

# Maßregeln der Abschreckung?

## Ein Diskurs

UWE SCHEFFLER / DELA-MADELEINE HALECKER

In der Idee leben,  
heißt das Unmögliche behandeln,  
als wenn es möglich wäre.

*Johann Wolfgang Goethe*

*An einem kalten, sehr kalten Nachmittag im Winter 2009/2010 am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Weder Professor noch Assistentin haben die geringste Lust, sich während eines eisigen Schneesturms auf den Nachhauseweg zu begeben ...*

**USch:** Frau Halecker, in Ihrer Dissertation bin ich über Folgendes gestolpert: „Obwohl sich der Strafcharakter des kurzzeitigen Fahrverbotes vor dem geschichtlichen Hintergrund nahezu aufdrängen musste, wurde die Ausgestaltung des Verbotes als Maßregel [...] alternativ in Erwägung gezogen. Man gab jedoch zu bedenken, dass die neue Maßregel wegen der Kürze der Verbotsdauer eine Sicherungsfunktion kaum habe. Die Besserungsfunktion stehe im Vordergrund [...] Das Fahrverbot [...] habe spezialpräventiven Charakter.“<sup>1</sup> Das bringt mich auf einen vielleicht etwas schrägen Gedanken: Warum gibt es eigentlich nur Maßregeln der Besserung und Sicherung, aber keine Maßregeln der Abschreckung?

**DMH:** Ich meine deshalb, Herr Scheffler, weil ursprünglich nur ein Bedürfnis für die Einführung von Maßregeln der Besserung und Sicherung neben den Strafen bestand<sup>2</sup>. So wird beispielsweise im Entwurf eines Allge-

<sup>1</sup> Halecker, Der „Denkzettel“ Fahrverbot, 2009, S. 49; siehe auch LK<sup>12</sup>-Geppert, 2006, § 44 Rn 1; Lackner, JZ 1965, 94 f.

<sup>2</sup> Im Vorentwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1909 findet sich erstmalig – allerdings ohne einen eigenen Unterabschnitt zu bilden – neben den Strafen der Begriff „Sichernde Maßnahmen“, im Kommissionsentwurf von 1913 und dem Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1919 sodann in einem eigenen 10. Abschnitt die Bezeichnung „Maßregeln der Besserung und Sicherung“; ausführlich zur Entwicklung der Maßregeln als zweite Spur im Strafrecht Eser in FS Müller-Dietz, 2001, S. 213 ff.

meinen Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1927, dem E 1927, die Notwendigkeit der Einführung von Maßregeln wie folgt begründet: „Mag [...] die herkömmliche Beschränkung der Strafrechtspflege auf schuldhaftes Handeln und auf die Verhängung von Strafen den Bedürfnissen der Generalprävention und den Forderungen der Gerechtigkeit genügen, den Forderungen der Rechtssicherheit entspricht sie nicht. Diese wird durch geistesranke Verbrecher nicht minder gefährdet als durch geistig gesunde. Es ist ihr nicht genügt, wenn ein vermindert zurechnungsfähiger gefährlicher Verbrecher nach Verbüßung der verhältnismäßig kurzen, seinem Verschulden entsprechenden Strafe in Freiheit gesetzt, wenn ein Trunksüchtiger bloß bestraft und nicht auch geheilt wird, wenn ein unverbesserlicher Gewohnheitsverbrecher nach einer noch so langen zeitigen Freiheitsstrafe sein verbrecherisches Gewerbe wieder aufnehmen kann. So wie beim jugendlichen Rechtsbrecher die Strafe unter Umständen durch Erziehungsmaßregeln ergänzt oder ersetzt werden muß, so bedürfen auch bestimmte Gruppen der erwachsenen Verbrecher neben oder statt der Strafe einer besonderen Behandlung, die auf Beseitigung ihres für die Gesellschaft gefährlichen Zustandes abzielt und die erst abgeschlossen werden darf, wenn das Ziel erreicht ist. Gegen Personen aber, bei denen eine Besserung nicht mehr zu erwarten ist, muß die Gesellschaft wenigstens durch dauernde Absonderung gesichert werden.“<sup>3</sup> Aber unabhängig davon: Vielleicht drängte sich dieser Gedanke bisher auch deshalb nicht auf, weil den Maßregeln eine Abschreckungswirkung in gewisser Weise immanent ist? So findet sich doch insbesondere bei der Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB oftmals die Aussage, dass der Zweck der Maßregel bereits durch die Anordnung der vorläufigen Entziehung gemäß § 111a StPO als erreicht angesehen werden kann – weil der Täter durch diese Maßnahme bereits so beeindruckt ist, dass der in der Tat zum Ausdruck gekommene Eignungsmangel zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr besteht<sup>4</sup>.

**USch:** Schon, vor allem sichernde, aber durchaus auch bessernde Maßregeln dürften abschrecken. Aber ich möchte da anders herangehen: Seit *von Liszt* unterteilen wir die Spezialprävention bekanntlich in die Trias Abschreckung – Besserung – Sicherung. Diese Trias hat aber eine Stufenreihung: Abschreckung der nicht Besserungsbedürftigen, Besserung der Besserungsbedürftigen und -fähigen, Sicherung der nicht Besserungsfähigen.

**DMH:** Nun, wer abgeschreckt wird, ist doch auch gebessert? Und wer abgeschreckt bzw gebessert wird, vor dem ist doch auch gesichert?

**USch:** Klar, darum würde ich, um die Aspekte präziser herauszustellen, auch lieber – mit *von Liszt*<sup>5</sup> – den Begriff Sicherung durch „Unschädlich-

<sup>3</sup> Begründung E 1927, RT-Drs 3390 v. 19.5.1927, S. 43.

<sup>4</sup> Näher in LK<sup>12</sup>-Geppert, 2008, § 69 Rn 95 ff.

<sup>5</sup> *Von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882, in: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze Bd. 1, 1905, S. 163 f.

machung“ ersetzen wollen, wenn der nicht so vorbelastet wäre. Und der „Besserung“ sollte eine im Gegensatz zur Abschreckung zeitlich andauernde Bedeutung beigelegt werden, etwa wie den verwandten Begriffen (Re-)Sozialisierung, Erziehung, Behandlung, Therapie.

**DMH:** Also haben Ihrer Ansicht nach die Begriffe Besserung und Sicherung letztlich jeweils zwei unterschiedliche Bedeutungen.

**USch:** Ja. Niemand würde nämlich sagen, jemand sei durch Abschreckung (re-)sozialisiert oder „unschädlich“ gemacht worden. Auch durch (Re-)Sozialisierung wird niemand „unschädlich“ gemacht.

**DMH:** In der Folge käme als alleiniger Zweck der Anordnung einer Maßregel also neben der Sicherung auch die Besserung in Betracht mit der Folge, dass es Maßregeln der Besserung *oder* Sicherung gibt? Ich habe nämlich bisher die Bezeichnung „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ dahingehend verstanden, dass der eigentliche Anordnungszweck einer Maßregel stets im Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit vor dem Täter besteht und die Besserung ein – allerdings nur bei besserungsbedürftigen und -fähigen Tätern – hinzutretender Anordnungszweck sein kann, aber nicht sein muss. Mit der Besserung als alleinigem Anordnungszweck tue ich mich auch deshalb schwer, weil das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 zur Verfassungswidrigkeit der damals in § 73 Abs. 2, 3 Bundessozialhilfegesetz<sup>6</sup> vorgesehenen Möglichkeit, einem sozial gefährdeten Erwachsenen Hilfe durch zwangsweise Unterbringung in einer Anstalt oder einem Heim zu gewähren, ausgeführt hat: „Die Anweisung an den Gefährdeten, sich in einer geeigneten Anstalt aufzuhalten, ist ein Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Dabei ist es unerheblich, wo die Unterbringung erfolgt [...] Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden darf. Zu diesen gewichtigen Gründen gehören in erster Linie die des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts. Diese Eingriffe in die persönliche Freiheit des Einzelnen dienen dem Schutz der Allgemeinheit. Dazu gehört auch die Anstaltsunterbringung von gemeingefährlichen Geisteskranken. Weiterhin sind Eingriffe fürsorgerischen Charakters zulässig, die dem Schutz des Betroffenen dienen, wie z. B. die Unterbringung eines wegen

<sup>6</sup> Nach § 73 Abs. 2 BSHG konnte das Gericht den Gefährdeten, der den Rat, sich in die Obhut einer Anstalt oder eines Heimes zu begeben, nicht befolgt hat, „anweisen, sich in einer geeigneten Anstalt aufzuhalten, wenn er

1. besonders willensschwach oder in seinem Triebleben besonders hemmungslos ist und
2. verwaorlost oder der Gefahr der Verwaorrlong ausgesetzt ist und
3. die Hilfe nur in einer Anstalt wirksam gewährt werden kann“.

§ 73 Abs. 3 BSHG enthielt verfahrensrechtliche Bestimmungen sowie die Ermächtigung an den Leiter der Anstalt, den Gefährdeten vorübergehend in einer geeigneten Familie unterzubringen. Eine Höchstdauer der Unterbringung war nicht bestimmt.

