

Was ist Strafe und was ist Maßregel?

31.3.2014 Kyoto/Japan

Arndt Sinn

A. Einleitung

Der Begriff „Strafe“ steht im Zentrum des Strafrechts. Von ihm leitet das Strafrecht seinen Inhalt ab. Über den Inhalt und die Grenzen wurde und wird immer wieder gestritten, so dass man ganze Bibliotheken nur mit Abhandlungen über den Begriff „Strafe“ füllen könnte. Man könnte also annehmen, dass völlig klar sei, was Strafe ist, welchen Zweck oder welche Zwecke mit ihr verfolgt werden und wo die Grenzen des Strafrechts zu ziehen sind. Immerhin wird allerorts gestraft und Rufe nach der Abschaffung des Strafrechts sind nicht zu vernehmen. Vor dem Hintergrund jüngerer kriminalpolitischer Weichenstellungen in Deutschland, dem Ausbau des Maßregelrechts und der nachträglichen Sicherungsverwahrung und den dazu ergangenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist der Begriff „Strafe“ erneut auf den Prüfstand gelangt. Ziel dieses Beitrages ist es, der Frage nachzugehen, was Strafe ist, ob sie notwendig ist, wo die Grenzen zu ziehen sind und wie sich diese Sanktionsform von anderen Arten der Freiheitsentziehung – der Maßregel – abgrenzen lässt.

B. Die Funktion von Strafen

Was versteht man unter einer Strafe? Um den Untersuchungsgegenstand noch weiter einzugrenzen präzisiere ich die Frage auf: „Was versteht man unter einer Kriminalstrafe?“

Beginnen möchte ich mit einem Fall aus dem Jahr 1757:

Damien hatte am 5. Januar 1757 in Versailles versucht, Ludwig XV. zu töten und ihn mit einem Messerstich verletzt. Am 2. März 1757 war Damien dazu verurteilt worden „vor dem Haupttor der Kirche von Paris öffentliche Abbitte zu tun“, wohin er „in einem Stürzkarren gefahren werden sollte, nackt bis auf ein Hemd und eine brennende zwei Pfund schwere Wachsackel in der Hand; auf dem Grève-Platz sollte er dann im Stürzkarren auf einem dort errichteten Gerüst an den Brustwarzen, Armen, Oberschenkeln und Waden mit glühenden Zangen gezwickt werden; seine rechte Hand sollte das Messer halten, mit dem er den Vaternord begangen hatte, und mit Schwefelfeuer gebrannt werden, und auf die mit Zangen gezwickten Stellen sollte geschmolzenes Blei, siedendes Öl, brennendes Pechharz und mit Schwefel geschmolzenes Wachs gegossen werden; dann sollte sein Körper von vier Pferden auseinandergezogen und zergliedert werden, seine Glieder und sein Körper sollten vom Feuer verzehrt und zu Asche gemacht, und seine Asche in den Wind gestreut werden.“¹

Demgegenüber liest sich ein Schuldspruch, nur 252 Jahre später, bei einer Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe beinahe harmlos. In

1 Zitiert nach *Foucault*, Überwachen und Strafen, 1976, S. 9.

beiden Fällen geht es aber um eine Bestrafung des Täters.

Erst am Ende des 18. Jhd., zu Beginn des 19. Jhd., ist das düstere Fest der „Strafe“ im Begriff zu erlöschen.² Mit dem Abschaffen der „peinlichen Strafen“ verschwindet auch der Körper als Hauptzielscheibe der strafenden Repression³ aus der Öffentlichkeit. Es beginnt das Zeitalter, so *Foucault*, der „Strafnüchternheit“⁴, *Müller-Dietz* nennt es „Humanisierung des Strafrechts“.⁵ Mit der Wahrnehmung, dass mit dem Körper ein Individuum verbunden ist entwickelt sich das Strafrecht vom „rohen Strafen zu einem System der differenzierten sozialkonstruktiven Reaktion auf kriminalisiertes abweichendes Verhalten“.⁶ Aber der Zugriff auf den Körper des Täters hat sich nicht vollständig von dem Begriff der Strafe lösen können. Zwar ist die Marter abgeschafft, aber die Strafen zielen weiterhin auf den Verlust eines Rechtes ab, sei es ein Eigentumsrecht (Geldstrafe) oder ein Freiheitsrecht (Freiheitsstrafe). Ein wesentlicher Punkt in der Definition der Strafe ist also die „*Zufügung eines Übels*“ geblieben. Folglich findet er sich auch in der wohl herrschenden Definition zum Begriff „Strafe“ wieder:

Unter einer *Kriminalstrafe* versteht man die *Rechtsfolge* aus der Verwirklichung eines von einem Tatbestand des Strafgesetzes in seinen Merkmalen festgelegten, mit Strafe bedrohten Unrechts, für die der Täter einen Schuldvorwurf verdient. Materiell ist Strafe der „Ausgleich einer

2 *Foucault* (Fn. 1), S. 15.

3 *Foucault* (Fn. 1), S. 15.

4 *Foucault* (Fn. 1), S. 23.

5 *Müller-Dietz*, Strafvollzug und Gesellschaft, 1974, S. 75.

6 *Britz*, Strafe und Schmerz – eine Annäherung, in: FS Müller-Dietz, Britz (Hrsg.), 2001, S. 73 (87) im Anschluss an BVerfGE 45, 187 (229).

erheblichen Rechtsverletzung durch Auferlegung eines der Schwere von Unrecht und Schuld angemessenen Übels, das eine öffentliche Missbilligung der Tat ausdrückt und dadurch Rechtsbewährung schafft“.⁷

Von der Kriminalstrafe unterscheiden sich die nichtkriminellen Strafen dadurch, dass bei ihnen jene öffentliche Missbilligung wegen der Normverletzung i. d. R. nicht in vergleichbarem Umfang besteht. Zu den *nichtkriminellen Strafen* gehören die nichtkriminellen öffentlichen Strafen wie etwa die Zwangsmittel in §§ 888, 889 II ZPO, die Geldbußen und Verwarnungen nach §§ 1, 56 ff. OWiG, Zuchtmittel nach § 13 JGG oder Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte nach § 5 BDG. Nichtkriminelle Strafen sind außerdem Privatstrafen (wie etwa die Vertragsstrafe nach § 339 BGB), Betriebsstrafen und Kirchenstrafen.⁸

Mit diesen kurzen Wegweisungen durch den Dschungel des Begriffs „Kriminalstrafe“ ist damit aber noch nicht ausgemacht, welche Funktion die Strafe hat oder ob gar ein bestimmter Zweck mit der Strafe verfolgt wird.

