

Schriften zum Strafrecht

Band 318

Die Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung bei der Strafzumessung

Zugleich ein Versuch der Bestimmung des Verhältnisses
von Strafe und Sicherungsverwahrung nach vorpositiven
Begründungssätzen und geltender Rechtslage

Von

Thomas Giering



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS GIERING

Die Wechselwirkung zwischen Strafe und
Sicherungsverwahrung bei der Strafzumessung

Schriften zum Strafrecht

Band 318

Die Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung bei der Strafzumessung

Zugleich ein Versuch der Bestimmung des Verhältnisses
von Strafe und Sicherungsverwahrung nach vorpositiven
Begründungssätzen und geltender Rechtslage

Von

Thomas Giering



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Leipzig hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15181-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55181-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85131-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie
in tiefer Dankbarkeit gewidmet*

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde im Wintersemester 2017/18 an der Juristenfakultät der Universität Leipzig zur Promotion angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 18. Januar 2017 statt. Für die Drucklegung wurde die Literatur und Rechtsprechung auf den Stand von Januar 2017, an bestimmten Stellen auch darüber hinaus, berücksichtigt.

Die Fertigstellung der Arbeit haben viele Personen begleitet. Allen gebührt mein Dank. Und dennoch möchte ich Einige hervorheben: Allen voran und mein ganz besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Diethelm Kleczewski. Er hat meine Begeisterung für das Thema bereits früh – und lange vor der eigentlichen Arbeit daran – geweckt und die Arbeit über einen langen Zeitraum geduldig und stets fördernd begleitet und betreut. Seinem wissenschaftlichen Vorbild und seinen fachlichen und persönlichen Anmerkungen verdanke ich sehr viel. Mein Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Hendrik Schneider für die umgehende Zweitkorrektur und Herrn Prof. Dr. Michael Kahlo für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes in meiner mündlichen Verteidigung.

Meinen Freunden Dr. Peter Gottschaldt, Tim Sehring und Dr. Marc Kirchner gilt meine Dankbarkeit für den zahlreichen Gedankenaustausch, Zuspruch und die Motivation bis zur Fertigstellung dieser Arbeit und natürlich darüber hinaus.

Meine tiefe Dankbarkeit gebührt schließlich meiner Familie – nah und fern – für deren bedingungslose Liebe und Unterstützung in allen Lebenslagen. Ihnen ist die Arbeit auch gewidmet.

Berlin, im August 2017

Thomas Giering

Inhaltsübersicht

Einleitung	31
<i>1. Teil</i>	
Die Strafe	36
1. Kapitel	
Wesen und Zweck der Strafe – ein Überblick über historische und aktuelle Ansätze der Strafrechtstheorie	36
A. Die sogenannte absolute Strafrechtstheorie	37
I. Die Strafrechtstheorie von Immanuel Kant	38
II. Die Strafrechtstheorie von Georg Wilhelm Friedrich Hegel	44
B. Die sogenannten relativen Strafrechtstheorien	61
I. Paul Johann Anselm von Feuerbach: Die Theorie der negativen Generalprävention	61
II. Günther Jakobs: Die Theorie der positiven Generalprävention	65
III. Franz von Liszt: Die spezialpräventive Strafrechtstheorie	72
C. Die sogenannten Vereinigungstheorien	77
I. Claus Roxin: Die spezialpräventive Vereinigungstheorie	77
II. Michael Köhler: Die freiheitsgesetzliche Strafrechtstheorie	81
2. Kapitel	
Die Strafrechtstheorie der Rechtsprechung vor dem Hintergrund der geltenden Gesetzeslage	89
A. Die Strafrechtstheorie des Gesetzgebers	89
I. Gesetzeshistorie	89
II. Die Strafrechtstheorie des Gesetzgebers	95
B. Die Strafrechtstheorie der Rechtsprechung	95
I. Schuldgleichgewicht als Grundlage der Strafe	96
II. Berücksichtigung präventiver Aspekte	97
III. Beurteilung	97

3. Kapitel	
Die der Untersuchung zugrundeliegende Auffassung	99
<i>2. Teil</i>	
Die Maßregeln der Besserung und Sicherung	102
1. Kapitel	
Maßregeltheorien im Überblick	102
A. Die Maßregeln des geltenden Rechts im Überblick	103
I. Die Unterscheidung zwischen freiheitsentziehenden und freiheitsbeschränkenden Maßregeln	103
II. Die Unterscheidung nach der Funktion der Maßregeln	107
B. Eigenständige Maßregeltheorien	108
I. Rechtfertigung aus übergeordneten Prinzipien	108
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigungsansätze	114
C. Aus den Straftheorien entwickelte Maßregeltheorien	129
I. Der generalpräventive Ansatz	129
II. Der freiheitsgesetzliche Ansatz	132
D. Zusammenfassung	137
2. Kapitel	
Die Sicherungsverwahrung im Besonderen	138
A. Rechtfertigung	138
I. Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung	138
II. Terminologie	144
B. Historische Entwicklung im Überblick	146
I. Die Einführung der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933	146
II. Änderungen im Rahmen der Großen Strafrechtsreform	147
III. Ausweitungen in den 1990er und 2000er Jahren	148
IV. Beschränkungen durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 und das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5. Dezember 2012	149
C. Grundsätzliche Bedenken gegen die Sicherungsverwahrung	150
I. Die Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung	150
II. Der betroffene Personenkreis und der Katalog der Anlasstaten	151

III. Unsicherheiten im Umgang mit den notwendigen Prognosen	154
IV. Fazit	157
D. Einordnung der Sicherungsverwahrung in den europa- und verfassungsrechtlichen Kontext	158
I. Vereinbarkeit der §§ 66 ff. StGB mit dem Europarecht	159
II. Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung nach §§ 66, 66a StGB	177
E. Zusammenfassung	220

3. Teil

Die Strafzumessung 222

1. Kapitel

Die Strafzumessungsentscheidung des Tatgerichts und ihre gerichtliche Überprüfbarkeit 222

