

Präventiver Freiheitsentzug versus Freiheitsstrafe: sind die straftheoretischen Prämissen der "Zweispurigkeit" noch zeitgemäß?

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2015. "Präventiver Freiheitsentzug versus Freiheitsstrafe: sind die straftheoretischen Prämissen der 'Zweispurigkeit' noch zeitgemäß?" In *Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?*, edited by Katrin Höffler, 97–106. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen. <https://doi.org/10.17875/gup2015-813>.

Katrin Höffler (Hg.)

Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?

Dieses Werk ist lizenziert unter einer

[Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz.](#)



Katrin Höffler (Hg.)

Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?

Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften
Band 27



Universitätsverlag Göttingen
2015

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über [<http://dnb.dnb.de>](http://dnb.dnb.de) abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Institut für Kriminalwissenschaften

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Katrin Höffler, Jörg-Martin Jehle,

Uwe Murmann

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Sophie-Kristin Marsch

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

© 2015 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-207-5

ISSN: 1864-2136

Präventiver Freiheitsentzug versus Freiheitsstrafe – sind die straftheoretischen Prämissen der „Zweispurigkeit“ noch zeitgemäß?

Johannes Kaspar

A. Einführung

Wenn man über eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen spricht, umfasst das sowohl die Freiheitsstrafe als auch die stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung. Letztere stehen derzeit im Fokus der Reformdiskussion. Dennoch ist es meines Erachtens sinnvoll, sich in diesem Zusammenhang auch der ganz grundlegenden Frage der Abgrenzung von Strafen und Maßregeln zuzuwenden. Wir alle sind es gewohnt, „zweispurig“ zu denken, also von einer strikten Trennung von Strafen und Maßregeln auszugehen, wie sie seit 1933 im deutschen Strafrecht verwirklicht ist. Historisch gesehen handelte es sich dabei bekanntlich um einen Kompromiss zwischen den Vertretern eines klassischen Schuldstrafrechts und der Strafrechtsschule Franz v. Liszts, die eine spezialpräventiv orientierte Zweckstrafe forderte.¹

Durch die Rechtsprechung des EGMR zur Sicherungsverwahrung² ist das wohlgeordnete Bild von zwei völlig getrennten „Spuren“ allerdings aktuell ins Wanken geraten. Und in der Tat erscheint es bei unbefangenen Blick nicht selbstverständlich, warum Freiheitsstrafe auf der einen Seite, Sicherungsverwahrung und

¹ S. näher *Jehle*, in: SSW-StGB 2014, Vor § 66 Rn. 2; *Roxin* 2006, § 1 Rn. 4 sowie § 4 Rn. 1 ff.

² S. vor allem EGMR, Urt. v. 17.12.2009, 19359/04 = NJW 2010, 2495 sowie Urt. v. 13.1.2011, 6587/04 = NJW 2011, 3423.

Unterbringung in der Psychiatrie oder Entziehungsanstalt auf der anderen Seite sich so grundlegend voneinander unterscheiden sollten. Jeweils entzieht der Staat dem Bürger die Freiheit, jeweils ist der Anlass dieses Freiheitsentzugs die Begehung einer Straftat. Diese Gemeinsamkeit des Bezugs zu einer Straftat ist auch der wesentliche Grund, warum all diese Sanktionen nach Ansicht des BVerfG³ dem „Strafrecht“ in Art. 74 GG zuzuordnen sind und daher der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallen. Aus diesem Blickwinkel scheinen Strafen und Maßregeln also recht nah beieinander zu liegen.

Also von verschiedenen Spuren doch „keine Spur“, wie es *Horst Schüler-Springorum* formuliert hat?⁴ Bekanntlich erfolgt an dieser Stelle regelmäßig der Hinweis auf eine unterschiedliche Zielsetzung der beiden Sanktionsarten: Die Maßregeln der Besserung und Sicherung seien rein präventiv ausgerichtet, während es bei der Strafe im Kern um „Schuldausgleich“ gehe.⁵ „Präventiver Freiheitsentzug“ ist nach dieser Lesart ein aliud im Vergleich zur Freiheitsstrafe, womit die Existenz zweier separater Spuren ausreichend belegt wäre. Diese Dichotomie von Schuldausgleich und Prävention ist die zentrale straftheoretische Prämisse der Zweispurigkeit, und sie wird auch vom BVerfG in mehreren Entscheidungen aus jüngerer Zeit⁶ stark in den Vordergrund gerückt. Ich halte das, um die im Titel aufgeworfene Frage schon vorweg zu beantworten, für eine inhaltlich zweifelhafte Position, die den aktuellen Stand der straftheoretischen Debatte nicht widerspiegelt und in diesem Sinne auch nicht mehr zeitgemäß ist.