Da die Strafe eine Folge des vom Täter verwirklichten Unrechts ist, ist das Verhalten des Täters der Ausgangspunkt der Überlegungen zum Zweck oder zur Funktion der Strafe. Bei der Sinngebung des Verhaltens des Täters

7 Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, § 2 II 1; vgl. auch Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971, S. 34 ff.; Schreiber, ZStW 94 (1982), 280. Ob die Strafe zwingend in der Auferlegung gerade eines Übels bestehen muss, ist umstritten, vgl. Roxin, AT I, 4. Aufl., 2006, § 3 Rn. 44: Strafe als Zwangseingriff des Staates; Schild, SchwZStr 99 (1982), 364 (380 f.); ders., ARSP 1984, 104 (109): Vermeidung des Ausschlusses des Täters aus der Gesellschaft, Versöhnung durch Schuldspruch.

8 Näher zu den nichtkriminellen Strafen, vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 7), § 2 III.

bieten sich nun zwei Deutungsmöglichkeiten an: Entweder fasst man das Verhalten des Täters und damit die Straftat als *Gefahr* auf. Das Verhalten trägt dann den Keim der Wiederholbarkeit in sich, sei es durch den Täter oder sei es aufgrund der Nachahmung durch andere.⁹ Oder man deutet das Verhalten als einen *Rechtsbruch*, als eine Willensäußerung des Täters, die nicht hingenommen werden kann und nach symbolischer Missbilligung verlangt.¹⁰ Das sind die beiden Pole, die im ersteren Fall mit dem Etikett „Prävention“ und im letzteren Fall „Retribution“ versehen werden.

I. Die Straftheorien

1. Die absolute Straftheorie

Mit dem Pol „Retribution“ verbindet sich die absolute Straftheorie.

Nach den absoluten Straftheorien ist die Strafe allein *Vergeltung* und frei (absolut, d. h. losgelöst) von Zweckerwägungen. Sie bildet lediglich ein negierendes Gegengewicht zum Ausgleich der schuldhaft begangenen Rechtsverletzung.¹¹ In diesem Sinne dient die Strafe nicht einem weiteren täter- oder gesellschaftsbezogenen Zweck, sondern sie erfolgt im Namen der *Gerechtigkeit*, nach der die aus jeder Rechtsverletzung herrührende Schuld bei Verletzung der Gerechtigkeit durch Übelzufügung ausgeglichen werden muss.¹² Rechtsphilosophisch geht der Vergeltungsgedanke auf die Begründer des deutschen Idealismus, *Immanuel Kant* (1724-1804) und

9 Walther, ZStW 111 (1999), 123 (130).

10 Walther (Fn. 9), 129.

11 Vgl. Gropp, AT, 3. Aufl., 2005, § 1 Rn. 101 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 7), § 8 III.

12 Punitur, quia peccatum est – Seneca, De ira, S. 1, 16, 21; vgl. Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 50 ff.; Roxin (Fn. 7), § 3 Rn. 2-7 sowie Jescheck/Weigend (Fn. 7), § 8 III.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), zurück: In der „Methaphysik der Sitten“ von 1797 führt *Kant* zur richterlichen Strafe (*poena forensis*) aus, sie dürfe „niemals bloß als Mittel, ein anderes Gutes zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden (...). Er muss vorher strafbar befunden seyn, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einige Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Schutzgesetz ist ein kategorischer Imperativ (...)“¹³. Eindrucksvoll beschreibt *Kant* die Vorstellung von Gerechtigkeit in seinem Inselbeispiel: „Wenn ein Volk seine Insel verlässt, um auszuwandern, so müsste zuvor der letzte Mörder im Gefängnis gehängt werden, damit Gerechtigkeit walte.“¹⁴

Nach *Hegel* bildet die positive Existenz der Rechtsverletzung den besonderen Willen des Verbrechers.¹⁵ Durch die Strafe wird der Verbrecher ernstgenommen, „als Vernünftiges geehrt“, auf seinen freien Willen wird reagiert, er wird verletzt, d. h. das Verbrechen, das sonst gelten würde, aufgehoben, und so das Recht wiederhergestellt.¹⁶ Deshalb gehört die Strafe nach *Hegel* zum Recht des Täters.¹⁷ Vergeltung bedeutet aber auch, dass die

13 *Kant*, Sämtliche Werke Bd. 9, Rosenkranz/Schubert (Hrsg.), 1838, S. 180 f.

14 *Ders.*, Die Methaphysik der Sitten, 1785, S. 455.

15 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts Bd. 7, Gans (Hrsg.), 1833, §§ 90 ff., insbes. §§ 99 f.

16 Zu den „pragmatischen“, d. h. zweckgerichteten Strafen auch bei *Kant* bzw. „Verwaltungsstrafen“ bei *Hegel* *Schild*, ARSP 1984, 76 ff., 97 ff.

17 Zur Wiederbelebung der hegelianischen Strafrechtstheorie im geltenden Strafrecht; vgl. *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 172 f., 190 ff.; *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 844 f.; *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl, 1999, S. 106; kritisch

Straftat nicht zum Vorbild für andere Personen werden darf, weshalb es der Negation ihrer durch Strafe bedarf.¹⁸

2. Die relativen Straftheorien

Den Pol der Gefährdung stellen demgegenüber die relativen Straftheorien in den Vordergrund.

