

Würzburger Schriften
zur Kriminalwissenschaft

Band 32

Klaus Jünemann

Gesetzgebungskompetenz
für den Strafvollzug
im föderalen System der
Bundesrepublik Deutschland

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Würzburger Schriften zur Kriminalwissenschaft

Herausgegeben von Klaus Laubenthal

Band 32



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Klaus Jünemann

Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland

Eine Analyse anlässlich der Föderalismusreform 2006
unter besonderer Berücksichtigung der Ziele
und Aufgaben des Strafvollzugs



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2012

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs-
und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

D 20

ISSN 1618-078X

ISBN 978-3-631-62420-3 (Print)

ISBN 978-3-653-02160-8 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02160-8

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Für Lida

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2011 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertationsschrift angenommen worden. Sämtliche Nachweise befinden sich auf dem Stand vom Mai 2011. Seither erschienene Literatur konnte jedoch weitgehend noch eingearbeitet werden.

Großer Dank gebührt zunächst Herrn Professor Dr. Klaus Laubenthal, der diese Arbeit von Beginn an engagiert und wohlwollend betreute, mir den größtmöglichen Freiraum bei der Wahl des Themas und der sich im Laufe der fortschreitenden Durchdringung des Forschungsgegenstandes wandelnden Konzeption einräumte sowie die Arbeit schließlich in die Reihe „Würzburger Schriften zur Kriminalwissenschaft“ aufnahm. Dank schulde ich weiterhin Herrn Professor Dr. Horst Dreier. Er gab mir nicht nur die Gelegenheit, als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl vier äußerst lehrreiche Jahre zu verbringen, sondern nahm darüber hinaus auch die Mühe der Zweitbegutachtung auf sich. Ohne seine Förderung und Unterstützung, seinen Rat und sein wissenschaftliches Vorbild hätte die Arbeit niemals die vorliegende Gestalt angenommen.

Nicht unerheblich zur Entstehung der Arbeit trugen ebenso mein Lehrstuhlkollege und Freund Herr Niels Magsaam sowie mein Schwiegervater Herr Michael Zumkley bei, die das mühevollen Korrekturlesen trotz vielfältiger anderweitiger Verpflichtungen klaglos übernahmen. Zu Dank verpflichtet bin ich überdies meinen Eltern, Frau Sabine Schmidt-Jünemann und Herrn Dieter Jünemann, für jegliche gewährte Unterstützung, ohne die nicht zuletzt die Aufnahme eines Studiums schlicht nicht möglich gewesen wäre.

Es ist mir schließlich eine außerordentliche Freude, meiner Frau Lida Dank sagen zu können. Sie war es, die zweifellos die Hauptlast während der langjährigen Entstehung dieser Arbeit zu tragen hatte. Ohne sie, insbesondere ihre selbstlose Unterstützung in jeder Hinsicht, wäre die Arbeit gewiss nicht vollendet worden. Hierfür und für vieles mehr sei ihr auch an dieser Stelle gedankt.

Der VG WORT bin ich für den großzügig gewährten Druckkostenzuschuss verbunden, der das Erscheinen der Arbeit erst ermöglicht hat.

Münster, den 26.7.2012

K.J.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
A. EINFÜHRUNG	1
B. GRUNDLAGEN	3
I. Begriff des Strafvollzugs	4
II. Sinn und Zweck der Strafe	5
III. Unverzichtbarkeit des Freiheitsentzugs	10
1. Abolitionistische Forderung nach Abschaffung der Gefängnisse	10
2. Alternativlosigkeit der Freiheitsstrafe	12
IV. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Strafvollzugs	20
1. Auswirkungen des Strafvollzugs auf den Gefangenen	20
2. Figur des besonderen Gewaltverhältnisses	23
C. GESETZGEBUNGSKOMPETENZ FÜR DEN STRAFVOLLZUG ZWISCHEN BUND UND LÄNDERN	29
I. Ursprüngliche Bundeskompetenz – die Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 a.F. GG	30
II. Heimlicher Übergang der Kompetenz auf die Länder – das 42. Änderungsgesetz zum Grundgesetz von 1994	32
1. Anlass und Ursache der Verfassungsrevision	32
2. Implementierung der Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG	35
3. Auswirkungen der neuen Erforderlichkeitsklausel auf den Strafvollzug	37
a) „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“	38
b) „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“	39
c) Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung?	42
(aa) Geringst möglicher Eingriff in das Gesetzgebungsrecht der Länder ..	42
(bb) Das Zusammenspiel von verfassungsrechtlicher Präformation und qualifizierter Rechtszersplitterung	45

