

Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2015. "Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 127 (3): 654–90. <https://doi.org/10.1515/zstw-2015-0033>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Prof. Dr. Johannes Kaspar*

Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR

DOI 10.1515/zstw-2015-0033

I. Rechtsstaatliche Grenzen und „Zweispurigkeit“

Mein Thema ist die Zweispurigkeit, also die gängige Unterteilung der strafrechtlichen Sanktionen in Kriminalstrafen auf der einen Seite und Maßregeln der Besserung und Sicherung auf der anderen Seite. Der Begriff der „Zweispurigkeit“ steht zwar nirgends ausdrücklich im Strafgesetzbuch. Er hat sich aber seit langem als Umschreibung des Dualismus von Strafen und Maßregeln etabliert. Dass wir im Rahmen unseres Generalthemas „Rechtsstaatliche Grenzen des Straf- und Strafprozessrechts“ auch über den Bereich der Sanktionen sprechen, ja, sprechen müssen, liegt auf der Hand. Denn aus der Perspektive der klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte ist die strafrechtliche Sanktion, insbesondere in der Form der Freiheitsentziehung, auf die ich mich im Folgenden vor allem konzentrieren werde, eine offensichtliche „Provokation“. Gerade hier müssen rechtsstaatliche bzw. verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Machtausübung in Stellung gebracht werden¹. Das ist an sich selbstverständlich, soll hier aber betont

¹ *Hörnle* bezeichnet die zweipolige Grund- bzw. Menschenrechtsperspektive, die das Verhältnis von Staat und Bürger in den Blick nimmt, als „altmodisch-schlichtes Grundrechtsverständnis“ (*Hörnle*, NStZ 2011, 488, 489). Man müsse von einem „mehrpolygonen“ Grundrechtskonflikt ausgehen, unter Einbezug der potenziell betroffenen Opfer, denen der Staat ebenfalls Kraft Verfassung Schutz bieten müsse. Letzteres ist zwar richtig, eine Schutzfunktion der Grundrechte ist weithin anerkannt; diese ist aber nach wie vor eindeutig nachrangig gegenüber der Abwehrfunktion und führt – anders, als dies teilweise zum Ausdruck gebracht wird – nicht etwa zu einer Art „Patt“ im Hinblick auf den Einsatz strafrechtlicher Sanktionen (vgl. aber *Frisch*, ZStW 102 [1990], S. 345, 369). Denn zum einen betont das Bundesverfassungsgericht, dass der Staat im Bereich der Schutzpflichten ein großes Ermessen hat und die Schutzpflicht sich nur im Ausnahmefall zu einer „Strafpflicht“ verdichtet (BVerfGE 39, 1; 115, 118, 159 f.; etwas weiter nunmehr BVerfG, Kammerbeschl. v. 19. 05. 2015 – 2 BvR 987/11 = JZ 2015, 890 ff. m. Anm. *Hörnle* und *Gärditz*). Hinzu kommt

***Kontaktperson:** Johannes Kaspar, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg

werden, weil es doch immer wieder Tendenzen gab und gibt, die Strafe als Sonderbereich den herkömmlichen verfassungsrechtlichen Grenzen zu entziehen. Darauf werde ich sogleich nochmals zurückkommen; bereits jetzt sei an die früher vielfach vertretene Ansicht erinnert, wonach sich Inhaftierte im Strafvollzug in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ befänden, das einen eingeschränkten grundrechtlichen Status mit sich brächte. Erst das Bundesverfassungsgericht hat dieser Ansicht endgültig einen Riegel vorgeschoben und damit die Einführung einer gesetzlichen Grundlage für den Strafvollzug erzwungen².

Nicht ganz so offensichtlich ist, warum es sich lohnt, im Zusammenhang mit unserem Generalthema gerade über die Zweispurigkeit zu sprechen. Dabei handelt es sich, so könnte man meinen, um einen eher klassifikatorischen Begriff, der juristischen Systematisierungsdrang widerspiegelt, aber in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Grenzen der jeweiligen Sanktion steht. So ist es natürlich nicht – ganz im Gegenteil. Bester Beleg dafür ist die Debatte um die Sicherungsverwahrung, die durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts neue Impulse erhalten hat. Diese Debatte hat nach meiner Wahrnehmung deutlich gezeigt, dass eine trennscharfe Abgrenzung von Strafen und Maßregeln weniger klar durchführbar ist, als es das suggestive Bild von der „Zweispurigkeit“ an sich nahe legt³. Zugleich ist erneut klar geworden, welch große Bedeutung die „Kategorisierung“ der Sanktion nichtsdestotrotz für die Frage ihrer rechtsstaatlichen Begrenzung hat⁴. Die Gefahr einer zweispurigen Betrachtungsweise, so meine These, ist eine Argumentation, die zu stark auf einer begrifflich-oberflächlichen Ebene bleibt und den Schutzzweck des jeweils in Rede stehenden Prinzips, im konkreten Fall: des Rückwirkungsverbots⁵ vernachlässigt. Damit verbunden ist

eine Asymmetrie der grundrechtlichen Beeinträchtigungslage: Die Strafe (bzw. die Maßregel) greift evident und direkt in Freiheitsgrundrechte ein, während der Verzicht auf eine solche Sanktion nicht unmittelbar und sicher prognostizierbar tatsächlich zu einer Straftat und damit zu einer Verletzung oder Gefährdung grundrechtlich geschützter Güter führt, siehe näher *Kaspar*, Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 154 f.

² BVerfGE 33, 1; ablehnend bereits *Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963, S. 59 und *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969, S. 98.

³ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 84: „Ein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen Strafe und Maßregeln besteht freilich nicht“. Zur Ähnlichkeit beider Sanktionsformen siehe auch *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 355; *Schüler-Springorum*, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 1021 ff.

⁴ Insofern trifft der Einwand von *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 363, wonach die Unterscheidbarkeit beider Sanktionsformen eine „falsch gestellte Frage“ sei, nicht die hier an der Geltung rechtsstaatlicher Prinzipien wie Art. 103 Abs. 2 GG orientierte Betrachtungsweise.

⁵ Ähnliche Kritik bei *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 97 f.

die Gefahr einer sachlich nicht gerechtfertigten Einschränkung rechtsstaatlicher Grenzen⁶, und zwar nur scheinbar paradoxerweise auf beiden Seiten, also sowohl im Hinblick auf die Strafe als auch auf die Maßregel. Beides will ich kurz erläutern.

II. Einschränkung rechtsstaatlicher Grenzen im Bereich der Maßregeln

Zumindest auf der Seite der Maßregeln handelt es sich um ein bekanntes und immer wieder kritisiertes Phänomen: Ein Teil der rechtsstaatlichen Garantien wie das Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG, wird nur den mit einer Strafe Sanktionierten gewährt, den von einer Maßregel Betroffenen aber vorenthalten. Damit wird über die Regelung in § 2 Abs. 6 StGB eine Rückwirkung möglich, solange (wie im Bereich der Sicherungsverwahrung) gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Die Frage der Zulässigkeit einer Rückwirkung war Gegenstand der bereits erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR, die Ihnen allen bekannt sind und deren Inhalt ich daher hier nur kurz skizzieren will.

1. Die Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR zum Rückwirkungsverbot im Bereich der Sicherungsverwahrung

Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits im Jahr 2004 entschieden, dass die rückwirkende Aufhebung der früheren Begrenzung der Sicherungsverwahrung auf 10 Jahre⁷ verfassungskonform sei⁸. Das Gericht argumentierte unter Hinweis auf die Trennung von Strafen und Maßregeln im zweispurigen System, dass auf

⁶ Drastisch *Muñoz Conde*, GA 1984, 221f.: Das zweispurige System sei ein „wissenschaftlicher Vorwand für eine unbeschränkte soziale Kontrolle der Bürger oder jedenfalls für eine gegenüber den traditionellen Prinzipien des liberalen Strafrechts verschärfte Sanktionspraxis“. Oft findet sich im Schrifttum allerdings die genau entgegengesetzte Annahme, wonach gerade die Betonung der Zweispurigkeit rechtsstaatliche Grenzen sichere, vgl. nur *Radtke*, GA 2011, 636. Diese Perspektive hängt m. E. sehr stark mit der zweifelhaften Annahme zusammen, wonach ein reines „Schuldstrafrecht“ per se eng begrenzt und ein „Präventionsstrafrecht“ zwangsläufig zur Expansion und letztlich zu staatlichem Terror führe. Siehe dazu auch *Kaspar* (Anm. 1), S. 298 ff. und S. 341 ff. sowie *ders.*, in: *Brunhöber* (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, 2014, S. 61 ff.

⁷ Frühe Kritik gegen die Abschaffung der Zehn-Jahres-Grenze bei *Rosenau*, StV 1999, 388, 396: „problematische Regelung“.

⁸ BVerfGE 109, 134 ff.

letztere Art. 103 Abs. 2 GG nicht anwendbar sei, sondern nur das allgemeine rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot, das in der Abwägung mit den Rechten potenzieller Opfer als nicht verletzt angesehen wurde⁹.

Der EGMR urteilte im Jahre 2009 und weiteren Folgeentscheidungen dagegen, dass die Sicherungsverwahrung als „Strafe“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren sei, so dass jede Form der Rückwirkung als konventionswidrig bezeichnet wurde¹⁰. Dabei nahm der EGMR eine Gesamtbetrachtung vor, bei der u. a. die Tatsache eines weitgehend ähnlichen Vollzugs von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung eine wichtige Rolle spielte, daneben aber auch der sich im Präventionsbereich überschneidende Zweck beider Maßnahmen¹¹.

Im Jahre 2011 hatte das Bundesverfassungsgericht die Frage erneut zu entscheiden¹². Es stand vor der schwierigen Aufgabe, entweder seine eigene Rechtsprechung aus dem Jahre 2004 korrigieren zu müssen und die Sicherungsverwahrung dem Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG zu unterwerfen, oder sich in der Sache gegen die Entscheidung des EGMR aus dem Jahre 2009 zu stellen. Das Gericht wählte letztlich einen (wenn man so will: salomonischen¹³) Mittelweg: Es hielt einerseits am zweispurigen System fest und betonte erneut, dass die Sicherungsverwahrung keine „Strafe“ im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG sei¹⁴. Andererseits monierte es, dass sich die Sicherungsverwahrung im Hinblick auf ihren tatsächlichen Vollzug zu sehr einer „Strafe“ angenähert habe. Das bereits in der Entscheidung von 2004 erwähnte Gebot eines „Abstands“ von Sicherungsverwahrung und Strafe¹⁵ sei damit verletzt¹⁶, so dass das gesamte Regelungssystem der Sicherungsverwahrung als unverhältnismäßige Einschränkung von Freiheitsrechten qualifiziert und eine Neuregelung bis zum Jahre 2013 gefordert wurde¹⁷.

In den Rückwirkungsfällen wurde darüber hinaus eine Verletzung des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebots angenommen, das aber eben (mangels Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG) nicht absolut gelte¹⁸. In Fällen, in denen eine

⁹ BVerfGE 109, 134, 185 ff.

¹⁰ EGMR NJW 2010, 2495. Siehe dazu u. a. *Schöch*, NK 2012, 47, 49.

¹¹ EGMR NJW 2010, 2495, 2498 f.; dazu auch *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 154 f.; *Volkmann*, JZ 2011, 838; *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 533.

¹² BVerfGE 128, 326.

¹³ *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 543 Fn. 146.

¹⁴ BVerfGE 128, 326, 392.

¹⁵ Siehe dazu (kritisch) *Höffler/Kaspar*, ZStW 123 (2012), S. 85; vgl. auch *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 139 f.

¹⁶ BVerfGE 128, 326, 387.

¹⁷ BVerfGE 128, 326, 404.

¹⁸ Nach dem Bundesverfassungsgericht (E 128, 326, 392) bestehe allerdings eine „enge Verwandtschaft und Strukturähnlichkeit mit dem ‚nulla-poena-Prinzip‘“; vgl. auch BVerfGE 109, 133,

„psychische Störung“ im Sinne des zwischenzeitlich erlassenen Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG)¹⁹ vorliege sowie eine „hochgradige Gefahr schwerster Sexual- oder Gewaltstraftaten“, könne die Sicherungsverwahrung auch in den Rückwirkungsfällen weiter vollzogen bzw. angewandt werden²⁰.

Die Sicherungsverwahrung wird in der Entscheidung als besonders gravierende Sanktion bezeichnet, als „Sonderopfer“, das strengen Grenzen unterworfen werden müsse²¹ – und dennoch soll sie dem Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG entzogen bleiben, obwohl dieser doch eigentlich Ausdruck einer besonderen Schutzwürdigkeit des Bürgers gegenüber staatlicher Machtausübung im Bereich des Strafrechts ist²².

171f. Offenbar soll hier eine Art Zwischenkategorie geschaffen werden, die mehr Vertrauensschutz bietet als das allgemeine rechtsstaatliche Gebot, aber anders als Art. 103 Abs. 2 GG Ausnahmen zulässt.

19 Dazu kritisch *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn*, FPPK 2011, 197; siehe auch *Schöch*, NK 2012, 47, 49f.

20 BVerfGE 128, 326, 332.

21 BVerfGE 128, 326, 374; der Charakter als „Sonderopfer“ wird hier aus der Tatsache abgeleitet, dass die Sicherungsverwahrung nicht auf dem Beweis einer begangenen Straftat, sondern auf einer bloßen Prognose der Gefährlichkeit beruhe (ähnlich *Wolf*, in: *Müller* [Hrsg.], Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung, 2012, S. 71, 72: Sonderopfer im Vergleich zum „normalen Opfer“ der Strafe). Diese Gegenüberstellung ist nur dann haltbar, wenn man (wie es das Gericht auch annimmt) allein das Vorliegen der Straftat als Beweis für die Verfolgung eines sinnvollen Zwecks der Maßnahme genügen lässt. Wenn man einen präventiven Nutzen auch der Strafe verlangt, ergeben sich ähnliche Probleme der empirischen Basis, vgl. *Höffler/Kaspar*, ZStW 123 (2012), S. 85, 111. Siehe zur „Sonderopferthese“ auch *Streng*, Festschrift für Schünemann, 2013, S. 827, 830, der zu Recht darauf hinweist, dass man auf der Basis einer an der sozialen bzw. präventiven Notwendigkeit orientierten Straftheorie durchaus von einer „Aufopferung“ des zu Strafe Verurteilten zugunsten der Allgemeinheit sprechen könne. *Peglau*, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, S. 437, 443, sieht in der Verortung der Sicherungsverwahrung im StGB ein Sonderopfer, das es so im Gefahrenabwehrrecht nicht gäbe. Auch § 63 StGB wird in einer späteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als „Sonderopfer“ bezeichnet, allerdings mit der etwas abweichenden Begründung, dass es hier um eine schicksalhafte, vom Betroffenen nicht beherrschbare Störung gehe (BVerfGE 130, 372, 390).

22 Siehe bereits von *Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, 1905, S. 80: „Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“. Zu den historischen Wurzeln siehe *Renzikowski*, Festschrift für Krey, 2010, S. 407, 411ff. Ähnliche Bedenken bei *Kinzig*, in: *Barton* (Hrsg.), „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, 2006, S. 143, 155: „Sollte gerade die möglicherweise schärfste Sanktion des Strafrechts keinerlei Strafcharakter besitzen?“. Interessant ist in diesem Kontext auch die Entscheidung BVerfG NSTZ-RR 2000, 281, in der moniert wird, dass der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht habe, warum der „besondere Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG“ auch die Maßregeln erfassen sollte.