Nach den relativen Straftheorien bezieht die Strafe ihre Legitimation aus der Aufgabe, die Gesellschaft durch die Verhinderung zukünftiger Straftaten zu schützen. Zweck der Strafe ist somit die *Verbrechensvorbeugung*.¹⁹ Dies kann einmal dadurch geschehen, dass potentielle „Normverletzer“ abgeschreckt werden (*Generalprävention*). In diesem Sinne ist die von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833) entwickelte Theorie vom „psychologischen Zwang“ zu verstehen, nach der die Strafdrohung eine psychische Barriere für potentielle Straftäter sein soll und die Strafverhängung lediglich die Ernsthaftigkeit der Drohung klarmacht.²⁰

Soweit die Strafe danach zur Abschreckung anderer Tatgeneigter dienen soll, spricht man von *negativer* Generalprävention. Soweit hingegen innerhalb der Bandbreite schuldangemessenen Strafens die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung im Bewusstsein der Allgemeinheit gehalten werden soll, von *positiver General-* bzw. *Integrations-*

Schild, in: NK, StGB, § 20, Rn. 55 ff.

18 Vgl. zu dieser Sichtweise *Schild*, in: FS Wolff, Zaczyk/Köhler/Kahlo (Hrsg.), 1998, S. 434.

19 Punitur, ne peccetur – *Seneca*; zitiert bei *Grotius*, De iure belli ac pacis, libri tres, 2. Buch, 1625, 20. Kapitel IV 1.

20 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3. Aufl., 1805, §§ 12-14.

Generalprävention.²¹ Danach entfalte die Sanktionierung abweichenden Verhaltens eine generell *norm-* und *gesellschaftsstabilisierende* Wirkung – freilich ohne dass diese bisher als empirisch nachgewiesen gelten kann.

Die zweite Möglichkeit, zukünftige Straftaten zu verhindern, besteht in der Einwirkung auf den aktuellen Täter (*Spezialprävention*). Ihr Gepräge erhielt die spezialpräventive Straftheorie von *Franz von Liszt* (1851-1919), insbesondere durch seine Marburger Antrittsvorlesung „Der Zweckgedanke im Strafrecht“ (sogenanntes Marburger Programm²²), in deren Mittelpunkt die erzieherische Wirksamkeit der Strafe steht und die zur Gründung der sogenannten „modernen Strafrechtsschule“ führte.

Gegen die relativen, d. h. zweckgerichteten Strafrechtstheorien lässt sich u. a. einwenden, dass bei einem ausschließlichen Abstellen auf die Zweckverfolgung die strafbestimmende Funktion der Schuld in den Hintergrund träte. Der Gelegenheitstäter müsste mangels Gefährlichkeit straffrei bleiben, der Zustandstäter ohne Rücksicht auf das Gewicht seiner Tat „intensiv“ behandelt werden. Schließlich ist es fraglich, ob ein erzieherisches Einwirken auf Erwachsene im spezialpräventiv erforderlichen Maße überhaupt möglich ist.²³

3. Die Vereinigungstheorien

Infolge der Kritik an den absoluten und den relativen Straftheorien haben sich die sogenannten „Vereinigungstheorien“ gebildet. Jedoch handelt es

21 Vgl. BGHSt 24, 40 (44 ff.); näher *Mir Puig*; ZStW 102 (1990), 914 ff.

22 ZStW 3 (1883), 1 ff.

23 Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), § 8 IV 5; *Roxin* (Fn. 7), § 3 Rn. 16-20, 32; *Schreiber*, ZStW 94 (1982), 284; zur Lehre von der „*défense sociale*“ bzw. „*défense sociale nouvelle*“, vgl. die Bemerkungen bei *Stree*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 38 Rn. 9.

sich bei ihnen nicht einfach um eine Addition der jeweiligen Legitimationsansätze im Sinne eines Methodensynkretismus, sondern um ein an rechtsstaatlichen Maßstäben ausgerichtetes Ineinandergreifen, um eine „dialektische“ Vereinigung²⁴, eine „gestufte Verschränkung verschiedener Funktionen“²⁵. Die einzelnen Aspekte staatlichen Strafens erhalten dabei je nach dem Stadium der staatlichen Strafeinwirkung einen unterschiedlichen Stellenwert²⁶: Die staatliche *Strafandrohung* wirkt *generalpräventiv*, indem sie dem Bürger vor Augen hält, welche Verhaltensweisen er zu unterlassen hat. Auch was die *Verhängung* und *Zumessung* der Strafe betrifft, sind *generalpräventive* Aspekte insofern nicht zu leugnen, als durch sie die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung im Bewusstsein der Allgemeinheit gehalten wird (positive Generalprävention). Damit der Betroffene jedoch nicht bloßes Mittel zum Zweck wird, bedarf es einer Berücksichtigung seiner Persönlichkeit bei der Strafverhängung. Die Strafe darf daher seine Menschenwürde nicht verletzen. In Anlehnung an den Vergeltungsgedanken der absoluten Straftheorien hat bei der Strafverhängung das Strafmaß dem Maß der Schuld des Täters zu entsprechen.²⁷ Die Schuld ist somit Voraussetzung und Begrenzung der Strafe²⁸: keine Strafe ohne Schuld.²⁹ Im *Strafvollzug* kommen schließlich vorrangig die *spezialpräventiv* orientierten Straftheorien zum Zuge. Denn

24 Roxin (Fn. 7), § 3 Rn. 36.

25 Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl, 1992, S. 11 Rn. 43.

26 Vgl. zum Folgenden Roxin, JuS 1966, 381 ff.

27 Näher zu dem - kaum als geklärt zu bezeichnenden - Verhältnis von Straftheorien und Strafzumessung und den hierzu entwickelten *Stellenwert*- bzw. *Spielraumtheorien*, Schreiber, ZStW 94 (1982), 285 ff.