B. Gründe für die Besinnung auf die straftheoretischen Wurzeln der Zweispurigkeit

Zuvor will ich allerdings noch präzisieren, warum es sinnvoll ist, im Zuge von Reformüberlegungen im Bereich der freiheitsentziehenden Sanktionen auch auf die Abgrenzung von Strafen und Maßregeln einzugehen, die, wie wir eben schon gesehen haben, eng mit der Frage der jeweils verfolgten Zwecke zusammenhängt.

Zunächst handelt es sich um ein Gebot der kriminalpolitischen Vernunft – wenn wir über die Einschränkung, Modifizierung oder gar Ausweitung von freiheitsentziehenden Sanktionen nachdenken, müssen wir uns Klarheit darüber verschaffen, was wir mit diesen Sanktionen eigentlich erreichen wollen.

Die Fragestellung hat darüber hinaus einen verfassungsrechtlichen Gehalt: Denn von welcher freiheitsentziehenden Sanktion wir auch immer sprechen, stets handelt es sich um einen gravierenden Eingriff in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG, der nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstäben am Grund-

³ BVerfGE 109, 190 ff.

⁴ *Schüler-Springorum* 2001, 1021.

⁵ Vgl. statt vieler nur *Radtke* GA 2011, 636; *Walter* GA 2014, 316, 329 f.

⁶ BVerfGE 128, 326 ff.; 130, 372 ff.

satz der Verhältnismäßigkeit gemessen werden muss.⁷ Dieser umfasst bekanntlich das Gebot, dass mit der in Rede stehenden Maßnahme ein legitimer Zweck verfolgt wird und dass die Maßnahme in Bezug auf diesen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist. Auch daraus folgt, dass man der Frage des verfolgten Zwecks nicht entkommt.

Darüber hinaus ist die genauere Kategorisierung der Sanktionen entscheidend für die Geltung bestimmter Prinzipien, sofern sie (wie Art. 103 Abs. 2 GG) an den Begriff der Strafe anknüpfen – genau hier, bei der Geltung des Rückwirkungsverbots, lag bekanntlich eines der Probleme, mit dem sich das BVerfG in seiner wichtigen Entscheidung zur Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011⁸ beschäftigt hat.

Auch für die aus Sicht des Betroffenen wichtige Frage der Anrechnung ist die Abgrenzung von Strafen und Maßregeln offensichtlich relevant: Versteht man Strafe und Maßregel jeweils als aliud mit unterschiedlicher Zielsetzung, wäre es nicht naheliegend, Zeiten im Maßregelvollzug auf eine ebenfalls zu verbüßende Freiheitsstrafe anzurechnen. Könnte man dagegen aufzeigen, dass beide Sanktionen auch im Hinblick auf den verfolgten Zweck große Gemeinsamkeiten aufweisen, wäre damit eine weitgehende Anrechnung geboten, um den kumulativen Grundrechtseingriff möglichst gering zu halten.

Und auch über die Frage der Anrechnung hinaus ermöglicht erst die Vergewisserung, welche Zwecke jeweils verfolgt werden, die Suche nach möglichen funktionalen Äquivalenten *de lege ferenda* – wenn wir beispielsweise die Freiheitsstrafe in Teilbereichen noch stärker durch andere, ambulante Sanktionen ersetzen wollen, müssen wir wissen, ob auch damit die verfolgten Zwecke in gleicher oder zumindest annähernd gleicher Weise erzielt werden können.

C. Abgrenzung der zwei Spuren

I. Abgrenzung anhand des verfolgten Zwecks

Begeben wir uns also auf „Spurensuche“ – lassen sich Strafe und Maßregeln wirklich so einfach anhand des verfolgten Zwecks unterscheiden? Wie gesagt, das BVerfG folgt dieser Linie und hält auf diese Weise eisern am klassischen zweispurigen System fest. Besonders deutlich lässt sich das anhand der Entscheidungen aus den Jahren 2004 und 2011 zeigen, in denen das BVerfG die Sicherungsverwahrung nicht als „Strafe“ einordnet und damit auch eine Geltung des Rückwirkungsverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) verneint.