2. Historischer Hintergrund

Ein kurzer historischer Rückblick²³ zeigt, dass dieses Ergebnis, also eine strengere Begrenzung der Strafe und weniger strenge Begrenzung der Maßregeln, durchaus bereits bei der Einführung des zweispurigen Systems im Jahre 1933 eine Rolle gespielt hat. Es handelte sich dabei bekanntlich um einen Kompromiss zwischen den Vertretern der „modernen Schule“ um *Franz von Liszt*, der seit seinem Marburger Programm eine spezialpräventive Zweckstrafe propagierte, und den Vertretern der klassischen Schule, die an der reinen Schuldvergeltungsstrafe festhalten wollten²⁴. Maßgebliches Vorbild für die gesetzliche Regelung war der von *Carl Stooß* geprägte Vorentwurf eines Schweizer Gesetzbuchs, der eine gesetzliche Differenzierung von Strafen und sichernden Maßnahmen vorsah²⁵. Vorausgegangen war eine längere Diskussion, in deren Verlauf zahlreiche Entwürfe zur Reform des StGB vorgelegt worden waren, darunter ein von *von Liszt* selbst mitverfasster Entwurf aus dem Jahre 1911 sowie ein Entwurf des Liszt-Schülers *Gustav Radbruch* aus dem Jahre 1922²⁶.

Das Problem, wie mit vermeintlich gefährlichen Rückfalltätern umgegangen werden sollte, wurde damals weithin anerkannt²⁷ und in allen Entwürfen zur Reform des Strafgesetzbuchs aufgegriffen²⁸. Spezialpräventive Sicherung gegenüber dieser Tätergruppe sollte nach dem Willen der „klassischen Schule“ aber eben nicht durch Strafe erfolgen, sondern in Form präventiver Maßnahmen²⁹, für die eine Begrenzung durch das Maß der Tatschuld nicht erforderlich erschien. Aussagen der Vertreter dieser Richtung zeigen deutlich, dass dabei auch der Gedanke einer Art „Reinhaltung“ des Systems eine wichtige Rolle gespielt hat³⁰;

²³ Zur geschichtlichen Entwicklung siehe nur *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 213, 216 ff.; *Kretschmer*, Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, 1999, S. 19 ff.

²⁴ Dazu *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 220 ff. Zu den Protagonisten des „Schulensstreits“ siehe nur *Koch*, in: *ders./Löhnig* (Hrsg.), Die Schule v. Liszts, 2015, S. 27, 40 ff.

²⁵ *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 226.

²⁶ Siehe näher *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 228 ff.

²⁷ *Frisch*, ZStW 94 (1982), S. 565, 569. Zur Bedeutung des Sicherungszwecks in den Konzepten von Liszts und seiner Schüler siehe *Kaspar*, in: *Koch/Löhnig* (Anm. 24), S. 119 ff.

²⁸ Vgl. *Frisch*, ZStW 94 (1982), S. 565, 573.

²⁹ Nachweise bei *Frisch*, ZStW 94 (1982), S. 565, 570.

³⁰ Vgl. *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 224; *Conradi*, Die Sicherungsverwahrung – Ausdruck einer zunehmenden Sicherheitsorientierung im Strafrecht?, 2013, S. 31; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 270; siehe auch *Frisch*, ZStW 94 (1982), S. 565, 571 f., der dies aus heutiger Sicht zu Recht als „schwer nachvollziehbares Sachargument“ bezeichnet (a. a. O., S. 574).

die Strafe sollte, so beispielsweise *Binding*, etwas „wesentlich Anderes, Höheres, Edleres“ bleiben und dürfe nicht zur polizeirechtlichen Sicherungsmaßregel herabgewürdigt werden³¹. Um einen heutigen Begriff aus dem Wirtschaftsleben zu gebrauchen: die so heftig bekämpfte spezialpräventive Aufgabe der Strafe wurde wie ein anrüchiger fauler Kredit in ein anderes Institut abgeschoben, eine „Bad Bank“ des Sanktionensystems sozusagen.

Franz von Liszt hat diese Fixierung der klassischen Schule auf die äußere Form zu folgendem spöttischen Kommentar veranlasst: „Das ist ja die liebenswürdige Seite in dem Verhalten unserer Gegner, dass sie zufrieden sind, wenn die Etiketten geschont werden“³².

Es bleibt festzuhalten, dass die Einführung der „Zweispurigkeit“ in historischer Perspektive auch auf dem Willen beruhte, das Sanktionsinstrumentarium so zu erweitern, dass bestimmte Grenzen einer Sanktionierung nicht entgegenstehen³³. Man könnte mit einer gewissen Berechtigung auch von einer gezielten „Umgehung“ rechtsstaatlicher Garantien sprechen, sofern diese, was noch zu klären ist, anhand ihres Sinn und Zwecks eigentlich auch spezialpräventiv orientierte strafrechtliche Sanktionen erfassen müssten. Hierin liegt auch der Kern des schon früh im Jahre 1924 von *Schwandner* geäußerten und von *Kohlrausch* in einem Beitrag in der ZStW wiedergegebenen Vorwurf, hier werde ein „Etikettenschwindel“ betrieben³⁴.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage entscheidend, ob und anhand welcher sachlicher Kriterien die Unterscheidung von Strafen und Maßregeln hinreichend sicher durchführbar ist und ob sie die Ungleichbehandlung im Hinblick auf die erwähnten rechtsstaatlichen Grenzen, insbesondere den im Zentrum der aktuel-

31 *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Band 1, 1915, S. 18; dazu auch *Frisch*, ZStW 94 (1982), S. 565, 569; *Mushoff*, Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung, 2008, S. 13 ff.

32 *von Liszt*, ZStW 13 (1893), S. 325, 367 f.

33 Vgl. etwa *Kretschmer* (Anm. 23), S. 20; *Hassemer/Neumann*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2015, Vor § 1 Rdn. 265; *Meier* (Anm. 30), S. 269. Aufschlussreich auch die Äußerung von *Rietzsch*, wonach der Gesetzgeber gefürchtet habe, dass die deutschen Richter es als „ungerecht“ ablehnen würden, „gegen gefährliche Täter bei geringer Schuld langjährige Strafen zu verhängen“ (in: *Gürtner* [Hrsg.], Das kommende Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1935, S. 151, zitiert nach *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 66 Rdn. 21).

34 *Kohlrausch*, ZStW 44 (1924), S. 21, 33. Zum Vorwurf des Etikettenschwindels siehe auch *Muñoz Conde*, GA 1984, 218, 223; *Kaiser*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?, 1990, S. 34; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 3), S. 87; *Freund*, GA 2010, 193, 208; *Fischer* (Anm. 33), § 66 Rdn. 21; das wird gerade auch in Bezug auf die hier thematisierte Frage der Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG angeführt, siehe nur *Kinzig*, in: *Barton* (Anm. 22), S. 143, 155: „Kann es nur von der Etikettierung durch den Gesetzgeber abhängen, ob einer Sanktion Straf- oder Maßregelcharakter zukommt?“; *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 126.

len Diskussion stehenden Art. 103 Abs. 2 GG, tatsächlich trägt. Ansonsten bestünde in der Tat die Gefahr, dass allein das vom Gesetzgeber vergebene Etikett ausschlaggebend ist³⁵.

III. Einschränkung rechtsstaatlicher Grenzen im Bereich der Strafe

Bevor ich mich dieser Frage zuwende, will ich noch begründen, warum ich in der aktuellen Debatte auch zumindest die Gefahr einer problematischen Entgrenzung auf der anderen Seite, also im Bereich der Strafe, sehe.

1. Gefahr der Kumulation von Freiheitsentziehung

Zum einen könnte die Akzentuierung des Trennungsdenkens, bei dem Strafen und Maßregeln als „alia“³⁶ erscheinen, zumindest de lege ferenda zu einer noch stärkeren Belastung der Sanktionierten in Form der Kumulation von Freiheitsentziehungen führen³⁷. De lege lata gilt das Prinzip des Vikariierens gem. § 67 StGB, wonach die Unterbringung gem. § 63 StGB bzw. § 64 StGB in der Regel vor der Strafe zu vollziehen ist und zumindest in Höhe von 2/3 der Dauer der Freiheitsstrafe eine Anrechnung erfolgt³⁸. Ganz zu Recht werden diese Regeln häufig als Indiz für eine weitreichende Annäherung der beiden Spuren herangezogen³⁹.

³⁵ Siehe auch (mit Hinweis auf die Geschichte der sozialtherapeutischen Anstalt) *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 589 sowie *Jung*, Festschrift für Wassermann, 1985, S. 875, 882. Treffend *Jung*, Was ist Strafe?, 2002, S. 36: „Ob eine grund- oder menschenrechtliche Garantie zum Tragen kommt, kann nicht alleine davon abhängen, ob der Gesetzgeber die Reaktion als Strafe oder Maßregel klassifiziert hat. Denn sonst würde man sich, was die Frage des Rechtsschutzes angeht, allein der gesetzgeberischen Entscheidung ausliefern“.

³⁶ So ausdrücklich *Radtke*, ZStW 110 (1998), S. 297.

³⁷ Siehe dazu *Marquardt*, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972, S. 36; *Freund*, GA 2010, 200.

³⁸ Kritisch zur damit verbleibenden Teilkumulation u. a. *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 380 mit Fn. 167; *Hassemer/Neumann*, in: NK (Anm. 33), Vor § 1 Rdn. 307. Für volle Anrechnung der vorwegvollzogenen Maßregel auf die Strafe *Muñoz Conde*, GA 1984, 218, 229.

³⁹ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rdn. 70; *Maurach/Gössel/Zipf/Dölling*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 57 Rdn. 17; *Meier* (Anm. 30), S. 374.

Aber: Sie könnten schnell zur Disposition stehen! Es ließe sich fragen, warum Zeiten im Maßregelvollzug überhaupt auf eine zugleich verhängte Freiheitsstrafe angerechnet werden sollten, wenn es sich wirklich jeweils um völlig unterschiedliche Sanktionen mit unterschiedlicher Zielsetzung, eben: „*alia*“ handeln sollte⁴⁰. So erscheint es nur konsequent, dass in der Debatte vor Einführung des zweispurigen Systems eine wechselseitige Anrechnung von vielen Vertretern des klassischen Schuldstrafrechts strikt abgelehnt wurde⁴¹. Auch das Bundesverfassungsgericht betont bis heute den Ausgangspunkt, dass es im zweispurigen System „angelegt“ sei, dass der Beschuldigte eine Freiheitsentziehung „auf doppelter Grundlage und damit gegebenenfalls kumulativ erleiden kann“⁴² – bevor dann regelmäßig in ihrer Reichweite unklare Relativierungen dieses Grundsatzes erfolgen⁴³.

2. Gefahr der Absenkung der Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Strafe

Im Bereich der Funktionen bzw. Zwecke der beiden Sanktionsarten liegt m. E. eine weitere, bislang kaum thematisierte Gefahr für die rechtsstaatliche Begrenzung

⁴⁰ Siehe auch *Kretschmer* (Anm. 23), S. 196, der im Hinblick auf die „Funktion“ des Schuldausgleichs jede Vertretung der Strafe durch die Maßregeln ablehnt. Je mehr man diese (im Ergebnis abzulehnende, siehe dazu unten) Funktion in den Vordergrund rückt, desto eher kommt man konsequenterweise zu einer schlichten Kumulation des Freiheitsentzugs. Siehe auch *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 534, nach dem das vikariierende System „völlig ungereimt wäre, wenn man strikt zwischen präventiver und repressiver Freiheitsentziehung unterscheiden würde“.

⁴¹ Siehe nur *Birkmeyer*, Strafe und sichernde Maßnahmen, 1906, S. 21 sowie die Hinweise auf Arbeiten von *Beling* und *Nagler* bei *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 345, 380 mit Anm. 164, der dagegen zu Recht auf den Grundsatz der „Erforderlichkeit“ hinweist. Gegen eine Kumulation auch bereits *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, S. 220 ff.

⁴² BVerfGE 130, 372, 374; siehe aktuell auch BVerfG StV 2015, 242, 244.

⁴³ Vgl. nur die etwas gewundene Formulierung in BVerfGE 130, 372, 374, wonach es geboten sei, die unterschiedlichen Zwecke „einander so zuzuordnen, dass die Zwecke beider Maßnahmen möglichst weitgehend erreicht werden, ohne dass dabei in das Freiheitsrecht des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 GG mehr als notwendig eingegriffen wird (so bereits BVerfGE 91,1)“. Greifbarer ist die spätere Aussage, wonach es Art. 2 Abs. 2 GG nahe lege, auf den Vollzug der Strafe insoweit zu verzichten, als dem Täter mit der Freiheitsentziehung als notwendiger Bedingung des Maßregelvollzugs aus Anlass der Tat „ein Übel zufügt werde, das zugleich dem Schuldausgleich dienen könne“, so bereits BVerfGE 91, 1, 32. Wann dies der Fall ist, bleibt offen. In BVerfGE 109, 134, 178 klingt eine etwas restriktivere Haltung an, wenn ausgeführt wird, dass die Frage der Anrechnung „auf allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten und nicht auf dem engeren Gesichtspunkt der Schuldkompensation“ beruhe.

der Strafe. Denn im Zuge des Beharrens auf der Zweispurigkeit wendet sich das Bundesverfassungsgericht in den neuen Entscheidungen einer überwiegend absoluten Straftheorie⁴⁴ zu. Dabei deutet sich ein Bild der Legitimation der staatlichen Strafe an, die allein aus der schuldhaften Tatbegehung folgt: Strafe erscheint hier als schlicht „verdiente“ Schuldvergeltung, die keiner weiteren Begründung bedarf, während die Sicherungsverwahrung (offenbar im Gegensatz zur Strafe!) ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ nötig mache⁴⁵. Die Strafe diene, so heißt es etwa in der Entscheidung von 2004, dem Zweck, begangenes Unrecht zu sühnen⁴⁶; sie sei eine „Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, die dem Schuldausgleich dient“; letzterer sei die „zentrale Funktion“ der Strafe⁴⁷. Ihre „Berechtigung“ liege, so heißt es in späteren Entscheidungen, in der Schuld des Betroffenen⁴⁸.

Es ist möglich, dass diese Elemente der Entscheidung auch den Umständen geschuldet sind, also einer gewissen Notwendigkeit, entgegen der Argumentation des EGMR die Unterschiede von Strafen und Maßregeln besonders herauszustellen. Nimmt man die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts aber beim Wort, handelt es sich aus meiner Sicht um einen klaren straftheoretischen Rückschritt⁴⁹. Denn an sich hatte das Gericht schon in mehreren Entscheidungen zuvor nicht nur auf die präventiven Zwecke der Strafe verwiesen⁵⁰, sondern gerade die „generalpräventive Funktion“ betont, der wegen der Aufgabe des Strafrechts zum Schutz wichtiger Rechtsgüter eine hohe Bedeutung zukomme⁵¹. Schuldausgleich wird zwar im Sinne einer eher eklektischen Betrachtungsweise⁵² als (man beachte die Wortwahl!) zulässiger „Aspekt“ einer angemessenen Sanktion erwähnt⁵³; er allein sollte die Strafe aber nicht rechtfertigen können, jedenfalls war das mein

⁴⁴ Zu den Gegenargumenten gegenüber einer „absoluten“ Strafbegründung siehe nur *Schreiber*, ZStW 94 (1982), S. 279, 280 ff.; *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/8 ff.; *ders.*, GA 2015, 185, 187 ff.