28 Vgl. BVerfGE 54, 100 (113).

29 Sog. Schuldprinzip, vgl. Roxin (Fn. 7), § 3 Rn. 48 f.; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 13 Rn.103 ff. bzw. Vor § 38 Rn. 6 ff., jeweils m. w. N.

der Strafvollzug soll die Wiedereingliederung, die Resozialisierung, des Täters in die Gesellschaft ermöglichen. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Täter wegen der Tat (z. B. Mord) lebenslange Freiheitsstrafe verwirkt hat (vgl. § 57a). Das heißt, dass der Täter u. a. bei einer günstigen Prognose nach 15 Jahren Haft wieder in Freiheit gelangen kann.³⁰

Bis zum Beginn der Strafrechtsreform konnte man im deutschen Strafrecht von einem Überwiegen der absoluten Straftheorien ausgehen, wobei jedoch auch Zweckmäßigkeitgesichtspunkten Raum eingeräumt wurde.³¹ Die Tendenz hin zu den Vereinigungstheorien lässt sich spätestens seit dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962 feststellen. Spezialpräventive Aspekte brachte insbesondere der Alternativentwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1966, hrsg. von *J. Baumann* u. a., in die Diskussion ein. Seit Mitte der 70er Jahre sind – insbesondere aus Italien, Skandinavien und Amerika kommend – Tendenzen weg von einer spezialpräventiven „Behandlungsideologie“ hin zu Generalprävention und Vergeltung festzustellen.³² Auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft lässt sich dieser Trend beobachten, wenngleich ich noch nicht von einer Trendwende sprechen will. Neueste Überlegungen versuchen die Opferperspektive in einer Straftheorie mehr zu berücksichtigen.³³

30 Vgl. auch BVerfGE 45, 187.

31 Vgl. *Schmidhäuser* a. a. O.

32 Sog. *Neoklassizismus*, näher hierzu *Roxin* (Fn. 7), § 3 Rn. 18; *Schreiber*, ZStW 94 (1982), 291 ff.

33 Vgl. *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, S. 112 ff.

4. Diskussion

a) Strafrecht als Vernunftrecht³⁴

Gegen die Vergeltungstheorien wird immer wieder vorgebracht, sie seien zu vergangenheits- und übelsbezogen und zu wenig darauf bedacht, Straftaten künftig zu verhindern, den Täter mit der Strafe zu „behandeln“ und die Gesellschaft damit vor weiteren Straftaten zu schützen. Aber erst in dem Theoriegebäude der Vergeltung wird die Fähigkeit, sich vernünftig zu verhalten, als wichtige Voraussetzung für die Verhängung der Strafe herausgearbeitet.

Hegels auf den ersten Blick zynisch anmutende Begründung der Strafe als Ehre für den Verbrecher verliert diesen Schein schnell, wenn auch der Täter als Vernünftiger und deshalb als Mitglied der Gemeinschaft aller Vernünftigen gedacht wird. Dass dies nicht nur ein Ideal ist, sondern auch empirisch beobachtet werden kann, ist ebenfalls Thema der gegenwärtigen Philosophie.³⁵ Beschreiben wir den Menschen als vernünftig, so meinen wir damit, dass er sich im Rahmen der gesellschaftlichen Erwartungen bewegt, also im Rahmen dessen handelt, was „normal“ und „üblich“ ist.³⁶ Diese Selbstbeschreibung kann stattfinden, weil wir tatsächlich solche Verhaltensweisen als Menschen am Menschen beobachten. Wir sehen sie im schlüssigen Argumentieren, in der logischen Darstellung einer Idee oder einfach darin, dass der Mensch das Richtige tut.³⁷ Dazu kommt die Fähigkeit, durch Lernen und Denken bereits erkanntes Vernünftiges zu abstrahieren und auf noch nicht gesellschaftlich gewertete oder selbst

34 Ausführlicher *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten – Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007, S. 277 ff.

35 Vgl. *Gerhardt*, Selbstbestimmung, 1999, S. 311 ff.

36 Vgl. *Gerhardt* (Fn. 35), S. 312.

37 Vgl. *Gerhardt* (Fn. 35), S. 316.

erfahrene Verhaltensweisen anzuwenden. Selbstverständlich beobachten wir auch unvernünftige Verhaltensweisen. Dies führt uns aber in der Regel nicht dazu, dem Menschen die *Fähigkeit* zu vernünftigem Handeln abzusprechen. Denn genauso verliert der Mensch nicht die Fähigkeit zu essen, zu schlafen oder zu gehen, wenn er fastet, liest oder steht. Mit der Beschreibung des Menschen als vernünftig ist also nur gesagt, dass er vernünftig handeln *kann*, nicht dass er immer vernünftig handelt.³⁸ Bleiben wir im Strafrecht, so bedeutet vernünftiges Handeln, keine Verbrechen zu begehen. Ob diese Handlung sonst richtig oder falsch war, ist für das Strafrecht unbedeutend. Erklärt man zur Voraussetzung der Strafe, dass der Mensch vernunftbegabt ist und im Verbrechen sich nur eine partielle Nichtbetätigung dieser potentiellen Vernünftigkeit zeigt, so sprechen wir ihm auch nur bezüglich dieser Verhaltensweise ab, vernünftig gehandelt zu haben. Mit der Strafe, die nur vernünftige Menschen treffen kann, erfolgt dann auch die „Ehrung“ weiterhin als vernünftiger Mensch in der Gesellschaft anerkannt zu sein.

b) Die Straftat als Verletzung des Rechts

Im Gegensatz zu *Feuerbachs* Theorie des psychologischen Zwangs hebt *Hegel* den Menschen aus der bloßen Triebhaftigkeit heraus und begreift ihn als wirklich frei. Damit zeichnet er ein idealistisches Menschen- und Gesellschaftsbild, das Freiheit nicht nur anerkennt und gewährleistet, sondern in dem Freiheit erst entstehen kann. In *Hegels* Konzeption ist das Verbrechen ein Selbstwiderspruch³⁹ – das Verbrechen ist damit als mangelhaft verwirklichter Wille begriffen. Der Wille des Verbrechers kommt also über seine Subjektivität nicht hinaus und kann somit nicht zum Wahren und Wirklichen werden. Er hat nicht mehr als die Form eines freien