Art. 103 Abs. 2 GG sei auf staatliche Maßnahmen beschränkt, so das Gericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2004, die eine „missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen

⁷ Grundlegend BVerfGE 3, 383, 399; 6, 389, 439.

⁸ BVerfGE 128, 326.

dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient“⁹. Das ist ein klares Bekenntnis zum Zweck des Schuldausgleichs, der hier als „zentrale Funktion“¹⁰ der Strafe bezeichnet wird. Dass Schuldausgleich auch als die Strafe legitimierender Zweck gesehen wird, klingt hier schon an, lässt sich aber auch in vielen anderen Passagen nachweisen, in denen Unterschiede zur Sicherungsverwahrung betont werden. Das gilt auch für die Entscheidung aus dem Jahre 2011.¹¹ Die Sicherungsverwahrung müsse, so liest man dort, aus einem „überwiegenden Interesse“ der Allgemeinheit begründet werden, während die Berechtigung des Staates zu strafen allein aus der rechtswidrigen und schuldhaften Tatbegehung folge. Die Sicherungsverwahrung mache eine (naturbedingt unsichere) Gefährlichkeitsprognose erforderlich und sei daher ein „Sonderopfer“ im Vergleich zur Freiheitsstrafe, die auf der festgestellten schuldhaften Tatbegehung beruhe. Das ist ein interessanter Aspekt des Urteils, zumal auch die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB in einer neueren Entscheidung mit ähnlicher Begründung als „Sonderopfer“ bezeichnet wird.¹²

Im Umkehrschluss bedeutet das dann aber offenbar, dass Strafe, auch Freiheitsstrafe, ganz einfach „verdient“ ist, ohne dass wir uns hier über eine Belastung als „Sonderopfer“ im Sinne der Allgemeinheit Gedanken machen müssten und ohne dass es auf gut begründete „überwiegende Interessen“ ankäme. Und genau das ist m. E. nicht haltbar.¹³ Ich kann das hier nur in aller Kürze andeuten, aber nach meiner Ansicht folgt aus der Struktur des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, den ich oben erwähnt habe, zwingend, dass der Staat einen gravierenden Grundrechtseingriff wie die Freiheitsstrafe anhand eines rational begründbaren und prinzipiell empirisch überprüfbaren Zwecks gegenüber dem betroffenen Bürger rechtfertigen muss.¹⁴ Der bloße Hinweis auf die letztlich metaphysische Zielsetzung des „Schuldausgleichs“, was nichts anderes ist als die gute alte „Vergeltung“, genügt diesen Anforderungen nicht. Er hat daher als legitimierender Zweck der Strafe außer Betracht zu bleiben.

An sich waren wir in diesem Punkt schon weiter: Das BVerfG selbst hat in seiner Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe betont, dass Schuldausgleich kein „Selbstzweck“ sein dürfe, und eine generalpräventive Strafbegründung in den Vordergrund gerückt.¹⁵ Davon ist in den neueren Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung nicht mehr die Rede.

Die hier vertretene Ablehnung von Schuldausgleich als Strafzweck bedeutet nicht, dass wir die Strafe abschaffen müssen. Wir dürfen uns nur nicht, das wäre

⁹ BVerfG NJW 2004, 739.

¹⁰ BVerfG NJW 2004, 739, 746.

¹¹ Zum Folgenden s. BVerfGE 128, 326 ff.

¹² BVerfGE 130, 372, 390.

¹³ Zur Kritik an den straftheoretischen Prämissen der Entscheidung s. bereits Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 100 ff.

¹⁴ Kaspar 2014, 130 ff.

¹⁵ BVerfGE 39, 46; 72, 114; s. dazu auch Roxin 2009, 601, 612 ff.

meine These, mit dem allzu bequemen Hinweis auf „gerechten Schuldausgleich“ begnügen.¹⁶ Auch die Strafe muss anhand präventiver Zwecke begründet werden, wobei dafür nach meiner Vorstellung (ohne dass ich das hier näher ausführen kann) in erster Linie auf Generalprävention in ihrer negativen wie positiven Variante abgestellt werden kann.