⁴⁵ Zur Güterabwägung bzw. dem Prinzip des überwiegenden Interesses als Rechtfertigung der Maßregeln siehe nur *Kretschmer* (Anm. 23), S. 42 m. w. N.

⁴⁶ BVerfGE 109, 134, 174.

⁴⁷ BVerfGE 109, 134, 173; ähnlich BVerfGE 128, 326, 377; zustimmend *Radtke*, GA 2011, 636, 642.

⁴⁸ BVerfGE 130, 372, 389; ähnlich bereits BVerfGE 128, 326, 376; zustimmend *Radtke*, GA 2011, 636, 643.

⁴⁹ Interessant in diesem Zusammenhang die Äußerung von *Haffke*, Festschrift für Hamm, 2008, S. 137, 138, wonach eine „substantielle Bestimmung“ des Unterschieds von Strafen und Maßregeln in einem „säkular verstandenen Schuldstrafrecht“ nicht gelingen könne.

⁵⁰ BVerfGE 21, 391, 404; 45, 187, 253 ff. Auf diese frühere Rechtsprechung wird auch in BVerfGE 109, 134, 173 hingewiesen.

⁵¹ BVerfGE 39, 37; dazu *Roxin*, Festschrift für Volk, 2009, S. 602, 611.

⁵² Kritisch *Roxin*, Festschrift für Volk, S. 601, 607.

⁵³ BVerfGE 45, 1878, 253 f.

Verständnis der bisherigen Rechtsprechung⁵⁴. Das kommt in den neuen Entscheidungen nicht mehr zum Ausdruck.

Lässt man tatsächlich „Schuldausgleich“ allein als rechtfertigenden Zweck der Strafe gelten, verkürzt man damit die ansonsten geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die an staatliche Eingriffe in Freiheitsgrundrechte gestellt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt die Formulierung eines Zwecks, der anschließend die Grundlage der Prüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eines Eingriffs ist⁵⁵. Schuldausgleich (als synonyme Bezeichnung für Vergeltung) passt in dieses Schema nicht, entzieht sich ihm vielmehr von vornherein⁵⁶ – darauf hat auch *Wolfgang Frisch* in mehreren aktuellen Publikationen hingewiesen⁵⁷.

Wer eine allein auf Schuldausgleich beruhende Theorie vertritt, müsste also begründen, dass der herkömmliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Strafen „nicht gilt“ – was angesichts der Eingriffsintensität der staatlichen Strafe ein mehr als merkwürdiges Ergebnis wäre. Oder er müsste begründen, wie dies vielfach geschieht⁵⁸, dass das Schuldprinzip eine strengere Begrenzung mit sich bringt, so dass die klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung vollständig ersetzt wird.

Aber das ist nicht richtig, wie sich leicht anhand der Struktur der jeweiligen Prüfung zeigen lässt. Das Schuldprinzip verlangt im Bereich der Strafzumessung die Angemessenheit von Tat und Strafe, stellt also eine Anlass-Mittel-Relation her. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dagegen baut auf einer Zweck-Mittel-Relation auf⁵⁹. Verzichtet man im Rahmen einer absoluten Strafbegründung auf die Formulierung eines rational begründbaren und prinzipiell auch empirisch überprüfbaren Zwecks, verkürzt man ausgerechnet im Bereich der staatlichen Strafe eine ansonsten bestehende generelle verfassungsrechtliche Anforderung. Es ist daher eine falsche Botschaft, wenn die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Anschein erweckt, die Strafe sei mit dem Ausgleich verwirklichter Schuld hinreichend gerechtfertigt und bedürfe da-

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 39, 1, 46 sowie 72, 114, wonach Strafe niemals „Selbstzweck“ sein dürfe, was *Roxin* (Festschrift für Volk, S. 602, 613) überzeugend als Absage an zweckfreie Vergeltung interpretiert. Siehe auch BGHSt. 24, 40, 42, wonach die Strafe nicht die Aufgabe habe, „Schuldausgleich um ihrer (richtig: seiner) selbst willen“ herbeizuführen.

⁵⁵ *Bae*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985, S. 51; siehe dazu auch *Freund*, GA 2010, 193.

⁵⁶ Siehe dazu *Kaspar* (Anm. 1), S. 134 ff.

⁵⁷ Vgl. *Frisch*, NSTZ 2013, 249 ff. sowie *ders.*, GA 2015, 65, 82.

⁵⁸ Vgl. exemplarisch *Landau*, NSTZ 2013, 196.

⁵⁹ *Bae* (Anm. 55), S. 47.

rüber hinaus keiner Begründung anhand überwiegender „öffentlicher Interessen“⁶⁰.

Es fällt auf, dass die im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz enthaltene „Zweckrationalität“ regelmäßig mit Entgrenzung und Uferlosigkeit in Verbindung und auf diese Weise in Misskredit gebracht wird⁶¹. Nach meiner Auffassung enthält sie demgegenüber ein wichtiges begrenzendes Element, das die Legitimität staatlichen Handelns sichert und auf das wir im Bereich des Strafrechts nicht verzichten dürfen. Der Zweck heiligt eben nicht die Mittel, sondern er macht eine kritische Prüfung und Abwägung der in Rede stehenden Maßnahme erst möglich.

Dass neben der auf einer Abwägung beruhenden Verhältnismäßigkeit noch absolute, abwägungsfreie Grenzen wie die Menschenwürdegarantie existieren, ist bei einer verfassungsrechtlichen Perspektive selbstverständlich. Daher führt die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch nicht zu deren Auflösung⁶², sondern zu deren Ergänzung, wodurch das rechtsstaatliche Schutzniveau insgesamt erhöht wird.

Das gilt auch im Hinblick auf das „Schuldprinzip“ klassischer Prägung, das u. a. auf das Rechtsstaatsprinzip sowie vor allem die Menschenwürde gestützt wird⁶³. Man muss hier aber deutlicher als dies teilweise geschieht zwischen der strafbegrenzenden und der strafbegründenden Funktion des Schuldprinzips unterscheiden. Sofern es der Begrenzung der Strafe dient, indem es (auf der Ebene der Strafbegründungsschuld) „vorwerfbares“ Handeln einer für die Tat verantwortlichen Person fordert, ist an dieser absoluten und unabwägbaren Grenze (bei allen Problemen der Bestimmung von „Schuld“ oder „Verantwortlichkeit“) festzuhalten⁶⁴.

Problematischer ist die Strafzumessungsschuld⁶⁵. Sie gilt trotz der mit ihr offensichtlich verbundenen begrifflichen Unklarheiten⁶⁶ nach wie vor als Garant einer strengen Limitierung der Strafhöhe, die m. E. aber auch durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewährleistet wird, wenn man wie ich von einer (positiv) generalpräventiven Strafbegründung ausgeht.

60 Sehr deutlich wird diese Gegenüberstellung bei Radtke, GA 2011, 636, 643.

61 Exemplarisch Naucke, KritV 2010, 129, 135.

62 Kritisch zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Begrenzungsprinzip Naucke, KritV 2010, 129, 135.

63 BVerfGE 25, 269, 285; Roxin, Festschrift für Volk, S. 602, 607. Siehe dazu (im Zusammenhang mit der Debatte um die Sicherungsverwahrung) auch Radtke, GA 2011, 636, 641.

64 BGHSt. 20, 323.

65 Vgl. BVerfGE 45, 187, 259, wonach „Tatbestand und Rechtsfolge – gemessen an der Idee der Gerechtigkeit – sachgerecht aufeinander abgestimmt sein“ müssen.

66 Siehe dazu Schreiber, ZStW 94 (1982), S. 279, 290 f.

Strikt abzulehnen ist jedenfalls eine straflegitimierende Funktion des Schuldprinzips, sofern damit von jedem präventiven Nutzen der Strafe abgesehen werden soll⁶⁷. Weder aus dem Rechtsstaatsprinzip, noch aus der Menschenwürdegarantie als den Wurzeln des Schuldprinzips lässt sich ableiten, dass nach einer Straftat in einer bestimmten Mindesthöhe gestraft werden müsse⁶⁸. Genau dieses „Schuldunterschreitungsverbot“ ist zwar als Teil der „Spielraumtheorie“ in der Rechtsprechung anerkannt⁶⁹ und hat auch in der Literatur viele Anhänger. Aber wessen Menschenwürde sollte verletzt sein, wenn nach einer Straftat eine vermeintlich zu niedrige Strafe verhängt wird oder auf gesetzlicher Grundlage sogar ganz auf Strafe verzichtet wird⁷⁰? Die des Täters gewiss nicht; aber auch die Menschenwürde der Opfer wird durch Strafflosigkeit oder zu milde Sanktionierung nicht tangiert, sofern der Staat damit nicht ausnahmsweise und aus den Umständen ersichtlich eine Missachtung und Verhöhnung der Opfer verbindet⁷¹.

Was bleibt ist die Aufgabe des Staates, durch eine von der Allgemeinheit als gerecht und gleichmäßig wahrnehmbare Strafverfolgung zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens bzw. des Vertrauens in die Rechtsordnung beizutragen, was letztlich wieder dem Endziel staatlichen Strafens, nämlich der Verhinderung zukünftiger Straftaten dient⁷² – aber damit verlässt man den Bereich des bloßen Schuldausgleichs um seiner selbst Willen und betritt den Bereich der positiven Generalprävention.

Ich halte es nach allem für bedenklich, die Strafe gleichsam – in Abwandlung der oben erwähnten Redewendung – als „heiliges Mittel“ zu betrachten und damit die Angabe eines Zwecks für entbehrlich zu halten⁷³. Die Zeiten der „zweck-

⁶⁷ Diese lässt sich richtigerweise auch § 46 StGB nicht entnehmen, siehe *Schreiber*, ZStW 94 (1982), S. 279, 285.

⁶⁸ Unklar insoweit *Radtke*, GA 2011, 636, 641, wonach die Ableitung aus der Menschenwürdegarantie „vor allem“ für die straflimitierende Funktion der Schuld Bedeutung habe.

⁶⁹ St. Rspr. des BGH; siehe auch BVerfGE 109, 134, 173 m. w. N.

⁷⁰ Exemplarisch für den unzureichenden Ableitungszusammenhang sind die Ausführungen in BVerfGE 130, 372, 389: Das Grundgesetz „gebietet (...), Freiheitsstrafen an das in der Würde des Menschen wurzelnde Schuldprinzip zu knüpfen“. Im Anschluss wird dann sehr stark die begrenzende Funktion des Schuldprinzips erwähnt und eher am Rande auch vom die Strafe „legitimierenden“ Grund der Schuld gesprochen.

⁷¹ Vgl. dazu *Weigend*, RW 2010, 39, 52f. Weitergehend aber *Hörnle*, Festschrift für Roxin II, 2011, S. 16.

⁷² Ähnlich *Meier* (Anm. 30), S. 269.

⁷³ Eine bloße Scheinlösung ist es, den „Zweck“ der Vergeltungsstrafe in der Herstellung von „Gerechtigkeit“ zu sehen (vgl. dazu *Kargl*, GA 1998, 53, 64f.). Denn auch dieser Zweck ist nicht im Sinne der Verhältnismäßigkeit operationalisierbar. Natürlich muss der Staat sich insgesamt um „Gerechtigkeit“ seines Handelns bemühen, aber dieser übergreifende begrenzende und steuernde Aspekt kann nicht als solcher der einen Eingriff legitimierende Zweck sein.

gelösten Majestät“ der Strafe sind vorbei, und wir sollten nicht der Versuchung erliegen, sie im Zuge der Zweispurigkeitsdebatte wieder aufleben zu lassen.

IV. Kriterien der Abgrenzung von Strafen und Maßregeln

Wenden wir uns also der Abgrenzungsfrage genauer zu, gehen wir auf „Spurensuche“. Wie ist es um die Unterscheidbarkeit von Strafen und Maßregeln bestellt⁷⁴? Wie wird sie insbesondere in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts begründet? Vor allem zwei übergreifende Aspekte⁷⁵ prägen diese Diskussion: Erstens die jeweils verfolgten Zwecke, zweitens die Art und das Ausmaß der Übelzufügung sowie drittens (als mit dem zuletzt genannten Aspekt zusammenhängender Aspekt) die Eigenschaft als „Tadel“.

1. Sanktionszwecke

Nach vielfach vertretener Ansicht können Strafen und Maßregeln anhand ihrer Zielsetzungen unterschieden werden⁷⁶. Auch das Bundesverfassungsgericht stützt sich in seinen aktuellen Entscheidungen ganz wesentlich auf diesen Aspekt.

Auffallend oft wird in diesem Zusammenhang mit begrifflichen Dichotomien gearbeitet: Strafen dienen dem Schuldausgleich, Maßregeln der Prävention; es gehe einerseits um Repression, andererseits um Prävention; Strafe sei vergangenheitsbezogen und auf die begangene Straftat ausgerichtet, während Maßregeln zukunftsbezogen auf die Verhinderung von Straftaten abzielen⁷⁷. Diese scheinbar

⁷⁴ Siehe dazu auch *Kaspar*, in: *Höffler* (Hrsg.), Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?, 2015, S. 97 ff. sowie *Kinzig*, in: *Höffler*, a. a. O., S. 149, 151 f.

⁷⁵ Dabei handelt es sich um die Aspekte, die als wesentliche Elemente des Strafbegriffs diskutiert werden, siehe nur *Mushoff* (Anm. 31), S. 101 f.

⁷⁶ Siehe statt vieler nur *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 38 ff. Rdn. 22 ff.; *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 360; *Peglau*, Festschrift für Rissing-van Saan, S. 437, 443; *Freund*, GA 2010, 193, 198, 206. Kritisch gegenüber einer rein zweckorientierten Betrachtung *Jung* (Anm. 35), S. 14.

⁷⁷ Vgl. statt vieler nur *Landau*, NSTZ 2013, 197; *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 235; vgl. auch *Kretschmer* (Anm. 23), S. 18, der dies dann aber (zu Recht) relativiert, indem er die vergangenheitsbezogene Maßregelvoraussetzung der Anknüpfungstat erwähnt. Exemplarisch

klaren Dichotomien erweisen sich bei genauer Betrachtung aber allesamt als nicht tragfähig⁷⁸.

Dass „Schuldausgleich“ aus meiner Sicht kein die Strafe rechtfertigender Zweck sein kann, habe ich oben bereits dargelegt. Nach meiner Vorstellung kann es auf der Ebene der Zielsetzungen der Sanktion also nur um das Unterscheidungskriterium verschiedener Formen von Prävention gehen, nicht aber um die Gegenüberstellung von Schuldausgleich und Prävention. *Roxin* hat daher m. E. recht, wenn er ausführt, dass sich der (jeweils präventive) Zweck von Strafe und Maßregel im Wesentlichen nicht unterscheidet⁷⁹, in dieser Hinsicht vielmehr von einer „Einspurigkeit“ des Sanktionensystems auszugehen sei⁸⁰.