38 Vgl. auch *Gerhardt* (Fn. 35), S. 315.

39 Vgl. auch *Schild*, in: *Krit. Jahrbuch der Philosophie*, Beiheft 1, 1998, S. 104.

Willens und die Handlung bleibt deshalb auch nur eine Hülle – ist Tat. Die Strafe ist die Folge einer vom Täter selbstbestimmten Unfreiheit.

c) Individuelle und gesamtgesellschaftliche Aspekte der Strafe

Eine Theorie der Strafe muss nicht entweder das Element der Androhung oder das der Vergeltung bzw. Negation enthalten. Es wäre ein kümmerliches Bild unserer Gesellschaft, wenn sie den Drohungscharakter des Strafgesetzes und damit die Verhaltenssteuerung des Strafrechts verneinen würde. Dies würde darauf hinauslaufen, der an sich vernünftigen Person ihr Bedürfnis zur Normbefolgung (weil sie die Vernünftigkeit der Normgeltung anzuerkennen bereit ist) abzuspochen. Die Unvernünftigkeit des Normverstößes wird durch den Zwangscharakter des Strafgesetzes, also wegen der Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge, beschrieben. Gerade wegen der angedrohten Rechtsfolge „Strafe“ muss jedermann klar sein, was vernünftigerweise von ihm erwartet wird. Aber noch ein Weiteres: Jeder weiß auch, dass ihn Strafe erwartet, wenn er das Recht bricht. Das Strafgesetz (gedacht als Einheit von Tatbestand und Rechtsfolge) hat deshalb durchaus verhaltenssteuernde Funktion. Die verhängte Strafe allein, stellt die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung fest und bringt den Täter mit der Gesellschaft wieder ins Gleichgewicht. Sie ist in dieser Funktion gegen die Tat gerichtet und erklärt den Willen des Täters als unbeachtlich. Sie hat die Funktion der Sicherung des gesellschaftlichen Konsenses über die vernünftigen Grundbedingungen menschlicher Kommunikation.⁴⁰ Diese Sicherungsfunktion nimmt sie bezüglich der

40 So meint auch *Jakobs* (Fn. 17), S. 83: „Allerdings lässt sich schadlos aus bestehenden (!) kommunikativen Regeln ein Imperativ ableiten; solange er bezeichnet, was vom einzelnen wirklich erwartet wird, also als zur Kommunikation derivativer Begriff, mag er verwendet werden.“; vgl. auch BVerfGE 45, 255 f., allerdings mit einer Überbetonung des generalpräventiven Aspekts: Die Strafe hat

konkreten Tat einer bestimmten Person wahr. Nur um diese Tat geht es und der in ihr erklärte Wille, der angesichts seiner fehlenden Verallgemeinerungsfähigkeit nicht wirklich werden kann und dessen vernünftiger Schein aus der Welt geschafft werden muss. Insoweit ist die Strafe *speziell*. Sie ist zugleich *allgemein* insoweit, als sie damit die Sicherungsfunktion auch hinsichtlich der Geltung des Strafgesetzes als solches wahrnimmt. Würde nicht gestraft werden, so würde der unvernünftige, scheinbar freie Wille den Anspruch auf Allgemeinheit weiter erheben und es bestünde die Gefahr, dass das Verbrechen Nachahmung⁴¹ findet und alle Vernünftigkeit ein Ende hätte. Insoweit ist in der *hegelianischen* Straftheorie ein in die Zukunft gerichteter Aspekt der Verhaltenssteuerung enthalten – die Vergeltung geschieht um des Täters Willen, diesen nicht zur Orientierung, zum Vorbild aller werden zu lassen.⁴² „Die Verletzung als das Verbrechen, das geschehene Unrecht verletzend, ist daher anzubringen, zu wenden gegen den Willen des Verbrechers, dieß Dasein muss aufgehoben werden, und dieß Aufheben des Daseins ist die Wiederherstellung des Rechts. Wäre dieß Aufheben nicht, so würde dieß

die Aufgabe, „die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken.“

41 Vgl. Schild, in: Krit. Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1, 1998, S. 104; vgl. auch ders., in: FS Wolff (Fn. 18), S. 434 und ders., in: NK, StGB, § 20 Rn. 52.

42 Vgl. auch Iltting (Hrsg.), Vorlesungen Bd. 4, Griesheim Nachschrift, S. 280. Dabei wird nicht verkannt, dass sich Hegel ausdrücklich gegen die Feuerbachsche Strafandrohungstheorie wandte, weil man sich mit der Drohung nicht an die Freiheit, sondern an die Unfreiheit wendet, „wie wenn man gegen einen Hund einen Stock erhebt“. Iltting (Hrsg.), Vorlesungen Bd. 3, Hotho Nachschrift, S. 311 ff., 312; vgl. auch Schild, in: NK, StGB, § 20 Rn. 53 m. w. N., der darauf hinweist, dass es in der Philosophie des deutschen Idealismus nie eine „reine Vergeltungstheorie“ gegeben habe, vielmehr in ihm präventive Elemente enthalten gewesen seien. Vgl. auch Schild, in: FS Wolff (Fn. 18), S. 429 ff.