A. Grundsätzliches zur Bemessung der Strafe nach §§ 46 ff. StGB	223
I. Einordnung und Gesetzesgeschichte	223
II. Die gesetzlichen Vorgaben zur Strafzumessung im Überblick	224
III. Die Darstellung in den Urteilsgründen	232
B. Die Anfechtung der Strafzumessungsentscheidung	233
I. Grundsätzliches	233
II. Beschränkung der Anfechtung	234

2. Kapitel

Die Theorie vom Schuldrahmen 235

A. Die „Spielraumtheorie“ der Rechtsprechung	236
I. Die theoretischen Annahmen	236
II. Kritische Stellungnahme	237
B. Die Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung bei der Strafzumessung nach der Rechtsprechung auf der Grundlage der „Spielraumtheorie“	241
I. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Ausgangsverfahren	241
II. Die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung im Ausgangsverfahren	249
III. Der Vorbehalt der Sicherungsverwahrung im Ausgangsverfahren	252
IV. Zusammenfassung	253
C. Kritik der Rechtsprechung zur Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung	254
I. Kritik der präventiven Begründungen	254
II. Kritik der Gesamtabstimmung von Rechtsfolgen aufgrund und anlässlich von Straftaten	266

III. Zur Frage der Wechselwirkung in den Fällen des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB	278
IV. Kritik der Rechtsprechung zur Beschränkbarkeit der Anfechtung in diesem Zusammenhang	280
V. Kritik der Berücksichtigung der Wechselwirkung nur bei der Gesamtstrafenbildung bzw. auch bei der Einzelstrafenbildung	283
VI. Kritik aus der Sicht der Rechtsprechung zu den §§ 63, 64 StGB im vikariierenden System	286
VII. Ergebnis	299
D. Argumentative Neuausrichtung der Rechtsprechung	300
I. Höhere Belastung des Gefangenen im Strafvollzug	301
II. Gesamtabstimmung der Strafe mit der Maßregel der Führungsaufsicht nach § 68 StGB	307
III. Verfahrensrechtliches	310
E. Zusammenfassung	311

3. Kapitel

Weitere theoretische Ansätze	312
A. Die Strafzumessung nach der Spielraumtheorie auf der Grundlage der präventiven Vereinigungstheorie	312
I. Allgemeines zur Strafzumessung	312
II. Auswirkungen auf den Untersuchungsgegenstand	313
B. Die Strafzumessung auf der Grundlage des freiheitsgesetzlichen Ansatzes	314
I. Die konkrete Strafbemessung unter Einbeziehung habitueller Schuld	314
II. Kritische Beurteilung	317
III. Die Wechselwirkung von Strafe und Sicherungsverwahrung nach der freiheitsgesetzlichen Theorie	318
C. Die Stellenwerttheorie	320
I. Die Theorie	320
II. Kritische Stellungnahme	321
III. Die Einordnung des Untersuchungsgegenstandes in die Theorie	324
D. Die Theorie tatproportionalen Strafens	326
I. Die theoretischen Annahmen	326
II. Kritische Würdigung	327
III. Die Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Theorie tatproportionalen Strafens	330
E. Die Theorie der Strafzumessung als sozialer Gestaltungsakt	332
F. Zusammenfassung	333

Inhaltsübersicht	13
<i>4. Teil</i>	
Eigener Ansatz	336
1. Kapitel	
Die Erstreckung des vikariierenden Systems auf die Sicherungsverwahrung	336
A. Unanwendbarkeit der bestehenden Regelungen auf die Sicherungsverwahrung	337
I. Unmöglichkeit einer erweiternden Auslegung	337
II. Unmöglichkeit einer Analogiebildung	344
B. Die Notwendigkeit einer Erstreckung des vikariierenden Systems auf die Sicherungsverwahrung	345
I. Die Notwendigkeit der Anwendung der Grundsätze des Vikariierens auf die Sicherungsverwahrung aus straftheoretischer Sicht	345
II. Erforderlichkeit einer Neuregelung	347
C. Maßstäbe der Anwendung	348
2. Kapitel	
Ergebnis	349
Zusammenfassung	351
Literaturverzeichnis	357
Stichwortverzeichnis	379

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
<i>1. Teil</i>	
Die Strafe	36
1. Kapitel	
Wesen und Zweck der Strafe – ein Überblick über historische und aktuelle Ansätze der Strafrechtstheorie	36
A. Die sogenannte absolute Strafrechtstheorie	37
I. Die Strafrechtstheorie von Immanuel Kant	38
1. Die Theorie	38
a) Rechtfertigung der Strafe	38
aa) Recht, Unrecht und Zwangsbefugnis	38
bb) Verbrechen und Strafe in der Gesellschaft	40
b) Strafzumessung	41
2. Beurteilung	42
II. Die Strafrechtstheorie von Georg Wilhelm Friedrich Hegel	44
1. Die Theorie	45
a) Rechtfertigung der Strafe	45
aa) Rechtsbegriff	45
bb) Unrecht	46
cc) Strafbegründung	48
(1) Rechtfertigung im abstrakten Recht	48
(a) Wiederherstellung des Rechts	49
(b) Selbstgesetzgebung	49
(2) Die Strafe in der bürgerlichen Gesellschaft	50
dd) Exkus: Rechtszwang gegen den natürlichen Willen	52
b) Strafzumessung	52
2. Beurteilung	54
a) Beurteilung der Strafbegründung	54
b) Beurteilung der Strafzumessung	57
c) Fazit	60
B. Die sogenannten relativen Strafrechtstheorien	61

I.	Paul Johann Anselm von Feuerbach: Die Theorie der negativen Generalprävention	61
1.	Die Theorie	61
a)	Rechtfertigung der Strafandrohung und der Strafe	61
b)	Strafzumessung	62
2.	Beurteilung	63
II.	Günther Jakobs: Die Theorie der positiven Generalprävention	65
1.	Die Theorie	65
a)	Rechtfertigung der Strafe	65
b)	Strafzumessung	67
2.	Beurteilung	68
III.	Franz von Liszt: Die spezialpräventive Straftheorie	72
1.	Die Theorie	73
2.	Beurteilung	74
C.	Die sogenannten Vereinigungstheorien	77
I.	Claus Roxin: Die spezialpräventive Vereinigungstheorie	77
1.	Die Theorie	77
a)	Die Schuldlehre Roxins	77
b)	Straftheorie	78
2.	Beurteilung	80
II.	Michael Köhler: Die freiheitsgesetzliche Straftheorie	81
1.	Die Theorie	81
a)	Recht und Verbrechen	82
b)	Der (Willens-)Schuldbegriff in der Aristotelischen Tradition	82
c)	Die Strafe	84
d)	Strafzumessung	85
2.	Beurteilung	86