Aber selbst wenn man dies anders sieht, ist es doch ganz überwiegend anerkannt, dass Strafe jedenfalls auch spezial- und generalpräventiven Zwecken dient⁸¹. Die entsprechenden Hinweise im StGB sind bekannt, ich nenne nur § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB, der die Wirkungen der Strafe auf den Täter als spezialpräventiven Aspekt anspricht sowie den mehrfach im Gesetz erwähnten generalpräventiven Aspekt der „Verteidigung der Rechtsordnung“.

Hinzu kommt eine sichernde Funktion der Freiheitsstrafe, die unterschlagen wird, wenn man diesen negativ-spezialpräventiven Zweck ausschließlich dem Bereich der Maßregeln zuweist und zugleich impliziert, dass die „Schuldstrafe“ hiervon gänzlich frei wäre⁸².

Auch die Vorschriften über die Strafaussetzung zur Bewährung, die sowohl in § 56 StGB als auch in § 57 StGB eine Gefährlichkeitsprognose vorsehen, zeigen deutlich, dass bei der Freiheitsstrafe eine sichernde Wirkung relevant wird⁸³. Es handelt sich dabei nicht um den die Strafe rechtfertigenden Zweck, denn die Gefährlichkeit des Täters ist keine Voraussetzung ihrer Verhängung und auch

BVerfGE 109, 134, 166: Die Sicherungsverwahrung diene „nicht der Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen, sondern der Verhinderung zukünftiger Straftaten“.

⁷⁸ *Hassemer/Neumann*, in: NK (Anm. 33), Vor § 1 Rdn. 269; siehe auch *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 114 ff.

⁷⁹ *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/65.

⁸⁰ *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/68.

⁸¹ *Hassemer/Neumann*, in: NK (Anm. 33), Vor § 1 Rdn. 302; *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 118.

⁸² Siehe auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe: Es sei dem Staat nicht verwehrt, sich gegen gemeingefährliche Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern (BVerfGE 45, 187, 242). Dabei bezeichnet es das Gericht ausdrücklich als „unerheblich, ob der Freiheitsentzug als Sicherungsmaßnahme oder als Strafe verhängt und vollzogen wird“. Später wird ausdrücklich vom „Strafzweck“ der negativen Spezialprävention gesprochen, BVerfGE 45, 187, 257. Auch *Roxin*, Festschrift für Volk, S. 602, 614 erwähnt den „Sicherungseffekt“ der Freiheitsstrafe.

⁸³ Siehe auch *Kretschmer* (Anm. 23), S. 49.

kein entscheidender Faktor bei ihrer Bemessung⁸⁴. Aber ein mit der Freiheitsstrafe nicht nur faktisch erzielter, sondern im Gesamtsystem der gesetzlichen Regelungen bewusst angelegter Sicherungszweck ist m. E. nicht zu leugnen. Nur so sind auch Äußerungen zu verstehen, wonach die Maßregeln die Aufgabe hätten, „überschießende Sicherungsbedürfnisse“ bei besonders gefährlichen Tätern zu befriedigen, die mit der am Maß der Tatschuld orientierten Strafe nicht abgedeckt werden könnten⁸⁵. Denn damit wird doch impliziert, dass Sicherungsbedürfnisse im Rahmen der Freiheitsstrafe miterfüllt werden⁸⁶.

Auch in den Strafvollzugsgesetzen der Länder ist der Schutz der Allgemeinheit, also der negativ-spezialpräventive Sicherungszweck, als Aufgabe des Vollzugs der Freiheitsstrafe genannt. Hier lässt sich also ein Gleichlauf der Zielsetzungen von Strafen und Maßregeln feststellen⁸⁷. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Sicherung als Strafzweck bei den von *Streng* befragten Studierenden regelmäßig nicht nur ohne Weiteres akzeptiert wird, sondern sogar die höchsten Zustimmungswerte erhält⁸⁸. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass das so richtig ist – aber es zeigt, dass das Bild von der „Strafe“ in der Bevölkerung durchaus auch von präventiven Zielsetzungen geprägt ist.

Strafe dient nach allem also jedenfalls auch der Prävention. Vor diesem Hintergrund verliert die scheinbar klare Gegenüberstellung von Schuldausgleich versus Prävention ihre Überzeugungskraft⁸⁹.

Auch eine Unterscheidung anhand des Kriteriums der Vergangenheits- bzw. Zukunftsbezogenheit führt damit nicht weiter. Denn die präventiven Zwecke der

84 Der Aspekt der Sicherung darf allerdings bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, vgl. BVerfGE 109, 133, 177 mit Hinweis auf BGHSt. 20, 264, 267.

85 Siehe nur BVerfGE 91, 1, 31 f.; *Bae* (Anm. 55), S. 82; *Kaiser* (Anm. 34), S. 35; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 3), S. 83 f.; *Kretschmer* (Anm. 23), S. 35 m. w. N.; *Radtke*, GA 2011, 636 f.; *Landau*, NSTZ 2013, 197.

86 Vgl. nur *Kretschmer* (Anm. 23), S. 35 f.; *Freund*, GA 2010, 191, 203. Das Bundesverfassungsgericht (E 109, 134, 177) formuliert das so: „Insofern nimmt die Strafe an der ausschließlichen Präventivfunktion der Maßregel teil“. Die Fortsetzung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe unter präventiven Gesichtspunkten wirke sich nicht auf die „Qualität der Sicherungsverwahrung als eines reinen Sicherungsinstruments aus“.

87 Vgl. nur *Kretschmer* (Anm. 23), S. 17 f.; *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 119; *Mushoff* (Anm. 31), S. 312; *Haffke*, Festschrift für Hamm, S. 137, 149; siehe auch BVerfGE 109, 134, 154 sowie BVerfGE 128, 326, 377. Das wird auch von *Radtke*, GA 2011, 636, 644 erwähnt, der allerdings (nicht überzeugend) zwischen dem „Zweck“ und dem „Ziel“ des Vollzugs der Freiheitsstrafe unterscheiden will.

88 *Streng*, Festschrift für Schünemann, S. 827, 832.

89 Vgl. statt vieler nur *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 96; *Jung*, Festschrift für Wassermann, S. 875, 881; *Volk*, Festschrift für Müller, 2008, S. 709, 710; *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 534; *Ostendorf*, StV 2014, 766, 768. Siehe bereits *Roxin*, ZStW 81 (1969), S. 613, 635 f.

Strafe weisen allemal in die Zukunft, besonders deutlich übrigens bei der rein spezialpräventiv orientierten Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“, deren Charakter als „Strafe“ im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG deswegen nicht in Frage gestellt wird⁹⁰. Die Maßregeln der Besserung der Sicherung wiederum knüpfen durchweg an eine in der Vergangenheit liegende Straftat an⁹¹. Diese Anlasstat ist *conditio sine qua non* für die Verhängung der Maßregel, so dass zumindest insoweit ein Vergangenheitsbezug besteht. Beide Sanktionen sind schon ausweislich der gesetzlichen Systematik „Rechtsfolgen der Straftat“⁹², beide sind zumindest in einem kausalen Sinn „Reaktionen“ auf die Begehung der Straftat in der Vergangenheit⁹³.

2. Art und Ausmaß der Übelzufügung

Eine klare Unterscheidung könnte sich möglicherweise im Hinblick auf Art und Ausmaß der Übelzufügung ergeben. Der Begriff der Strafe enthält nach ganz herrschendem Verständnis ein Übel⁹⁴, das dem Sanktionierten mit staatlichem Zwang auferlegt wird. Aber für die Maßregeln der Besserung und Sicherung gilt nichts anderes⁹⁵. Das äußere Faktum des Freiheitsentzugs, das den Kern des Grundrechtseingriffs bei allen stationären Sanktionen ausmacht, stellt sich bei den Freiheitsstrafen nicht anders dar als bei den stationären Maßregeln⁹⁶.

⁹⁰ Best, ZStW 114 (2002), S. 88, 123.

⁹¹ Hassemer/Neumann, in: NK (Anm. 33), Vor § 1 Rdn. 302.

⁹² Kinzig (Anm. 35), S. 589.

⁹³ Vgl. Schroth, Festschrift für Schüler-Springorum, 2001, S. 595. Zutreffend gegen eine Unterscheidung von „Sanktionsgrund“ und „Sanktionsvoraussetzung“ Best, ZStW 114 (2002), S. 88, 115. Kritisch gegenüber der Bezeichnung als „Reaktion“ oder „Rechtsfolge“ dagegen Freund, GA 2010, 193, 198.

⁹⁴ Vgl. nur Kargl, GA 1998, 53, 60; Jung (Anm. 35), S. 21 spricht von „Verlust“.

⁹⁵ Vgl. Jescheck/Weigend, Allg. Teil (Anm. 3), S. 84; siehe auch Bae (Anm. 55), S. 103, wonach Strafen und Maßregeln „vom Betroffenen wie auch der Allgemeinheit als Übelzufügung beurteilt und realisiert“ werden. Ähnlich Hörnle, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, S. 239, 243.

⁹⁶ Siehe auch BVerfGE 2, 118 (Beschl. v. 30. 01. 1953): „Strafe und Sicherungsverwahrung können nur mit dem gleichen Mittel, nämlich der Freiheitsentziehung durchgeführt werden; das Gericht kommt daher zu dem Ergebnis, dass für eine unterschiedliche Vollzugsgestaltung wenig Spielraum sei. Interessant ist, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Qualifizierung der militärischen Arreststrafe stark auf die Eingriffswirkung abstellt; die Freiheitsentziehung habe hier ein solches Gewicht, „dass es nicht darauf ankommt, ob sie mehr zur Vergeltung oder mehr zur Prävention (...) verhängt wird“ (BVerfGE 21, 378, 386); dazu Volk, ZStW 83 (1971), S. 405, 412. Würde man dem folgen, wäre die Einordnung der Sicherungsverwahrung als Strafe mehr als naheliegend.

a) Die Bedeutung der Vollzugsmodalitäten

An diesem Gleichlauf dieses Eingriffsübels ändert sich m. E. nichts Wesentliches (im Sinne eines qualitativen Unterschieds) wenn man die Modalitäten des jeweiligen Vollzugs der freiheitsentziehenden Sanktion verändert. Daher ist auch das vom Bundesverfassungsgericht im Jahre 2011 ins Zentrum seiner Entscheidung gerückte sog. „Abstandsgebot“ zweifelhaft. Die Sicherungsverwahrung wurde dort vom Bundesverfassungsgericht ja gerade deshalb als unverhältnismäßiger Eingriff qualifiziert, weil ihr Vollzug sich inhaltlich und räumlich nicht ausreichend von demjenigen der Strafe unterscheidet⁹⁷.

Das ist schon grundrechtsdogmatisch nicht überzeugend. Denn die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme bestimmt sich allein durch eine Betrachtung der in Rede stehenden Maßnahme selbst und der mit ihr verbundenen Belastungswirkung; ein vergleichender Seitenblick auf andere staatliche Maßnahmen ist dafür völlig unerheblich – es geht dem Bundesverfassungsgericht hier ja wohlgemerkt nicht um ein Problem des Gleichheitsgebots in Art. 3 GG, sondern allein um den Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG.

Nähme man das „Abstandsgebot“ ernst, müsste man von einem Verstoß und in der Folge von der Verfassungswidrigkeit der Sicherungsverwahrung auch dann ausgehen, wenn sowohl der Strafvollzug als auch die Sicherungsverwahrung in vorbildlicher, aber eben gleicher Weise human und resozialisierend ausgestaltet würden⁹⁸. Das kann bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung also nicht der entscheidende Punkt sein⁹⁹.

⁹⁷ BVerfGE 128, 326; anders noch BVerfGE 2, 118 ff., wo in einer im Wesentlichen gleichen Ausgestaltung kein Problem (im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG) gesehen wurde; für eine unterschiedliche Gestaltung sah es damals nur „bescheidenen Raum“. Die Forderung nach einem „Abstand“ zumindest auf der Vollzugsebene hat eine lange Tradition; sie wurde bereits von *Exner* (Anm. 41), S. 153 ff., erhoben. Siehe dazu auch *Kretschmer* (Anm. 23), S. 217 f.; siehe auch *Mushoff* (Anm. 31), S. 309 ff., der bei einer Verletzung des „Abstandsgebots“ einen Verstoß gegen das Schuldprinzip annimmt (a. a. O., S. 311).

⁹⁸ Das ist nicht nur reine Fiktion – in Österreich war genau diese Entwicklung zu beobachten. Die letztlich erreichte Nivellierung und Angleichung der Sanktionsformen auf hohem Niveau wurde dort (zu Recht) nicht als problematisch empfunden, siehe. dazu *Koch*, in: *ders.* (Hrsg.), *Wegsperrten?*, 2011, S. 493, 527. Ein solcher Gleichlauf der Vollzugsmodalitäten wäre auch bei Anerkennung unterschiedlicher Sanktionszwecke einschließlich des „Schuldausgleichs“ möglich, wenn man nicht aus letzterem folgt, dass der Strafvollzug als verschärftes Übel ausgestaltet werden muss. Daher ist es (entgegen *Pfister*, in: *Müller* [Anm. 21], S. 3, 8) auch nicht überzeugend, das Abstandsgebot auf die unterschiedliche Zielsetzung von Strafen und Maßregeln zu stützen.

⁹⁹ Siehe auch *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 533 f.

Auch birgt diese Lösung kriminalpolitische Gefahren. Denn einen „Abstand“ zwischen zwei Elementen kann man nicht nur durch positive Veränderung des einen, sondern auch durch negative Veränderung des anderen Elements herstellen. Konkret gesprochen: Einen Abstand zwischen Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung könnte man theoretisch auch dadurch herstellen, dass man den herkömmlichen Strafvollzug tendenziell als Verwahrvollzug ohne intensive resozialisierende oder therapeutische Bemühungen ausgestaltet oder gar sonstige Bedingungen, etwa im Hinblick auf Ernährung und Unterbringung, bewusst verschlechtert. Es ist völlig unerfindlich, warum ein auf diese Weise hergestellter Abstand die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs durch die Sicherungsverwahrung in irgendeiner Weise beeinflussen sollte. Natürlich kann man dem Bundesverfassungsgericht nicht unterstellen, dass ihm dies als Lösungsweg vorgeschwebt hat. Aber in Zeiten knapper Ressourcen ist eine solche Tendenz nicht ganz auszuschließen¹⁰⁰, und die Logik des „Abstands“ erstreckt sich eben naturgemäß auch auf diese Variante.

Die Betonung des „Abstandsgebots“ ist schließlich auch deshalb nicht überzeugend, weil dessen vom Bundesverfassungsgericht formulierte Ausprägungen überwiegend auch auf die Strafe zutreffen¹⁰¹. Das Gericht nennt etwa das „ultima ratio-Gebot“, wonach die Sicherungsverwahrung nur ausnahmsweise und als letztes Mittel verhängt werden soll¹⁰² – nicht umsonst sprechen wir aber auch vom ultima ratio-Charakter der Strafe, vor allem der Freiheitsstrafe¹⁰³. Selbst das zentrale Gebot, den Vollzug möglichst freiheits- und therapieorientiert zu gestalten¹⁰⁴, ist keine Besonderheit der Sicherungsverwahrung. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach betont, dass den Staat eine Pflicht zur Resozialisierung der Strafgefangenen trifft¹⁰⁵. Das oben beschriebene Szenario einer entsprechenden Absenkung der Standards hin zu einem reinen Verwahrvollzug würde also schnell an verfassungsrechtliche Grenzen stoßen¹⁰⁶. Selbst bei Befolgung des vom Gericht ebenfalls betonten Trennungsgebots, also einer stärkeren

100 Siehe die entsprechende Befürchtung von *Boetticher*, in: *Müller* (Anm. 21), S. 241, 247.

101 Siehe dazu auch *Höffler/Kaspar*, ZStW 123 (2012), S. 85, 117 f.; ähnlich *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 195 f.; *Ostendorf*, StV 2014, 766, 767.

