

Frankfurter  
kriminalwissenschaftliche  
Studien 147

Charlotte Schultz

# Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft

Eine systemtheoretische Kritik  
der Sicherungsverwahrung

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Einleitung.....	1
1. Teil: Die Sicherungsverwahrung – Eine Analyse ihrer (Nicht-)Rechtfertigungen im zeitlichen Verlauf .....	7
1. Kapitel: Die Sicherungsverwahrung zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung – Ein national-staatliches Rechtfertigungsmuster .....	9
A. Zum gesetzgebungsgeschichtlichen Anfang: Die Maßlosigkeit der Nationalsozialisten .....	11
B. Nach 1945: Entnazifizierung durch den Alliierten Kontrollrat oder was davon übrig blieb .....	15
C. Zu den Reformen des Strafrechts von 1969: Restriktion einer prinzipiell sinnvollen Maßregel? .....	17
I. Die Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der Sicherungsverwahrung und ihrer zeitlichen Geltung .....	17
1. Die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung .....	17
2. Die Auseinandersetzung um die zeitliche Geltung .....	22
II. Das prinzipielle verfassungsgerichtliche Einverständnis mit den Regelungen zur Sicherungsverwahrung.....	24
1. § 67c Abs. 1 StGB (a.F.) als rechtliche Grundlage für die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung .....	25
2. Zur Überweisungsmöglichkeit eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten in den Vollzug der Sicherungsverwahrung.....	29
3. Zur Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung.....	30
III. Zwischenfazit .....	32
D. Ab 1998: Beispiellose Entgrenzung durch den Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht .....	33
I. „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ vom 26. Januar 1998 .....	34
II. Unterbringungsgesetze der Bundesländer als nachträgliche Sicherungsverwahrung.....	37

III.	„Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung“ vom 21. August 2002.....	40
IV.	„Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften“ vom 27. Dezember 2003.....	43
V.	Die Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2004.....	46
	1. Rückwirkende Entfristung der Sicherungsverwahrung .....	46
	a) Art. 1 Abs. 1 GG: Menschenwürde.....	46
	b) Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG: Freiheitsgrundrecht.....	49
	aa) Eignung und Erforderlichkeit .....	49
	bb) Abwägung/Verhältnismäßigkeit i.e.S. ....	50
	c) Art. 103 Abs. 2 GG: Rückwirkungsverbot.....	52
	d) Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m Art. 20 Abs. 3 GG: Rechtsstaatliches Vertrauensschutzgebot.....	55
	e) Bestimmtheitsgebot.....	56
	f) Zwischenfazit.....	57
	2. Straftäterunterbringungsgesetze der Länder .....	59
	a) „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.....	60
	b) Zur Erklärung <i>bloßer</i> Unvereinbarkeit: Eine Aufforderung an den Gesetzgeber zur Schließung aufgezeigter Schutzlücken? .....	63
	c) Abweichende Meinung .....	65
	d) Zwischenfazit.....	67
VI.	„Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung“ vom 23. Juli 2004 .....	68
VII.	„Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung“ vom 13. April 2007 .....	72
VIII.	„Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht“ vom 8. Juli 2008.....	74
IX.	Der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts zu § 66b Abs. 3 StGB (a.F.) aus dem Jahr 2009 .....	78