Dasein das sich der Wille des Verbrechers giebt Sein der Freiheit sein, würde gelten.“⁴³ Ganz ähnlich – freilich mit weitergehender Akzentuierung – schreibt *Kant* dazu: „Alle Strafe im Staat geschieht wohl zur correction und zum Exempel“.⁴⁴ „Die iustitia punitiva hat zur Absicht: 1. Den Unterthan aus einem schlimmen in einen besseren Bürger umzuwandeln; 2. durch warnende Beyspiele andere abzuhalten; 3. unbesserliche aus dem Gemeinen Wesen, es sey durch deportation, exilium, oder Tod wegzuschaffen (ob durch Gefängnis). Aber alles dieses ist nur Klugheit der politick.“⁴⁵

Eine Drohung – das Strafgesetz – wird zukünftig nur dann ernst genommen, wenn der Drohende bereit war, das angedrohte Übel in der Vergangenheit zuzufügen. Insoweit ist die Strafe allgemein und mit dem *Zweck* der allgemeinen Verhaltenssteuerung verbunden.⁴⁶ Die Verhaltenssteuerung mag zwar hinsichtlich einer speziell begangenen Tat fehlgeschlagen, die Drohung wirkungslos geblieben sein: Diesen Täter vermochte das Strafgesetz nicht von der Vernünftigkeit der geforderten Handlung oder Unterlassung zu überzeugen. Allerdings ist dies kein Adressatenproblem, weil auch derjenige, der sich um das Strafgesetz nicht kümmert, angesprochen werden soll. Denn ihm ist es als formell vernünftiger Person möglich, die Orientierung wahrzunehmen und sich dementsprechend zu verhalten. Wegen der scheinbaren Allgemeinheit seiner „Handlung“ muss die Strafe erfolgen und die Tat negiert werden. Dies geschieht aber nicht nur, um den Täter mit der Gesellschaft ins

43 Ilting (Hrsg.), Vorlesungen Bd. 4, Griesheim Nachschrift, S. 284.

44 *Kant*, Nachlass VI, S. 586 (Nr. 8029).

45 *Kant* (Fn. 44) , S. 588 (Nr. 8035).

46 A. A. *Jakobs*, in: Krit. Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1, 1998, S. 39, der psychische Vorgänge als Folge der Bestätigung der Norm durch die öffentliche Strafe zwar als erwünscht bezeichnet, aber nicht zum Begriff der Strafe zählen will.

Gleichgewicht zu bringen, um ihn zurück in den Kreis der Kommunikation aller Vernünftigen zurückzuführen⁴⁷ (*individueller Aspekt*), sondern auch, um der Tat gegenüber allen anderen Rechtsgenossen die scheinbare Verallgemeinerungsfähigkeit zu nehmen (*gesamtgesellschaftlicher Aspekt*).⁴⁸ Das Strafrecht bestätigt gesellschaftliche Identität.⁴⁹ Diese beiden Momente sind unmittelbar mit der Strafe verbunden. Mit dem gesamtgesellschaftlichen Aspekt verbindet sich die Erklärung an alle, was in dem Konflikt zwischen Staat und Individuum, das eine Tat begangen hat, Recht ist. Jedermann kann sich dann an dieser Erklärung orientieren und sein eigenes Verhalten entsprechend ausrichten (Verhaltenssteuerung). Darin ist auch die Erklärung enthalten, dass jede andere Straftat gleichfalls in dieser Art aus der Welt geschafft werden muss. Dies kann man als Drohung, aber auch als das *Versprechen* ansehen, dass der Staat weiterhin zum Zwecke vernünftiger gesamtgesellschaftlicher Kommunikation Verhaltensweisen auf ihren Strafgehalt überprüft und mit der Strafe die Unverbrüchlichkeit der in dem Straftatbestand festgehaltenen Verhaltensanweisung ausspricht und somit diese Anweisung als vernünftig und für alle verallgemeinerungsfähig aufrecht erhält.⁵⁰ Damit ist das Strafgesetz jedenfalls Orientierung für vernünftiges Handeln. Deshalb muss man, selbst wenn in genuin funktionaler Betrachtungsweise das Wesen der Strafe als Reaktion auf die enttäuschte Verhaltenserwartung gesehen wird,⁵¹ nicht den

47 Vgl. Schild, in: Krit. Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1, 1998, S. 108.

48 Vgl. zu dieser gesamtgesellschaftlichen Dimension Hegel (Fn. 15), Anm. zu § 96, S. 185.

49 Vgl. Jakobs, ZStW 107 (1995), 844.

50 In diesem Sinne wohl Jakobs, ZStW 107 (1995), 865.

51 Vgl. Lesch (Fn. 17), S. 184 ff., 190 ff., 191, insb. 203.; vgl. auch Jakobs, ZStW 107 (1995), 845; grundlegend schon ders., Handlungsbegriff, S. 36, 44; kritisch dazu Schild, GA 1995, 101, (115 f.).

verhaltenssteuernden Aspekt des Strafgesetzes und der Bestrafung in ihrer gesamten normativen Tragweite ablehnen.⁵² Es ist nicht die ausgebliebene Verhaltenserwartung, deretwegen gestraft wird, sondern weil der Täter das Recht gebrochen hat.⁵³ Er wird nicht für etwas gestraft, was ausgeblieben ist, sondern für das, was er in rechtloser Motivation verwirklicht hat. In der rechtlosen Motivation, d. h. indem der Täter Unrecht setzt, liegt der Grund der Tat und für *diese Tat* wird gestraft. Auch wenn man das Strafrecht nicht auf die inhaltliche Seite der Norm, sondern auf die formelle Seite, also das Sollen selbst bezieht, ergibt sich kein zwingendes Argument gegen diese Annahme. Der unwirkliche, weil unvernünftige Weltentwurf des Täters ist nicht nur die Verletzung des konkreten Norminhalts, sondern ein Angriff auf das Sollen selbst, auf den allgemeinverbindlichen Gesellschaftsentwurf aller wirklich kommunizierenden Personen. Aber dieser Weltentwurf, der alles wirklich Gesollte in Frage stellt, *materialisiert* sich in der Tat, ohne die wir die Einstellung des Täters zum Sollen gar nicht wahrnehmen könnten und dürften. Die Tat ist damit der materialisierte Angriff auf das Sollen selbst. Nur weil man Taten bestimmt beschreibt, kann abweichendes Verhalten und

52 Im Gegensatz dazu lehnt *Jakobs* unter Berufung auf *Hegels Straftheorie* einen verhaltenssteuernden Aspekt der Strafe ab. Vgl. *Jakobs* (Fn. 17), S. 105; Kritisch *Schünemann*, in: FS Roxin, Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), 2001, S. 15 ff.; *Lesch* (Fn. 17), S. 93 ff., 96 lehnt den Zusammenhang zwischen dem (anerkannten) gesamtgesellschaftlichen Aspekt und der Verhaltenssteuerung ab.