Geistesschwäche Entmündigten in einer geschlossenen Anstalt zu dem Zweck, ihn daran zu hindern, daß er sich selbst größeren persönlichen oder wirtschaftlichen Schaden zufügt (vgl. BVerfGE 10, 302). Bei der Unterbringung nach § 73 Abs. 2 und 3 BSHG geht es aber weder um den Schutz der Allgemeinheit noch um den Schutz des Betroffenen. Es geht allein um die ‚Besserung‘ des Betroffenen: Er soll mit Hilfe der Freiheitsentziehung zu einem geordneten Leben hingeführt, an regelmäßige Arbeit gewöhnt, auf Dauer seßhaft gemacht werden. Der Staat hat aber nicht die Aufgabe, seine Bürger zu ‚bessern‘ und deshalb auch nicht das Recht, ihnen die Freiheit zu entziehen, nur um sie zu ‚bessern‘, ohne daß sie sich selbst oder andere gefährdeten, wenn sie in Freiheit blieben. Da der Zweck der Besserung eines Erwachsenen als gewichtiger Grund für die Entziehung der persönlichen Freiheit nicht ausreichen kann, tastet § 73 Abs. 2 und 3 BSHG das Grundrecht der persönlichen Freiheit in seinem Wesensgehalt an.“<sup>7</sup>

**USch:** Aus einer anderen, neueren Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsgemäßheit von § 64 StGB<sup>8</sup>, die auch mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG argumentiert, kann man meines Erachtens durchaus auch anderes herauslesen: „[Den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren erheblichen rechtswidrigen Taten] bezwecken die in §§ 63 ff. StGB geregelten freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, zu denen auch die zeitlich begrenzte Unterbringung alkohol- oder drogenabhängiger Täter in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) gehört. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt soll nach der Konzeption des Gesetzgebers den Schutz der Allgemeinheit durch eine Behandlung des Untergebrachten erreichen, die darauf abzielt, ihn von seinem Hang zu heilen und die zugrundeliegende Fehllhaltung zu beheben [...] Im Vollzug der Maßregel ist die Freiheitsentziehung auf eine Therapie hin ausgerichtet, die ihrerseits mit Mitteln rechtlichen Zwangs durchgesetzt werden kann. Der Zweck einer Sicherung der Allgemeinheit wird hier auf dem Wege einer Behandlung der Rauschmittelabhängigkeit des Untergebrachten verfolgt. Wegen dieses durch § 64 StGB bestimmten Zweck-Mittel-Verhältnisses darf diese Unterbringung nur zur Suchtbehandlung angeordnet werden; diese ihrerseits muß auf den Schutz der Allgemeinheit durch Besserung (hier bezogen auf die Rauschmittelsucht) ausgerichtet sein. Ebenso wie es sich im Rahmen der Konzeption des § 64

<sup>7</sup> BVerfGE 22, 180 (219 f.).

<sup>8</sup> § 64 Abs. 2 StGB lautete damals: „Die Anordnung unterbleibt, wenn eine Entziehungskur von vornherein aussichtslos erscheint.“ In § 64 S. 2 StGB in der Fassung des UnterbrSichG vom 16.7.2007 (BGBl. I, 1327) heißt es nunmehr: „Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.“

StGB verbietet, die Maßregel zur Heilbehandlung eines für die Allgemeinheit ungefährlichen Täters anzuordnen, ist es vor dem Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG auch nicht erlaubt, die Unterbringung eines – aus welchen Gründen auch immer – nicht behandlungsfähigen Täters in einer Entziehungsanstalt anzuordnen, nur um durch dessen Verwahrung die Allgemeinheit zu schützen. Eine Auslegung des § 64 StGB, die den Sicherungsgedanken von der therapeutischen Funktion der Maßregel ablöste, [...] wäre nicht geeignet, eine Freiheitsentziehung zu rechtfertigen, die nach dem Willen des Gesetzgebers zum Zwecke einer Suchttherapie angeordnet werden soll.<sup>9</sup> Aber über die Interpretation der Tragweite solcher Ausführungen kann man trefflich streiten. Für mich ist ein anderes Argument entscheidender: Es heißt doch „Maßregeln der Besserung *und* Sicherung“! Das kann doch nicht als bloßer Etikettenschwindel interpretiert werden.

**DMH:** Nun, für Ihr Verständnis einer jeweils eigenständigen Bedeutung der Begrifflichkeiten „Besserung“ und „Sicherung“ sprechen sicherlich folgende Ausführungen im Gegenentwurf zum E 1909, dem GE 1911, zur damals vorgesehenen und später auch in § 42d StGB enthaltenen Maßregel der „Unterbringung in einem Arbeitshaus“: Bei den Arbeitshäusern handele es sich „um Anstalten, von denen ‚bei richtiger Handhabung eine wirksame Bekämpfung des *in der Entwicklung* begriffenen gewohnheitsmäßigen Verbrechertums zu erwarten‘ ist, indem sie gestatten, ‚beizeiten auf die Änderung der seinen Nährboden bildenden Zustände hinzuarbeiten‘ [...] Also nicht zu einer *Sicherungsanstalt* gegenüber *Unverbesserlichen*, sondern zu einer *Besserungsanstalt* gegenüber *Besserungsfähigen* ist das Arbeitshaus auszugestalten [...] Gewiß brauchen wir auch *außerdem* eine Sicherungsanstalt gegenüber Unverbesserlichen [...] Aber wir brauchen *beides*. Und auch der theoretische Zweifel, ob man von ‚Unverbesserlichen‘ überhaupt reden dürfe, kann nicht dazu führen, die ‚sogenannten Unverbesserlichen‘ und die wirklich Besserungsfähigen praktisch gleich zu behandeln [...] es lohnt doch, den Versuch mit einer Maßregel zu machen, die in Bemessung und Vollzug den Besserungszweck auch bei Erwachsenen einmal in den Vordergrund stellt.“<sup>10</sup> Und auch die bereits erwähnte Gesetzesbegründung im E 1927 zur Einführung der Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfte Ihrer Interpretation nicht entgegenstehen. Allerdings heißt es dann in der Begründung des „Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“<sup>11</sup>, mit dem die Maßregeln letztendlich auch in das Strafgesetzbuch eingeführt worden sind, wie folgt: „Die Maßregeln der Sicherung und Besserung dienen dem Schutz der Allgemeinheit

<sup>9</sup> BVerfGE 91, 1 (25 f.).

<sup>10</sup> Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 1911, S. 92 f., 95 – Hervorhebung von dort.

<sup>11</sup> Vom 24.11.1933, RGBl. I S. 995.

gegen den Rechtsbrecher.“<sup>12</sup> Ebenso findet sich in einer Kommentierung zu diesem Gesetz: „Während die früheren Strafgesetzentwürfe von Maßregeln der Besserung und Sicherung sprechen, stellt das jetzige Gesetz in der Bezeichnung der Maßregeln die Sicherung vor die Besserung. Damit wird [...] zum Ausdruck gebracht, daß der Sicherung der Volksgesamtheit der Vorrang vor den Belangen des einzelnen und vor allem vor den Belangen des Rechtsbrechers zukommt. [...] Die Sicherung stellt bei einzelnen Maßnahmen (Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher, Untersagung der Berufsausübung, Reichsverweisung) den ausschließlichen, bei den meisten übrigen [Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, Unterbringung in einem Arbeitshaus, Sicherungsverwahrung] den weitaus überwiegenden Zweck dar [...]“<sup>13</sup>

**USch:** Also zunächst einmal bewegen mich für die heutige Auslegung Begründungen des nationalsozialistischen Gesetzgebers wenig; schon die Bezeichnung „Gesetz“ ist fragwürdig, beruht doch das Gewohnheitsverbrechergesetz – auch schon ein Unwort! – auf dem Ermächtigungsgesetz vom 23.3.1933<sup>14</sup>, kommt also einer Rechtsverordnung nach heutigem Rechtsverständnis nahe<sup>15</sup>. Jedenfalls hat aber der bundesdeutsche Gesetzgeber im 2. Strafrechtsreformgesetz 1969<sup>16</sup> die Vertauschung der Begriffe Besserung und Sicherung wieder rückgängig gemacht. Das kann man doch nicht als bloße Kosmetik abtun<sup>17</sup>. Insofern meine ich nach wie vor, bei einigen unserer Maßregeln ist die Sicherung ein bloßer Reflex. Für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) wird das ohnehin kaum einmal bestritten<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 277 v. 27.11.1933, S. 3.

<sup>13</sup> Schäfer/Wagner/Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, 1934, S. 111.

<sup>14</sup> Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Staat, RGBl. I S. 141.

<sup>15</sup> Art. 1 S. 1: „Reichsgesetze können außer in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden.“ Siehe dazu *Naucke* in FS Hamm, 2008, S. 504: Das Gewohnheitsverbrechergesetz ist von „geringer juristischer Dignität“.

<sup>16</sup> BGBl. I S. 717, in Kraft getreten am 1.1.1975 (BGBl. I, 1973, S. 909).

<sup>17</sup> Siehe LK<sup>12</sup>-Schöch, 2008, vor § 61 Rn 31: „Der Gesetzgeber [...] hat, in Abkehr vom früheren Recht, [die] Vorrangstellung der Besserung bei der Strafrechtsreform auch äußerlich durch die Titelüberschrift zum Ausdruck gebracht: ‚Maßregeln der Besserung und Sicherung‘, statt, wie früher, der ‚Sicherung und Besserung‘ [...]“; siehe aber auch („fragwürdige Akzentuierung“ – S/S<sup>28</sup>-Stree/Kinzig, 2010, vor § 61 Rn 2) MK-StGB-van Gemeren, 2005, § 61 Rn 1: „Trotz der seit 1975 geltenden neuen Überschrift (‚Maßregeln der Besserung und Sicherung‘ statt zuvor ‚Maßregeln der Sicherung und Besserung‘) steht die Sicherung im Vordergrund“; völlig entgegengesetzte, wohl ebenfalls fragwürdige Akzentuierung bei NK<sup>3</sup>-Böllinger/Pollähne, 2010, § 61 Rn 56: „Besserung ist das einzige Mittel zum Zweck der Sicherung“.

<sup>18</sup> Siehe etwa S/S<sup>28</sup>-Stree/Kinzig § 64 Rn 1: „Zweck der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist, zur Sicherung der Allgemeinheit [...] den gefährlichen Süchtigen durch Behandlungsmaßnahmen zu bessern [...] Ein von der Besserung losgelöster Sicherungszweck wird mit § 64 nicht verfolgt [...]“; siehe auch BVerfGE 91, 1 (28).

