufzuerlegen, die nicht im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele in einem instrumentellen Sinne erforderlich und unter normativen Aspekten angemessen sind.<sup>25</sup>

Ausgangspunkt einer jeden Verhältnismäßigkeitsprüfung ist daher die Bestimmung eines legitimen Zwecks, der mit dem jeweils eingesetzten Mittel – sprich Strafe oder Maßregel – verfolgt werden soll.<sup>26</sup> Denn erst wenn die Frage des beabsichtigten Ziels beantwortet ist, kann sinnvoll untersucht werden, ob die jeweilige Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist, dieses Ziel zu erreichen.<sup>27</sup>

---

18 Dazu *Lagodny* 1996, S. 5.

19 Nicht eindeutig geklärt ist, inwieweit die Maßstäbe des Verfassungsrechts auf das Strafrecht Anwendung finden und dieses begrenzen, hierzu ausführlich u.a. *Tiedemann* 1991.; *Lagodny* 1996.; *Kaspar* 2014, S. 141 f; *Greco*, in: Strafe und Verfassung, 2013, 13 (13 ff); *Appel* 1998, S. 44 ff.

20 Zum Verfassungsrang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes grundlegend BVerfGE 23, 127 (133).

21 BVerfGE 38, 348 (368).

22 BVerfGE 43, 101 (106).

23 *Remde* 2012, S. 26.

24 BVerfGE 6, 389 (439).

25 *Neumann*, in: *Mediating Principles*, 2006, 128 (128).

26 So im Hinblick auf Strafe auch *Globke*, in: *Strafe und Verfassung*, 2013, 57 (60 ff).

27 *Bae* 1985, S. 51; *Kaspar* 2014, S. 116.

Es gilt damit zunächst, den mit den strafrechtlichen Sanktionen verfolgten legitimen Zweck zu ermitteln. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass sowohl die Kriminalstrafe wie auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung Kernelemente des Strafrechts sind und damit letztlich der dem Strafrecht als Teil der Gesamtrechtsordnung zugeordneten Aufgabe des subsidiären Rechtsgüterschutzes<sup>28</sup> dienen müssen.

Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, was überhaupt als Rechtsgut im strafrechtlichen Kontext definiert werden kann. Ungeachtet der im Detail hierzu kontrovers diskutierten Streitfragen,<sup>29</sup> lässt sich zumindest die Aussage treffen, dass es Aufgabe des Strafrechts ist, die wichtigsten Bereiche des sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz zu versehen. Mit der Aufstellung von strafbewehrten Verhaltensnormen und der Verhängung einer Sanktion im Fall eines bekanntgewordenen Normverstößes soll ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte gesichert werden.<sup>30</sup> Aber auch diese Aussage bleibt nichts weiter als ein inhaltsleerer Argumentationstopos, wird nicht weitergehend danach gefragt, welche Interessen für die Gemeinschaft denn besonders wichtig und daher schützenswert sind. Dabei handelt es sich jedoch letztlich um einen Vorgang der Wertung, der dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber obliegt; dieser hat in der Wahl seiner Zwecke und Handlungsformen so lange freie Wahl, bis er an die durch die Verfassung gesteckten Grenzen stößt.<sup>31</sup>

Dieser weite Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers wird auch durch das BVerfG untermauert, indem es in seiner Entscheidung zur Verfassungsgemäßheit des Inzestverbots aus dem Jahre 2008 ausdrücklich feststellt, dass es dem Gesetzgeber überlassen bleibe, ebenso wie die Strafzwecke auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen.<sup>32</sup> Die gesetzgeberischen Ziele müssen aber mit dem Grundgesetz, insbesondere mit den Freiheitsgrundrechten in Einklang stehen, wo-

---

28 MüKo-StGB/Radtke Vor §§ 38 ff, Rn. 2; Kaufmann 1982, S. 263.

29 Insbesondere zu Bedeutung und Reichweite des Rechtsgutbegriffes ausführlich Kaspar 2014, S. 193 ff; Lagodny 1996, S. 21 ff; Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 ff.

30 Roxin 2006, § 3 Rn. 7.

31 Im Hinblick auf die strafrechtswissenschaftliche Diskussion und das Konzept des Rechtsguts ausführlich Stuckenberg, GA 2011, 653 (658 ff). Ebenso BVerfGE 122, 224 (242).

32 BVerfGE 122, 224 (242).

mit sich die Freiheit des Gesetzgebers auf sachliche Begründungsstrukturen beschränkt. Deshalb muss es sich bei den Punkten der Erforderlichkeit und Geeignetheit im Kern auch um empirische Fragen handeln.<sup>33</sup> Denn die Rechtmäßigkeit von staatlichem Handeln hat auf tatsächlichen Wirkungszusammenhängen zu basieren, die mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überprüft werden können.

Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers wird weiterhin durch die besondere Stellung des Strafrechts als eingriffsintensivstes staatliches Handlungsinstrument bestimmt. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass sowohl die Sicherheit und Ordnung als auch die Freiheitssphären der einzelnen Bürger untereinander nicht uneingeschränkt gewährleistet werden. Als Mittel innerhalb des Gesamtsystems sozialer Kontrolle bedürfen die Schaffung und der Einsatz strafrechtlicher Normen einer besonderen Legitimation dahingehend, dass die strafrechtliche Aufgabe des Rechtsgüterschutzes nicht auch mit weniger eingriffsintensiven Mitteln des Zivil- oder Verwaltungsrechts erreicht werden kann.<sup>34</sup>

Damit angesprochen ist der *ultima-ratio-Charakter* des Strafrechts<sup>35</sup>, der als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die besondere Legitimationsbedürftigkeit des Strafrechts betont.<sup>36</sup> Diese ist nach dem BVerfG dann gegeben, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.<sup>37</sup>

Aus alledem folgt, dass sich jede strafrechtliche Sanktion und die mit ihr verfolgten Zwecke dem Rechtsgüterschutz seiner Bürger als oberstes Ziel unterordnen müssen.<sup>38</sup> Sie spielen dabei aber keine vom Verfassungsrecht losgelöste Rolle und müssen sich – selbstverständlich unter Beachtung strafrechtsspezifischer Argumentationsmuster<sup>39</sup> wie etwa dem bereits erwähnten *ultima-ratio-Prinzip* Gedanken sowie freilich auch dem Gedan-

---

33 Hilgendorf, NK 2010, 125 (127); Frisch, NStZ 2013, 249 (250).

34 MüKo-StGB/Radtke Vor §§ 38 ff, Rn. 2.

35 BVerfGE 39, 1 (47); 88, 203 (258); Streng 2012, Rn. 8; Meier 2015, S. 10; Baumann/Weber/Mitsch 2003, § 3 Rn. 19.

36 Kaspar 2014, S. 246; Hilgendorf, NK 2010, 125 (127).

37 BVerfGE 122 (224, 239 f).

38 Ebenso S/S/Stree/Kinzig Vor § 38 ff, Rn. 1; MüKo-StGB/Radtke Vor §§ 38 ff, Rn. 28.

39 Stuckenberg, GA 2011, 653 (657); Neumann, in: Mediating Principles, 2006, 128 (136).

ken der Zweispurigkeit – an der bestehenden Grundrechtsdogmatik messen lassen.

Zu beachten ist dabei jedoch, dass der Anwendung von Strafrecht regelmäßig ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis zu Grunde liegt, bei der sowohl die Abwehr- als auch die Schutzdimension der Freiheitsrechte betroffen sind:<sup>40</sup> Denn strafrechtliche Sanktionen dienen dazu, die elementaren Bereiche für ein geordnetes Zusammenleben zu Gunsten der Allgemeinheit zu sichern und gefährdete Bürger zu schützen. Zur Erfüllung dieser Zweckrichtung wird je nach Sanktionsart mehr oder weniger gravierend in die Freiheitssphäre und soziale Existenz des verbotswidrig handelnden Bürgers eingegriffen. Ein strafrechtliche Sanktion muss also, um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu entsprechen, die kollidierenden Verfassungsgüter – sprich die betroffenen Rechtsgüter von (potentiellen) Opfern sowie die Grundrechtspositionen des Täters – abwägen und in Ausgleich bringen.<sup>41</sup> Die Frage nach der Aufgabe des Strafrechts ist damit nicht nur der klassischen Frage nach den Strafzwecken, sondern auch der des Maßregelzwecks vorgelagert und hat als gemeinsamer Bezugspunkt Einfluss auf deren Beantwortung.<sup>42</sup>

### *B. Die Unterscheidung zwischen Strafe und Maßregel im Konzept zweckorientierter Sanktionen*

Der Dualismus der Sanktionsarten, die zwar gemeinsam dem subsidiären Rechtsgüterschutz dienen, jedoch unterschiedliche Schutzstandards<sup>43</sup> genießen, lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn es sowohl in dogmatischer wie auch tatsächlicher Hinsicht bestimmte Abgrenzungskriterien gibt, anhand derer sich Strafe und Maßregel als Eingriffsmittel im Allgemeinen sowie Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung im Speziellen voneinander unterscheiden.

---

40 Dazu auch *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (660 f.).

41 Ausführlich zu den mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen und den sich daraus ergebenden Schutzpflichtenkonstellationen im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Sicherungsverwahrung im Kontext des allgemeinen Vertrauensschutzgebotes, Teil 2 C. II. 1. b) aa).

42 Dazu auch *Kaspar*, in: *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, 139 (141).

43 So in etwa in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG, dazu ausführlich Teil 2 A.

So begründet auch die Umschreibung als „zweite Spur“ die Vermutung, dass mit den Maßregeln der Besserung und Sicherung ein anderer Zweck verfolgt werden soll als mit der Kriminalstrafe. Es ist daher erforderlich, die zur Begründung und Rechtfertigung angeführten Erklärungsansätze der Kriminalstrafe einerseits und der Maßregeln andererseits herauszustellen, um sie auf ihre tatsächliche und rechtliche Abgrenzbarkeit hin zu untersuchen.