2. Kapitel

Die Straftheorie der Rechtsprechung vor dem Hintergrund der geltenden Gesetzeslage 89

A.	Die Straftheorie des Gesetzgebers	89
I.	Gesetzeshistorie	89
1.	Vom Reichsstrafgesetzbuch von 1871 zu den Reformvorhaben bis 1932	89
2.	Die Entwürfe eines Strafgesetzbuches von 1959, 1960 und 1962 als Ergebnis der Arbeiten der Großen Strafrechtskommission	90
a)	Vorschlag und Ablehnung der ausdrücklichen Regelung der Strafzwecke im Strafgesetzbuch durch die Große Strafrechtskommission	90

	Inhaltsverzeichnis	17
b)	Der gegenseitige Einfluss der Großen Strafrechtskommission und des Bundesgerichtshofes auf die Ablehnung der Regelung der Strafzwecke im Gesetz	91
3.	Der Alternativentwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches von 1966	93
4.	Der Abschluss der Reformvorhaben durch das Erste und Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts	94
II.	Die Strafrechtstheorie des Gesetzgebers	95
B.	Die Strafrechtstheorie der Rechtsprechung	95
I.	Schuldausgleich als Grundlage der Strafe	96
II.	Berücksichtigung präventiver Aspekte	97
III.	Beurteilung	97
	3. Kapitel	
	Die der Untersuchung zugrundeliegende Auffassung	99
	<i>2. Teil</i>	
	Die Maßregeln der Besserung und Sicherung	102
	1. Kapitel	
	Maßregeltheorien im Überblick	102
A.	Die Maßregeln des geltenden Rechts im Überblick	103
I.	Die Unterscheidung zwischen freiheitsentziehenden und freiheitsbeschränkenden Maßregeln	103
1.	Die freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB	103
2.	Die lediglich freiheitsbeschränkenden Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB	105
II.	Die Unterscheidung nach der Funktion der Maßregeln	107
1.	Strafersetzende Maßregeln	107
2.	Strafergänzende Maßregeln	107
3.	Strafvertretende Maßregeln	108
B.	Eigenständige Maßregeltheorien	108
I.	Rechtfertigung aus übergeordneten Prinzipien	108
1.	Mangel an innerer Freiheit	108
2.	Der Gedanke der sozialen Notwehr	111
II.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigungsansätze	114
1.	Verwirkung	114
2.	Die staatliche Schutzpflicht und das Prinzip des überwiegenden Interesses	117

a) Die Begründungsansätze im Einzelnen	118
b) Die Dogmatik der staatlichen Schutzpflichten aus Grundrechten	119
aa) Inhalt und Reichweite der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates	119
bb) Ableitung der staatlichen Schutzpflicht	121
(1) Anknüpfung an Hobbes und Locke	121
(2) Exkurs: von Listzsche Straffidee	123
c) Kritische Beurteilung	124
3. Die Sonderopfertheorie	128
C. Aus den Straftheorien entwickelte Maßregeltheorien	129
I. Der generalpräventive Ansatz	129
1. Die Theorie	129
2. Kritische Beurteilung	131
II. Der freiheitsgesetzliche Ansatz	132
1. Theoretische Annahmen	132
2. Kritische Beurteilung	134
D. Zusammenfassung	137

2. Kapitel

Die Sicherungsverwahrung im Besonderen	138
A. Rechtfertigung	138
I. Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung	138
1. Ausgangslage	138
2. Freiheitsgesetzliche Rechtfertigung dem Grunde nach	140
3. Strafergänzende Anwendung	141
4. Tätertypologie und Strafmaßdifferenzierungen bei habitueller Krimi- nalität	142
5. Zusammenfassung	144
II. Terminologie	144
B. Historische Entwicklung im Überblick	146
I. Die Einführung der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933	146
II. Änderungen im Rahmen der Großen Strafrechtsreform	147
III. Ausweitungen in den 1990er und 2000er Jahren	148
IV. Beschränkungen durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. De- zember 2010 und das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5. Dezem- ber 2012	149
C. Grundsätzliche Bedenken gegen die Sicherungsverwahrung	150

I.	Die Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung	150
II.	Der betroffene Personenkreis und der Katalog der Anlasstaten	151
III.	Unsicherheiten im Umgang mit den notwendigen Prognosen	154
IV.	Fazit	157
D.	Einordnung der Sicherungsverwahrung in den europa- und verfassungsrechtlichen Kontext	158
I.	Vereinbarkeit der §§ 66 ff. StGB mit dem Europarecht	159
1.	Die Sicherungsverwahrung und das Recht der EMRK	159
a)	Grundsätzliches zum Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht	159
b)	Die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht und das Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 Abs. 1 EMRK	160
aa)	Die Sicherungsverwahrung als Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK	160
bb)	Die Sicherungsverwahrung als Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK	163
cc)	Die Sicherungsverwahrung als Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK	164
dd)	Schlussfolgerungen aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK für das deutsche Recht der Sicherungsverwahrung	165
c)	Die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht als Strafe i. S. d. Art. 7 Abs. 1 EMRK	167
aa)	Autonome Begriffsbestimmung des EGMR	167
bb)	Folgerungen aus dem Strafbegriff des EGMR	171
d)	Die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht und das Folterverbot nach Art. 3 EMRK	172
e)	Ergebnis	175
2.	Exkurs: Die Sicherungsverwahrung und die Europäische Grundrechtscharta	176
II.	Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung nach §§ 66, 66a StGB	177
1.	Gesetzgebungskompetenz	178
2.	Die Garantie der Menschenwürde	180
a)	Grundsätzliches	181
b)	Resozialisierung als Ausdruck der Menschenwürde	182
c)	Das Verbot erniedrigender, grausamer und unmenschlicher Behandlung als Ausdruck der Menschenwürde	184
3.	Die Garantie der persönlichen Freiheit	185
a)	Formale Anforderungen an die Rechtfertigung einer Freiheitsentziehung	186
b)	Materielle Anforderungen	189
aa)	Vorüberlegungen	189
bb)	Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	191