53 Vgl. *Schild*, GA 1995, 115; vgl. mit teilweise unterschiedlicher Akzentuierung auch *Frisch*, in: FS Müller-Dietz, Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), 2001, S. 253 ff., der im Gegensatz zum Rechtsgüterdogma die Legitimation der Strafe allein in der in der Tat liegenden Infragestellung des Rechts sieht. Vgl. auch *ders.*, Straftat und Strafsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), 1996, S. 145 ff.; *ders.*, in: FS 50 Jahre BGH, Roxin/Widmaier (Hrsg.), 2000, S. 278 ff.; *Köhler* (Fn. 12), S. 47 ff.; *ders.*, AT, 1997, S. 22 ff.

somit der Angriff gegen das Sollen wahrgenommen werden. Die Straftat in ihrer materiellen Seite ist etwas abstrakt-konkretes. Deshalb genügt auch keine Strafvorschrift mit dem Inhalt: „Wer das Sollen verletzt ...“. Denn damit hätte sich der Gesellschaftsentwurf, den es zu erhalten gilt, selbst nicht materialisiert.

5. Zusammenfassung

Strafe, Strafgesetz und Verhaltenssteuerung sind keine sich ausschließenden Begriffe. Die Strafe hat im Zusammenhang mit dem Strafgesetz einen individuellen und einen gesamtgesellschaftlichen Aspekt, die als Einheit auf generalisierender Funktionsebene behandelt werden und zum Tragen kommen. Vergeltung geschieht wegen der Tat, damit der in der Tat objektivierte unvernünftige Wille nicht zum Gesetz aller werden kann und der Täter die Chance erhält, wieder in die Gemeinschaft aller Vernünftigen zurückzukehren.⁵⁴

C. Die Funktion von Maßregeln

Die Strafe ist zwar ein notwendiges Mittel staatlicher Verbrechensbekämpfung, aber für bestimmte Tätergruppen in rechtlicher Hinsicht unzulässig und/oder in ihrer tatsächlichen Wirkung als Sanktion von vornherein ungeeignet. Denn als Rechtsfolge für schuldhaft verwirklichtes Unrecht ist die Strafe wie gesehen – in ihrem Ob und Wie strikt gebunden an das Vorliegen und das Maß der Schuld. Sie kann mithin dort nicht wirken, wo es an Schuld überhaupt fehlt oder wo sie nach Art oder Umfang hinter den spezialpräventiven Bedürfnissen des konkreten

54 Vgl. Schild, in: Krit. Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1, 1998, S. 108.

Täters zurückbleiben müsste. Andererseits ist oft gerade in solchen Fällen strafrechtliches Eingreifen geboten, um den Täter – soweit möglich – (wieder) in die Gesellschaft einzugliedern und die Allgemeinheit vor weiteren Rechtsverletzungen zu schützen, die durch ihn drohen.⁵⁵ Diese Funktion wird von den Maßregeln der Besserung und Sicherung übernommen. Es handelt sich dabei um sozialetisch indifferente, also ein Unwerturteil über Tat und Täter nicht enthaltende und deshalb von Schuld und Schuldhöhe ablösbare Zweckmaßnahmen. Allein die (in der Tat zutage getretene) Gefährlichkeit des Täters ist ihr Anknüpfungspunkt, der Maßstab ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und ihrer zeitlichen Dauer. Hier zeigt sich auch eine Gemeinsamkeit zwischen den relativen Straftheorien, die mit der Tat auch Gefährlichkeit verbinden und den Maßregeln.

Gegenüber der Strafe soll der Schwerpunkt bei der Maßregel im Bereich der Prävention, also der Gefahrabwendung liegen. Während bei der Reaktion „Strafe“ noch die „Tat“ im Mittelpunkt steht und der „Körper“ das Objekt, die Person das „Subjekt“ ist, welches die Strafe „zu spüren bekommen soll“, verkehrt sich nun das Verhältnis zwischen Tat und Täter. Bei den Maßregeln steht die gefährliche Person im Zentrum. Deren Verhalten wird nur zum Anlass genommen, Gefahren von anderen Personen abzuwenden. Es geht also nicht mehr in erster Linie um eine Reaktion auf einen Normbruch, sondern um Gefahrabwendung. Dabei geht es natürlich (noch) nicht darum – und in dem „noch“ klingt das Gefahrenpotential tw. gegenwärtig geführter kriminalpolitischer Diskussionen mit an – eine „Generalrevision“⁵⁶ der Person des Täters vorzunehmen. Zwar sind

55 S. aber a. *Jakobs* (Fn. 55), § 1 Rn. 56: die Maßregel, die neben eine Strafe tritt, diene „der Erhaltung von Normgeltung“.

56 *Jakobs* (Fn. 55), § 1 Rn.56, AT, 2. Aufl., 1993.

freiheitsentziehende Maßregeln faktisch für den Verurteilten auch ein Übel, dieses Übel ist aber normtheoretisch kein Strafübel.⁵⁷

Der entscheidende wesensmäßige Unterschied zwischen der Strafe und den *Maßregeln der Besserung und Sicherung* (zweite Spur) besteht darin, dass durch die Maßregeln dem Täter gegenüber kein sozialetischer Vorwurf erhoben wird,⁵⁸ weshalb die Verhängung von Maßregeln im Unterschied zur Strafe auch keine Schuld voraussetzt. Da die Schuld in dem hier verstandenen Sinne mit dem Rechtsbruch des Täters gleichgesetzt werden kann, versagt das Reaktionsinstrument „Strafe“ dann, wenn der Täter nicht in der Lage ist, die strafrechtlichen Verhaltensvorschriften einzuhalten, weil er bspw. schuldunfähig ist.