E.	Fazit: Die Formalisierungsaufgabe der Verhältnismäßigkeit auf dem Rückzug .....	82
2.	Kapitel: Die (Gegen-)Perspektive des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	85
A.	Rückwirkende Entfristung der Sicherungsverwahrung .....	85
I.	Art. 5 EMRK: Das Recht auf Freiheit (und Sicherheit).....	85
II.	Art. 7 EMRK: Keine Strafe ohne Gesetz .....	88
III.	Zwischenfazit: Perspektivenwechsel.....	91
B.	Straftäterunterbringungsgesetze der Länder und deren Nachfolgevorschrift .....	94
I.	Art. 5 EMRK: Das Recht auf Freiheit (und Sicherheit).....	94
II.	Art. 3 EMRK: Verbot der Folter.....	97
III.	Zwischenfazit: Die Gefahr der Instrumentalisierung des Begriffs der psychischen Störung.....	98
C.	§ 66b Abs. 3 StGB (a.F.).....	100
D.	Fazit: Die Gefährlichkeit als unzureichende Rechtfertigung für unbestimmten Freiheitsentzug .....	103
3.	Kapitel: Die dogmatischen Einzelheiten der Sicherungsverwahrung – Zugleich eine Dokumentation der Auswirkungen der EGMR- Rechtsprechung im Recht der Sicherungsverwahrung.....	107
A.	Vorbemerkungen: Das Normenchaos und die Zäsur durch die Rechtsprechung des EGMR.....	107
B.	§ 66 StGB: Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.....	110
I.	Regelung vor der Gesetzesänderung vom 22. Dezember 2010.....	111
1.	Formelle Voraussetzungen .....	111
a)	§ 66 Abs. 1 StGB a.F.....	111
b)	§ 66 Abs. 2 StGB a.F.....	113
c)	§ 66 Abs. 3 StGB a.F.....	114
aa)	§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB a.F.....	115
bb)	§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB a.F.....	115
d)	§ 66 Abs. 4 Satz 3 und 4 StGB a.F.: Verjährungsregelung und Verurteilungen im Ausland .....	116
2.	Materielle Voraussetzungen (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 a.F.) – Zugleich ein Überblick über deren Kritikpunkte .....	117

a)	Hang ... – oder: Der „kaschierte Schulderhöhungs-Mechanismus“ .....	119
aa)	Dogmatische Entfaltung des Rechtsbegriffs.....	119
bb)	Kritik.....	121
b)	... zu erheblichen Straftaten.....	126
c)	Gefährlichkeit für die Allgemeinheit – oder: Die Unzulänglichkeit von Kriminalprognosen .....	128
aa)	Dogmatische Entfaltung des Rechtsbegriffs.....	128
bb)	Kritik.....	129
d)	Fazit: Die Unsicherheit der materiellen Voraussetzungen.....	135
II.	Änderungen durch das Gesetz vom 22. Dezember 2010 .....	136
1.	§ 66 StGB n.F.....	137
a)	Formelle Voraussetzungen .....	137
b)	Materielle Voraussetzungen .....	139
2.	Therapieunterbringungsgesetz für sogenannte „Vertrauensschutzfälle“ .....	140
III.	Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Weitergeltungsanordnung bis 31. Mai 2013 .....	143
C.	§ 66a StGB: Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung .....	147
I.	Regelung vor der Gesetzesänderung vom 22. Dezember 2010.....	147
1.	Anordnung des Vorbehalts gemäß § 66a Abs. 1 StGB a.F. ....	148
2.	Entscheidung über die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 66a Abs. 2 StGB a.F.....	152
II.	Änderungen durch das Gesetz vom 22. Dezember 2010 .....	153
1.	Anordnung des Vorbehalts .....	154
a)	§ 66a Abs. 1 StGB n.F.....	154
b)	§ 66a Abs. 2 StGB n.F.....	155
2.	Entscheidung über die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 66a Abs. 3 StGB n.F. ....	156
III.	Zeitliche Geltung und die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts .....	159
D.	§ 66b StGB: Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.....	160

I.	Regelung vor der Gesetzesänderung vom 22. Dezember 2010.....	162
1.	Anordnungsmöglichkeit nach Abs. 1 und 2 .....	163
a)	Formelle Voraussetzungen .....	163
aa)	§ 66b Abs. 1 StGB a.F.....	163
bb)	§ 66b Abs. 2 StGB a.F.....	164
b)	Nach einer Verurteilung ... vor Ende des Vollzugs erkennbar gewordene Tatsache .....	164
aa)	Regelfall gemäß § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB a.F.....	164
bb)	Altfallregelung gemäß § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB a.F.....	167
c)	Materielle Voraussetzungen .....	167
2.	Anordnungsmöglichkeit nach Abs. 3 .....	169
a)	Formelle Voraussetzungen .....	171
b)	Materielle Voraussetzungen .....	172
II.	Änderungen durch das Gesetz vom 22. Dezember 2010 .....	172
III.	Zeitliche Geltung und die Vorgaben der Bundesverfassungsgerichts .....	173
E.	Weitere maßregelrechtliche Bestimmungen .....	176
F.	Fazit .....	178
I.	Die Dogmatik als Spiegel der menschenrechtlichen Bedenken .....	178
II.	(Vorläufige) Bewertung der Neuregelung vom 22. Dezember 2010.....	179
4.	Kapitel: Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts und deren Umsetzung durch den Gesetzgeber .....	183
A.	Die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 4. Mai 2011: Zwischen Bewahrung und Revolution .....	183
I.	Zur Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung .....	184
II.	Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG .....	186
III.	Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG .....	191
IV.	Zwischenfazit .....	194
B.	Die Entscheidung zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung .....	196
C.	Die Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung des Abstandsgebotes .....	199