cc) Schutz gewichtiger Rechtsgüter	192
dd) Angemessenheit	192
(1) Unbestimmte Dauer der Sicherungsverwahrung.	193
(a) Gebot erster Überprüfungen der Erforderlichkeit noch während des Strafvollzugs.	193
(b) Fortlaufende Überprüfungen	195
(2) Zur Frage eines Gebotes der Festsetzung von Höchst- fristen für die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung	197
ee) Ergebnis	201
c) Ergebnis	201
4. Der Grundsatz der Rechtssicherheit	202
a) Der Vertrauensschutz	202
aa) Verhältnis zu Art. 103 Abs. 2 GG	202
bb) Exkurs: Der allgemeine Vertrauensschutz in den Konstellationen der Rückwirkungsfälle	205
(1) Die nachträgliche Verlängerung der Dauer der Sicherungsverwahrung	206
(2) Die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB a. F.	207
cc) Ergebnis	209
b) Bestimmtheitsgebot	209
aa) Hang zu erheblichen Straftaten	209
(1) Der Begriff des „Hangs“	210
(2) Die Erheblichkeit der zu erwartenden Straftaten	213
bb) Gefährlichkeit für die Allgemeinheit	217
cc) Verhältnis zwischen dem Hangmerkmal und der Gefährlichkeitsprognose	218
5. Ergebnis	219
E. Zusammenfassung	220

3. Teil

Die Strafzumessung 222

1. Kapitel

Die Strafzumessungsentscheidung des Tatgerichts und ihre gerichtliche Überprüfbarkeit 222

A. Grundsätzliches zur Bemessung der Strafe nach §§ 46 ff. StGB	223
I. Einordnung und Gesetzesgeschichte	223
II. Die gesetzlichen Vorgaben zur Strafzumessung im Überblick	224
1. Strafraumenwahl	225
2. Die relevanten Umstände der Strafbemessung	225

a) Die strafprozessuale Feststellung der Umstände und die Darstellung in den Urteilsgründen	226
b) Die Schuld als Grundlage, § 46 Abs.1 S. 1 StGB	227
c) Der Katalog des § 46 Abs. 2 StGB	227
d) Präventive Aspekte, § 46 Abs. 1 S. 2 StGB	228
e) Weitere Aspekte	228
3. Die Bewertung der relevanten Umstände	229
a) Die Bewertung der einzelnen Umstände	229
b) Die Bewertung des gesamten Falls	231
III. Die Darstellung in den Urteilsgründen	232
B. Die Anfechtung der Strafzumessungsentscheidung	233
I. Grundsätzliches	233
II. Beschränkung der Anfechtung	234
1. Grundsätzliches	234
2. Die isolierte Anfechtung des Rechtsfolgenausspruchs	235

2. Kapitel

Die Theorie vom Schuldrahmen 235

A. Die „Spielraumtheorie“ der Rechtsprechung	236
I. Die theoretischen Annahmen	236
II. Kritische Stellungnahme	237
B. Die Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung bei der Strafzumessung nach der Rechtsprechung auf der Grundlage der „Spielraumtheorie“	241
I. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Ausgangsverfahren	241
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	241
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	242
3. Die Rechtsprechung der Ausgangsgerichte	244
a) Vorüberlegungen	245
b) Nichterwähnung in den Urteilsgründen	245
c) Strafmildernde Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung bei der Strafzumessung	246
aa) Strafmildernde Berücksichtigung sowohl bei der Einzel- als auch der Gesamtstrafenbildung	246
bb) Strafmildernde Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung	248
II. Die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung im Ausgangsverfahren	249
III. Der Vorbehalt der Sicherungsverwahrung im Ausgangsverfahren	252
IV. Zusammenfassung	253
C. Kritik der Rechtsprechung zur Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung	254

I.	Kritik der präventiven Begründungen	254
1.	Straftheoretische Kritik der Übernahme von Strafzwecken durch die Sicherungsverwahrung	255
2.	Kritische Beurteilung der Übernahme der Strafzwecke im Einzelnen	257
a)	Nicht zwingende Wechselwirkung von Strafe und Sicherungs- verwahrung nach der Rechtsprechung	257
b)	Die einzelnen Strafzwecke	259
aa)	Positive Spezialprävention	259
bb)	Negative Spezialprävention	261
cc)	Sicherung	262
dd)	Generalprävention	263
3.	Ungewissheit über den Vollzug nach Anordnung der Sicherungsver- wahrung	264
4.	Ergebnis	265
II.	Kritik der Gesamtabstimmung von Rechtsfolgen aufgrund und anläs- slich von Straftaten	266
1.	Die Rechtsprechung zur Abstimmung von Strafe und Sicherungs- verwahrung	266
2.	Das Prinzip der Gesamtabstimmung der Rechtsfolgen in der Recht- sprechung	267
3.	Kritische Beurteilung	270
a)	Die Rechtsprechung zur Gesamtabstimmung von Rechtsfolgen überhaupt	270
b)	Die Berücksichtigung lediglich möglicher Folgen als Ausdruck des Zweifelssatzes	272
c)	Zur Frage der Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungs- verwahrung als Ausdruck des Zweifelssatzes	275
4.	Ergebnis	277
III.	Zur Frage der Wechselwirkung in den Fällen des Vorbehalts der Siche- rungsverwahrung nach § 66a StGB	278
IV.	Kritik der Rechtsprechung zur Beschränkbarkeit der Anfechtung in diesem Zusammenhang	280
1.	Die Rechtsprechung zu §§ 20a, 42e StGB a. F.	280
2.	Die Rechtsprechung zu §§ 46, 66, 66a StGB	281
3.	Beurteilung	282
V.	Kritik der Berücksichtigung der Wechselwirkung nur bei der Gesamt- strafenbildung bzw. auch bei der Einzelstrafenbildung	283
VI.	Kritik aus der Sicht der Rechtsprechung zu den §§ 63, 64 StGB im vikariierenden System	286
1.	Die Rechtsprechung zu §§ 63, 64 StGB	286
a)	Wechselwirkung zwischen Strafe und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus	287
aa)	Rechtsprechung zu § 63 StGB	287
bb)	Würdigung	288