102 BVerfGE 128, 326, 379.

103 Vgl. *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 194.

104 BVerfGE 128, 326, 379 f. („Individualisierungs- und Intensivierungsgebot“).

105 Vgl. nur BVerfGE 35, 202, 235; 45, 187, 238 ff.; 64, 261, 272 f.; zusammenfassend *Roxin*, Festschrift für Volk, S. 602, 608 f.; siehe auch *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 345, 381 sowie *Jehle*, in: *Höffler* (Anm. 74), S. 65, 74.

106 Vor diesem Hintergrund ist es nicht leicht zu verstehen, was das Bundesverfassungsgericht meint, wenn es davon spricht, dass die Gestaltung des Vollzugs den „allein präventiven Charakter“ der Maßregel zum Ausdruck bringen müsse, siehe BVerfGE 128, 326, 327.

räumlichen Trennung von Strafvollzug und Vollzug der Sicherungsverwahrung¹⁰⁷, bleibt es m. E. dabei, dass sich Art und Ausmaß des Übels des Freiheitsentzugs in beiden Fällen nach wie vor ähneln. Ein qualitativer Unterschied lässt sich daraus nicht ableiten.

b) Zeitliche Unbestimmtheit

Ein nicht zu leugnender Unterschied zwischen Sicherungsverwahrung und Freiheitsstrafe ist, dass erstere nicht für eine bestimmte Zeitdauer bemessen wird, sondern auf unbestimmte Zeit verhängt und dann laufend überprüft wird. Eine Höchstfrist ist dabei (bei drohenden Sexual- und Gewaltdelikten) seit 1998 nicht mehr vorgesehen; auch die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB ist zeitlich unbegrenzt, während die Unterbringung in der Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB auf maximal zwei Jahre beschränkt ist (§ 67 d Abs. 1 StGB), wobei diese Höchstfrist verlängert werden kann, wenn zugleich eine längere Freiheitsstrafe verhängt wurde.

Das Element der zeitlichen Unbestimmtheit ist zweifellos eine zusätzliche Belastung und erhöht die Eingriffswirkung. Es hängt mit der Zielsetzung der Maßregeln zusammen, auf die ich gleich zu sprechen komme. Es handelt sich dabei aber, wie die lebenslange Freiheitsstrafe zeigt, nicht um ein Spezifikum der Maßregeln der Besserung und Sicherung. Auch die bis 1990 gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Jugendstrafe auf unbestimmte Zeit wurde zwar gerade wegen ihrer besonderen Belastungswirkung kritisiert und schließlich abgeschafft, aber nicht etwa als Maßregel der Besserung und Sicherung eingeordnet. Auch hierin liegt somit kein entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zwischen Maßregel und Strafe.

c) Bedeutung der Frage der „gezielten“ Übelzufügung

Teilweise wird ein entscheidender Unterschied darin gesehen, dass bei den Strafen das Übel gezielt zugefügt werde, während es mit den Maßregeln der Besserung und Sicherung nur um andere Zwecke willen verbunden sei¹⁰⁸. Dieses

¹⁰⁷ BVerfGE 128, 326, 380.

¹⁰⁸ Vgl. Frisch, ZStW 102 (1990), S. 343, 358. Ähnlich Remde, Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK, 2012, S. 70, wonach sich ein Abstand von allein ergebe: „Denn Strafe kann und darf ‚wehtun‘, der präventive Freiheitsentzug soll das möglichst nicht“. Zutreffend gegen die Relevanz dieses Kriteriums Marquardt (Anm. 37), S. 31 f.

Argument ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Ob der Freiheitsentzug zur Erreichung eines Zwecks „gezielt“ verhängt oder nur als notwendiges Übel bewusst in Kauf genommen wird, ist zunächst aus der Perspektive des Betroffenen völlig unerheblich. In Vorsatzkategorien gesprochen läge in einem Fall, also bei den Strafen, die Absicht der Übelzufügung vor, im anderen Fall aber, bei den Maßregeln, zumindest direkter Vorsatz – wenn man nicht sogar vom „notwendigen Zwischenziel“ des Freiheitsentzugs sprechen mag, um das Endziel der Besserung und Sicherung zu erreichen.

Um noch ein Beispiel aus dem Bereich der ambulanten Maßregeln zu nennen: Die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB bewirkt im Kern denselben Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wie das Fahrverbot gem. § 44 StGB. Dass das Übel des Nicht-Fahren-Dürfens im ersten Fall nicht „gezielt“ als Übel, sondern nur als nötiges Mittel zur Verbesserung der Sicherheit des Straßenverkehrs verhängt wird, kann aus der hier eingenommenen, am Eingriffsübel orientierten Perspektive keinen entscheidenden Unterschied zwischen Strafen und Maßregeln begründen.

Das wird durch ein grundrechtsdogmatisches Argument untermauert: entgegen dem früher herrschenden klassischen Verständnis des Grundrechtseingriffs soll es aus heutiger Sicht nicht auf finales Handeln des Staates ankommen¹⁰⁹. Auch eine vom Staat gar nicht bezweckte, ihm aber zurechenbare Verkürzung grundrechtlich geschützter Freiheiten ist ein zu rechtfertigender Eingriff; auch das spricht gegen die Relevanz des finalen staatlichen Handelns.

Hinzu kommt schließlich, dass es auch bei der Strafe richtigerweise nicht einfach nur um die gezielte Zufügung eines Übels um seiner selbst Willen gehen kann. Sie darf nur verhängt werden, um weitere Straftaten zu verhindern¹¹⁰, wobei dabei nach meiner Überzeugung der Zweck der positiven Generalprävention im Vordergrund steht. Das Mittel der Übelzufügung wird mit anderen Worten in den Dienst dieses Zwecks gestellt und nur aus diesem Grunde gezielt zugefügt. Nach allem ist festzuhalten, dass die staatliche Intention in Bezug auf die Übelzufügung keinen Unterschied zwischen Strafen und Maßregeln begründen kann.

¹⁰⁹ Statt vieler *Michael/Morlok*, Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 17 Rdn. 498.

¹¹⁰ Vgl. (allerdings in Bezug auf spezialpräventive Behandlung im Strafvollzug) *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 360.

d) Eigenschaft als „Tadel“ bzw. „sozialethische Missbilligung“

aa) Unterscheidung von Wesen und Zweck der Strafe

Wenn man schließlich die Eigenschaft der Strafe als Tadel, Missbilligung oder Vorwurf betont, ist das ein Hinweis auf „Wesensmerkmale“ der Strafe, nicht auf deren Zwecke¹¹¹. Das ist deshalb hervorhebenswert, weil oft und auch im Zusammenhang mit der aktuellen Zweispurigkeitsdebatte nicht ausreichend klar zwischen beiden Aspekten differenziert wird¹¹².

Ich halte es für überzeugend, dass im Wesen der Strafe ein auf die begangene Straftat gerichteter Tadel liegt¹¹³ bzw. auch eine „sozialethische Missbilligung“ verbunden ist¹¹⁴. Wenn es aber richtig ist, dass diese tadelnde Botschaft ein Wesensmerkmal der Strafe ist, kann damit nicht zugleich der von ihr angestrebte Zweck gemeint sein. Der Satz „Die Strafe bezweckt den Tadel einer Person“ wäre ebenso tautologisch wie der Satz „Die Strafe bezweckt die Bestrafung der Person“. Der Begriff des „Tadels“ enthält (wie der Begriff der „Vergeltung“¹¹⁵ oder der „repressiven Übelzufügung“¹¹⁶) eine bloße Paraphrase des Mittels Strafe selbst, die als verfolgter Zweck, an dem die Maßnahme gemessen wird, genau aus diesem Grund nicht in Betracht kommt¹¹⁷.

Daher halte ich es nebenbei bemerkt auch nicht für weiterführend, die Gruppe der „expressiven Straftheorien“ als eigenständige Kategorie zu betonen, die sich nicht dem Grobraster der absoluten oder relativen Theorien zuordnen ließen¹¹⁸. Denn eine expressive Theorie unterstreicht zwar m. E. zu Recht, dass mit der Strafe eine Botschaft an den Täter wie die Allgemeinheit (einschließlich des Opfers) transportiert wird – aber über die Frage des damit verfolgten Zwecks ist

111 Zur Unterscheidung von Wesen und Zweck der Sanktion siehe auch *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 89; *Roxin*, Festschrift für Volk, S. 606; *Schiemann*, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, 2012, S. 16 Fn. 37.

112 Siehe auch *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 360.

113 *Kargl*, GA 1998, 60, 64; *Neumann*, Festschrift für Jakobs, 2007, S. 435, 438. Zur etymologischen Herkunft des Begriffs „Strafe“, der in etwa „mit Worten tadeln“ bedeutet, siehe nur *Rüping*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 1998, Rdn. 106.

114 Oft wird dies mit dem Zusatz einer „sozialethischen“ Missbilligung verbunden; kritisch gegenüber der Betonung der damit verbundenen moralisierenden Komponente des Strafrechts *Roxin*, Festschrift für Volk, S. 601, 603.

115 Vgl. *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 100. Ähnliche Argumentation bereits bei *Exner* (Anm. 41), S. 27 f.

116 Vgl. demgegenüber *Radtke*, GA 2011, 636, 644, der genau dies als „Zweck“ des Vollzugs der Freiheitsstrafe bezeichnet.

117 Vgl. *Schlink*, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 445, 450, der diesbezüglich von einem unzulässigen „eingriffsnahen Zweck“ spricht.

118 So aber *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 28 ff.

damit noch keine Aussage getroffen. Ich sehe nur zwei Möglichkeiten: Entweder ist der Tadel durch Strafe Teil ihres Wesens und wenn man so will: Selbstzweck – dann ist aber im Vergleich zu einer absoluten Straftheorie nichts gewonnen. Oder der Tadel dient – was ich für überzeugend halte – als Teil der Übelzufügung dem Zweck der Prävention; dann handelte es sich aber doch wieder um eine Unterart der relativen Straftheorien.

bb) Tadel bzw. „sozialethische Missbilligung“ durch die Maßregeln?

Zu klären ist nun, ob die herrschende Auffassung richtig ist, dass allein die Strafe einen Tadel bzw. eine „sozialethische Missbilligung“ zum Ausdruck bringt¹¹⁹, oder ob dies nicht doch auch bei den Maßregeln der Fall ist¹²⁰.

Hier muss man m.E. differenzieren. Bei den Maßregeln, die sich wie die Unterbringung gem. § 63 StGB an schuldunfähige oder zumindest vermindert schulfähige Täter richten und die ersichtlich vorrangig dem Zweck der Heilung eines krankhaften Zustands dienen, wird mit der Auferlegung des Übels keine Missbilligung im Sinne eines Vorwurfs verbunden¹²¹. Auch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB lässt sich hier einordnen. Diese richtet sich zwar teilweise auch an schulfähige Täter, die aber die Tat aufgrund einer bestehenden Alkohol- oder Drogensucht (als krankhaftem Zustand) begangen haben und von denen gerade aus diesem Grund erneute Straftaten zu erwarten sind. Auch hier steht weder ein vom Staat intendierter noch ein faktischer „Vorwurf“ im Raum, der vom Betroffenen oder der Allgemeinheit als solcher verstanden würde.

Bei der Sicherungsverwahrung liegen die Dinge etwas anders¹²². Hier geht es um schulfähige, also voll verantwortliche Täter, die im Sinne von Roxin als „normativ ansprechbar“ beurteilt und für ihre Tat bestraft werden¹²³. Die Anord-

¹¹⁹ So etwa Landau, NStZ 2013, 197.

¹²⁰ Dazu Kretschmer (Anm. 23), S. 48 f.

¹²¹ Vgl. dazu Jung (Anm. 35), S. 38 m. w. N. Nicht zu leugnen ist natürlich, dass auch hier ein belastender Eingriff vorliegt, wenn dem Täter „Gefährlichkeit“ attestiert wird, siehe dazu Kaspar, in Dudeck/Kaspar/Lindemann (Hrsg.), Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie, 2014, 103, 112; Best, ZStW 114 (2002), S. 88, 111; Bae (Anm. 55), S. 109 ff. Einen Vorwurfscharakter enthält dieses „Etikett“ aber aufgrund des Konnexes zu einer krankhaften Ursache nicht.

¹²² Vgl. Roxin, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/69; Mushoff (Anm. 31), S. 283. Weitergehend nimmt Nowakowski, in: Göppinger/Hartmann (Hrsg.), Kriminologische Gegenwartsfragen, 1972, S. 1, 11, generell einen Missbilligungscharakter der Maßregeln an.

¹²³ Daher ist es auch nicht präzise, wenn als Unterscheidungsmerkmal zur Strafe hervorgehoben wird, die Maßregeln seien „schuldunabhängig“ (so BVerfGE 130, 372, 374). Denn die Siche-

nung der Sicherungsverwahrung enthält nun die Feststellung, dass der für seine Taten verantwortliche Täter zugleich eine so gravierende Gefahr für die Gesellschaft darstellt, dass man ihn bis auf Weiteres sichernd „verwahren“ muss¹²⁴. Das scheint mir nichts anderes als eine sozialetische Missbilligung zu sein, die so (und zwar unabhängig von der Intention des Staates¹²⁵) auch vom Betroffenen wie von der Allgemeinheit wahrgenommen wird¹²⁶. Es ist daher m. E. nicht überzeugend, wenn *Exner* in seiner „Theorie der Sicherungsmittel“ pauschal von einer „ethischen Farblosigkeit“ der Maßregeln spricht¹²⁷. Und wenn das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG ein „Unwerturteil über ein eigenverantwortliches Verhalten“¹²⁸ bzw. eine Sanktion, die „dem Betroffenen den Vorwurf rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens macht“¹²⁹, sind diese Voraussetzungen im Falle der Sicherungsverwahrung m. E. erfüllt.

Was als Unterschied bleibt ist die Tatsache, dass die Sicherungsverwahrung im Kern anders als die Strafe keinen Tadel in Bezug auf die Tat zum Ausdruck bringt, sondern über die Person des Täters¹³⁰. Überbewerten sollte man diesen Unterschied aber nicht. Immerhin: Auch hier besteht ein Tatbezug; denn Grundlage dieser Feststellung ist die Anlasstat. Diese hat bei der Sicherungsverwahrung auch eine über ein reines Indiz für die Prognose hinausgehende Funk-

rungsverwahrung setzt (vom problematischen Sonderfall des § 66 b StGB abgesehen) eine schuldhaft Tatbegehung voraus und ist in diesem Sinne auch „schuldabhängig“.