**DMH:** Für Letzteres spricht zumindest, dass sich bereits im Vorentwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1909, dem VE 1909, der Satz findet: „Da Zweck der Unterbringung die Heilung des Trunksüchtigen ist, kann sie nicht auf eine fest bestimmte Zeit angeordnet werden, [...] sie muß vielmehr bis zur erfolgten Heilung währen.“<sup>19</sup> Und auch in der Kommentierung zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher ist zu lesen: „[...] die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt dient in erster Linie der Besserung (Heilung) des Untergebrachten“<sup>20</sup>.

**USch:** Gleiches gilt meiner Ansicht nach neben § 64 StGB aber auch für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB: Dies dürfte schon § 67 Abs. 2 StGB zu entnehmen ein, der besagt, dass eine Freiheitsstrafe dann zeitlich vor der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus anzuordnen ist, „wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird“ – das kann nur den Besserungszweck meinen<sup>21</sup>. Und auch der BGH hat formuliert, es sei „Zweck der Maßregel nach § 63 StGB [...], durch heilende oder bessernde Einwirkung auf den Täter sowie durch seine Verwahrung die von ihm ausgehende Gefahr weiterer erheblicher rechtswidriger Taten abzuwenden oder zu verringern“<sup>22</sup>.

**DMH:** Hier habe ich so meine Zweifel, denn im Gegensatz zu § 64 StGB dürfte die Begründung für die Einführung des Vorgängers von § 63 StGB – der Maßregel „Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt“ – im E 1927 wohl eher für einen Sicherungszweck sprechen: „Wird jemand [...] als nicht zurechnungsfähig freigesprochen oder wird wegen dieser Zurechnungsunfähigkeit die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder das Verfahren eingestellt oder wird jemand als vermindert zurechnungsfähig zu einer Strafe verurteilt, so soll das Gericht in jedem Falle prüfen, ob nicht besondere Vorkehrungen angebracht sind, um die Öffentlichkeit vor ihm zu schützen [...] das Gericht [darf] die Unterbringung nur für zulässig erklären, wenn die öffentliche Sicherheit diese Maßregel erfordert. Das ist dann der Fall, wenn von dem Zurechnungsunfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen wei-

<sup>19</sup> Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, S. 161.

<sup>20</sup> *Schäfer/Wagner/Schafheutle*, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, 1934, S. 111.

<sup>21</sup> Siehe MK-StGB-Maier § 67 Rn 51: „Die Vorschrift verfolgt [...] rein spezialpräventive Zwecke. Zu prüfen ist, wie sich das Ziel der Maßregeln nach §§ 63, 64 – heilende oder bessernde Einwirkung auf den Täter und Abwendung oder Verringerung von ihm ausgehender Gefahren [...] am besten erreichen lässt“; siehe auch LK<sup>12</sup>-Schöch § 67 Rn 61: „Es geht, wie schon [der Wortlaut der Vorschrift] deutlich macht, allein um die Frage, ob die Resozialisierung des Täters ‚durch‘ einen vorweggenommenen Strafvollzug leichter erreicht wird [...]“.

<sup>22</sup> BGHSt 33, 285; BGH NStZ-RR 1999, 44; siehe aber auch BGH NStZ 2002, 533 (534): „[...] mit der Unterbringung nach § 63 wird [...] ergänzend über die Behandlung hinaus ein bloßer Sicherungszweck verfolgt.“

tere Angriffe auf strafrechtlich geschützte Güter irgendwelcher Art zu besorgen sind und diese Gefahr auf andere Weise nicht gebannt werden kann [...] Ob die Geisteskrankheit oder der die verminderte Zurechnungsfähigkeit begründende Zustand heilbar ist oder nicht, macht keinen Unterschied. Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt ist ebenso Maßregel der Besserung wie Maßregel der Sicherung. Nicht ihre Anwendbarkeit überhaupt, sondern bloß ihre Dauer hängt von der Heilbarkeit des die Gefährlichkeit begründenden Zustandes ab. Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt soll, wie schon aus der Benennung zu ersehen ist, nicht nur dem Interesse der Gesamtheit dienen, sondern auch dem Interesse des Verwahrten. Doch steht das öffentliche Interesse an der Verwahrung des gefährlichen Kranken im Vordergrund.“<sup>23</sup>

**USch:** Den Aspekt, dass für die Unterbringung nach § 63 StGB keine Heilbarkeit vorausgesetzt wird, hat der BGH allerdings etwas zurückhaltender formuliert: „Von der Anordnung der Maßregel [...] sind solche Täter nicht ausgenommen, bei denen [...] nur *wenig Aussicht* auf Besserung besteht.“<sup>24</sup> Und die Begründung des E 1927 ist doch schon über ein dreiviertel Jahrhundert alt!

**DMH:** Mag sein, ich habe jedoch den Eindruck, dass der Maßregelzweck des § 63 StGB nach wie vor in diesem Sinne verstanden wird. So findet sich auch heute noch die Aussage: „Vorrangiger Zweck der Unterbringung nach § 63 ist der Schutz der Allgemeinheit. Dieser soll durch die Besserung des Maßregelinsassen erreicht werden [...] Die Maßregel des § 63 dient aber auch der Sicherung. Daher setzt sie nicht voraus, dass Heilungsaussichten bestehen.“<sup>25</sup>

**USch:** Ja, Schutz der Allgemeinheit primär durch Besserung! Dieser Schutz kann doch nicht nur durch Sicherung geschehen. Ich bleibe deshalb dabei: Man kann die Maßregeln durchaus weitgehend randscharf trennen. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bzw in einer Entziehungsanstalt sind Maßregeln der Besserung ungeachtet ihres Sicherungseffektes. Die Sicherungsverwahrung und ihre „kleine Schwester“, die Führungsaufsicht, sind dagegen Maßregeln der Sicherung.

**DMH:** Letzteres dürfte dann wohl Ihrer Ansicht nach auch auf das Berufsverbot zutreffen, ist doch zu lesen: Das Verbot ist „reine Sicherungsmaßre-

<sup>23</sup> Begründung E 1927, RT-Drs 3390 v. 19.5.1927, S. 45 f.

<sup>24</sup> BGH NSTZ-RR 1999, 44 – Hervorhebung von hier; siehe auch BGH NSTZ 1990, 122 (123).

<sup>25</sup> S/S<sup>28</sup>-Stree/Kinzig § 63 Rn 1; siehe auch MK-StGB-van Gemmeren § 63 Rn 1; BeckOK-StGB-Ziegler, 11. Edition März 2010, § 63 Rn 1: „Die Vorschrift [...] dient dazu, erkrankte oder krankhaft veranlagte Menschen von einem länger andauernden seelischen Leiden, das die öffentliche Sicherheit gefährdet, zu heilen oder – falls das nicht möglich ist – sie in einem psychiatrischen Krankenhaus in ihrem Zustand zu pflegen, weil anders die von ihnen für die Rechtsordnung ausgehende Gefahr nicht gebannt werden kann.“

gel<sup>26</sup>. Interessant wird die Differenzierung zwischen Sicherung und Besserung in Bezug auf die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB, denn der BGH führt hierzu aus: „Die strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis stellt eine Maßregel der Besserung *und* Sicherung dar (§ 61 Nr. 5 StGB), die ihre Rechtfertigung aus dem Sicherungsbedürfnis der Verkehrsgemeinschaft bezieht.“<sup>27</sup>

**USch:** Auch die Entziehung der Fahrerlaubnis gehört zu den Maßregeln der reinen Sicherung. Im Leipziger Kommentar wird dies deutlich ausgesprochen: „Zweck der Maßregel ist die Sicherung der Allgemeinheit [...] durch zumindest sechsmonatigen Ausschluß solcher Fahrer [...], die sich zum Führen von Kraftfahrzeugen [...] als ungeeignet erwiesen haben [...]“<sup>28</sup> Weiter kann man dort lesen, dass die Besserung „nicht Endziel, sondern Mittel zur Erreichung der erstrebten Sicherung“ ist<sup>29</sup>.

**DMH:** Mit der Konsequenz, dass eine Aufrechterhaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis über den Zeitpunkt der Sicherung hinaus, also allein zum Zwecke weiterer Besserung, unzulässig ist<sup>30</sup>.

**USch:** Genau. Wobei mir übrigens unerklärlich ist, weshalb der Gesetzgeber nicht die Entziehung der Fahrerlaubnis zumindest auch als Maßregel der Besserung ausgestaltet hat. Bei Tätern mit vorhandenem, gefestigtem Trinkmuster wird allein der Ausschluss vom Kraftfahrzeugverkehr eine positive Änderung kaum bewirken. Das Gegenteil ist zu vermuten, ist doch mit dem Entzug der Fahrerlaubnis auch der letzte Hemmschuh in Bezug auf den Alkoholkonsum entfallen. Und dass viele, denen man die Fahrerlaubnis entzieht, nicht nur besserungsbedürftig, sondern durchaus auch noch besserungsfähig sind, steht für mich außer Frage. So bleibt aber – neben der Sicherung – bei der heutigen Ausgestaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis höchstens die „Spezialprävention in der Spielart der Individualabschreckung“, weil sie den Betroffenen „durch ihre für diesen spürbare Übelwirkung positiv zu beeinflussen imstande ist“<sup>31</sup> – jedoch nicht die Besserung.

**DMH:** Für besserungsfähige Kraftfahrzeugführer dürfte aber § 69a Abs. 7 S. 1 StGB zumindest einen Weg eröffnen: „Ergibt sich Grund zu der Annahme, dass der Täter zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht mehr ungeeignet ist, so kann das Gericht die Sperre vorzeitig aufheben.“ Denn Berücksichtigung kann hierbei insbesondere finden, dass der Verurteilte durch eine Nachschulung eine risikobewusstere Einstellung im Straßenverkehr entwickelt hat, wobei insbesondere Aufbauseminare für alkoholauffällige Täter

<sup>26</sup> LK<sup>12</sup>-Hanack, 2008, § 70 Rn 1; MK-StGB-Bockemühl § 70 Rn 2.