d) Zwischenergebnis	49
4. Konsequenzen für die Strafvollzugsgesetzänderungsgesetze von 1994 bis 2006	50
a) Begrenzte Änderungsbefugnis des Bundes für das gem. Art. 125a Abs. 2 Satz 1 GG fortgeltende Strafvollzugsgesetz	51
b) Analyse der einzelnen Strafvollzugsgesetzänderungsgesetze	53
(aa) „Technische Modifikationen“	53
(bb) „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ vom 26.1.1998	54
(cc) „Viertes Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes“ vom 26.8.1998	55
(dd) „Fünftes Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes“ vom 27.12.2000	61
(ee) „Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation“ vom 10.12.2001	65
(ff) „Sechstes Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes“ vom 5.10.2002	68
c) Zwischenergebnis	69
5. Zwischenergebnis	70

III. Offener Übergang der Kompetenz auf die Länder –

die Föderalismusreform von 2006	71
1. Ziele der Föderalismusreform	73
2. Elemente der Reform	74
a) Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen	75
(aa) Änderungen in den Kompetenzkatalogen	75
(bb) Änderungen in den allgemeinen Voraussetzungen der Kompetenz- ausübung	77
(cc) Notwendige Folgeänderungen: Übergangsvorschriften	81
b) Abbau von Zustimmungsrchten des Bundesrates und von Misch- finanzierungen sowie die Verbesserung der Europatauglichkeit des Grundgesetzes	84
3. Auswirkungen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG auf den Strafvollzug	86
a) Reichweite der Kompetenzverlagerung	86
b) Verhältnis der Absätze 1 und 2 des Art. 125a GG zueinander	100
c) Bedeutung des Wortes „ersetzt“ i.S.d. Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG	102
d) Verbleibende Befugnisse des Bundes an dem bestehenden Straf- vollzugsgesetz?	104
(aa) Änderungsbefugnis des Bundesgesetzgebers?	104

(bb) Aufhebungsbefugnis des Bundesgesetzgebers?	108
(cc) Strafvollzugsgesetz „eingefroren“ auf dem Stand zum Zeitpunkt der Föderalismusreform	111
4. Zwischenergebnis	111
IV. Ergebnis	112
D. ANALYSE DES STRAFVOLLZUGLICHEN KOMPETENZ- ÜBERGANGS	113
I. Prozedurale Aspekte	114
1. Verfassungsänderung als allgemeines „Stilproblem“	115
2. Verfahrensrechtliche Mängel der Föderalismusreform	116
a) Kompromiss als Voraussetzung der Demokratie	117
b) Keine argumentative Unterfütterung der Kompetenzverlagerung	119
(aa) „Föderalismuskommission“	120
(bb) Parlamentarischer Verfassungsänderungsprozess	124
(cc) Insbesondere: Die Sachverständigenanhörung	128
(dd) Kompetenzwechsel als „ungewollte Reform“	130
c) Verfahrenskritik ohne inhaltlich präformierende Wirkung	132
II. Verfassungsrechtliche Bezugnahmen	133
1. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG?	134
a) Gleichheitssatz gilt nur im Rahmen der bundesstaatlichen Ordnung	135
b) Ungeschriebene Kompetenz des Bundes für den Strafvollzug?	136
c) Über die Landesgrenzen hinausgreifender Lebenssachverhalt?	138
d) Zwischenergebnis	141
2. Verletzung des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG?	142
a) „Freiheitsstrafe“ als unvollkommen ausgefülltes Blankett?	142
b) Bundeskompetenzerhaltende Auslegung der Föderalismusreform?	144
c) „Freiheitsstrafe“ hinreichend bestimmt normiert	144
d) Auswirkungen auf den Kompetenzübergang	148
3. Zwischenergebnis	149
III. Rechtspolitischer Konnex	149
1. Bezugspunkt Vollzugsziel	149
a) Drohender „Wettbewerb der Schädigkeit“?	150
b) Kriminalpolitischer Hintergrund: Die „Gegenreform“	153
2. Resozialisierung als Argument?	155
a) Redlichkeit der Länderparlamente	156
(aa) Länderparlamente als notorische „Verfassungsbrecher“?	156