124 Auf den hierin liegenden Widerspruch wurde schon oft hingewiesen, siehe nur *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 81; *Jung* (Anm. 35), S. 38 f.; *Kleszczewski*, HRRS 2010, 394, 401; siehe auch *Freund*, GA 2010, 193, 201, der zu Recht darauf hinweist, dass man die Tatbegehung als vernunftwidrigen „Selbstwiderspruch“ interpretieren kann, der dazu führt, dass sich Verantwortlichkeit und angenommene Gefährlichkeit nicht zwingend ausschließen.

125 Darauf wird allerdings von *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 345, 361 f. abgestellt. Siehe auch *Kretschmer* (Anm. 23), S. 48 f. Dagegen zu Recht *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 109.

126 Siehe nur *Mushoff* (Anm. 31), S. 283 ff.; *Kunz*, in: *Barton* (Anm. 21), S. 71, 82.

127 *Exner* (Anm. 41), S. 229. So auch die wohl h. M., siehe etwa *Meier* (Anm. 30), S. 269 („sozialetisch indifferent“); *Radtke*, ZStW 110 (1998), S. 297; *Kühl*, ZStW 116 (2004), S. 870, 880. Dagegen *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 358 f., trotz Ablehnung eines Vorwurfscharakters. Dass letzteres auf die „Zukunftsbezogenheit“ der Maßregel gestützt wird, überzeugt allerdings nicht, wenn man (wie es auch *Frisch*, a. a. O., S. 360 vornimmt) zwischen dem Wesensmerkmal als „Tadel“ und dem verfolgten Zweck differenziert. Siehe auch *Arthur Kaufmann*, Festschrift für Lange, 1976, S. 27, 36: Es sei eine „reine Fiktion“, wenn man den Maßregeln eine „sozialetische Valenz“ abspreche. Siehe auch *ders.*, Festschrift für Wassermann, S. 889, 891: „Welche Sanktion auch immer man wegen oder auch nur aus Anlass einer kriminellen Tat verhängt, sie wird immer einen Tadel zum Ausdruck bringen, und sie wird von dem Delinquenten auch so verstanden werden“.

128 BVerfGE 109, 134, 171.

129 BVerfGE 109, 134, 172.

130 So auch *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 361 f.

tion¹³¹. Denn anders als bei den §§ 63, 64 findet sich in § 66 StGB ein Katalog besonders schwerer Anlasstaten, die nicht etwa zu den Taten gehören, die besonders häufig einschlägige Rückfälle nach sich ziehen. Zugleich muss eine gewisse Mindeststrafhöhe für Vortaten wie Anlasstaten gegeben sein¹³². Auf diese Weise wird die Verhältnismäßigkeit der Sanktion gesichert, die sich ausweislich des Wortlauts des § 62 StGB auch an der Art und Schwere der Ausgangstat orientieren muss¹³³. Ginge es wirklich rein um Prävention und nicht auch um eine adäquate Reaktion auf die begangene Tat, wäre diese Regelung schwer verständlich¹³⁴.

3. Zwischenbilanz: Unterschiedliche Präventionsdimensionen anstelle von „Zweispurigkeit“

Als vorläufiges Fazit lässt sich festhalten: Strafen und Maßregeln weisen eine ganze Reihe von Gemeinsamkeiten im Hinblick auf Art und Ausmaß des mit ihnen verbundenen Übels sowie des damit verfolgten präventiven Zwecks auf¹³⁵. Unterschiede ergeben sich bei der Frage, auf welchem Weg und mit welchem Mittel das Ziel der Prävention angestrebt wird¹³⁶. Dabei verläuft keine klare Trennlinie zwischen Strafen und Maßregeln, womit auch das Bild zweier getrennter Spuren in Frage zu stellen ist. Treffender ist es, die strafrechtlichen Sanktionen auf einem Kontinuum von Präventionsdimensionen einzuordnen:

Die stationären Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB sind rein spezialpräventiv ausgerichtet und enthalten keinen tadelnden Vorwurf an die auf diese Weise sanktionierten Täter. Am anderen Ende des Spektrums steht die Strafe, die einen Vorwurf im Hinblick auf die begangene Tat enthält, der aber kein Selbstzweck ist,

131 A. A. etwa *Radtke*, GA 2011, 636, 643; noch weitergehend *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 377, der hier generell ein „zentrales materiales Erfordernis des individualpräventiven Konzepts“ sieht. Dafür spricht der nicht zwischen den verschiedenen Maßregeln differenzierende Wortlaut von § 62 StGB; dennoch erscheint die Bedeutung der Anlasstat vom Gesetzgeber bei der Sicherungsverwahrung als höher eingestuft zu werden.

132 Siehe *Mushoff* (Anm. 31), S. 287, der daraus eine „Schuldabhängigkeit“ der Sicherungsverwahrung ableitet.

133 Dazu *Bae* (Anm. 55), S. 91 ff.; *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 114, 115 f.; *Mushoff* (Anm. 31), S. 269.

134 Vgl. dazu *Bae* (Anm. 55), S. 157.

135 Zur Annäherung siehe auch *Jung*, Festschrift für Wassermann, S. 875, 881; *Schüler-Springorum*, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 1021 ff.

136 Vgl. *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/65; *Schüler-Springorum*, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 1021, 1042.

sondern im Dienst des die Strafe insgesamt legitimierenden generalpräventiven Ziels der Wiederherstellung des Rechtsfriedens steht.

Wie fügt sich nun die Sicherungsverwahrung in dieses Modell abgestufter Präventionsdimensionen ein? Sie steht als „hybride“ Konstruktion¹³⁷ zwischen der klassischen Strafe und den rein spezialpräventiven Maßregeln. Sie dient der Sicherung¹³⁸ und darf zugleich, wie vom Bundesverfassungsgericht zu Recht angemahnt wurde, den Besserungs- und Resozialisierungszweck nicht vernachlässigen.

Darüber hinaus dient sie der Generalprävention, die als echter Nebenzweck der Sicherungsverwahrung bezeichnet werden kann¹³⁹, die auch aus diesem Grund in die Nähe der Strafe rückt¹⁴⁰. Aus der Praxis wird berichtet, dass die mögliche Verhängung von Sicherungsverwahrung von manchen Richtern den „gerade noch davongekommenen“ Straftätern ausdrücklich angekündigt wird¹⁴¹ – was nichts anderes als der Versuch ist, eine generalpräventive Wirkung zu erzielen, unabhängig von der Frage, ob dieser Versuch von Erfolg gekrönt ist. Da sich der Kreis der von Sicherungsverwahrung potenziell Betroffenen wie erwähnt aus schuldfähigen Täter zusammensetzt, kann man auch nicht überzeugend behaupten, dass es sich dabei um eine Vorgehensweise handelt, die das Gesetz so nicht vorsieht. Es wäre daher auch nicht falsch, von einer gesetzlichen „Androhung“ von Sicherungsverwahrung zu sprechen.

Schließlich zeigt die Regelung in § 154 StPO, dass der Gesetzgeber selbst den Maßregeln der Besserung und Sicherung einen möglichen generalpräventiven

137 Vgl. Kunz, in: Barton (Anm. 22), S. 71, 82; Drenkhahn/Morgenstern, ZStW 124 (2012), S. 133, 202. Siehe auch Jung (Anm. 35), S. 38: „Mischsystem“.

138 Siehe BVerfGE 2, 118, 120.

139 Zur Generalprävention als Maßregelzweck vgl. nur Kretschmer (Anm. 23), S. 39; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/64; Marquardt (Anm. 37), S. 31f.; siehe auch (differenzierend) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 1/53 ff. Dem stehen viele Aussagen der herrschenden Meinung entgegen, die eine ausschließlich spezialpräventive Zielsetzung bejahen, siehe etwa Radtke, GA 2011, 636, 645. Siehe auch Meier (Anm. 30), S. 272, der zwar von einer vereinzelt faktischen abschreckenden Wirkung ausgeht, die aber bei der Anordnung und Vollstreckung keine Rolle spiele; so auch Frisch, ZStW 102 (1990), S. 343, 358 sowie Kern, Brauchen wir die Sicherungsverwahrung, 1997, S. 13.

140 Vgl. die Diskussion um den Einsatz der Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB, deren Charakter als „strafähnlich“ bzw. „Quasi-Strafe“ u. a. mit ihrem Einsatz zu Abschreckungszwecken begründet wird, siehe nur Cramer, NJW 1968, 1764; Herzog, StV 2004, 151, 153; Sowada, NSTZ 2004, 169, 171; Haffke, Festschrift für Hamm, S. 137 ff.; Siehe zur Einordnung auch Frisch, ZStW 102 (1990), S. 345, 388 Anm. 203; Best, ZStW 114 (2002), S. 88, 111.

141 Frisch, ZStW 102 (1990), S. 345, 375 Anm. 144; Best, ZStW 114 (2002), S. 88, 110; Kinzig, StV 2000, 330, 334.

Nebenzweck zuschreibt¹⁴². Dort ist in Abs. 1 Nr. 2 ein Absehen von der Verfolgung geregelt, wenn eine verhängte oder zu erwartende Strafe oder Maßregel „zur Einwirkung auf den Täter und zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint“¹⁴³. Ein weiteres Indiz für diesen Nebenzweck der Sicherungsverwahrung ist schließlich die Tatsache, dass sie seit einiger Zeit auch neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe angeordnet werden kann – da letztere bei fortbestehender Gefährlichkeit nach § 57 StGB ohnehin nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, hat die zugleich angeordnete Sicherungsverwahrung an sich keinerlei erkennbaren spezialpräventiven Anwendungsbereich¹⁴⁴. Wenn die Einführung sinngemäß damit begründet wird, dass es widersprüchlich und der Allgemeinheit nicht vermittelbar sei, warum ausgerechnet bei den besonders schweren Straftaten nicht auch eine zusätzliche Sicherungsverwahrung möglich sein soll¹⁴⁵, so deutet das auf eine (wenn auch hier in der Sache nicht gerechtfertigte) positiv-generalpräventive Zielsetzung hin.

V. Prinzipienorientierte Betrachtung

Auf der Basis dieses modifizierten Bildes des strafrechtlichen Sanktionensystems, das nicht aus zwei getrennten Spuren, sondern eher aus mehreren sich partiell überschneidenden Kreisen¹⁴⁶ besteht, ist nun der Frage nachzugehen, wie es um die Geltung begrenzender rechtsstaatlicher Prinzipien bestellt ist. Aus Zeitgründen will ich mich dabei auf Art. 103 Abs. 2 GG konzentrieren und nur ergänzend

142 So zu Recht *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 114, 119 f.; siehe auch *Kreuzer*, ZIS 2006, 145, 147; *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 534. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass § 154 StPO der Sicherungsverwahrung keinen Strafcharakter verleihe, verknüpft dies aber mit dem Argument, dass die Norm kein Beleg für eine „schuldausgleichende“ Wirkung der Maßregel sei (BVerfGE 109, 134, 180).

143 Das ist wohl auch gemeint, wenn in der Begründung des AE-StGB von 1969 von einer „repressiven Wirkung“ der Maßregeln gesprochen wird, die zur „Sicherung der Rechtsordnung“ beitrage, siehe *Baumann et al.*, Alternativ-Entwurf StGB, 2. Aufl. 1969, S. 29. Ein ähnlicher, positiv-generalpräventiver Zweck aller Maßregeln klingt bei *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 3), S. 84, an, die vom Zweck der „Bekräftigung der Normgeltung“ sprechen. Siehe auch den Hinweis von *Mushoff* (Anm. 31), S. 291 auf die in der Rechtsprechung teilweise festzustellende Bezugnahme auf den durch die begangene Straftat erschütterten Rechtsfrieden.

144 Siehe dazu *Kett-Straub*, GA 2009, 586.

145 Vgl. *Passek*, GA 2005, 96 die von der Beseitigung eines „unerträglichen Missstands“ spricht und die Neuregelung (ohne Problembewusstsein) mit dem „Gerechtigkeitsgefühl der Bürger“ begründet, dem Genüge getan werde. *Böhm*, Festschrift für Schöch, 2010, S. 755, 764, weist auf die Bedeutung der Reform für das „Verständnis der Bevölkerung von Strafrecht und Strafjustiz“ hin.

auf Fragen des Schuldprinzips sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingehen¹⁴⁷.

1. Art. 103 Abs. 2 GG

Was die Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG anbelangt, überwiegen m. E. die Gründe, diesen auch auf die Sicherungsverwahrung als zumindest „strafähnliche Ahndung“ anzuwenden¹⁴⁸, so dass nicht nur das Gebot der Bestimmtheit, sondern auch das Rückwirkungsverbot zu beachten ist¹⁴⁹. Die in den sog. „Altfällen“ nach wie vor drohende nachträgliche Verhängung von Sicherungsverwahrung, obwohl diese Möglichkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht bestand, ist daher verfassungswidrig.

146 Das Bild von (zwei) sich überschneidenden Kreisen von Strafen und Maßregeln wird bereits von *von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1911, S. 252f., verwendet, worauf *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 222 hinweist.

147 Zur hier nicht vertieften Anwendung von Art. 103 Abs. 3 GG auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung siehe *Mushoff* (Anm. 31), S. 313 Fn. 50 sowie S. 435ff.; einen Verstoß nimmt *Weichert*, StV 1989, 265 an; Nachweise zur herrschenden Gegenansicht bei *Kinzig* (Anm. 35), S. 45f.

148 Vgl. *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 104; *Mushoff* (Anm. 31), S. 370; *Renzikowski*, ZIS 2011, 531, 542; *Conradi* (Anm. 30), S. 166; so auch (zumindest im Hinblick auf die frühere Rechtslage und Praxis) *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 197; *Rössner*, in: Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 2 StGB Rdn. 16. Eine Anwendung auf alle Maßregeln befürworten u. a. *Jung*, Festschrift für Wassermann, S. 875, 883ff., *Pollähne*, in: NK (Anm. 33), § 61 Rdn. 20 sowie Rdn. 35. So auch (aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum) *Zierlein*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), Grundgesetz, 2000, Art. 103 Rdn. 121; tendenziell auch *Schulze-Fielitz*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 103 II Rdn. 21 mit Fn. 73. Entsprechend wird Kritik an der Norm des § 2 Abs. 6 StGB geübt, die die Ausnahme vom Rückwirkungsverbot auf einfachgesetzlicher Ebene festschreibt, siehe nur *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdn. 62; *Hassemer/Kargl*, in: NK (Anm. 33), § 2 Rdn. 60 ff.

149 So auch (ohne Beschränkung auf die Sicherungsverwahrung) *Frisch*, ZStW 94 (1982), S. 565, 587. Ein Rückwirkungsverbot für alle Maßregeln war in § 1 Abs. 2 AE-StGB vorgesehen gewesen. Begründet wurde dies mit deren Charakter als schwere Eingriffe, die „wie eine Strafe repressiv wirken können“ (*Baumann et al.* [Anm. 137], S. 29). Interessant ist auch die Entscheidung des französischen Verfassungsrats, der bzgl. der 2008 eingeführten „Mesures de Sureté“ die zunächst angeordnete Rückwirkung als verfassungswidrig verwarf. Ausschlaggebend war die Tatsache der freiheitsentziehenden Wirkung, der Dauer einschließlich der Möglichkeit einer unbegrenzten Verlängerung sowie die Tatsache der Verhängung durch Strafgerichte im Zusammenhang mit der Verurteilung wegen einer Straftat; siehe dazu *Stefanopoulou*, ZIS 2013, 357; *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 167.