<sup>27</sup> BGHSt 50, 93 (98 f.) – Hervorhebung von hier.

<sup>28</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 44 Rn 2 mit § 69 Rn 2.

<sup>29</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 2.

<sup>30</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 2 Fn 13.

<sup>31</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 2.

oder Verkehrstherapien Bedeutung haben<sup>32</sup> – ein Aspekt, der dem Bereich der Besserung zuzuordnen ist.

**USch:** Ja, ein bescheidener Anfang. Die Vorschrift spielte in der Praxis zunächst keine große Rolle; inzwischen ist die Bedeutung der Vorschrift allerdings deutlich gestiegen<sup>33</sup>. Aber warum wird der „Grund für die Annahme“ und der Zeitpunkt der Aufhebung nicht irgendwie konkretisiert oder die Norm gar als Mussvorschrift ausgestaltet? § 4 Abs. 4 StVG könnte hierfür vielleicht als Anregung dienen<sup>34</sup>.

**DMH:** Vielleicht; doch kommen wir zu Ihrem Gedanken zurück, warum es eigentlich keine Maßregeln der Abschreckung gibt. Ich muss in diesem Zusammenhang an die Definition sichernder Maßnahmen durch *von Liszt* als „staatliche Maßregeln“ denken, „durch die entweder die Anpassung des Einzelnen an die Gesellschaft oder die Ausscheidung der Anpassungsunfähigen aus der Gesellschaft bezweckt wird“<sup>35</sup>. Wenn wir im Bereich der fahrerlaubnisbezogenen Sanktionen des Strafgesetzbuches bleiben, dann findet sich neben der Entziehung der Fahrerlaubnis das Fahrverbot, das ebenfalls bewirken soll, dass jemand zukünftig besser Auto fährt. Allerdings erfolgt diese Art der „Anpassung an die Gesellschaft“ nicht durch Besserung, sondern durch das Verpassen eines Denkkzettels, also in Form der Abschreckung<sup>36</sup>.

**USch:** Konsequenterweise wird deshalb ja auch die Teilnahme an einem Nachschulkurs, die sich auf die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis sperrfristverkürzend gemäß § 69a Abs. 7 StGB auswirken kann, nur sehr eingeschränkt als Grund anerkannt, vom Fahrverbot abzusehen<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Näher LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 97 ff.; § 69a Rn 88.

<sup>33</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 69a Rn 78a.

<sup>34</sup> § 4 Abs. 4 StVG: „Nehmen Fahrerlaubnisinhaber vor Erreichen von 14 Punkten an einem Aufbauseminar teil und legen sie hierüber der Fahrerlaubnisbehörde innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Seminars eine Bescheinigung vor, so werden ihnen bei einem Stand von nicht mehr als acht Punkten vier Punkte, bei einem Stand von neun bis 13 Punkten zwei Punkte abgezogen. Hat der Betroffene nach der Teilnahme an einem Aufbauseminar und nach Erreichen von 14 Punkten, aber vor Erreichen von 18 Punkten an einer verkehrspsychologischen Beratung teilgenommen und legt er hierüber der Fahrerlaubnisbehörde innerhalb von drei Monaten nach Beendigung eine Bescheinigung vor, so werden zwei Punkte abgezogen; dies gilt auch, wenn er nach § 2a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 an einer solchen Beratung teilnimmt. Der Besuch eines Seminars und die Teilnahme an einer Beratung führen jeweils nur einmal innerhalb von fünf Jahren zu einem Punkteabzug. Für den Punktstand und die Berechnung der Fünfjahresfrist ist jeweils das Ausstellungsdatum der Teilnahmebescheinigung maßgeblich. Ein Punkteabzug ist nur bis zum Erreichen von null Punkten zulässig.“

<sup>35</sup> *Von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1911, S. 252.

<sup>36</sup> *Halecker*, Der „Denkkzettel“ Fahrverbot, 2009, S. 54 ff.; siehe auch LK<sup>12</sup>-Geppert § 44 Rn 2.

<sup>37</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 44 Rn 39.

**DMH:** Wie Sie aber wissen, hat der Gesetzgeber das Fahrverbot als Nebenstrafe ausgestaltet und als solche ist es auch unbestrittenermaßen anerkannt<sup>38</sup>!

**USch:** Aber warum eigentlich? Wir kennen doch sonst keine Nebenstrafen! Und die wortlautidentische Anwendungsvoraussetzung „bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers“ in § 44 Abs. 1 S. 1 und § 69 Abs. 1 S. 1 StGB löst doch wohl Erklärungsbedarf dafür aus, weshalb die eine Rechtsfolge eine Strafe, die andere aber eine Maßregel sein soll.

**DMH:** Nun, maßgebend für die Ausgestaltung als Nebenstrafe war die mangelnde Sicherungsfunktion des Fahrverbotes – im Vordergrund stehe die Einwirkung auf den Täter, nicht die Abwehr einer Gefahr für die Allgemeinheit<sup>39</sup>. Auch würden nach Ansicht des Gesetzgebers bei dieser Rechtsform „am ehesten sachgemäße Grundsätze für seine Verhängung und die Bemessung der Verbotsfrist herausgearbeitet werden können“<sup>40</sup>. Viel entscheidender finde ich jedoch den Aspekt, dass Anknüpfungspunkt der Verhängung des Fahrverbotes die Tat bzw der darin liegende Pflichtverstoß des Kraftfahrers bildet. Als Sanktion richtet sich das Fahrverbot also gegen eine vergangene Tat. Anders die Maßregeln – ihr Anknüpfungspunkt ist eine gegenwärtige Gefahr, die Tat hingegen nur ein Mittel zur Erkennung dieser Gefahr. Aus diesem Grund ist über die Maßregeln ja auch gemäß § 2 Abs. 6 StGB nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Gesetz zu urteilen und über Strafen gemäß § 2 Abs. 1 StGB nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetz. Viel irritierender finde ich deshalb § 44 Abs. 1 S. 2 StGB: „Ein Fahrverbot ist in der Regel anzuordnen, wenn in den Fällen einer Verurteilung nach § 315c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, Abs. 3 oder § 316 die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 unterbleibt“. Eine völlige Vermengung von Maßregel und Nebenstrafe.

**USch:** Nun, der Satz hat nach meiner Interpretation eine gewisse Logik: Wo Sicherung (und Besserung) nicht erforderlich ist, muss aber in der Regel wenigstens noch abgeschreckt werden!

**DMH:** Aber Sie haben es doch selbst einmal als „fragwürdig“ bezeichnet, dass ein Regelfahrverbot vorgesehen wird, wenn bei dem Täter einer Verkehrsstraftat „die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 unterbleibt“: „Der, der sich nicht als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwie-

<sup>38</sup> Begründung des Entwurfs eines 2. Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs, BT-Drs IV/651, S. 13; BGHSt 29, 58 (60 f.); LK<sup>12</sup>-Geppert § 44 Rn 1; MK-StGB-Athling, 2003, § 44 Rn 1; Lackner/Kühl<sup>26</sup>, 2007, § 44 Rn 1; Fischer<sup>57</sup>, 2010, § 44 Rn 2.

<sup>39</sup> Siehe hierzu ausführlich Halecker, Der „Denkzettel“ Fahrverbot, 2009, S. 43 ff.

<sup>40</sup> Begründung des Entwurfs eines 2. Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs, BT-Drs IV/651, S. 13.

sen hat, wird also zum Ausgleich bestraft? [...] Strafe als Surrogat für die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis?“<sup>41</sup>

**USch:** Ja, na klar, wenn man das Fahrverbot als Nebenstrafe und nicht als Maßregel begreift. So füllt aber heute das Fahrverbot dogmatisch fragwürdig eine Lücke, die das Maßregelrecht eröffnet, weil es eben nur Maßregeln der Besserung und Sicherung, nicht aber der Abschreckung, also der dritten Komponente der Spezialprävention, kennt! So wie die Maßregeln fakultativ neben der Strafe angeordnet werden können, sofern ein besonderes Besserungs- bzw Sicherungsbedürfnis zutage tritt, kann das Fahrverbot bei besonderem Abschreckungsbedürfnis zusätzlich verhängt werden – aber als Strafe?

**DMH:** Das BVerfG sagt: Beim Fahrverbot stehe „seinem Wesen und seiner Wirkung nach nicht die Vergeltung für begangenes Unrecht im Sinne einer Kriminalstrafe, sondern die an ein strafbares Verhalten neben der eigentlichen Strafe geknüpfte Pflichtenmahnung zur künftigen Beachtung der Verkehrsregeln im Vordergrund“<sup>42</sup>.

**USch:** Ja, aber spricht das so unbedingt gegen meine Interpretation? „Eigentliche“ Strafe! So eine „richtige“ Strafe ist es nach dieser Formulierung mithin nun eher nicht unbedingt. Und man sollte auch den nächsten Halbsatz des BVerfG noch dazu lesen: „[...] so war der Gesetzgeber nicht gehindert, dem Fahrverbot im Rahmen der Verkehrsordnungswidrigkeiten den Strafcharakter zu nehmen und es als erzieherische Nebenfolge auszugestalten.“ Der Strafcharakter ist also für das Fahrverbot nicht unabdingbar.

**DMH:** Gleichwohl bleibt es auch nach der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts dabei, dass für das Fahrverbot wie für alle anderen Strafen die Tat Anknüpfungspunkt für seine Verhängung bleibt. Die unterschiedliche Auskleidung der Rechtsfolgen durch den Gesetzgeber hat zudem verschiedene Konsequenzen. Die wichtigste besteht wohl darin, dass die Verhängung eines Fahrverbotes als Nebenstrafe es erforderlich macht, die Hauptstrafe entsprechend zu mindern, um eine Schuldüberschreitung zu verhindern.