Dass die Strafe zumindest auch präventiven Zwecken dient, wird mittlerweile im Rahmen der vielfach vertretenen Vereinigungstheorien durchaus anerkannt¹⁷, und das gilt nicht nur für die General-, sondern auch für die Spezialprävention. Die Strafe soll der Resozialisierung dienen, hierauf besteht sogar ein verfassungsrechtlicher Anspruch.¹⁸ Und dass die Freiheitsstrafe einen sichernden Effekt hat, der vom Gesetzgeber auch durchaus mit in Rechnung gestellt wird, lässt sich in vielen Regelungen, etwa in den Strafvollzugsgesetzen, aber auch den Regeln im StGB betreffend die Strafaussetzung zur Bewährung, nachweisen.

Beide Zielsetzungen der Maßregeln, sowohl Besserung als auch Sicherung, lassen sich somit auch der Freiheitsstrafe zuordnen, obwohl sie hier ausweislich der Voraussetzungen der Verhängung der Freiheitsstrafe nicht im Vordergrund stehen und daher nicht als ihr prägender Hauptzweck bezeichnet werden können. Dennoch kann man aber nach dem bisher Gesagten auch die Freiheitsstrafe mit Recht als „präventiven Freiheitsentzug“ bezeichnen.

II. Weitere Differenzierungsansätze

Wenn all das richtig ist, entfällt die klassische Abgrenzung von Strafen und Maßregeln anhand des Begriffspaars von „Schuldausgleich“ und „Prävention“.¹⁹ Es stellt sich dann noch die Frage, welche weiteren Möglichkeiten es gibt, die beiden „Spuren“ des Sanktionensystems voneinander zu unterscheiden.

1. Man könnte hierfür auf das unterschiedliche Wesen der jeweiligen Maßnahme abstellen: Nur die Strafe soll ein Element des „Tadels“ oder der sozioethischen Missbilligung enthalten. Aber auch das ist nicht vollends überzeugend, denn diese Wesensbeschreibung ist m. E. sehr eng mit der Zielsetzung des „Schuldausgleichs“ verknüpft; lehnt man diese ab, relativiert sich auch das „Tadelselement“ als Element der Strafe. Zudem wird von *Roxin* zu Recht die Frage aufgeworfen, ob nicht auch einzelne Maßregeln, namentlich die Sicherungsverwahrung (auch aus Sicht der Gesellschaft) ein Element der Missbilligung enthalten.²⁰

2. Denkbar wäre, wie es in den Entscheidungen des EGMR anklingt und auch vom BVerfG zugrunde gelegt wird, auf die Vollzugspraxis abzustellen. Das Ab-

¹⁶ Ganz zu Recht wird die Tatvergeltung von *Ellscheid* und *Hassemer* 1975, 266, 286 als „Ruhebank“ der Strafrechtswissenschaft bezeichnet.

¹⁷ Dazu *Roxin* 2006, § 3 Rn. 33 ff.

¹⁸ Vgl. nur BVerfGE 35, 202, 235; 45, 187, 238.

¹⁹ Vgl. auch *Lackner/Kühl* § 61 Rn. 2 a.E., nach denen eine „systematisch reine, am Vorbeugungszweck orientierte Trennung von Strafe und Maßregel unmöglich“ ist.

²⁰ *Roxin* 2006, § 3 Rn. 69.

standsgebot des BVerfG soll ja gerade sicherstellen, dass sich Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Vollzugsmodalitäten nicht zu sehr ähneln.²¹ Aber auch das scheint mir kein überzeugendes Abgrenzungskriterium zu sein. Denn der Kern des Grundrechtseingriffs liegt im Faktum des Freiheitsentzugs, der aus Anlass einer Straftat erfolgt – Gestaltungen auf Vollzugsebene ändern an dieser Basis nichts, modifizieren damit m. E. auch das Wesen der jeweiligen Maßnahme nicht so stark, dass man von zwei klar getrennten Spuren sprechen könnte, für die ganz unterschiedliche Regeln und Prinzipien greifen. Das gilt erst recht, wenn man, wie hier vertreten, davon ausgeht, dass jeweils präventive Zwecke verfolgt werden.