b) Wechselwirkung zwischen Strafe und Unterbringung in einer Entziehungsanstalt	290
aa) Rechtsprechung zu § 64 StGB	290
bb) Würdigung	291
c) Kritische Beurteilung in Bezug auf die Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung	292
2. Das vikariierende System nach § 67 StGB	293
a) Das vikariierende System im geltenden Recht	294
b) Zur Frage der strafzumessungsrechtlichen Relevanz	296
c) Implikationen für die Rechtsprechung zu § 66 StGB	299
3. Ergebnis	299
VII. Ergebnis	299
D. Argumentative Neuausrichtung der Rechtsprechung	300
I. Höhere Belastung des Gefangenen im Strafvollzug	301
1. Intensiverer Strafvollzug	301
a) Vollzugslockerungen und Hafturlaub	302
b) Einschränkungen aufgrund der Anordnung der Sicherungsverwahrung	302
c) Keine Einschränkungen aufgrund bloßen Vorbehalts der Sicherungsverwahrung	305
2. Anwendbarkeit der Rechtsprechung zur Folgenabstimmung	306
3. Ergebnis	306
II. GesamtAbstimmung der Strafe mit der Maßregel der Führungsaufsicht nach § 68 StGB	307
III. Verfahrensrechtliches	310
E. Zusammenfassung	311

3. Kapitel

Weitere theoretische Ansätze

A. Die Strafzumessung nach der Spielraumtheorie auf der Grundlage der präventiven Vereinigungstheorie	312
I. Allgemeines zur Strafzumessung	312
II. Auswirkungen auf den Untersuchungsgegenstand	313
B. Die Strafzumessung auf der Grundlage des freiheitsgesetzlichen Ansatzes	314
I. Die konkrete Strafbemessung unter Einbeziehung habitueller Schuld	314
II. Kritische Beurteilung	317
III. Die Wechselwirkung von Strafe und Sicherungsverwahrung nach der freiheitsgesetzlichen Theorie	318
1. Möglichkeit der Wechselwirkung nach der freiheitsgesetzlichen Theorie	318
2. Kritische Würdigung	319

C. Die Stellenwerttheorie	320
I. Die Theorie	320
II. Kritische Stellungnahme	321
III. Die Einordnung des Untersuchungsgegenstandes in die Theorie	324
1. Die Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung ..	324
2. Kritische Bewertung	325
D. Die Theorie tatproportionalen Strafens	326
I. Die theoretischen Annahmen	326
II. Kritische Würdigung	327
III. Die Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Theorie tatproportionalen Strafens	330
1. Möglichkeiten der Wechselwirkung	330
2. Kritische Würdigung	332
E. Die Theorie der Strafzumessung als sozialer Gestaltungsakt	332
F. Zusammenfassung	333

4. Teil

Eigener Ansatz	336
-----------------------	-----

1. Kapitel

Die Erstreckung des vikariierenden Systems auf die Sicherungsverwahrung	336
--	-----

A. Unanwendbarkeit der bestehenden Regelungen auf die Sicherungsverwahrung	337
I. Unmöglichkeit einer erweiternden Auslegung	337
II. Unmöglichkeit einer Analogiebildung	344
B. Die Notwendigkeit einer Erstreckung des vikariierenden Systems auf die Sicherungsverwahrung	345
I. Die Notwendigkeit der Anwendung der Grundsätze des Vikariierens auf die Sicherungsverwahrung aus straftheoretischer Sicht	345
II. Erforderlichkeit einer Neuregelung	347
C. Maßstäbe der Anwendung	348

2. Kapitel

Ergebnis	349
-----------------	-----

Zusammenfassung	351
Literaturverzeichnis	357
Stichwortverzeichnis	379

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
abl.	ablehnend(er)
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
a. E.	am Ende
AE-1966	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil; hrsg. v. Jürgen Baumann u. a.; Tübingen, 1966 (zit.: AE-1966, Seite)
a. F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (zit.: Band (Jahr), Seite)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (zit.: Band (Jahr), Seite)
ARSP-Beiheft	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft (zit.: Band (Jahr), Seite)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BAnz	Bundesanzeiger (zit.: Jahr, Nr.)
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayStVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Jugendstrafe vom 10.12.2007 (GVBl. S. 866), zuletzt geändert mit Gesetz vom 22.07.2014 (GVBl. S. 286)
BaySvVollzG	Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Bayern vom 22.05.2013 (GVBl. S. 275)
BbgJVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe, der Jugendstrafe und der Untersuchungshaft im Land Brandenburg vom 24.04.2013 (GVBl. I/13), zuletzt geändert mit Gesetz vom 10.07.2014 (GVBl. I/14)
BbgSVVollzG	Gesetz über den Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Land Brandenburg vom 16.05.2013 (GVBl. I/13), zuletzt geändert mit Gesetz vom 10.07.2014 (GVBl. I/14)
BeckRS	Beck-Online Rechtssache (zit.: Jahr, Nr.)