**USch:** Richtig, wobei die Unterschiede in der Praxis nicht so bedeutsam sind, weil der Maßregelvollzug nach § 67 Abs. 4 StGB weitgehend auf die Strafe angerechnet wird und überhaupt gemäß § 46 Abs. 1 S. 2 StGB die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, Berücksichtigung finden müssen. Das Gesetz meint damit die Auswirkungen der Bestrafung im weiten Sinn, wozu auch die Anordnung von Maßregeln zählt<sup>43</sup>.

**DMH:** Und was wollen Sie daraus folgern?

**USch:** Jedenfalls nicht, dass sich hier ein dramatischer Unterschied erkennen lässt. Und es befriedigt mich vor allem zunächst einmal einfach systema-

<sup>41</sup> Scheffler, Blutalkohol 2001, 115.

<sup>42</sup> BVerfGE 27, 36 (42).

<sup>43</sup> Fischer<sup>57</sup> § 46 Rn 7; BeckOK-StGB-Stoll, 11. Edition März 2010, § 70 Rn 9.

tisch nicht, auf der einen Seite so eine obskure Nebenstrafe der Abschreckung zu haben und auf der anderen Seite ein im Bereich der Abschreckung unvollständiges Maßregelkonstrukt.

**DMH:** Ein sehr formales Argument!

**USch:** Und noch etwas fällt mir auf: Die strukturelle Verwandtschaft. Die Freiheitsstrafe soll bessern und sichern. Sie wird durch die Maßregeln punktuell ergänzt: Die Besserung gemäß § 2 S. 1 StVollzG („Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“) soll bei psychisch Kranken bzw Süchtigen durch (zusätzliche) Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB erreicht werden. Der Sicherung gemäß § 2 S. 2 StVollzG („Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten“) kann zusätzlich bei Hangtätern die Sicherungsverwahrung, bei Verkehrsdelinquenten die Entziehung der Fahrerlaubnis und bei berufsbezogener Kriminalität das Berufsverbot dienen.

**DMH:** Und die Führungsaufsicht?

**USch:** Bei der Polizeiaufsicht des früheren Rechts (§§ 38, 39 StGB bis zum 2. StrRG) war klar, dass sie reinen Sicherungscharakter trug. Heute soll sie nach ihrer gesetzlichen Konzeption die Verhütung künftiger Straftaten gleichrangig durch Hilfe für den Verurteilten und durch Sicherung der Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter zu erreichen suchen; im Einzelfall soll je nach den konkreten Bedürfnissen der eine oder der andere Gesichtspunkt mehr im Vordergrund stehen<sup>44</sup>. Ich würde das mal so formulieren: Als nur temporäre Sicherungsmaßnahme muss sie sich auch um die Besserung kümmern – das, was ich soeben für die Entziehung der Fahrerlaubnis, die ja mit Ausnahme von § 69a Abs. 1 S. 2 StGB ebenfalls zeitlich begrenzt ist, kritisiert habe. Für diese Lesart spricht auch § 68c Abs. 2 StGB, wonach das Gericht die unbefristete Führungsaufsicht anordnen kann, wenn der Verurteilte sich einer Heilbehandlung oder einer Entziehungskur verweigert. Und umgekehrt hat sie den Sinn, noch eine gewisse Sicherungsfunktion auszuüben, wenn Besserungsmaßnahmen ausgelaufen sind (vgl. § 67d Abs. 2, 4, 5, 6 StGB). Bei der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung liegt das besonders deutlich auf der Hand (§ 67d Abs. 3 StGB).

<sup>44</sup> *Lackner/Kühl*<sup>26</sup> § 68 Rn 1; siehe auch vor § 68 Rn 1: „In einem wechsellvollen Gesetzgebungsverfahren [...] ist für [die Führungsaufsicht] eine Konzeption entwickelt worden, die der Verwirklichung des Resozialisierungs- und des Sicherungszwecks gleich breiten Raum lässt und daher eine Anpassung an die Bedürfnisse des Einzelfalls ermöglicht [...] Sie soll namentlich den Übergang kriminell besonders schwer Gefährdeter aus dem Vollzug in die Freiheit nicht nur im Interesse der Verurteilten durch soziale Hilfen erleichtern, sondern ihn zugleich auch zum Schutz der Allgemeinheit sichern [...] Die Verbindung dieser komplexen und von vornherein nicht spannungsfreien Aufgaben in einer Maßregel hat zum Teil harte Kritik erfahren [...]“.

**DMH:** Okay, ich hatte Sie unterbrochen. Sie waren bei der strukturellen Verwandtschaft ...

**USch:** Ja. Durch die Maßregeln blitzt der alte Gedanke der spiegelnden Strafe. In die Entziehungsanstalt kommen nur Alkoholiker und nicht Abstinenzler, Berufsverbot erhalten keine Freizeittäter, ausschließlich Verkehrsstraftätern wird die Fahrerlaubnis entzogen.

**DMH:** Oder sie erhalten ein Fahrverbot ...

**USch:** Ja, eben! Bei Maßregeln – wegen ihres spezialpräventiven Charakters – akzeptieren wir keine andere Art der Verhängung.

**DMH:** Nun gibt es aber viele Bestrebungen, das Fahrverbot auch bei allgemeiner Kriminalität zu ermöglichen<sup>45</sup>.

**USch:** Aber dies wird doch von der Bevölkerung nicht akzeptiert! Ob ich meine Studenten frage, meine Bekannten unterschiedlichster Couleur – alle lehnen das Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität letztlich mit der Begründung mangelnder Konnexität ab. Wenn ich dann nachhake und darauf hinweise, dass wir doch auch die Geldstrafe nicht nur bei Vermögensdelikten verhängen und die Freiheitsstrafe nicht nur bei Freiheitsberaubung, kommt ein sprachloses Schulterzucken. Und das auch bei Leuten, denen sonst Strafen nicht hart genug sein können.

**DMH:** Auf den ersten Blick mag dies für eine strukturelle Verwandtschaft des Fahrverbotes mit den Maßregeln sprechen, aber der spiegelnde Effekt besteht bei Letzteren nicht zwischen Tat und Maßregel, sondern erwiesener Gefahr und speziell dagegen ausgerichteter Maßregel. Anders beim Fahrverbot, mit ihm wird auf die Tat als solche reagiert, weshalb wir es auch nicht beim Ladendiebstahl akzeptieren. Wenn sich allerdings aus einem Diebstahl oder einer Körperverletzung die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt – beispielsweise durch erkennbar hohes Aggressionspotential –, so dürfte es in diesen Fällen wohl keine Akzeptanzprobleme mit der Entziehung der Fahrerlaubnis geben. Dafür spricht übrigens auch der Umstand, dass nach § 46 Abs. 1 S. 2 Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV)<sup>46</sup> die Fahrerlaubnis auch dann entzogen werden kann, wenn der Betroffene wiederholt oder erheblich gegen Strafgesetze verstoßen hat. Aber lassen wir das einmal dahingestellt. Was schließen Sie denn nun aus Ihren Überlegungen?

**USch:** Dass das Fahrverbot letztlich als eine Maßregel akzeptiert wird, nicht als Strafe.

<sup>45</sup> Näher LK<sup>12</sup>-Geppert § 44 Rn 117 ff.

<sup>46</sup> § 46 Abs. 1 FeV: „Erweist sich der Inhaber einer Fahrerlaubnis als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen, hat ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen. Dies gilt insbesondere, wenn Erkrankungen oder Mängel nach den Anlagen 4, 5 oder 6 vorliegen oder erheblich oder wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder Strafgesetze verstoßen wurde und dadurch die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen ausgeschlossen ist.“

**DMH:** Nach Ihren Gedanken wäre also das Fahrverbot eine Maßregel der Abschreckung. Das hätte doch aber wohl nicht unerhebliche Konsequenzen für die eigentliche Strafe, vor allem für die Wahl der Strafart, oder? Ich weiß aus den Entwürfen Ihrer Kommentierung für den Anwaltkommentar zum StGB, dass Ihrer Ansicht nach die Geldstrafe kein Minus, sondern ein Aliud der Freiheitsstrafe darstellt<sup>47</sup>.

**USch:** Ja. Die Strafart ist, anders als die schuldbezogene Strafhöhe, zuvörderst von Präventionsgesichtspunkten, primär von der Spezialprävention zu bestimmen. Die Geldstrafe ist die Strafe für den – in Lisztscher Terminologie – (noch) nicht besserungsbedürftigen Täter, also den Täter, der künftige Straffreiheit auch ohne längerfristige Besserung erwarten lässt – den (zumindest früher) so genannten Gelegenheitstäter: „Hier soll die Strafe [...] die Autorität des übertretenen Gesetzes herstellen, sie soll Abschreckung sein, eine gewissermaßen handgreifliche Warnung, ein ‚Denkzettel‘ für den egoistischen Trieb des Verbrechers“<sup>48</sup>. Geldstrafe hat folglich ihrem Zweck und der Art ihrer erwarteten Wirkung nach gegen der Resozialisierung bedürftige Täter nicht verhängt zu werden!

**DMH:** Wie ist das dann aber für Sie damit vereinbar, dass nach § 44 StGB das Fahrverbot als „Maßregel der Abschreckung“ sowohl neben die Geld- als auch neben die Freiheitsstrafe treten könnte?

**USch:** Nun, zur Geldstrafe passt das Fahrverbot durchaus. Hier ist es in der Lage, die Abschreckungswirkung der Geldstrafe zu ergänzen bzw zu ersetzen. § 44 StGB ist bekanntlich als Kann-Vorschrift ausgestaltet – übrigens meines Erachtens auch ein Aspekt, der mehr für Maßregel- denn für (Neben-)Strafcharakter spricht. Der Richter kann also hier den Verkehrstäter dann mit einem Fahrverbot belegen, wenn die Abschreckungswirkung der Geldstrafe ihm nicht so effektiv erscheint wie die Abschreckung am „Führerschein“ – dort, wo es Verkehrstätern oftmals am meisten weh tun mag.