3. Auch *Roxin* lehnt eine Abgrenzung anhand der verfolgten Zwecke ab, geht aber davon aus, dass sich Strafen und Maßregeln anhand der jeweils geltenden begrenzenden Prinzipien unterscheiden. So gelte das Schuldprinzip mit seiner begrenzenden Wirkung nur für die Strafen, während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der offenbar als weniger taugliches Begrenzungsmittel eingeordnet wird, den Maßregeln vorbehalten sei.²² Man kann bereits das dabei anklingende „Entweder“ – „Oder“ von Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezweifeln. An sich gilt der allgemeine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (wie oben bereits angedeutet) auch für den Grundrechtseingriff der Freiheitsstrafe, und er wird nach hier vertretenen Ansicht in seinem kritischen Potenzial auch nicht vollständig vom Schuldprinzip ersetzt.²³ Und unabhängig davon kann über die Geltung von Prinzipien doch erst dann entschieden werden, wenn man zuvor eine Charakterisierung der in Rede stehenden Maßnahme vorgenommen hat. Wenn das richtig ist, kann die Geltung oder Nicht-Geltung des jeweiligen Prinzips nicht unmittelbar zu dieser Charakterisierung beitragen.²⁴

D. Zurück zur Einspurigkeit?

Bleibt nun mangels ganz klarer Abgrenzungsmöglichkeiten nur der Weg in die Einspurigkeit? Das wäre denkbar, aber die Beispiele aus anderen Ländern, die ein einspuriges System haben, stimmen skeptisch: Dort liegt die Dauer der verhängten Freiheitsstrafen, mit denen der Sicherungszweck dann möglicherweise direkt verfolgt wird, offenbar über dem in Deutschland üblichen Niveau.²⁵ Und das betrifft dann naturgemäß eine deutlich höhere Zahl von Personen, was aus liberal-rechtsstaatlicher Sicht keine vorzugswürdige Alternative darstellt.

²¹ Dazu näher BVerfGE 128, 326 ff.

²² *Roxin* 2006, § 3 Rn. 65 f.

²³ Dazu näher *Kaspar* (Fn. 14), 283 ff.

²⁴ S. dazu bereits *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87, 105 f.

²⁵ S. die Nachweise bei *Jehle*, in: SSW-StGB 2014, § 66 Rn. 1.

E. Zukunftsmusik: Ein mehrdimensionales Modell der strafrechtlichen Sanktionen?

Ein mögliches und realitätsnahes Modell des Sanktionensystems könnte so aussehen, dass man sich vom Dogma der strikten Zweispurigkeit verabschiedet und anerkennt, dass Strafen wie Maßregeln präventive Zwecke verfolgen, dass aber ein Kontinuum besteht zwischen den Ausprägungen verschiedener Präventionszwecke. Die Strafe dient nach meiner Vorstellung in erster Linie der Generalprävention, die Unterbringungen gem. §§ 63, 64 StGB in erster Linie der Spezialprävention in Form der Besserung und Sicherung. Die Sicherungsverwahrung steht in der Mitte dieses Kontinuums, da sie einerseits offensichtlich auch sichernde und die neuerdings stärker betonten therapeutischen Elemente aufweist, andererseits aber ein gewisses generalpräventives Element nicht zu leugnen ist.²⁶ Immerhin richtet sie sich als Sanktion gegen „normativ ansprechbare“²⁷, voll verantwortliche Täter und wird faktisch auch, wie aus der Praxis berichtet wird, durchaus im Sinne eines Abschreckungseffekts „angedroht“²⁸.

F. Was könnte daraus folgen?

Das sind noch ganz kursorische und skizzenhafte Bemerkungen, vieles bedürfte noch genauerer Überlegung. Aber ich will kurz andeuten, was aus einer solchen Aufteilung des Sanktionensystems in verschiedene Präventionsdimensionen verbunden mit der Ablehnung des Strafzwecks des „Schuldausgleichs“ konkret folgen könnte.

I. Zum einen wäre klargestellt, dass eine Freiheitsstrafe ohne begründbaren präventiven Zweck nicht in Betracht kommt und allein der Schuldausgleich diesen Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen kann. Dem müsste man nach meinem Dafürhalten etwa im Bereich der lebenslangen Freiheitsstrafe Rechnung tragen, die insgesamt fraglich ist, jedenfalls aber nicht allein wegen „Schwere der Schuld“ weiter vollzogen darf, wenn der Täter schon einen längeren Freiheitsentzug von mindestens 15 Jahren erlitten hat und von ihm keine Gefährlichkeit mehr ausgeht. Bei der derzeit anstehenden Reform der Tötungsdelikte sollte dieses Relikt reinen Schuldausgleichsdenkens daher gestrichen werden.