Während bei den Straftheorien der leitende Gedanke aller Theoriegebilde die „Vernunft“ ist, kann man bei den Maßregeln als Leitaspekt die „Unvernunft“ voranstellen. Als Maßregeln sieht das StGB 1. die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63), 2. die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64), 3. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff.), 4. die Führungsaufsicht (§ 68), 5. die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69), und 6. das Berufsverbot (§ 70) vor.

Sieht man von § 66 StGB ab, wo eine Sicherungsverwahrung an eine Verurteilung geknüpft wird, so greifen alle anderen Maßregeln im Grundsatz nur dann ein, wenn der Täter schuldlos gehandelt hat, wenn also

57 Vgl. deshalb zur Kritik an der Dogmatik *Böllinger/Pollähne*, in: NK, StGB, § 61 Rn. 20.

58 Vgl. *Sinn*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, Stand Oktober 2013, § 61 Rn. 2.

das Postulat der Vernunft ihm gegenüber nicht greift; der schuldlos Handelnde kann das Recht nicht brechen. Deshalb kann auch eine normative Lösung des Konflikts zwischen der Person und der Allgemeinheit nicht stattfinden. Die Lösung des Konflikts ist viel archaischer und zielt auf Sicherung vor der gefährlichen Person ab.

D. Neuste Entwicklungen zu Maßregelrecht

Der Gedanke der *Zweispurigkeit*⁵⁹ der strafrechtlichen Sanktionen⁶⁰ hat sich heute – wenn auch nicht gänzlich unangefochten⁶¹ – in Deutschland⁶² durchgesetzt.⁶³ Allerdings hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit seinem Urteil vom 17.12.2009⁶⁴ zu einer bedeutenden Gesetzesänderung im deutschen Maßregelrecht beigetragen. Während das Bundesverfassungsgereicht die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch bei rückwirkender Verlängerung deren Höchstdauer über 10 Jahre hinaus nicht dem Rückwirkungsverbot unterstellte, weil Maßregeln eben keine Strafen seien,⁶⁵ hat der EGMR dies als Verstoß gegen Art. 5 und Art. 7

59 Müller-Dietz, Strafrechtliches Sanktionensystem, 1979, S. 67 ff.

60 Hierzu Stooß, SchwZSt 44 (1930), 261 (262 f.); Hanack, Kriminologische Gegenwartsfragen, 1972, S. 68 ff.

61 Vgl. Ellscheid/Hassemer, Civitas, 1970, S. 27 ff.; A. Kaufmann, in: FS Lange, Warda/Waida/v. Hippel/Meurer (Hrsg.), 1976, S. 27 (31); vgl. auch zum Schlagwort „Krise der Zweispurigkeit“ Böllinger/Pollähne, in: NK, StGB, § 61 Rn. 20 ff.

62 Zur Rechtslage in Italien s. Musco, ZStW 102 (1990), 415 ff.; s. ferner die rechtsvergleichenden Ausführungen bei Böllinger/Pollähne, in: NK, StGB, § 61 Rn. 6 ff.

63 Teilweise spricht man sogar von einem vierspurigen System vgl. Böllinger/Pollähne, in: NK, StGB, § 61 Rn. 5; Walther, ZStW 111 (1999), 123 (140 ff.).

64 Vgl. EGMR 19359/04 und 17792/07.

65 BVerfGE 109, 133 ff.

EMRK angesehen und Deutschland verurteilt. Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und zum 1.1.2011 ein neues Maßregelrecht verabschiedet.⁶⁶ Die Gefährlichkeit bestimmter Personen versuchte man nun einerseits durch einen Ausbau der primären und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung und andererseits außerhalb des Strafrechts mit dem sog. Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter in den Griff zu bekommen. In einem Teil der Fälle wurde an der nachträglichen Sicherungsverwahrung festgehalten.⁶⁷ Aber auch dieses Gesetz hielt vor dem BVerfG einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht stand und die Vorschriften zur Sicherungsverwahrung wurden insgesamt für verfassungswidrig erklärt. Grund dafür war u.a. eine Verletzung des sog. Abstandsgebots, also der Trennung von Strafe als Übel und der Maßregel als Sicherung. Der Gesetzgeber musste wieder tätig werden, weshalb in Deutschland seit dem 1. Juni 2013 wieder eine neue gesetzliche Grundlage für die Sicherungsverwahrung gilt.

E. Zusammenfassung

Weder historisch noch funktional begründbar lässt sich auf die „Strafe“ als Reaktion auf einen Normbruch verzichten. Diskutieren kann man nur darüber, welche Reaktionsformen Strafcharakter haben – wie dies bspw. beim T-O-A heftig erörtert wurde. Die Hinwendung zu einem einspurigen Rechtsfolgensystem, das Strafe und Maßregel als unterschiedliche Reaktionen, die aber ein und demselben Zweck „Rechtsgüterschutz“ dienen

66 Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen v. 22.12.2010 (BGBl. I S. 2300) m.W.v. 01.01.2011.

67 Vgl. a. BT-Dr 17/3403, S. 33.

sollen, ist aus meiner Sicht ausgeschlossen. Denn wie gesehen unterscheiden sich die Funktionen der Strafe und der Maßregel erheblich voneinander. Überschneidungen zwischen Strafe und Maßregel, drohen die Funktion der Strafe zu verwässern. Strafe und Maßregel müssen unterscheidbar bleiben. Diese Notwendigkeit haben die ergangenen Urteile des EGMR und des BVerfG deutlich unter Beweis gestellt.