(bb) Mögliche objektive Gefahren für die Resozialisierung.....	160
(aaa) Präjudizierendes vorangegangenes Verhalten der Länder?.....	161
(bbb) Wahlkampfbedingte Steigerung der Populismusanfälligkeit?.....	166
(ccc) Zwischenergebnis.....	169
(cc) Rechtliche Bindungen und praktische Erfahrungen.....	169
b) Mögliches Vollzugsziel kein sachgerechtes Kriterium für Kompetenz- fragen	172
3. Zwischenergebnis	174
IV. Systematische Argumente.....	174
1. Notwendige Einheit mit Strafrecht und Strafprozessrecht?	175
a) Mangelnde Evidenz des Arguments	176
b) Keine Fundierung der Behauptung möglich.....	178
(aa) Richterliche Strafzumessung gem. § 46 Abs. 1 StGB und Vorher- sehbarkeit der Strafe.....	179
(aaa) Begriffliche Vermengung von „Strafrecht“ und „Strafvollzug“ ..	180
(bbb) Marginalien zur Strafgerechtigkeit	181
(ccc) Bisher keine Berücksichtigung der Vollzugswirklichkeit im Rahmen der Strafzumessung	185
(ddd) Weder rechtliche noch sachliche Überzeugungskraft des Arguments	193
(bb) Strafzwecke und Strafvollzugsziel	194
(aaa) Grundsätzliche Eigenständigkeit der strafvollzuglichen Ziel- setzung.....	195
(bbb) Zwangsläufige Disfunktionalität von Strafzumessung und Strafvollzug	198
(ccc) Zwei Klarstellungen oder: Fernwirkungen und besondere Nähe ..	199
(cc) Kompetentielle Abgrenzungsschwierigkeiten	200
(dd) Normwirklichkeit als Kontrapunkt.....	203
(aaa) Der status quo vor der Föderalismusreform	204
(bbb) Konsequenzen.....	206
c) Zwischenergebnis	208
2. Strafvollzugsrecht als besonderes Verwaltungsrecht?	209
a) Innere Sicherheit und Länderkompetenz	210
b) Strafvollzugsrecht als Sicherheitsrecht?	211
(aa) Schutz der Allgemeinheit als Wesen des Strafvollzugs?	212
(bb) Strafvollzug zwischen Repression und Prävention	215
c) Allgemeine Bezüge zum Verwaltungsrecht.....	217
d) Zwischenergebnis	219
3. Konnexitätsprinzip	220

a) Interpretation des Arguments.....	220
b) Mehrfaches Fehlgehen der Argumentation.....	222
4. Fachliche und organisatorische Kompetenz der Länder	226
5. Forderung nach Wahrhaftigkeit	229
6. Europatauglichkeit des Kompetenzwechsels?	230
a) Umgang mit internationalen und supranationalen Rügen.....	231
b) Vertretung deutscher (strafvollzuglicher) Interessen in Europa	236
c) Länderzuständigkeit als Anachronismus?.....	238
d) Zwischenergebnis	241
7. Beweislast	241
a) Veränderungsvorschlag konstituiert besondere Begründungslast	242
b) Allgemeine Zuständigkeitsvermutung zugunsten einer Gesetz- gebungskompetenz der Länder?.....	242
c) Länderkompetenz als offene Festschreibung des status quo	244
d) Zwischenergebnis	245
8. Zwischenergebnis	246
V. Monetäre Erwägungen	246
1. Durch die Kompetenzübertragung ausgelöste zusätzliche Kosten?	246
a) Bürokratiezuwachs in den Ländern?.....	248
b) Bürokratieabbau bei Bund und Ländern?	250
c) Zwischenergebnis	252
2. Gefahr eines „Strafvollzugs nach Kassenlage“?	252
a) Strafvollzugliche Einsparmaßnahmen aufgrund allgemeiner Finanz- probleme?.....	254
b) Gefährdung der Resozialisierung durch Sparmaßnahmen?.....	257
c) Das Paternalismus-Argument	259
d) Zwischenergebnis	263
3. Zwischenergebnis	263
VI. Historische Bezüge	263
1. Rechtsentwicklung im Strafvollzug	264
a) These von der ahistorischen Kompetenzübertragung	264
b) Relativierung der These	265
(aa) Tief verwurzelte föderale Struktur Deutschlands	265
(bb) Verankerung der Gesetzgebungsbefugnis für den Strafvollzug in den deutschen Verfassungen	268
(cc) Faktische Länderdominanz in der deutschen Strafvollzugs- geschichte	271
c) Entfallenes telos	276