**DMH:** Straftätern der allgemeinen Kriminalität täte es doch aber im Allgemeinen nicht weniger weh!

**USch:** Ja, aber erfolgreiche (Spezial-)Prävention, also auch Abschreckung, setzt eine gewisse innere Akzeptanz voraus; die fehlt dem Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität. Beim Strafzweck der Besserung ist inzwischen wohl geklärt, dass weniger die Intensität der bessernden Bemühungen als deren Akzeptanz beim zu Bessernden („Leidensdruck“) ausschlaggebend für den Erfolg sein dürfte. Ohne Mitwirkungsbereitschaft des zu bessernden Täters bleibt höchstens Dressur, pures Abrichten (wie bei einem Tier) möglich – also bloße Unterdrückung des ungewünschten Verhaltens.

<sup>47</sup> AnwK-StGB-Scheffler/D. Matthies vor § 40 Rn 1, 18 (im Erscheinen).

<sup>48</sup> Von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882, in: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze Bd. 1, 1905, S. 172.

**DMH:** Und den Gedanken wollen Sie auf die Abschreckung übertragen?

**USch:** Ist das denn so abwegig? Denken Sie doch mal an die Reaktion von Rasern, die ein (ordnungswidrigkeitenrechtliches) Fahrverbot wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung nachts in eine Tempo-30-Zone vor einem Kindergarten bekommen haben. Da ist die Reaktion Empörung, aber keine „Denk“-Zettel-Wirkung. Man ärgert sich über die – vermeintliche – „Abzocke“, hinterfragt aber nicht das eigene Verhalten. Wenn zukünftig langsamer gefahren wird, dann nur, wenn und soweit Kontrollen befürchtet werden – nicht aus irgendwelcher Einsicht.

**DMH:** Also eine gewisse Parallele dazu, dass man der negativen Generalprävention, der Abschreckung längst die positive Generalprävention zur Seite gestellt hat ...

**USch:** Guter Gedanke! – Weiter: Die Verbindung von bessernder Freiheitsstrafe mit abschreckendem Fahrverbot ist dagegen äußerst fragwürdig – genauso wie die Verbindung von (zur Bewährung ausgesetzter) Jugendstrafe mit Jugendarrest; der von der Bundesregierung im Koalitionsvertrag angekündigte Einstiegsarrest wird denn auch von der Wissenschaft beinahe einhellig abgelehnt<sup>49</sup>.

**DMH:** Aber das hätte ja zur Konsequenz, dass nicht mehr abschreckbare, besserungsbedürftige Kleintäter gleich beim ersten Mal zwecks Besserung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden müssten?

**USch:** Theoretisch ja. Die Freiheitsstrafe kann dann aber durchaus zur Bewährung, idealiter verbunden mit Weisungen gem. § 56c StGB, ausgesetzt werden – „ambulante“ Besserung. Wie bei einer Krankheit: Nicht stationärer Aufenthalt im Krankenhaus, sondern nur Arztbesuche. – In der Praxis freilich wird man jedoch bei Ersttätern kleinerer Delikte kaum einmal ausschließen können, dass sie noch abzuschrecken sein könnten. Das ist ja wohl auch der Rechtsgedanke von § 47 Abs. 1 Alt. 1 StGB, wonach eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur dann ausnahmsweise verhängt werden darf, „wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter [...] unerlässlich machen“.

**DMH:** Und umgekehrt würden Sie dann sagen, dass die Höchstzahl der Tagessätze der Geldstrafe, 360 gemäß § 40 Abs. 1 StGB, so zu interpretieren ist, dass Verbrecher im Sinne von § 12 Abs. 1 StGB, die deshalb weitgehend nicht in den Genuss einer Geldstrafe kommen können, immer besserungs- oder gar sicherungsbedürftig sind?

**USch:** In gewisser Weise ja. Der Gesetzgeber verknüpft offenbar ohnehin die Besserungsbedürftigkeit mit der Schuldschwere, die die Strafhöhe primär

<sup>49</sup> Siehe zuletzt *Eisenberg*, NJW 2010, 1509: „Systematisch sieht das Gesetz Jugendarrest und Jugendstrafe für unterschiedliche Verurteiltengruppen vor [...]“.

bestimmt: Die Vollstreckung von Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr kann gemäß § 56 Abs. 1 StGB relativ leicht „ambulant“ zur Bewährung ausgesetzt werden, von Strafen bis zu zwei Jahren nur unter engeren Voraussetzungen (§ 56 Abs. 2 StGB), und bei noch längeren Freiheitsstrafen kann höchstens ein Strafrest ausgesetzt werden (§ 57 StGB).

**DMH:** Je schwerer die Straftat, desto naheliegender intensive Besserungsbedürftigkeit.

**USch:** Das kann man so formulieren. Es kommt aber noch ein Aspekt dazu: Eine Geldstrafe von 500, 1000 oder gar noch mehr Tagessätzen tendiert nicht mehr zur Abschreckung, sondern zur Erdrosselung. Der Gesetzgeber hat sich 1969 im letzten Augenblick für das sog. Nettoeinkommensprinzip und gegen das Einbußprinzip entschieden<sup>50</sup>. Das impliziert nun aber – jedenfalls im Grundsatz –, das gesamte Einkommen des Verurteilten abzuschöpfen, ohne Berücksichtigung des Existenzminimums oder gar des Pfändungsfreibetrages. Selbst in Anbetracht dessen, dass hier insbesondere durch die Ratenzahlungsmöglichkeit (§ 42 StGB) gewisse Abfederungen möglich sind, dürfte nicht nur bei dem, der über keinerlei Rücklagen verfügt, dann regelmäßig nicht mehr von einer bloßen Denkmittelwirkung ausgegangen werden können. Anderes hätte vielleicht gegolten, wenn der Gesetzgeber bei dem zunächst von ihm präferierten Einbußprinzip geblieben wäre, gar in Form der vom Alternativenwurf vorgeschlagenen Laufzeitgeldstrafe<sup>51</sup>.

**DMH:** Aber Konflikttäter, sicher auch so manche Wirtschaftskriminelle, die eine höhere Strafe verwirkt haben, mögen doch grundsätzlich durchaus noch abzuschrecken sein?

**USch:** Ja, durchaus. Bei Konflikttätern, die schwere Taten begehen, scheidet die Verhängung einer Geldstrafe aber nicht nur formal daran, dass die nach der Schuldschwere zu bemessende Strafe wegen der Obergrenze von 360 Tagessätzen in § 40 Abs. 1 StGB eben keine Geldstrafe mehr sein kann. Materiell schlägt darüber hinaus zum einen der gleiche Rechtsgedanke durch, der in § 47 Abs. 1 Alt. 2 StGB ausnahmsweise eine Freiheitsstrafe gebietet („Eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verhängt das Gericht nur, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe [...] zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen.“): Bei Freiheitsstrafen über einem Jahr müsste der Austausch gegen eine Geldstrafe – übrigens erst Recht bei einer Orientierung am erwähnten Einbußprinzip – „für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich erscheinen“, so dass „das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit des Rechts und an den Schutz der Rechtsordnung vor krimi-

<sup>50</sup> MK-StGB-Radtke § 40 Rn 4; Lackner/Kühl<sup>26</sup> vor § 40 Rn 2.

<sup>51</sup> §§ 49 ff. AE StGB-AT.

nellen Angriffen dadurch erschüttert werden könnte“<sup>52</sup>. Zum anderen, nicht zuletzt bei Affekt-„Mördern“, könnte man aber auch interpretieren – Sie haben das eben schon in diese Richtung angedacht –, dass jemand, der die Hemmschwelle zur schweren Verletzung, gar Tötung eines anderen überschreitet, regelmäßig bessernder Intervention bedarf. In diesem Zusammenhang findet sich in der neueren Rechtsprechung des BGH durchaus die Tendenz, auch beim Affekttäter auf eine Grunddisposition das Augenmerk zu legen, aufgrund derer „von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist“, so dass seine Unterbringung gemäß § 63 StGB in Betracht kommt<sup>53</sup>.

**DMH:** Und bei Wirtschafts- oder Steuerstraf Tätern?

**USch:** Hier bietet, wie ich finde, § 41 StGB eine spannende Interpretation an: Nach der Norm kann neben einer Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängt werden, sofern der Täter sich durch die Tat bereichert oder zu bereichern versucht hat. Die gesetzliche Konzeption des § 41 StGB gilt oftmals als fehlgeschlagen<sup>54</sup>: Die Kumulation von Freiheitsstrafe und Geldstrafe wirke sich für die Resozialisierung des Täters meist ungünstig aus und stehe deshalb in einem „latenten Spannungsverhältnis“ zu § 46 Abs. 1 S. 2 StGB<sup>55</sup>. Und sie habe auch wenig Nutzen: Ist es zu einer objektiven Bereicherung des Täters gekommen, greifen die Vorschriften des Verfalls ein und schöpfen die Vermögensvorteile des Täters ab. Auch dann, wenn eine Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird, ist § 41 StGB nicht erforderlich, um den Täter auch mit einer sofort vollstreckbaren Sanktion treffen zu können<sup>56</sup>, weil eine Auflage nach § 56b Abs. 2 Nr. 2 oder 4 StGB möglich ist, der durch § 56f Abs. 1 Nr. 3 StGB genügend Nachdruck verliehen werden kann<sup>57</sup>.

**DMH:** Ja, über die Verfallvorschriften und die bewährungsflankierende Geldauflage können Sanktions- und Entreichergesichtspunkte in ausreichendem Maße berücksichtigt werden<sup>58</sup>.

**USch:** Richtig verstanden sollte § 41 StGB jedoch mit Blick auf § 44 StGB, das Fahrverbot, interpretiert werden<sup>59</sup>.