BGBL.	Bundesgesetzblatt (zit.: (Jahr) Teil, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung in Strafsachen, hrsg. v. den Richtern des Bundes-Gerichtshofs (Stand: Juli/August 2015)
BGHSt(-GS)	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Großer Senat) (zit.: Band, Seite)
BremStVollzG	Gesetz zur Neuregelung des Vollzugs der Freiheitsstrafe in der Freien Hansestadt Bremen vom 25.11.2014 (Gbl. S. 639)
BremSVVollzG	Bremisches Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz vom 21.05.2013 (GBl. S. 172)
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags (zit.: Wahlperiode/Nummer, Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zit.: Band, Seite)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ders./dies.	derselbe/dieselbe
d. h.	das heißt
d. i.	das ist
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einl.	Einleitung
einschr.	einschränkend
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (BGBl. 1952 II, 685)
Erg.	Ergebnis
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (zit.: Jahr, Seite)
EurGRCh	Europäische Grundrechtscharta
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FDP	Freie Demokratische Partei Deutschlands
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldtdammer's Archiv für Strafrecht (zit.: Jahrgang, Seite)

geb.	geboren
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert mit Gesetz vom 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438)
GPR	Grundlinien der Philosophie des Rechts
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz; i. d. F. der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert mit Gesetz vom 30.05.2016 (BGBl. I S. 1254)
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HmbStVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe vom 14.07.2009 (HmbGVBl. S. 257), zuletzt geändert mit Gesetz vom 21.05.2013 (HmbGVBl. S. 211, 233)
HmbSVVollzG	Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung vom 21.05.2013 (HmbGVBl. S. 211)
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (zit.: Jahr, Seite)
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
HStVollzG	Hessisches Strafvollzugsgesetz vom 28.06.2010 (GVBl. S. 185), zuletzt geändert mit Gesetz vom 05.03.2013 (GVBl. S. 46)
HSVollzG	Hessisches Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz vom 05.03.2013 (GVBl. S. 46)
i. d. S.	in diesem Sinn(e)
i. e. S.	im engeren(m) Sinn(e)
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. R. v.	im Rahmen vom/von
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne einer/eines
i. S. v.	im Sinne von
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
JbRuE	Jahrbuch für Recht und Ethik (Zeitschrift, zit.: Band (Jahr), Seite)
JGG	Jugendgerichtsgesetz i. d. F. der Bekanntmachung vom 11.12.1974 (BGBl. I S. 3427), zuletzt geändert mit Gesetz vom 17.07.2015 (BGBl. I S. 1332)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift; zit.: Jahr, Seite)
Juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)

JVA	Justizvollzugsanstalt
JVollzGB B-W	Gesetzbuch über den Justizvollzug in Baden-Württemberg vom 10.11.2009 (GBl. S. 545), zuletzt geändert mit Gesetz vom 01.12.2015 (GBl. S. 1047, 1053)
JVollzGB LSA	Justizvollzugsgesetzbuch Sachsen-Anhalt vom 18.12.2015 (GVBl. LSA S. 666)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
KrimJ	Kriminologisches Journal (Zeitschrift, zit.: Band (Jahr), Seite)
KS	Kant-Studien (Philosophische Zeitschrift der Kant-Gesellschaft, zit.: Band (Jahr), Seite)
LG	Landgericht
LJVollzG R-P	Rheinland-Pfälzisches Landesgesetz zur Weiterentwicklung von Justizvollzug, Sicherungsverwahrung und Datenschutz vom 08.05.2013 (GVBl. S. 79)
LStVollzG SH	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe in Schleswig-Holstein vom 21.07.2016 (GVObI. 618)
LSVVollzG R-P	Landessicherungsverwahrungsvollzugsgesetz Rheinland-Pfalz vom 08.05.2013 (GVBl. S. 79)
m.	mit
MS	Metaphysik der Sitten
m.w.	mit weiteren
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. Chr.	nach Christus (bzw. nach der Chronologie)
Nds. SVVollzG	Niedersächsisches Sicherungsverwahrungsgesetz vom 12.12.2012 (Nds. GVBl. S. 566)
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission in 14 Bänden; hrsg. v. Bundesrepublik Deutschland, Große Strafrechtskommission; Band 1 Grundsatzfragen (1.–13. Sitzung); Bonn, 1956; Band 4 Allgemeiner Teil (38.–52. Sitzung); Bonn, 1958; Band 12 Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil (115.–143. Sitzung); Bonn, 1959 (zit.: Niederschriften, Bd., Seite)
NJVollzG	Niedersächsisches Justizvollzugsgesetz vom 08.04.2014 (Nds. GVBl. S. 107)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
o. Ä.	oder Ähnlichem
OLG	Oberlandesgericht

PKS	Polizeiliche Kriminalitätsstatistik, hrsg. v. Bundesministerium des Inneren (zit.: Jahr, Seite)
Protokolle des Sonderausschusses	Protokolle über die Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform, 1.–150. Sitzung der Jahre 1965 bis 1969 (zit.: Seite)
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt (zit.: Jahr, Teil, Seite)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts (zit.: Band, Seite)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
S.	Satz/Seite
s. a.	siehe auch
SächsStVollzG	Sächsisches Strafvollzugsgesetz vom 16.05.2013 (SächsGVBl. S. 250)
SächsSVVollzG	Sächsisches Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz vom 16.05.2013 (SächsGVBl. S. 294)
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zit.: Band (Jahr), Seite)
SLStVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe im Saarland vom 24.04.2013 (Abl. I S. 116), zuletzt geändert mit Gesetz vom 21.01.2015 (Abl. I S. 187)
SLSVVollzG	Gesetz Nr. 1807 zum Vollzug der Sicherungsverwahrung im Saarland vom 15.05.2013 (Abl. S. 146)
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e/er/es)
st.	ständig(e)
StGB	Strafgesetzbuch; mit der Bekanntmachung der Neufassung v. 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert mit Gesetz vom 08.07.2016 (BGBl. I S. 1610)
StPO	Strafprozessordnung; i. d. F. des 49. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 21.01.2015 (BGBl. I S. 10), zuletzt geändert mit Gesetz vom 08.07.2016 (BGBl. I, S. 1610)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift, zit.: Jahr, Seite)
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung vom 16.03.1976 (BGBl. I S. 581, 2088), zuletzt geändert mit Gesetz vom 25.04.2015 (BGBl. I S. 935)
StVollzG Bln	Berliner Strafvollzugsgesetz vom 04.04.2016 (GVBl. S. 152)
StVollzG M-V	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe in Mecklenburg-Vorpommern vom 07.05.2013 (GVObI. S. 322)