## I. Zur Legitimation der Strafe

Bevor nach dem Sinn und Zweck von Strafe zu fragen ist, gilt es zunächst, das „Wesen“ von Strafe, das dem deutschen Strafrecht zugrunde liegt, zu konkretisieren. Denn erst wenn Inhalt und Charakter von Strafe als staatlichem Eingriffsakt bekannt sind, kann nach der theoretischen Legitimation dieser Maßnahme gefragt werden.<sup>44</sup>

### 1. Das Wesen der Strafe

Die Existenz von Strafe als staatlichem Reaktionsmittel auf die Missachtung einer Verhaltensvorschrift wird als historisch gewachsenes Faktum wie selbstverständlich von der Verfassung im Rahmen der justiziellen Grundrechte vorausgesetzt;<sup>45</sup> eine Aussage darüber, was Strafe überhaupt ist, findet sich hingegen weder in der Verfassung noch in einer einfachgesetzlichen Regelung.<sup>46</sup>

Das bedeutet jedoch nicht, dass ein Definitionsversuch nicht möglich ist. Auch der juristisch nicht geschulte Laie ist in der Lage, die wesentlichen Merkmale von Strafe, die sich durch den Umgang in der Praxis herauskristallisieren, zu erfassen und den Begriff „Strafe“ mit Leben zu füllen.<sup>47</sup>

Zu allererst stellt die Strafe ein staatlich auferlegtes Übel dar. Allein auf die staatliche Übelzufügung kann es indes nicht ankommen. Denn auch

---

44 Meier 2015, S. 15; Weber 1997, S. 26; Neumann, in: Strafe – Warum?, 2011, 159 (163).

45 Calliess 2005, S. 79; Kaspar 2014, S. 115 f.

46 So auch Mushoff 2008, S. 101.

47 Pawlik 2004, S. 14 f.

außerhalb des Strafrechts können dem Einzelnen staatliche Übel in Form von Zwangsgeldern oder anderen Zwangsmaßnahmen auferlegt werden. Damit ein staatliches Übel zur Strafe wird, muss also ein weiteres Charakteristikum hinzutreten, das darin besteht, dass Strafe als Vorwurf verstanden wird. Demnach ist Strafe die schärfste Sanktion, die der Staat bei Normbrüchen seiner Bürger im Rahmen eines streng formalisierten Verfahrens anwendet und wird daher gemeinhin als zwangsweise auferlegtes staatliches Übel als Reaktion auf eine in der Vergangenheit schuldhaft begangene, rechtlich missbilligte Tat verstanden.<sup>48</sup>

Strafe soll also durch den öffentlichen Schuldspruch in Form eines Urteils ein „sittliches“ bzw. „sozialethisches“ Unwerturteil (Tadel) gegenüber dem Straftäter zum Ausdruck bringen. In der Verbindung von einer objektiv unrechten Tat mit einem negativen Werturteil liegt der Unterschied zu zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen oder zu sonstigem staatlichen Eingriffshandeln, das sich wie etwa die polizeirechtliche Anwendung von körperlichem Zwang in seiner Erzwingungs- und Ordnungsfunktion erschöpft<sup>49</sup> und dabei ohne Bezug auf die Sozialethik wertneutral ist.<sup>50</sup> Die zwangsweise Maßnahme wird dadurch zur Strafe, indem die Tat dem Täter durch das gesellschaftliche Unwerturteil zum Vorwurf gemacht wird.<sup>51</sup>

Der Grad des Unwerturteils wird wiederum durch die Übelzufügung ausgedrückt und erfolgt durch eine dem Täter zwangsweise auferlegte Einschränkung, die im StGB durch die zwei Hauptstrafen der Freiheits- und Geldstrafe verkörpert wird und damit Auswirkungen auf die Freiheit, das Vermögen<sup>52</sup> und das soziale Ansehen des verurteilten Straftäters hat.<sup>53</sup> Bei Strafe geht es also nicht nur darum, unrechtes Verhalten mit irgendeinem Nachteil zu ahnden, sondern es ob seiner Sozialschädlichkeit zu miss-

---

48 BVerfGE 109, 133 (173); *Lesch*, JA 1994, 510 (512); *Conradi* 2013, S. 19 mwN. Dazu auch *Haas* 2008, S. 245 f.

49 *Bock*, JuS 1994, 89 (89). Ebenso *Best*, ZStW 114 (2002), 88 (100 f mwN).

50 *Kühl*, ZStW 116 (2004), 870 (883).

51 BVerfGE 20, 323 (331); *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, 261 (265). Kritisch zum Vorwurfselement, da einen Zusammenhang zwischen Missbilligung und Schuld verneinend *Greco*, GA 2015, 503 (510).

52 Auch die Geldstrafe stellt einen Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition des Verurteilten dar, betrifft sie doch dessen wirtschaftlichen Geltungsbereich und damit dessen wirtschaftliche Handlungsfreiheit.

53 *Hörnle* 2011, S. 16.