**DMH:** Sie meinen also, wie das Fahrverbot eine Nebenstrafe ist, die – nach Ihrer Ansicht – einer Maßregel der Abschreckung vergleichbar ein Zusatz-

<sup>52</sup> BGHSt 24, 40 (46).

<sup>53</sup> Siehe BGH NStZ 1993, 181; BGH NStZ-RR 2008, 140; siehe aber auch BGH NStZ-RR 2009, 136.

<sup>54</sup> MK-StGB-Radtke § 41 Rn 15; NK<sup>3</sup>-H.-J. Albrecht, 2010, § 41 Rn 9.

<sup>55</sup> BGHSt 26, 325; BGH NJW 1984, 2170; Lackner/Kühl<sup>26</sup> § 41 Rn 1; siehe aber SSW-StGB-Mosbacher, 2009, § 41 Rn 5.

<sup>56</sup> So LK<sup>12</sup>-Häger, 2006, § 41 Rn 12.

<sup>57</sup> S/S<sup>28</sup>-Stree/Kinzig § 41 Rn 6; MK-StGB-Radtke § 41 Rn 10; SSW-StGB-Mosbacher § 41 Rn 13.

<sup>58</sup> Siehe MK-StGB-Radtke § 41 Rn 11; NK<sup>3</sup>-H.-J. Albrecht § 41 Rn 9.

<sup>59</sup> Vgl. Halecker, Der „Denkzettel“ Fahrverbot, 2009, S. 100.

instrument für Straftaten mit Verkehrsbezug darstellt, so kann § 41 StGB in Bezug auf Bereicherungskriminalität verstanden werden<sup>60</sup>?

**USch:** Ja. (Nur) bei solchen Delikten entspricht die Geldstrafe dem alten Rechtsgedanken der „spiegelnden Strafe“<sup>61</sup>, die gerade deshalb besonders wirksam ist oder jedenfalls sein soll, weil sie den Täter der Art der Strafe nach mit dem Abzug dessen sanktioniert, was er durch die Tat erlangen wollte. Täter, die Vermögensvorteile anstreben, sollen durch die kumulative Strafe also deshalb auch wirtschaftlich getroffen werden, weil sie im Hinblick auf eine solche Sanktionierung gerade als besonders empfindlich eingeschätzt werden<sup>62</sup>. § 41 StGB beinhaltet also eine Übelzufügung mit dem Ziel der Spezialprävention<sup>63</sup>.

**DMH:** Und was folgt Ihrer Ansicht nach daraus nun für die Bestrafung von Wirtschafts- oder Steuerstraftätern?

**USch:** Nun, § 41 StGB scheint einen merkwürdigen Mix darzustellen: Ein Täter wird mit Freiheitsstrafe (mit oder ohne Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung) zwecks Besserung belegt, soll aber gleichzeitig – wie ein nicht Besserungsbedürftiger? – mit Geldstrafe abgeschreckt werden! Dem könnte man allerdings folgenden Sinn geben: Weil Geld- und Bewährungsstrafen nun einmal nicht mehr bei schwerwiegenderen Delikten statthaft sind, müssten an sich namentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität (Stichwort: white collar crime!) wegen der Tatschwere häufiger Freiheitsstrafen gegen noch Abschreckungsempfängliche, also noch nicht Besserungsbedürftige verhängt und vollstreckt werden – aus spezialpräventivem Blickwinkel wenig sinnvoll.

**DMH:** Also wäre die Anwendung von § 41 StGB „angebracht“, um beim noch abschreckbaren, auf Geldstrafe strafempfindlich reagierenden Täter möglichst eine Freiheitsstrafe zu vermeiden?

**USch:** Ja, jedenfalls eine, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Dem entspricht es, dass nach hM die kumulativ angedrohte Geldstrafe keine Strafrahmenerweiterung bewirkt<sup>64</sup>. Vielmehr sollen vom Höchstmaß der angedrohten Strafe die Tagessätze der Geldstrafe abgezogen werden, damit das im Strafrahmen zum Ausdruck kommende

<sup>60</sup> Auch BGH NJW 1985, 1719 mit Anm. *Bruns*, JR 1986, 71 ff. betont Parallelen zwischen Nebenstrafen und § 41 StGB.

<sup>61</sup> LK<sup>12</sup>-Häger § 41 Rn 3; MK-StGB-Radtke § 41 Rn 7.

<sup>62</sup> MK-StGB-Radtke § 41 Rn 7; NK<sup>3</sup>-H.-J. *Albrecht* § 41 Rn 9 („Alltagsüberzeugung“); so schon *Frank*, StGB, 18. Aufl. 1931, § 27a Anm.

<sup>63</sup> GS-Hartmann, 2008, § 41 Rn 1; ähnlich *Fischer*<sup>57</sup> § 41 Rn 3.

<sup>64</sup> MK-StGB-Radtke § 41 Rn 34; S/S<sup>28</sup>-Stree/Kinzig § 41 Rn 8; SK-Wolters, 120. Lfg. Nov. 2009, § 41 Rn 2; *Fischer*<sup>57</sup> § 41 Rn 7; *Lackner/Kübl*<sup>26</sup> § 41 Rn 4; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 61 f.; so wohl auch BGH NStZ 2008, 198; aA LK<sup>12</sup>-Häger § 41 Rn 19.

Schuldhöchstmaß nicht überschritten wird<sup>65</sup>. Der BGH hat es demzufolge auch zugelassen, dass in Konstellationen, in denen der Täter eine nicht aussetzungsfähige Freiheitsstrafe verwirkt hat, es die zusätzliche Geldstrafe ermöglichen kann, die Freiheitsstrafe auf ein aussetzungsfähiges Maß zu „drücken“. Erforderlich ist, dass die Kumulierung als eine dem Täter und der Tat insgesamt besser gerecht werdende Sanktion erscheint<sup>66</sup>.

**DMH:** Also wird sozusagen auf kaltem Wege der Bereich der aussetzbaren Strafen von zwei Jahren auf drei Jahre erhöht: Zwei Jahre aussetzbare Freiheitsstrafe plus ein Jahr Geldstrafe<sup>67</sup>.

**USch:** Ja, nach dieser Interpretation würde es § 41 StGB ermöglichen, bei nicht besserungsbedürftigen Vermögenstraftätern, die wegen des Schuldprinzips nicht mehr durch schlichte Geldstrafenverhängung abgeschreckt werden dürfen, zum einen doch noch mit einer abschreckenden Geldstrafe versehen zu können und zum anderen den unter spezialpräventiven Gesichtspunkten bei ihnen zumindest sinnlosen, wenn nicht gar kontraindizierten Strafvollzug zu vermeiden. Der BGH hat dementsprechend selbst die Verhängung einer Gesamtgeldstrafe von 700 Tagessätzen neben einer zweijährigen, zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe gebilligt<sup>68</sup>.

**DMH:** Und strukturell könnte dann also die Bewährungsstrafe noch mit finanziell spürbaren Auflagen gemäß § 56b StGB versehen werden, etwa Zahlungen zugunsten der Staatskasse gemäß Abs. 2 Nr. 4.

**USch:** Ja, solche Auflagen sollen der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen: „Das Gesetz geht, ganz realistisch, davon aus, dass es oftmals unbefriedigend erscheinen würde, wenn ein Straftäter außer einer bloß verbal und damit eher ‚virtuell‘ empfundenen Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe keinerlei direkt spürbare Folgen aus seiner Straftat verspüren müsste; dem soll mit dem Institut der Auflagen entgegengewirkt werden. Auflagen sind also grundsätzlich als Beeinträchtigung des Verurteilten, als Übelzufügung, konzipiert [...] Der aus der Sicht des Verletzten ebenso wie aus der der Gesellschaft durch die Straftat verletzte Rechtsfrieden wird durch die Erbringung der Auflage (= Buße) wiederhergestellt [...]“<sup>69</sup>. Vielleicht sollte man

<sup>65</sup> S/S<sup>28</sup>-Stree/Kinzig § 41 Rn 8; SK-Wolters § 41 Rn 3; NK<sup>3</sup>-H.-J. Albrecht § 41 Rn 5; Fischer<sup>57</sup> § 41 Rn 7; Lackner/Kühl<sup>26</sup> § 41 Rn 5; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. 2008, Rn 214; offengelassen von BGH NStZ 1993, 408 (409); Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 7. Aufl. 1989, § 59 III Rn 33.

<sup>66</sup> BGHSt 32, 60 (65) mit Anm. Horn JR 1984, 211; BGH NJW 1984, 2170 (2171); BGH NJW 1985, 1719 mit Anm. Bruns JR 1986, 71; BGH StV 1999, 424 (426); Fischer<sup>57</sup> § 41 Rn 5; BeckOK-StGB-von Heintschel-Heinegg, 11. Edition März 2010, § 41 vor Rn 1.

<sup>67</sup> AG Saarbrücken NStZ 1984, 76 mit Anm. Horn NStZ 1984, 77; siehe auch SK-Wolters § 41 Rn 4; Mitsch, JA 1993, 307.

<sup>68</sup> BGH StV 1999, 424 (425) – insoweit in NStZ 1999, 571 nicht abgedruckt; siehe auch BGH NJW 2001, 1436.

<sup>69</sup> MK-StGB-Groß, 2003, § 56b Rn 2.

sich, jedenfalls vom Grundsatz her – auch um die Akzeptanz der Bewährungsstrafe zu steigern –, dem Gedanken nähern, dass die ansonsten verwirkte Geldstrafe als Auflage zu verhängen ist; dann ergäbe sich ein Stufenverhältnis von Geld- über Bewährungs- zu (vollstreckter) Freiheitsstrafe.

**DMH:** Ich komme noch einmal zurück: Wenn Sie die kumulative Geldstrafe des § 41 StGB mit Blick auf § 44 StGB, das Fahrverbot, interpretieren, sehen Sie sie letztlich also auch nicht als Nebenstrafe, sondern als Maßregel der Abschreckung an?