StVollzG NRW	Gesetz zur Regelung des Vollzuges der Freiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen vom 13.01.2015 (GV. NRW. S. 75)
SVVollzG Bln	Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Berlin vom 27.03.2013 (GVBl. S. 71)
SVVollzG LSA	Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Sachsen-Anhalt vom 13.05.2013 (GVBl. LSA S. 206), zuletzt geändert mit Gesetz vom 18.12.2015 (GVBl. LSA S. 666, 710)
SVVollzG M-V	Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Mecklenburg-Vorpommern vom 07.05.2013 (GVObI. S. 348, 430)
SVVollzG NRW	Gesetz zur Regelung des Vollzuges der Sicherungsverwahrung in Nordrhein-Westfalen vom 30.04.2013 (GV. NRW S. 212), zuletzt geändert mit Gesetz vom 01.07.2016 (GV. NRW S. 310)
SVVollzG SH	Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Schleswig-Holstein vom 15.05.2013 (GVObI. S. 169)
ThUG	Therapieunterbringungsgesetz
ThürJVollzGB	Thüringer Justizvollzugsgesetzbuch vom 27.02.2014 (GVBl. S. 13)
ThürSVVollzG	Thüringer Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz vom 23.05.2013 (GVBl. S. 121), zuletzt geändert mit Gesetz vom 27.02.2014 (GVBl. S. 46)
Tz.	Textziffer
u. a.	und andere
u.A.	unter Anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	von/vom
v. Chr.	vor Christus (bzw. vor der Chronologie)
Vor(.)	Vorbemerkung(en)
Vorbem	Vorbemerkung(en)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZfStrVO	Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (zit.: Jahr, Seite)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (zit.: Jahr, Seite)
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zit.: Jahr, Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit.: Band (Jahr), Seite)

Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Verhältnis von Strafe und Sicherungsverwahrung nach §§ 66, 66a StGB. Die Strafe und die Sicherungsverwahrung stellen nach geltender deutscher Rechtslage Rechtsfolgen für Straftaten dar. Das Strafgesetzbuch geht dabei von einem Nebeneinander verschiedener Strafen und weiterer Rechtsfolgen aus. Neben eine Geld- (§ 40 StGB) oder Freiheitsstrafe (§ 38 StGB) treten daher Nebenstrafen (Fahrverbot, § 44 StGB), die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB), einschließlich der Sicherungsverwahrung (§§ 66, 66a StGB), und weitere Rechtsfolgen, wie beispielsweise der Verlust der Wählbarkeit (§ 45 StGB). Im Hinblick darauf, dass es der vorliegenden Arbeit maßgeblich um die (Freiheits-)Strafe und die Sicherungsverwahrung geht, werden die weiteren Rechtsfolgen für Straftaten nur thematisiert, soweit sie in spezifischem Zusammenhang zu dem hier interessierenden Untersuchungsgegenstand stehen.

Das zentrale Anliegen der Untersuchung ist die Überprüfung der Rechtsprechung, welche eine Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung im Bereich der Strafzumessung annimmt. Unter der Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung versteht man den folgenden Zusammenhang: Die Sicherungsverwahrung setzt nach geltender Rechtslage stets voraus, dass der Straftäter auch zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Das heißt, die Sicherungsverwahrung tritt als weitere Rechtsfolge neben die Strafe. Die Strafe soll im Grunde Schuldausgleich sein, die Sicherungsverwahrung dagegen einer Rückfallgefahr des Straftäters entgegenwirken. Die Zwecke und Funktionen von Strafe und Sicherungsverwahrung scheinen damit kategorial verschieden zu sein. Das wirft das Problem auf, dass, durch die neben die Strafe tretende Sicherungsverwahrung, die Belastung des Straftäters durch Freiheitsentzug über das Maß der verwirklichten Schuld deutlich hinausgehen kann. Dieses Nebeneinander von Strafe und Sicherungsverwahrung und die Belastung mit einer weiteren Rechtsfolge schränkt die Rechtsprechung dadurch ein, dass sie zwischen beiden eine Wechselwirkung derart annimmt, dass die Sicherungsverwahrung bei der Bemessung der Freiheitsstrafe berücksichtigt wird.¹

¹ BGHR § 66 Abs. 1 Gefährlichkeit 1 und 2; BGH NJW 1980, 1055 (1056); NStZ 1983, 71; wistra 1988, 22; NStZ 1994, 280 (281); NJW 2000, 3015 (3016); NJW 2005, 3155 (3157); NStZ 2007, 212 (213); BGH, Urt. v. 03. Februar 2011, Az.: 3 StR

Voraussetzung für die Bestimmung einer Wechselwirkung im Bereich der Strafzumessung ist erst einmal eine Betrachtung der legitimatorischen Grundlagen der Strafe und den Maßregeln der Besserung und Sicherung. Der Fokus ist im zweiten Teil der Arbeit daher zunächst auf die Strafe in ihrer legitimatorisch-geschichtlichen Entwicklung zu legen. Weitgehende Einigkeit besteht hier über das Wesen der Strafe. Dieses wird als ein staatliches, sozia-ethisches Unwerturteil über den Täter charakterisiert, welches an eine von diesem schuldhaft begangene Rechtsverletzung anknüpft.² Zuvörderst ist demgemäß eine Verletzung eines Strafgesetzes erforderlich. Die Definitionsmacht über strafwürdiges Verhalten ergibt sich dabei aus der Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern und liegt beim Gesetzgeber.³ Dieser trifft die Abgrenzung zur nicht strafwürdigen Ordnungswidrigkeit.⁴ Das Fehlverhalten muss dem Straftäter zurechenbar, also schuldhaft, sein. Die Reaktion auf die Straftat besteht in einem gezielten Eingriff in die Rechtssphäre des Täters, äußert sich mithin grundsätzlich in einem Übel.⁵ Mit diesem ist eine sozia-ethische Missbilligung der Auflehnung des Straftäters gegen die Rechtsordnung verbunden⁶. Diese staatliche Missbilligung der schuldhaft begangenen Rechtsverletzung wird letztlich im Strafverfahren durch den Schuldspruch zum Ausdruck gebracht.⁷ Soweit man sich über diese Wesen weitgehend einig ist, so unterschiedlich fallen die Aussagen über den Sinn und Zweck bzw. das Ziel einer staatlichen Strafe aus. Die Darstellung der verschiedenen Auffassungen erfolgt hier im Hinblick darauf, in kritischer Auseinandersetzung mit den Standpunkten, der vorliegenden Arbeit einen eigenen Standpunkt zugrunde zulegen. Diese Bestimmung ist elementar, denn daran zeigt sich, ob man den Verbrecher lediglich wie ,einen

466/10, juris Tz. 17 insoweit in NStZ-RR 2011, 172 f. nicht abgedruckt; BGH bei *Cierniak/Zimmermann* NStZ-RR 2011, 234 (Nr. 92); BGH, Urt. v. 11. Juli 2013, Az.: 3 StR 148/13, juris Tz. 11 m. w. N. aus der Rspr.; BGH, Urt. v. 15. Oktober 2014, Az.: 2 StR 240/14, juris Tz. 35.