II. Wenn zugleich klargestellt ist, dass Sicherung nicht der Hauptzweck der Freiheitsstrafe ist, sondern es um eine Maßnahme geht, die insbesondere generalpräventiv wirken soll, also kurz zusammengefasst einen „Klugheitsgrund“ für zukünftige Normbefolgung liefern und den gestörten Rechtsfrieden wiederherstellen soll²⁹, dann spricht dies für eine weitreichende funktionale Äquivalenz anderer

²⁶ Vgl. dazu allgemein *Roxin* 2006, § 3 Rn. 64.

²⁷ Zu diesem Begriff s. *Roxin* 2006, § 19 Rn. 36.

²⁸ Vgl. die Nachweise bei *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87, 102.

²⁹ So die einprägsame Formulierung von *Greco* 2009, 359 ff.

auch ambulanter Sanktionsformen, solange sie (auch aus Sicht der Allgemeinheit) noch als angemessene und nicht verharmlosende Reaktion auf die Straftat zu bewerten sind. Kurz gesagt: Das „generalpräventive Minimum“ muss gewahrt sein, nicht mehr, nicht weniger. Bestes Beispiel ist die gemeinnützige Arbeit, die man m. E. ohne präventive Einbuße als Hauptstrafe einführen könnte. Hier gibt es praktische Umsetzungsprobleme³⁰, aber keine prinzipiellen straftheoretischen Bedenken.

III. Betont man die Nähe von Strafen und Maßregeln auch unter dem Aspekt des Präventionszwecks, so wird (selbst bei Anerkennung unterschiedlicher Ausprägungen von General- oder Spezialprävention) eine weitgehende wechselseitige Anrechnung erfolgen müssen, um eine unnötige und damit unverhältnismäßige Kumulation von Freiheitseingriffen zu vermeiden.

Die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2012, in der die Regelung des § 67 Abs. 4 StGB für verfassungswidrig erklärt wurde, weil dort jede Anrechnung von Unterbringungszeiten auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen ausgeschlossen war³¹, weist daher in die richtige Richtung. Dort wird zwar einerseits (erneut) betont, dass mit Schuldausgleich und Prävention jeweils unterschiedliche Ziele verfolgt würden, so dass auch eine kumulative Verhängung möglich sei³². Dann wird aber doch sehr stark auf die Vermeidung unnötiger Belastungen und die Erforderlichkeit von Anrechnungsmöglichkeiten gedrängt³³, was vom theoretischen Ausgangspunkt des Gerichts zwar nicht unbedingt konsequent erscheint, im Ergebnis aber als Freiheitsgewinn zu begrüßen ist.

Zweifelhaft ist der Regelungsgehalt von § 67 Abs. 4 StGB auch insofern, als dort die Anrechnung einer zuvor vollzogenen Maßregel gem. §§ 63, 64 StGB nur bis zu 2/3 der Strafdauer erfolgt. Die Aussicht eines noch nicht erledigten Strafrestes soll die Therapiebereitschaft des Betroffenen erhöhen, was für sich genommen schon in rechtlicher und empirischer Hinsicht fragwürdig erscheint. Vor allem vernachlässigt der Gesetzgeber hier seinen Auftrag zur Grundrechtsoptimierung – wenn er es kraft gesetzlicher Regelung in der Hand hat, einer anderen Freiheitsentziehung strafersetzenden Charakter zuzusprechen (wie das beispielsweise bei der U-Haft als Regelfall in vollem Umfang erfolgt), so muss er Abweichungen hiervon zumindest gut begründen. In § 67 Abs. 4 StGB ist das nicht gelungen, auch hier sollte eine Reform ansetzen.

IV. Die Betonung einer (auch funktionalen) Nähe von Strafen und Maßregeln ermöglicht schließlich auch einen neuen Blick auf die Frage der Geltung bestimmter Prinzipien. Es ist m. E. unbefriedigend, die Reichweite eines rechtsstaatlichen Schutzprinzips wie desjenigen in Art. 103 Abs. 2 GG sehr begriffsjuristisch zu

³⁰ Die aber insgesamt überwindbar sein dürften, vgl. aus jüngerer Zeit die Studie von *Bögelein/Ernst/Neubacher* 2014.