D.	Die Entscheidung zu § 66b Abs. 3 StGB.....	205
E.	Die Entscheidung zum Therapieunterbringungsgesetz.....	207
F.	Fazit: Zur Macht des Abstandsgebots.....	210
Fazit zum 1. Teil: Rechtstatsächliche Abschlüsse und		
	theoretische Anschlüsse .....	213
2.	Teil: Schuldstrafrecht und Präventionsstrafrecht – Rechtfertigungs-	
	zusammenhänge und -brüche im gesellschaftlichen Wandel.....	217
1.	Kapitel: Das Schuldstrafrecht – Zur Autonomie im (liberalen)	
	Rechtsstaat.....	219
A.	Der Rechtsstaat: Rechtsidee, Staatsidee und Herrschaftsform .....	220
I.	Die Rechtsidee.....	221
1.	Der (Rechts-)Begriff der Freiheit.....	221
2.	Die Zwangsbefugnis als Komplementär: Zum	
	Staat als vernunftnotwendige Institution.....	224
II.	Die Herrschaftsform: Gewaltmonopol, Gewaltenteilung	
	und Volkssouveränität .....	225
B.	Die Strafrechtsidee: Zur Funktion und den Mitteln des	
	Strafrechts .....	230
I.	Die Funktion: Freiheitssicherung .....	230
II.	Die Mittel der Freiheitssicherung: Strafgerechtigkeit und	
	Schuld.....	232
1.	Die Strafgerechtigkeit: Talionsprinzip .....	232
2.	Die Schuld als notwendige Voraussetzung der	
	Wiedervergeltung .....	234
III.	Bewertung der Sicherungsverwahrung im Rahmen des	
	Schuldstrafrechts .....	236
C.	Rechtfertigungsbrüche .....	237
I.	Zur Stabilitätsbedingung im Politischen: Das	
	vorausgesetzte autonome Subjekt .....	237
II.	Zur Stabilitätsbedingung im Privaten: Das	
	unberücksichtigte Allgemeinwohl.....	239
1.	Die formale Rationalität des Rechts und das	
	subjektive Recht .....	239
2.	Die liberale Theorie als Ersatz für Gerechtigkeit	
	im Recht .....	242
3.	Gesellschaftliche Konsequenzen und	
	Rückwirkungen auf das Recht .....	244

III.	Konsequenzen für das Schuldstrafrecht und die Legitimation der Sicherungsverwahrung .....	245
D.	Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte .....	247
E.	Fazit .....	249
2.	Kapitel: Das Präventionsstrafrecht – Interventionen im demokratischen Rechts- und Sozialstaat .....	253
A.	Die Entwicklung des sozialen Interventionsstaats als Antwort auf die Probleme des liberalen Rechtsstaats.....	254
I.	Anknüpfungspunkte für den Umbau zum sozialen Interventionsstaat.....	254
II.	Der soziale Interventionsstaat .....	256
III.	Die Politisierung des Rechts: Positivierung und Demokratisierung .....	258
1.	Zur Kontingenz des positiven Rechts .....	258
2.	Zur Demokratisierung als Ersatz für die Vernunft .....	260
B.	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als konkrete Rechtfertigung der einzelnen Steuerungsgesetze .....	264
I.	Die materiale Rationalität des wohlfahrtsstaatlichen Rechts .....	265
II.	Die strafrechtliche Materialisierung: Entwicklung des Präventionsparadigmas.....	267
1.	Zur strafrechtlichen Eigenheit im Wandel .....	267
2.	Anknüpfungspunkte für den Wandel des Strafrechts .....	269
3.	Der moderne präventive Steuerungsanspruch.....	272
a)	Prävention und Risiko.....	273
b)	Zur Systemebene der Prävention – die Tatbestandsseite.....	275
c)	Zur Individualebene der Prävention – die Rechtsfolgenseite .....	276
III.	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als (verfassungsrechtlicher) Maßstab des materialisierten Rechts .....	278
1.	(Verfassungs-)rechtliche Ableitung der Verhältnismäßigkeit.....	279
2.	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Verfassungsrecht: Das Verhältnis von Demokratie und Grundrechten.....	279
3.	Komponenten der Verhältnismäßigkeit.....	281
a)	Geeignetheit .....	282
b)	Erforderlichkeit .....	284