² BVerfGE 109, 133 (168); *Geiger*, Sanktionen, S. 74; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 65; *Kleszczewski*, Strafrecht AT, Rn. 16; *Kühl*, in: FS Eser, S. 149 (156 ff.); *Weigend*, in: LeipzigerKomm StGB, Einl. Rn. 63; *Meier*, Sanktionen, S. 16; *Mushoff*, S. 101 f.; *Schmitz*, Kriminalstrafe, S. 21 ff.

³ BVerfGE 39, 1 (47); *Kleszczewski*, Strafrecht AT, Rn. 5; *Weigend*, in: LeipzigerKomm StGB, Einl. Rn. 2.

⁴ BVerfGE 9, 167 (171); *Mitsch*, in: KK-OWiG, Einleitung, Rn. 86; *Roxin*, Strafrecht AT I, Rn. 130.

⁵ *Geiger*, Sanktionen, S. 74; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 65; *Mushoff*, S. 101 f. Dabei ist unerheblich, ob dieses Übel auch subjektiv als Solches empfunden wird; vgl. *Meier*, Sanktionen, S. 16.

⁶ BVerfGE 9, 167 (171); 22, 49 (79); 27, 18 (33); 45, 272 (288); 109, 133 (168); *Geiger*, Sanktionen, S. 76; *Meier*, Sanktionen, S. 16.

⁷ BVerfGE 96, 245 (249); *Meier*, Sanktionen, S. 16; *Pawlik*, Strafe, S. 15.

Hund behandelt, gegen den man den Stock erhebt⁸ oder ihn als Person wahrnimmt, mit der daraus folgenden Konsequenz als Gesellschaft die Mittel für eine Wiedereingliederung in das soziale Leben zur Verfügung zu stellen. Außerdem legt die straftheoretische Betrachtung die Grundlage für eine strafzumessungsrechtliche Beurteilung der in diesem Rahmen zu untersuchenden Wechselwirkung zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung.

Bevor auf die strafzumessungsrechtliche Betrachtung des Problems eingegangen werden kann, muss aber auch die Sicherungsverwahrung in ihrer Legitimation hinterfragt und ihr Verhältnis zur Strafe bestimmt werden. Dabei ist es sinnvoll zuerst die Maßregeltheorie im Ganzen vorzustellen, bevor auf die Sicherungsverwahrung im Speziellen eingegangen wird. Im dritten Teil der Arbeit werden folglich zuerst die Grundlagen der Maßregeltheorie betrachtet. Während die Strafe ein sozialetisches Unwerturteil über den Täter darstellt, sollen die Maßregeln der Besserung und Sicherung sozial-ethisch indifferent sein.⁹ Die Maßregeltheorie wird folglich meist gerade in Abgrenzung zur Straftheorie entwickelt. Die strikte Trennung der Maßregeln der Besserung und Sicherung von der Strafe soll auf deren Wesensverschiedenheit beruhen und wird als Prinzip der Zweispurigkeit des Rechtsfolgensystems bezeichnet. Dieses liegt auch der geltenden deutschen Rechtslage zugrunde. Als Begründer dieses Prinzips kann Ernst Ferdinand Klein (1744–1810) angesehen werden. Dieser hatte maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung des strafrechtlichen Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts von 1794 und stellte erstmals die Sicherungsmittel neben die Strafe.¹⁰ Dagegen dürfte die Umsetzung der Konzeption des zweispurigen Rechtsfolgensystems im schweizerischen Strafgesetzbuch¹¹ Anlass für die Einführung des Prinzips ins geltende deutsche Recht durch das sog. Gewohnheitsverbrechergesetz¹² gewesen sein.¹³ In diesem System ist die Strafe eine an der persönlichen Schuld des Täters orientierte, staatliche Übelzufügung als Reaktion auf das begangene Verbrechen, während die Maßregel eine staatliche Reaktion zum Rechtsgüterschutz, aufgrund einer zu erwartenden Gefährlichkeit des Täters, darstellt.¹⁴ Demgegenüber lässt sich ein einspuriges Rechtsfolgensystem den-

⁸ *Hegel*, GPR, § 99 Zusatz, S. 190.

⁹ *Meier*, Sanktionen, S. 8, 16 f. Siehe bereits: *Exner*, S. 229 „ethisch farblos“. Krit.: *Kaspar*, ZStW 127 (2015), S. 654 (677).

¹⁰ *Schmidt*, Strafrechtsgeschichte, S. 252 f. Zu den Sicherungsmitteln des ALR ausführlich: *Schmidt*, ZStW 86 (1974), S. 621 ff.

¹¹ Maßgeblichen Einfluss hierauf hatte Carl Stooß: *Stooss*, SchwZStr 41 (1928), S. 54 f.; 44 (1930), S. 262. Dazu ausführlich: *Kaenel*, Carl Stooß, S. 97, 119 f., 129 f.

¹² Gesetz vom 24. November 1933, RGBl. 1933 I, S. 995.

¹³ *Häger*, in: LeipzigerKomm StGB, Vor §§ 38 ff. Rn. 9.

¹⁴ *Stooss*, SchwZStr 44 (1930), S. 261 (266 ff.). s. dazu *Häger*, in: LeipzigerKomm StGB, Vor §§ 38 ff. Rn. 8; *Radtke*, in: MünchenerKomm StGB, Vor §§ 38 ff. Rn. 69.