³¹ BVerfGE 130, 372 ff.

³² BVerfGE 130, 372, 374.

³³ BVerfGE 130, 372, 391 ff.

bestimmen, indem man den Charakter der Maßnahme als „Strafe“ prüft, diesen am theoretisch nicht überzeugenden Kriterium des „Schuldausgleichs“ festmacht und auf diese Weise sämtliche Maßregeln pauschal aus dem Anwendungsbereich des Prinzips ausnimmt (die doch angeblich ein besonders intensiv eingreifendes „Sonderopfer“ sein sollen, was doch eine besonders strikte Beachtung rechtsstaatlicher Kautelen nahelegen müsste). Ich denke, dass demgegenüber eine bereichsspezifische, am jeweiligen Schutzzweck ausgerichtete Betrachtung einzelner Prinzipien vorzugswürdig ist. Geht man davon aus, dass das Rückwirkungsverbot den Bürger auch vor staatlicher Willkür angesichts schwankender kriminalpolitischer Stimmungslagen schützen will und anerkennt man, dass die Sicherungsverwahrung als Maßnahme gegen (vermeintlich) hochgefährliche Täter schwerster Straftaten unter diesem Aspekt besonders missbrauchsanfällig ist, läge ein Einbezug in den Geltungsbereich von Art. 103 II GG mehr als nahe. Der damit verbundene Vertrauensschutz erscheint angebracht, wenn man die Tatsache bedenkt, dass sich die Sicherungsverwahrung gegen voll verantwortliche, schuldfähige Täter richtet, deren behauptete „Gefährlichkeit“ (auch im Vergleich zu §§ 63, 64 StGB) auf einer höchst unsicheren Grundlage beruht.

G. Schluss

Ich hoffe, der vorliegende Beitrag konnte zumindest einige zusätzliche Denkanstöße geben, auch wenn ich natürlich nicht mit Zustimmung in allen Punkten rechne. Vielleicht könnte man sich zumindest darauf einigen, dass die mit staatlichem Freiheitsentzug verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Betroffenen möglichst gering gehalten werden müssen, solange damit ein ausreichendes Maß an Prävention von Straftaten aufrecht erhalten werden kann – denn auch auf dieser Seite, dessen bin ich mir natürlich bewusst, geht es um grundrechtlich geschützte Positionen, hier diejenigen der potenziellen Opfer von Straftaten. Es geht dabei letztlich um die ewige Frage, wie Freiheit und Sicherheit zu „praktischer Konkordanz“ gebracht werden können. Darüber muss immer wieder aufs Neue diskutiert und auch gestritten werden. Ich bin daher *Katrin Höffler* sehr dankbar, dass sie das Thema der „Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen“ hier so prominent auf die Agenda gesetzt hat – und wer weiß, vielleicht schaffen wir es ja, einige gute und wichtige Botschaften an den Gesetzgeber zu senden.

Literatur

- Bögelein; Ernst; Neubacher* (2014) Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen, Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen, Baden-Baden.
- Ellscheid; Hassemer* (1975) Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in: Lüderssen; Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1, Frankfurt a.M., 266-292.
- Greco* (2009) Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin.
- Höffler; Kaspar* Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann, in: ZStW 124 (2014), 87-131.
- Kaspar* (2014) Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden.
- Lackner; Kühl* (Hrsg.) Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2014, München.
- Radtke* Schuldgrundsatz und Sicherungsverwahrung, in: GA 2011, 636-652.
- Roxin* (2006) Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München.
- Roxin* (2009) Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Hassemer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Volk, München, 601-616.
- Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2014, Köln (zit.: *Bearbeiter*, in: SSW-StGB 2014).
- Schüler-Springorum* (2001) Von Spuren keine Spur, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, 1021-1043.
- Walter* Die Freiheit der Person und die Psychiatrie, in: GA 2014, 316-332.
- Prof. Dr. Johannes Kaspar, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht, Universität Augsburg, Universitätsstr. 24, 86135 Augsburg, johan-
nes.kaspar@jura.uni-augsburg.de*