c)	Verhältnismäßigkeit i.e.S. als Abwägung .....	287
IV.	Bewertung der Sicherungsverwahrung im Rahmen des Präventionsstrafrechts .....	290
C.	Rechtfertigungsbrüche .....	290
I.	Zur Kritik der Abwägung .....	291
1.	Zur Einheit der Verfassung.....	291
2.	Zur Verschränkung von zweckrationalen und wertrationalen Argumenten: Recht als sachbestimmtes Ordnungsmodell.....	293
3.	Zum Status empirischer Argumente und zum Verhältnis von Politik und Recht.....	295
II.	Zum vorausgesetzten Regulationserfolg .....	299
1.	Rechtsgeltung und Steuerungsversagen .....	299
2.	Die (Außen-)Perspektive einer kritischen Kriminalwissenschaft: <i>punitive turn</i> und Sicherheitsgesellschaft .....	303
a)	Zum Regulationserfolg auf der Systemebene der Prävention .....	303
b)	Zum Regulationserfolg auf der Individualebene der Prävention .....	305
III.	<i>v. Liszt</i> und der Nationalsozialismus .....	311
1.	Spezialpräventive Ausrichtung des Strafrechts durch <i>v. Liszt</i> .....	312
a)	Das Programm der Schutzstrafe und die Kategorisierung von Straftätern .....	313
b)	Erkenntnistheoretische und (rechts-)philosophische Implikationen der <i>v. Liszt</i> 'schen Lehre .....	317
aa)	Antispekulativ und positivistisch .....	318
bb)	Seine Empiriebegriffe und das Verhältnis von Sein und Sollen .....	320
(1)	Zum entwicklungsgeschichtlichen Empiriebegriff.....	320
(2)	Zum naturwissenschaftlichen Empiriebegriff: Bestrafungstrieb und Determinismus .....	322
cc)	Der Status des Empirischen bei <i>v. Liszt</i> .....	324
dd)	Staatsverständnis.....	327

ee)	Vorrangverhältnis zwischen Recht und Politik...	328
c)	Fazit: Machtpolitik der Gefährlichkeit.....	332
2.	Zur nationalsozialistischen Vereinnahmung der Maßregeln .....	333
a)	Die Maßregeln zwischen unbedenklicher Kontinuität, nationalsozialistischem Missbrauch und bedenklicher Kontinuität.....	335
aa)	Ausgangspunkt der strafrechtswissenschaftlichen Kontroverse: Die Entwicklungslinien der Maßregeln .....	335
bb)	Kontinuität und Diskontinuität: Zum Missbrauch der Maßregeln durch den Nationalsozialismus.....	338
cc)	Zur bedenklichen Kontinuität der strafrechtlichen Materialisierung im Nationalsozialismus.....	345
b)	Entwicklung der spezialpräventiven Ansätze im Nationalsozialismus: v. <i>Liszts</i> Gefährlichkeitsdoktrin und die normative Tätertypologie .....	348
3.	Fazit.....	354
IV.	Konsequenzen für das Präventionsstrafrecht und die Legitimation der Sicherungsverwahrung .....	354
Fazit zum 2. Teil: Zum Dilemma strafrechtlicher Rechtfertigungszusammenhänge .....		
		357
3.	Teil: Die Sicherungsverwahrung im Spiegel kritischer Systemtheorie.....	361
1.	Kapitel: Vorüberlegungen zur Verortung kritischer Systemtheorie im Recht .....	363
A.	Zur Relevanz von Gesellschaftstheorie im Recht.....	363
I.	Das Problem der Sachbestimmung des Rechts und der Konstruktion von Wirklichkeit.....	363
II.	Gesellschaftstheorie als Vermittler zwischen Wissen und Nicht-Wissen im Recht .....	369
III.	Normativer Ort für die Entfaltung von Gesellschaftstheorie.....	374