Der Wortlaut steht einer solchen Interpretation nicht entgegen¹⁵⁰. Wie *Volk* schon vor einiger Zeit herausgearbeitet hat, wird der Begriff der „Strafe“ vom Bundesverfassungsgericht kontextabhängig unterschiedlich bestimmt¹⁵¹ – was sich nicht zuletzt auch in einer Entscheidung aus dem Jahre 2004 gezeigt hat, in welcher entschieden wurde, dass sich der Kompetenztitel des „Strafrechts“ in Art. 74 Abs. 1 GG auch auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung erstreckt¹⁵².

Eine historische Betrachtung kommt nicht eindeutig zu einem anderen Ergebnis¹⁵³. Denn der Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG wurde aus Art. 116 der Weimarer Reichsverfassung übernommen; zum Zeitpunkt von deren Entstehen gab es noch kein System der Zweispurigkeit im heutigen Sinn, daher auch keinen Grund, neben der Strafe die Maßregeln explizit zu erwähnen.

Vor allem eine teleologische Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass keine Gründe ersichtlich sind, die Sicherungsverwahrung von einer Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips auszunehmen. Dessen Wurzeln werden zwar nicht einheitlich beurteilt; weitgehend einig ist man sich heute allerdings, dass es jedenfalls nicht nur in Verbindung mit dem Schuldgrundsatz steht¹⁵⁴. Das allein kann also kein Argument gegen den Einbezug der Sicherungsverwahrung ergeben. Vor allem

150 *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 96 sowie S. 124.

151 *Volk*, ZStW 83 (1971), S. 405 ff.; siehe zum (schwer fassbaren) Begriff der Strafe auch *Volk*, Festschrift für Müller, S. 709. Zur Rechtslage in Belgien, wo die vorbeugende Verwahrung nicht als Strafe im Sinne des StGB, aber im Sinne der Verfassung angesehen wird, siehe *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 169.

152 BVerfGE 109, 190 ff. Ein starkes Argument für den Einbezug der Maßregeln in Art. 103 Abs. 2 GG lässt sich aus dieser Entscheidung angesichts der im Text erwähnten Möglichkeit der kontextabhängigen Auslegung eines Rechtsbegriffs nicht ableiten; eine unterschiedliche Auslegung ist aber immerhin begründungsbedürftig. Weitergehend *Kreuzer*, NK 2010, 89, 92, der hier einen echten Widerspruch sieht.

153 *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 127. Siehe demgegenüber BGHSt. 24, 103, 106; *Peglau*, NJW 2000, 179, 180, wonach der Verfassungsgesetzgeber das zweispurige System vorgefunden habe. Siehe auch BVerfGE 109, 134, 168, wonach in der Weimarer Zeit die Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht dem absoluten Rückwirkungsverbot unterfielen; – das bezog sich aber auf einzeln geregelte „sicherungspolizeiliche Eingriffe“, die nicht als echte zweite Sanktionsspur ausgearbeitet waren. In der Reformdiskussion wurde die Rückwirkungsproblematik unterschiedlich gesehen. Im Entwurf von 1930 sollte für die Sicherungsverwahrung ein Rückwirkungsverbot gelten, in der gesetzlichen Regelung von 1933 war dies nicht vorgesehen, vgl. *Jung*, Festschrift für Wassermann, S. 876 f.

154 Vgl. nur *Jung*, Festschrift für Wassermann, S. 875, 884; *Schroth*, Festschrift für Schüler-Springorum, S. 595, 599. Dieser Gesichtspunkt wird allerdings noch in BVerfGE 25, 269, 285 betont.

zwei weitere Aspekte werden genannt¹⁵⁵: zum einen der Zweck der Generalprävention, der voraussetzt, dass man sich zum Handlungszeitpunkt an einer bereits existierenden und hinreichend bestimmten Norm orientieren kann¹⁵⁶. Dabei wird das Vertrauen des sich orientierenden Bürgers darin geschützt, dass diese Norm nicht nachträglich zu seinen Ungunsten geändert wird¹⁵⁷. Dieser Aspekt ist bei der Sicherungsverwahrung, im Unterschied zu den anderen stationären Maßregeln, wie gesehen voll einschlägig. Zweitens geht es um die staatsrechtlichen Aspekte des Demokratieprinzips sowie der Gewaltenteilung¹⁵⁸, wonach der Gesetzgeber eine so gravierende und potenziell „existenzvernichtende“¹⁵⁹ Maßnahme wie die Strafe selbst hinreichend bestimmt regeln muss – das trifft offensichtlich auch und erst recht auf die Sicherungsverwahrung zu.

Das Bundesverfassungsgericht geht nicht direkt auf diese klassischen Schutzzwecke von Art. 103 Abs. 2 GG ein. Im entscheidenden Urteil von 2004 heißt es, dass die Norm voraussetze, dass „das auferlegte materielle Übel mit der Missbilligung vorwerfbareren Verhaltens verknüpft ist (...) und von seiner Zielrichtung her (zumindest auch) dem Schuldausgleich dient“¹⁶⁰. Warum das so sein soll, warum insbesondere der angeblich verfolgte „schuldausgleichende Zweck“ im Lichte der ratio von Art. 103 Abs. 2 GG den entscheidenden Unterschied ausmachen soll¹⁶¹, bleibt letztlich offen.

Folgt man der Auffassung, dass die Sicherungsverwahrung von Art. 103 Abs. 2 GG erfasst ist, stellt sich die Frage, ob das Fehlen einer gesetzlichen Höchstfrist gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt¹⁶². Ich halte das nicht für zwingend¹⁶³, jedenfalls dann nicht, wenn man den bisherigen Zustand sehr weiter

155 Siehe näher *Schünemann*, *Nulla poena sine lege?*, 1978, S. 2ff. Vertiefend zu den Begründungsansätzen *Dannecker*, in: *Leipziger Kommentar*, Band 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rdn. 50 ff. sowie *Hassemer/Kargl*, in: *NK (Anm. 33)*, § 1 Rdn. 4 ff.

156 *Schünemann* (Anm. 155), S. 2f. sowie S. 11 ff.; *Schiemann* (Anm. 111), S. 15 f.

157 Zum Vertrauensschutz siehe nur *Best*, *ZStW* 114 (2002), S. 88, 103.

158 *Schünemann* (Anm. 155), S. 11 ff.; *Dannecker*, *Festschrift für Otto*, 2007, S. 25, 28; *Schiemann* (Anm. 111), S. 11 m. w. N.

159 *Schünemann* (Anm. 155), S. 11.

160 BVerfGE 109, 134, 167. Direkt im Anschluss wird ausgeführt, dass Art. 103 Abs. 2 GG sich nur auf „vergeltende Sanktionen bezieht, bei denen die Übelzufügung mit einer öffentlichen Missbilligung im Sinne der Feststellung der defizitären Einstellung zur Norm im Rahmen eines Unwerturteils verbunden ist“.

161 Vgl. *Best*, *ZStW* 114 (2002), S. 88, 104: Der mit der Übelzufügung verfolgte Zweck habe „weder Einfluss auf ihre Voraussehbarkeit noch auf ihre freiheitsverkürzende Natur“. Gegen eine Relevanz der Intention des Staates spricht auch der bereits oben erwähnte moderne grundrechtsdogmatische Begriff des „Eingriffs“, siehe *Best*, a. a. O.

162 So *Schroth*, *Festschrift für Schüler-Springorum*, S. 595, 600, für die Maßregel des § 63 StGB.

163 Vgl. auch *Mushoff* (Anm. 31), S. 379.

Strafrahmen sowie der letztlich auf unbestimmte Zeit angelegten lebenslangen Freiheitsstrafe¹⁶⁴ als noch verfassungskonform betrachtet.¹⁶⁵ Dennoch legt (neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) das Bestimmtheitsgebot nahe, die früher bestehende Höchstgrenze der Dauer von 10 Jahren für die erstmalige Anordnung der Sicherungsverwahrung wieder einzuführen, um zu einer besseren Vorhersehbarkeit der Vollzugsdauer zu gelangen.

2. Schuldprinzip

Wie ist es nun um die Geltung des Schuldprinzips bestellt? Müsste man es in seiner die Sanktionshöhe begrenzenden Funktion nicht auch auf die Sicherungsverwahrung anwenden? Es liegt nahe, das mit der herrschenden Meinung abzulehnen, selbst wenn man eine Annäherung von Strafe und Sicherungsverwahrung sieht. Denn wie ausgeführt enthält nur die Strafe einen Tadel in Bezug auf die Tat, nur hier findet nach der gesetzlichen Systematik eine an der durch die Tat verwirklichten „Schuld“ orientierte Strafzumessung gem. § 46 Abs. 1 StGB statt. Das passt für die Sicherungsverwahrung nicht, die daher, so lässt sich schließen, auch keiner entsprechenden Begrenzung unterliegt¹⁶⁶.

Ein Zweifel bleibt. Wenn es richtig ist, dass das Schuldprinzip den Täter davor schützt, dass aus präventiven Gründen über das schuldangemessene Maß hinausgegangen wird¹⁶⁷ – müsste es dann nicht bereits der Einführung einer freiheitsentziehenden Sanktion wie der Sicherungsverwahrung entgegenstehen, wenn man quasi am grünen Tisch über die Konzeption eines Sanktionensystems nachdenkt? Oder müsste es nicht zumindest einer Fortführung dieser schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes installierten präventiven und „schuldüberschreitenden“ Sanktionsart entgegenstehen¹⁶⁸? Man kann diese Fragen, soweit

164 Diese Parallele zieht auch *Pollähne*, in: NK (Anm. 33), § 61 Rdn. 46. Siehe auch *Klещewski*, HRRS 2010, 394, 397 (im Kontext der Vereinbarkeit mit der EMRK). Zur Forderung der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe siehe nur *Höffler/Kaspar*, GA 2015, 453 ff.

165 Dafür spricht ergänzend, dass das System der Strafrestaussatzung gem. § 57 StGB einer exakten Vorhersehbarkeit der Vollzugsdauer ex ante entgegensteht. Ähnlich *Mushoff* (Anm. 31), S. 264 im Anschluss an *Jung* (Anm. 35), S. 36. Für eine „Maßregelbemessung“, um die Bestimmbarkeit des Entlassungszeitpunktes zu sichern aber *Klещewski*, HRRS 2010, 394, 397 ff.

166 Anders *Klещewski*, HRRS 2010, 304, 401 f., der aber beim rückfälligen Täter aufgrund von dessen „habituellem Schuld“ einen wesentlichen Straferhöhungsgrund sieht.

167 So die Umschreibung von *Peglau*, Festschrift für Rissing-van Saan, S. 439, die Konsens sein dürfte.

168 Zu diesem Kritikpunkt siehe bereits *Mayer*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S. 185; *Marquardt* (Anm. 37), S. 40; *Grünwald*, ZStW 76 (1964), S. 633, 636 f.; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil

ich sehe, nur verneinen, wenn man folgender Interpretation folgt: Das Schuldprinzip schützt einen Täter davor, aus spezialpräventiven Gründen über das Maß der verwirklichten Schuld hinaus sanktioniert zu werden, wenn dies in der Form einer Strafe erfolgt, die auf die „Schuld“ der Tat mit einem entsprechenden Tadel reagiert. Es schützt ihn aber nicht davor, aus spezialpräventiven Gründen inhaftiert zu werden, wenn dies in der Form einer anderen Maßnahme erfolgt, die keinen solchen tatbezogenen Tadel enthält. Das kann man so sehen, rückt allerdings den Eingriff durch den zusätzlichen „Tadel“ im Vergleich zur an sich doch deutlich belastenderen zusätzlichen Freiheitsentziehung stark in den Vordergrund. Und es spricht (angesichts der doch recht offensichtlichen Umgehungsmöglichkeit) nicht gerade für eine besondere Wehrhaftigkeit des Prinzips.

3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Zum Schluss noch einige knappe Bemerkungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Als Unterscheidungskriterium taugt der Grundsatz nicht, weil er, wie oben bereits erwähnt, auch für die Strafen gilt¹⁶⁹. Er ist ein Verfassungsprinzip, dem alle Grundrechtseingriffe, also auch und gerade die Strafe, genügen müssen. Nach meiner Auffassung enthält er im Bereich der positiv-generalpräventiv begründeten Strafe die Forderung nach „Tatangemessenheit“, womit die limitierende Funktion des Tatschuldprinzips abgedeckt ist. Darüber hinaus hält er als „Mehrwert“ die Forderung aufrecht, sich stets Gedanken darüber zu machen, ob Strafe wirklich zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens geeignet, erforderlich

(Anm. 3), S. 87, *Mushoff* (Anm. 31), S. 306f.; *Haffke*, Festschrift für Hamm, S. 137, 158 (dualistisches System als „Verschiebepbahnhof“); *Conradi* (Anm. 30), S. 161; *Köhler* (Anm. 124), S. 80; vgl. auch die Aussage von *von Liszt* im Hinblick auf die Vertreter des Schuldstrafrechts: „In der ‚Bestrafung‘ des Gewohnheitsverbrechens darf das ‚Gleichmaß zwischen Schuld und Sühne‘ nicht überschritten werden; aber gegen lebenslange oder doch sehr langwierige ‚Sicherheitsmaßregeln‘ nach verbüßter Strafe haben die Gegner nichts einzuwenden“. Siehe auch die Bedenken von *Roxin*, ZStW 81 (1969), S. 613, 641f.

169 Siehe aber auch *Roxin*, ZStW 81 (1969), S. 613, 637 sowie *ders.*, Allg. Teil I (Anm. 39), 3/65, wo der entscheidende Unterschied zwischen Strafen und Maßregeln darin gesehen wird, dass nur auf die erstgenannten das „Schuldprinzip“, auf die letztgenannten lediglich das „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ anwendbar sei. Als Abgrenzungskriterium ist die Anwendbarkeit eines Prinzips allerdings fraglich, da erst der Charakter der Maßnahme bestimmt werden muss, bevor über die Anwendbarkeit eines begrenzenden Schutzprinzips entschieden werden kann; siehe *Höffler/Kaspar*, ZStW 123 (2012), S. 8 sowie ähnlich bereits *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 343, 361 mit Anm. 84.

und angemessen ist, oder ob es sachliche Gründe gibt, auf Strafe zu verzichten bzw. sie abzusenken, solange insgesamt das „generalpräventive Minimum“ nicht unterschritten wird.

Auch im Bereich der Maßregeln hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kritischere Potenz, als dies weithin angenommen wird. In ausreichender Strenge und mit zutreffender Gewichtung des betroffenen Freiheitsgrundrechts angewandt, müsste er zu einer noch größeren Einschränkung der Anordnung und vor allem der Dauer der Maßregeln führen¹⁷⁰. Der Unterschied zur klassischen Strafe ist allerdings, dass hier die (angenommene) Gefährlichkeit des Täters direkt in die Abwägung einfließt. Das führt zu einem strukturell bedingten besonderen Gewicht des verfolgten Zwecks, namentlich der mit dem Freiheitsentzug unmittelbar verbundenen Verhinderung von Straftaten.

Das setzt allerdings voraus, dass der Täter tatsächlich gefährlich ist. Und genau hier liegt das Problem, das in der aktuellen Diskussion um die Sicherungsverwahrung nicht immer ausreichende Beachtung findet¹⁷¹. Denn die Gefährlichkeitsprognosen sind generell im Bereich der Voraussage schwerer Straftaten sehr fehleranfällig – die Gefahr von „false positives“, also von zu Unrecht als gefährlich eingestuften Personen, ist hier besonders hoch¹⁷².