**USch:** Ja, dieser Gedanke geht mir durch den Kopf. In gewisser Weise schon.

**DMH:** Und das Fahrverbot „passt“ nur zur Geldstrafe?

**USch:** Grundsätzlich ganz klar ja. Ob allerdings doch einmal untypische spezialpräventive Konstellationen denkbar sind, in denen eine Mixtur von (zur Bewährung ausgesetzter) Freiheitsstrafe und Fahrverbot Sinn machen kann, sei mal vernachlässigt. Immerhin eröffnet § 44 StGB diese Möglichkeit durchaus.

**DMH:** Gut, lassen wir das dahingestellt. – Bei der Verhängung einer Freiheitsstrafe kommt also insoweit kein Fahrverbot, sondern nur die Entziehung der Fahrerlaubnis in Betracht?

**USch:** Ja, das dürfte auch heute schon der allgemeinen Praxis entsprechen.

**DMH:** Das heißt aber umgekehrt, dass im Falle der Verhängung einer Geldstrafe die Fahrerlaubnis nicht entzogen werden darf?

**USch:** Ja.

**DMH:** Dann muss der Richter also Freiheitsstrafe verhängen, um die Fahrerlaubnis entziehen zu können? Welchen Sinn hat denn die Entziehung der Fahrerlaubnis, wenn der Täter eh im Strafvollzug sitzt und ohnehin nicht fahren kann?

**USch:** Das sind zwei Fragen. Zunächst zum Sinn: In den meisten in Betracht kommenden Fällen wird die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Dann kann die Entziehung der Fahrerlaubnis sogar mit bestimmten Weisungen gemäß § 56c StGB verbunden werden; der Katalog des Abs. 2 ist nicht abschließend („namentlich“). So kommt durchaus das Gebot, an einem Verkehrsunterricht oder einer gruppenpädagogischen Nachschulung für Alkoholtäter (einem „Aufbauseminar für Kraftfahrer“) teilzunehmen, in Frage<sup>70</sup>. Und bei nicht zur Bewährung ausgesetzter Freiheitsstrafe liegt ja wohl ein massives Verkehrsdelikt zugrunde. Hier kann gemäß § 69a Abs. 1 S. 1 StGB eine Sperre von bis zu fünf Jahren angeordnet werden. So lange dürfte nun sicher auch in solchen Fällen ein Strafvollzug kaum einmal dauern. Ein längerer Entzug der Fahrerlaubnis kann also durchaus einen Sinn haben. Übrigens

<sup>70</sup> *Lackner/Kühn*<sup>26</sup> § 56c Rn 6; näher *Schädler*, Blutalkohol 1984, 322; *Kunkel*, Blutalkohol 1984, 332 ff.

kann nach dem StGB die Sperre „für immer“ angeordnet werden. Da selbst eine für immer angeordnete Sperre nach § 69a Abs. 7 StGB aufgehoben werden kann<sup>71</sup>, hätte eine Sperre also in jedem Fall den Sinn, einen Anreiz für die Teilnahme an einem Aufbauseminar für Kraftfahrer zu setzen.

**DMH:** Und wie verhält es sich mit meiner anderen Frage: Der Richter ist also regelrecht gezwungen, Freiheitsstrafe zu verhängen, um die Fahrerlaubnis entziehen zu können?

**USch:** Ja, das hängt doch von der Vorentscheidung der Frage der Besserungsbedürftigkeit ab! Meint der Richter, eine Geldstrafe sei adäquat, kommt dann in der Tat zusätzlich nur ein Fahrverbot in Betracht – auch hier das Nachdenken über untypische Konstellationen außer Acht gelassen.

**DMH:** Das ist nun aber heute sicher nicht allgemeine Praxis!

**USch:** Weiß ich. Aber haben nicht auch Sie in Ihrer Dissertation dafür plädiert, die Entziehung der Fahrerlaubnis zugunsten des Fahrverbotes zurückzudrängen<sup>72</sup>? Sie haben doch vorhin die Aussage zitiert, dass des Öfteren der Zweck der Maßregel bereits durch die Anordnung der vorläufigen Entziehung gemäß § 111a StPO als erreicht angesehen werden könne, weil der Täter durch diese Maßnahme bereits beeindruckt sei. Das sind doch genau Fälle, in denen eigentlich nicht eine Maßregel der Besserung, sondern ein Fahrverbot zu verhängen wäre!

**DMH:** Dann sehen Sie es also durchaus als stringent an, wenn der BGH es billigt, in dieser Konstellation, obwohl wegen der Anrechnung nach § 51 Abs. 5 StGB ohne Konsequenzen (von der Eintragung ins Bundeszentralregister einmal abgesehen), dennoch die Verhängung eines symbolischen Fahrverbotes (jedenfalls in den Fällen des § 44 Abs. 1 S. 2 StGB) für geboten zu achten<sup>73</sup>?

**USch:** Ja, durchaus. Wenn man das erkennt, zeigt sich auch nochmals, dass die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis zu modifizieren ist: Sie muss zwingend mit Besserungsmaßnahmen einhergehen. Erscheinen Besserungsmaßnahmen nämlich nicht erforderlich, ist lediglich an die Verhängung eines Fahrverbotes zu denken!

**DMH:** Aber zwischen beiden Rechtsfolgen klafft doch eine Lücke, weil das Fahrverbot maximal nur drei Monate lang sein darf.

**USch:** Diese Lücke kann ja geschlossen werden. Heute gibt es doch Bestrebungen, das Fahrverbot auf sechs Monate, gar ein Jahr auszudehnen. Früher wurden sogar Fahrverbotsspannen von bis zu fünf Jahren diskutiert<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 69a Rn 78.

<sup>72</sup> Siehe Halecker, Der „Denkzettel“ Fahrverbot, 2009, S. 51 ff.

<sup>73</sup> BGHSt 29, 58; näher dazu LK<sup>12</sup>-Geppert § 44 Rn 35 f.

<sup>74</sup> Siehe die Nachweise bei LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 12 Fn 52.

**DMH:** Dagegen besteht doch aber insbesondere der Einwand, dass es dann häufig nicht mehr möglich sein würde, die Fahrerlaubnis nach § 111a StPO vorläufig zu entziehen, weil infolge des fließenden Überganges zum Fahrverbot nicht mehr so ohne weiteres dringende Gründe für die Annahme vorliegen würden, dass die Fahrerlaubnis nach § 69 StGB entzogen werden wird<sup>75</sup>.

**USch:** Richtig, weil das Fahrverbot, verstanden als Nebenstrafe, sich einer strafrechtlichen Eilmaßnahme wie der des § 111a StPO entzieht, „die aus rechtsstaatlichen Gründen nur bei einer ‚Maßregel‘-Lösung möglich ist“<sup>76</sup>.

**DMH:** Das dürfte auch ein Grund sein, warum das Fahrverbot neben der Entziehung der Fahrerlaubnis im Strafrecht so ein Schattendasein führt: Nur bei Sachverhalten, die die Entziehung der Fahrerlaubnis relativ sicher erwarten lassen, kann man den Fahrer gleich aus dem Verkehr ziehen.

**USch:** Ja, es wird oft bedauert, dass sich ein vorläufiges Fahrverbot verbietet, weil es eben eine Strafe ist<sup>77</sup>. Bei Annahme einer Maßregel ginge dies prinzipiell ...

**DMH:** Also, Herr Scheffler, bei aller Argumentation bleibe ich aus dogmatischer Warte sehr skeptisch. Und die rechtlichen Konsequenzen einer Uminterpretation des Fahrverbotes zu einer Maßregel sind schwer zu überblicken. Ich dachte eigentlich, zumindest tendenziell wären Sie eher für die Zurückdrängung der Maßregeln, die schnell in den Ruch des Etikettenschwindels kommen und bei denen verschiedene rechtsstaatliche Garantien – etwa das gerade angesprochene Verbot der Verhängung strafrechtlicher Rechtsfolgen vor der Verurteilung! – weniger ausgeprägt sind.

**USch:** Ja, Frau Halecker, das alles ist mir bei meinen Gedankenspielen bewusst. Ich würde allerdings die Stoßrichtung umdrehen und sagen, man sollte – wie für den guten alten *von Liszt* im Grundsatz noch selbstverständlich – mit allen Konsequenzen anerkennen, dass auch Maßregeln „richtiges“ Strafrecht sind. Dass nach § 2 Abs. 6 StGB Maßregeln vom Rückwirkungsverbot ausgenommen sind, für einige Maßregeln das Verbot der *reformatio in peius* nicht gilt (§§ 331 Abs. 2, 358 Abs. 2, 373 Abs. 2 StPO) – das in Frage zu stellen wäre der Ansatz. Ich versuche mit meinen Gedankenspielen ja auch eigentlich nur, für mich etwas mehr Klarheit in einige meiner Ansicht nach nicht sehr schlüssige Interpretationen des Rechtsfolgenrechts zu bringen. Ob das nicht vielleicht ein Irrweg ist, das weiß ich auch nicht. Ich finde aber, man könnte darüber mal näher nachdenken.

**DMH:** Soweit gehe ich mit.

<sup>75</sup> Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Reform des Sanktionsrechts, BT-Drs 15/2725, S. 22 f.; LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 12.

<sup>76</sup> LK<sup>12</sup>-Geppert § 69 Rn 12.

<sup>77</sup> Näher *F. Albrecht*, NZV 1998, 397 ff.

**USch:** Mein Vorschlag: Wir präsentieren unsere Gedanken *Klaus Geppert* in seiner Festschrift zum 70. Geburtstag. Der Jubilar hat so viel über die Nebenstrafe Fahrverbot und die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis namentlich im Leipziger Kommentar geschrieben, da wäre es doch möglich, dass er unsere Diskussion ein klein wenig spannend findet, oder?