IV.	Konsequenzen für die Bewertung der Sicherungsverwahrung und ihrer Entwicklung .....	376
B.	Zur Theoriesynthese „kritische Systemtheorie“ .....	377
2.	Kapitel: Die Parameter einer kritischen Systemtheorie für das (Straf-)Recht.....	379
A.	Zu den (erkenntnistheoretischen) Grundlagen der Systemtheorie und deren Bedeutung für einen systemischen Reflexionsbegriff.....	379
I.	Zur Differenz von System/Umwelt .....	381
II.	Zur Paradoxie und der Politik der Entparadoxierung.....	384
III.	Konsequenzen für die Konstruktion von Wirklichkeit.....	389
1.	„Wirkliche“ Umwelt als systeminterner imaginärer Raum .....	390
2.	Sinn als systemübergreifendes Medium.....	393
3.	Zur Gesellschafts-Rationalität als ökologischer Rationalität und deren Mittel struktureller Kopplungen.....	395
a)	Zur ökologischen Rationalität.....	395
b)	Zur strukturellen Kopplung.....	398
IV.	Kommunikation: Der Mensch und das soziale System .....	400
V.	Die Wissenschaft als Beobachter .....	403
B.	Zur Gerechtigkeit im Rechtssystem.....	404
I.	Recht als soziales System.....	405
II.	Gerechtigkeit im Rechtssystem .....	407
1.	Gerechtigkeit als Kontingenz- und Selbsttranszendenzformel .....	408
2.	Zur Umsetzung der Gerechtigkeit in rechtliche Argumentation: Die Unterscheidung Gerechtigkeit/ Zweitcodierung .....	413
III.	Rückschlüsse für die Bearbeitung von Grundrechtskonflikten im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Recht-Fertigung von Kollisionsregeln .....	418
C.	Fazit .....	427
3.	Kapitel: Konsequenzen für die Recht-Fertigung der Sicherungsverwahrung .....	429

A.	Systemtheoretische Interpretation der Abwägungsinhalte bei der Sicherungsverwahrung .....	429
I.	Zum ‚gefährlichen‘ Menschen: Indeterminismus vs. Determinismus .....	430
II.	Die Funktionalität der Schuld, der Schuldunfähigkeit und der Gefährlichkeit im Rechtssystem.....	432
	1. Zur Funktion des Rechtssystems.....	432
	2. Zur Erwartungsstabilisierung durch Schuld und Schuldunfähigkeit als Zwei-Seiten-Form .....	434
	a) Schuld als ‚innere‘ Tatsache .....	434
	b) Schuldunfähigkeit als Scheitern der Enttäuschungserklärung.....	435
	3. Zur Funktionalität der Gefährlichkeit .....	436
III.	Zur Gerechtigkeit der Schuld, der Schuldunfähigkeit und der Gefährlichkeit.....	439
	1. Zur Gerechtigkeit der Form Person/Nicht-Person .....	439
	2. Zur (Un-)Gerechtigkeit der Form Schuld/ Gefährlichkeit.....	447
	a) Zur Frage der radikalen Exklusion von Körpern durch Gefährlichkeit .....	449
	b) Zu den ökologisch-rationalen Grenzverläufen des politischen Systems, des Rechtssystems und des Gesundheitssystems unter dem Begriff der Gefährlichkeit .....	452
	c) Zur Ungerechtigkeit der Sicherungsverwahrung.....	457
	d) Zur Möglichkeit gerechter Maßregeln: Ein kritisch-systemtheoretischer Gegenvorschlag zur Sicherungsverwahrung.....	464
IV.	Zur Formulierung einer Kollisionsregel.....	470
B.	Eine systemtheoretische Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung.....	471
I.	Zu den Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen im Zeitraum 2004 bis 2009.....	472
II.	Zu den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte .....	474

III.	Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach der Intervention des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	475
IV.	Fazit: Zur Bedeutung eines transnationalen Netzwerks von Verfassungsgerichten.....	477
	Fazit zum 3. Teil: Kritische Systemtheorie und Strafrecht .....	479
	Literaturverzeichnis .....	483