Das gilt vor allem für die Sicherungsverwahrung, denn hier beruht die Prognose im Kern auf der schlichten Tatsache der Begehung von Straftaten in der Vergangenheit¹⁷³ – die zugleich erwähnte Eigenschaft als „Hangtäter“ hat, wie Kritiker zu Recht monieren, keinen klar bestimmten Gehalt¹⁷⁴. Empirische Studien in diesem Bereich haben wiederholt gezeigt, dass die überwiegende Mehrzahl der an sich als hochgefährlich eingestuften Personen in Freiheit nicht mit schweren

170 Krit. zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei § 63 StGB *Schroth*, Festschrift für Schüler-Springorum, S. 595, 597.

171 Krit. zur Unterschätzung des Prognoseproblems durch das Bundesverfassungsgericht u. a. *Schultz*, Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft, 2014, S. 83.

172 Siehe nur *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 345, 370 ff.; *Kunz*, in: *Barton* (Anm. 22), S. 71, 84; *Kinzig*, in: *Barton*, a. a. O., S. 143, 154.; *Mushoff* (Anm. 31), S. 340 ff.; *Schöch*, Festschrift für Roxin II, 2011, S. 1193, 1212; *Dessecker*, in: *Müller* (Anm. 21), S. 99, 109; *Meier* (Anm. 30), S. 349. *Jung* (Anm. 35), S. 38 spricht vom „Mythos vom gefährlichen Täter“.

173 Daher ist unklar, welche „konkreten Anhaltspunkte“ *Radtko* (GA 2011, 636, 637) meint, die den Schluss auf eine „große Wahrscheinlichkeit zukünftiger gravierender Straftaten“ zulassen.

174 Kritisch und für Streichung etwa *Kaiser* (Anm. 34), S. 50; *Schüler-Springorum*, MschrKrim 1989, S. 147 ff. („kriminologisch nicht haltbare Zuschreibung“); *Kinzig* (Anm. 35), S. 591; *Eschelbach*, NJW 2010, 2499, 2500; *Peglau*, Festschrift für Rissing-van Saan, S. 437, 449. Etwas positivere Beurteilung bei *Meier* (Anm. 30), S. 352f.; siehe auch *Kern* (Anm. 139), S. 181f., der den Begriff aufgrund einer von ihm durchgeführten Aktenanalyse nicht für völlig konturenlos hält, letztlich aber doch für eine Streichung plädiert.

Straftaten auffällt¹⁷⁵. Die Redeweise vom „Sonderopfer“ der Sicherungsverwahrung bekommt hier einen besonders plastischen Gehalt – ob das im Rechtsstaat tatsächlich gewollt sein kann, ist eine andere Frage.

Man kann dem Problem meines Erachtens nicht allein durch den Wunsch nach einer Verbesserung der Qualität von Prognosegutachten begegnen, zumal damit das gravierende Problem der Verantwortungsübernahme für Fehlprognosen nicht gelöst wird. Gerade bei bereits in der Sicherungsverwahrung Untergebrachten liegt es nicht fern, dass Sachverständige wie Richter sich scheuen, einen Täter als nunmehr ungefährlich zu bezeichnen und so möglicherweise mittelbar für eine schwere Rückfalltat verantwortlich zu sein. Nur in dieser (Gott sei Dank sehr seltenen) Konstellation kommt eine Falschprognose ans Licht – der zu Unrecht weiter Untergebrachte hat keine Gelegenheit, seine Ungefährlichkeit zu beweisen. Ein möglicher Lösungsansatz könnte die von *Schöch* vorgeschlagene Einführung von interdisziplinär besetzten Fachkommissionen sein¹⁷⁶, die als Gremien über die (weitere) Gefährlichkeit des Untergebrachten befinden und möglicherweise weniger die Übernahme der mit der einer Lockerung oder Entlassung verbundenen Verantwortung scheuen.

VI. Fazit

Eine klare Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionensystems existiert nicht und sollte daher bei der Bestimmung rechtstaatlicher Grenzen nicht ohne Weiteres zugrunde gelegt werden. Auf die Sonderstellung der Sicherungsverwahrung als strafähnliche Maßnahme, die m. E. auch nach neuer Rechtslage weiter besteht¹⁷⁷, wurde hingewiesen.

Eine radikale Reform des Sanktionensystems im Sinne einer ersatzlosen Abschaffung der Sicherungsverwahrung¹⁷⁸ oder gar der Einführung einer voll-

175 Siehe nur *Feltes/Alex*, Festschrift für Schöch, S. 750 ff.; sowie *Alex*, in: *Höffler* (Anm. 74), S. 21 ff.; zusammenfassend *Meier* (Anm. 30), S. 370 ff.

176 *Schöch*, Festschrift für Roxin II, 2011, S. 1193, 1212. Auch das Bundesverfassungsgericht greift diesen Vorschlag auf, siehe BVerfGE 128, 326, 381.

177 In dieser Hinsicht offen *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 198, die (ohne nähere Erläuterung) eine zukünftige Ausgestaltung als Maßregel für möglich halten, obwohl zuvor richtigerweise auf den nur engen Spielraum bei der Herstellung eines „Abstands“ von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung hingewiesen wird.

178 So *Kinzig* (Anm. 35), S. 598, der ein denkbares „Ausweichen“ der Praxis auf § 63 StGB sowie längere Freiheitsstrafen im Vergleich als vorzuzugswürdig ansieht.

ständigen Einspurigkeit¹⁷⁹ empfiehlt sich nicht¹⁸⁰. Wie die Beispiele aus anderen Ländern zeigen¹⁸¹, wird auf das Problem (vermeintlich) gefährlicher Rückfalltäter überall reagiert, in Ländern mit „einspurigen“ Systemen offenbar (auch wenn dieser Zusammenhang natürlich schwer belegbar ist) durch Verhängung von durchschnittlich deutlich längeren Freiheitsstrafen¹⁸².

Dass im bestehenden System die „Gefährlichkeit“ des Täters (die ihrerseits ein besonders gefährliches¹⁸³ und fehleranfälliges Kriterium ist) aus dem Bereich der Strafzumessung einigermaßen ausgeklammert wird, ist daher ein nicht zu leugnender Vorteil¹⁸⁴. Das damit verbundene Argument lautet, dass bei einer Abschaffung der Sicherungsverwahrung nicht nur ein unsachgemäßes Ausweichen auf die Unterbringung in der Psychiatrie, sondern ein sprunghafter und flächendeckender Anstieg von Freiheitsstrafen zu erwarten sein könnte¹⁸⁵. Auch hier wäre aber meine vorsichtige kritische Rückfrage, warum dann einem solchen sprunghaften Anstieg der Freiheitsstrafen nicht das „Schuldprinzip“ entgegenstünde – denn dies würde ja bedeuten, dass die Richter nun plötzlich (aus apokryphen Gründen) über das bisher geltende Maß der „schuldangemessenen Strafe“ hinausgehen!

Da dieses Maß m. E. aber eben schwer bestimmbar und in seiner praktischen Handhabung (auch im Hinblick auf Rückfallschärfungen) äußerst dehnbar

179 Der Verzicht auf ein zweispuriges System wird bspw. als „Maximalforderung“ von Pollähne, in: NK (Anm. 33), § 61 Rdn. 39 ff., vertreten.

180 Siehe i. E. auch Frisch, ZStW 102 (1990), S. 343, 388; Kunz, in: Barton (Anm. 22), S. 71, 84 f.; Mushoff (Anm. 31), S. 308 f.

181 Übersicht bei Stefanopoulou, ZIS 2013, 350; siehe auch die Länderberichte in: Koch (Anm. 98), S. 3 ff. sowie zusammenfassend Koch, a. a. O., S. 493 ff.

182 Siehe Böhm, Festschrift für Schöch, S. 768 f.; Schöch, Festschrift für Roxin II, 2011, S. 1193, 1203; Landau, NStZ 2013, 197. Vor einer bei Abschaffung der Sicherungsverwahrung drohenden Anhebung der Strafrahmen warnt Remde (Anm. 108), S. 107 im Anschluss an Streng, JZ 2011, 827, 830. Siehe bereits Dessecker, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, 2004, S. 403 f. Ein drastisches Beispiel ist England, wo seit dem Criminal Justice Act von 2003 allein aufgrund der vermuteten Eigenschaft als „gefährlicher Straftäter“ lebenslange, unbestimmte oder verlängerte („extended“) Freiheitsstrafen verhängt werden können, siehe dazu Stefanopoulou, ZIS 2013, 351 f. In Griechenland gibt es gegen voll verantwortliche Täter keine sichernde Maßregel, hier werden aufgrund von Rückfallschärfung deutlich längere Freiheitsstrafen verhängt; auch eine unbestimmte Freiheitsstrafe ist möglich, siehe dazu Stefanopoulou, ZIS 2013, 355. Ein gewisser Trend hin zur Zweispurigkeit zeigt sich, dass mittlerweile auch Frankreich eine (allerdings mit sehr hohen Voraussetzungen versehene) Form der Sicherungsverwahrung kennt, siehe dazu Stefanopoulou, ZIS 2013, 357.

183 Freund, GA 2010, 193. So auch bereits Exner (Anm. 41), S. 59.

184 Vgl. Frisch, ZStW 102 (1990), S. 389 ff.; Freund, GA 2010, 193, 208; Radtke, GA 2011, 636, 637.

185 Siehe nur Kunz, in: Barton (Anm. 22), S. 71, 84 f.; Remde (Anm. 108), S. 107; Dessecker (Anm. 182), S. 403 f.

ist¹⁸⁶, dürfte ein solcher Verschiebeeffect nicht unrealistisch sein. Die eingangs erwähnte „Bad Bank“ der Sicherungsverwahrung hat also ihre Berechtigung, muss aber ihrerseits strengeren Beschränkungen unterworfen werden. Und vielleicht sollte man sie, auch, um unnötige Stigmatisierung zu vermeiden, umbenennen und als das bezeichnen, was sie nach den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in Zukunft sein soll: eine Art „sozialtherapeutische Anstalt“¹⁸⁷, in der alles versucht wird, um selbst hartnäckige Rückfalltäter wieder auf ein Leben in Freiheit vorzubereiten¹⁸⁸. Werden diese Anforderungen in der Praxis umgesetzt, wäre das auch kein (immerhin von einer positiven Motivation getragener) „Etikettenschwindel“, sondern eine Anpassung des Etiketts an einen geänderten Inhalt.

Die Anerkennung einer Nähe von Strafen und Maßregeln unter dem Dach der „Prävention“ legitimiert auch die ohnehin schon bestehende Praxis¹⁸⁹, bereits bei der Strafzumessung soweit möglich auf das Gesamtpaket der Sanktionierung unter Einschluss der Maßregeln Rücksicht zu nehmen, insoweit also eine Art „Wirkungseinheit“¹⁹⁰ anzunehmen¹⁹¹. Und sie erweitert schließlich ganz generell den Blick für Alternativen zur klassischen Strafe. Besonders die Wiedergutmachung der Tatfolgen, die teilweise als „dritte Spur“ des Sanktionensystems firmiert, ist hier erwähnenswert¹⁹². Nicht die Einordnung in eine existierende oder

186 Bezeichnend insoweit die Ausführungen von *Freund*, GA 2010, 193, 208, wonach es im konkreten, vom EGMR 2009 entschiedenen Fall „nach deutscher Rechtslage leicht möglich gewesen“ wäre, den Täter „mit Blick auf die begangenen Taten (ggf. unter Einbeziehung sozialpräventiver Gefährlichkeitsüberlegungen) zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu verurteilen.“

187 Zur ursprünglich in § 65 StGB geplanten, aber nie in dieser Form umgesetzten Maßregel der sozialtherapeutischen Anstalt siehe *Schöch*, Festschrift für Roxin II, 2011, S. 1193, 1194 f.; *ders.*, ZRP 1982, 207 ff.; *Boetticher*, in: *Müller* (Anm. 21), S. 241 ff., sowie *ders.*, in: *Höffler* (Anm. 74), S. 81 ff. Kritisch gegenüber einer solchen Maßregel *Frisch*, ZStW 102 (1990), S. 345, 381 f.

188 Vgl. auch *Drenkhahn/Morgenstern*, ZStW 124 (2012), S. 133, 202; *Nedopil*, in: *Müller* (Anm. 21), S. 231, 232 f.

189 Siehe die Ergebnisse der Studie von *Kinzig* (Anm. 35), S. 590 sowie *ders.*, ZStW 109 (1997), S. 122, 160 f.; dazu *Best*, ZStW 114 (2002), S. 88, 120.

190 *Zipf*, in: *Roxin et al.* (Hrsg.), Einführung in das neue Strafrecht, 1982, S. 106. Siehe dazu auch *Mushoff* (Anm. 31), S. 267 f.

191 Ablehnend BGHSt. 38, 362, 365; siehe dagegen *Kretschmer* (Anm. 23), S. 45 ff., der eine Auswirkung auf die Strafzumessung allerdings auf deren sozialpräventiven Teil beschränken und an der Schuldgrenze nach oben wie nach unten festhalten will. Weitergehend (auf der Basis einer im Grundsatz auch hier befürworteten präventiven Strafkonzepption) *Ostendorf*, StV 2014, 766, 772, bei der allerdings der Stellenwert des (wie im Text erwähnt: gefährlichen) Aspekts der „Gefährlichkeit“ des Täters nicht ganz deutlich wird.

192 Vgl. die Andeutung (im Kontext der Zweispurigkeit) von *Eser*, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213, 236.

die Kategorisierung als „neue“ Spur scheint mir der entscheidende Punkt zu sein – sondern, dass der Täter, der Wiedergutmachung leistet, den durch die Straftat gestörten Rechtsfrieden in konstruktiver Weise ganz oder teilweise selbst wieder herstellt und damit Strafe zumindest teilweise entbehrlich macht¹⁹³.

Eser hat im Zusammenhang mit dem Thema der Zweispurigkeit völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass der Begriff des „Strafrechts“ zu eng gefasst ist und zu sehr auf nur eine Form der Sanktionierung einer Straftat zugeschnitten ist; treffender wäre die Bezeichnung als „Kriminalrecht“¹⁹⁴. Es geht innerhalb dieses Rechtsgebiets um eine ausreichend wirksame und zugleich die Rechte des Sanktionierten so gut wie möglich schonende Reaktion auf eine Straftat. Wenn wir uns auf diese Formel einigen könnten, wäre – jenseits der Detailfragen bei der Gestaltung des Sanktionensystems – schon viel gewonnen.

Anmerkung: Vortrag auf der 36. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer am 14. 05. 2015 in Augsburg. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Der Beitrag ist dem am 05. 09. 2015 verstorbenen *Horst Schüler-Springorum* gewidmet, dessen zeitlose und auch heute noch lesenswerte Schrift „Kriminalpolitik für Menschen“ (1991) mich schon zu Beginn meiner Beschäftigung mit Strafrecht und Kriminologie beeindruckt und geprägt hat.

193 Siehe aus jüngerer Zeit *Roxin*, GA 2015, 185, 199.

194 Eser, Festschrift für Müller-Dietz, S. 213.