(aa) Politisch-historischer Hintergrund des Strebens nach einer reichsgesetzlichen Regelung des Strafvollzugs.....	276
(bb) Übertragbarkeit auf die heutige Zeit?	281
d) Zwischenergebnis	286
2. Verlöschende Ausstrahlungswirkung – Das Bundesstrafvollzugsgesetz als Aufbauhilfe?	287
3. Historisches Versagen des Bundesgesetzgebers?	289
a) Defizite der bisherigen Bundesgesetzgebung im Strafvollzug	289
b) Qualität der Gesetzgebung als Kriterium für die Zuständigkeitsverteilung?	292
c) Relativierung der historischen Verknüpfung der Bundeskompetenz mit der strafvollzuglichen Reformfrage	293
4. Zwischenergebnis	294
VII. Rechtsvergleichende Notizen	294
VIII. Gefangenenerrechte	299
1. Intensität des strafvollzuglichen Grundrechtseingriffs	299
a) Bund als besserer Gesetzgeber?	300
b) Unbehagen über föderale Diversifikation als Grundlage der Argumentation	301
c) Intensität kein Kriterium für die Zuständigkeitsverteilung.....	303
d) Normwirklichkeit.....	303
e) Zwischenergebnis	304
2. Auswirkungen auf den Rechtsschutz für Gefangene	305
a) Verdoppelung des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes	305
b) Verlust einer einheitlichen Rechtsprechung?	308
c) Zwischenergebnis	313
3. Zwischenergebnis	313
IX. Föderale Aspekte	313
1. Bloße argumentative Rekapitulationen der Vorzüge und Nachteile des Föderalismus.....	314
a) Uneinheitlichkeit und Unübersichtlichkeit der Rechtslage?.....	315
(aa) Vielfalt landesrechtlicher Regelungen	315
(bb) Verhältnis von Bundes- und Landesrecht.....	319
b) Strukturelle Reformfreundlichkeit der Länderkompetenz und Wettbewerbsföderalismus	320
(aa) Entwicklung des Bundesstaatsverständnisses.....	322
(bb) Wettbewerbsföderalismus im Strafvollzug – keine Reduktion auf Standortwettbewerb.....	324

(cc) Pauschaleinwände	328
(aaa) Freiwilliger Verzicht der Länder auf föderale Vielfalt	328
(bbb) Einzelkompetentielle Nichtanwendbarkeit des Arguments	330
(dd) Strafvollzugsspezifische Hinweise	331
(aaa) Wettbewerbsversagen im Strafvollzug?	331
(bbb) Bereits früher bestehende Handlungsspielräume der Länder im Strafvollzug	334
(ee) Zwischenergebnis	336
c) Zwischenergebnis	337
2. Allgemeine Notwendigkeit eines Bundesgesetzes: Essentialia des Gesamtstaates und Erfordernis eines Mindestmaßes an Einheitlichkeit im Bundesgebiet	337
3. Sonstige allgemeine Kriterien für die Zuordnung von Zuständigkeiten im Bundesstaat	340
a) Insbesondere: externe Effekte	342
(aa) Erhöhter Koordinierungsaufwand der Länder untereinander?	343
(aaa) Gefangenentransporte	344
(bbb) Verlegungen	344
(ccc) Überstellungen	347
(ddd) Bildung von Vollzugsgemeinschaften	348
(eee) Zwischenergebnis	349
(bb) Aus divergierenden Vollzugszielen entspringende Behandlungs- probleme?	349
(cc) Sparen auf Kosten anderer Bundesländer?	351
(aaa) Ungeklärte Grundannahmen: Zunahme strafvollzuglicher Divergenzen und Mobilitätsbereitschaft des Verurteilten	352
(bbb) Örtliche Vollzugszuständigkeit und die Wahl des Wohnortes durch den Verurteilten	354
(ccc) Abweichen vom Vollstreckungsplan während des Vollzugs auf Antrag des Gefangenen	360
(ddd) Faktischer Ausschluss jeglicher landesübergreifender Anstalts- wechsel?	362
(eee) Zwischenergebnis	364
(dd) Zwischenergebnis	365
b) Politische Entscheidung und die Balance bundesstaatlicher Macht- verteilung insgesamt	365
4. Zwischenergebnis	366
X. Ergebnis	367

E. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN FÜR DIE ZIELE UND AUFGABEN DES STRAFVOLLZUGS	373
I. Potentielle Vollzugsziele: Allgemeine Strafzwecke als erster Anknüpfungspunkt	374
II. Unerlässlichkeit der Normierung des Strafvollzugsziels durch den Gesetzgeber	376
III. Grundgesetzliche Vorgaben	378
1. Grundrechte als Maßstab für die Strafvollzugsgesetze der Länder	380
2. Dimensionen der Grundrechte als methodischer Ansatzpunkt	381
a) Grundrechte als Abwehrrechte	383
(aa) Sinngehalt der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	384
(bb) Strafzweck der Vergeltung und „Vergeltungsvollzug“	389
(cc) Strafzweck der Sühne ohne eigenständige Ausgestaltung des Vollzugs	394
(dd) Strafzweck des Schutzes der Gesellschaft und „Verwahrsvollzug“ ..	395
(ee) Strafzweck der Abschreckung ohne eigenständige Ausgestaltung des Vollzugs	402
(ff) Strafzweck der Resozialisierung und „Behandlungsvollzug“	405
(aaa) Relativierung der Menschenwürde als Argument	406
(bbb) Resozialisierung als allgemeines Vollzugsziel und die Menschenwürde	408
(ccc) Grenzen der Resozialisierung	411
(1) Durch die Menschenwürde gezogene Grenzen	411
(α) Zwang und Beeinflussung als zwingende Grenze?	412
(β) Ganzheitliche Betrachtung nach <i>Klaus Hoffmann</i>	415
(γ) Zwang zu therapeutischen Maßnahmen als mögliche Grenze ...	417
(δ) Zwischenergebnis	422
(2) Sonstige Grenzen	422
(3) Problem der indirekten Einwirkung und die „doppelt indirekte Einwirkung“	426
(4) Zwischenergebnis	430
(ddd) Zwischenergebnis	432
(gg) Zwischenergebnis	432
b) Grundrechte als Leistungsrechte	434
(aa) Anspruch des Straftäters auf Resozialisierung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	435
(bb) Staatliche Vor- und Fürsorgepflicht aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG)	437

(cc) Verfassungsrechtliche Fundierung der Resozialisierung aus Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2, 3 GG) und staatlichem Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)?.....	440
(dd) Korrespondierende soziale Inpflichtnahme des Gefangenen und deren Grenze	442
(ee) Anspruch auf konkrete Maßnahmen sowie Justitiabilität?	446
(ff) Zwischenergebnis	449
c) Grundrechtliche Schutzpflichten	450
d) Zwischenergebnis	455
3. Verfassungsrechtlich abgesicherte Institution Strafvollzug.....	456
4. Zwischenergebnis	457
IV. Ergebnis.....	460
F. DIE NEUEN STRAFVOLLZUGSGESETZE DER LÄNDER.....	461
I. Überblick über die neuen Strafvollzugsgesetze der Länder.....	463
II. Reaktionen im Schrifttum.....	466
III. Ziele und Aufgaben des Strafvollzugs	469
1. Überblick über die neue Rechtslage	470
2. Wettbewerb der Schädigkeit?	474
IV. Ergebnis.....	480
G. SCHLUSS	483
LITERATURVERZEICHNIS.....	485

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anh	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“
Art.	Artikel
ASOG Bln	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz – ASOG Bln)
AT	Allgemeiner Teil
AU	Arbeitsunterlage; enthalten auf der dem folgenden Band beiliegenden CD-Rom: Deutscher Bundestag/Bundesrat/Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Berlin 2005
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG)
Aufl.	Auflage
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz – AuslG)
Az.	Aktenzeichen
BamS	Bild am Sonntag
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG)

BayStVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe, der Jugendstrafe und der Sicherungsverwahrung (Bayerisches Strafvollzugsgesetz – BayStVollzG)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVersG	Bayerisches Versammlungsgesetz
BewHi	Bewährungshilfe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BReg.	Bundesregierung
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BT-PlenProt.	Plenarprotokoll des Bundestages
Bü-Drs.	Drucksache der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BwVollzO	Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafe, Strafarrest, Jugendarrest und Disziplinararrest durch Behörden der Bundeswehr – Bundeswehrevollzugsordnung (BwVollzO) –
bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
ders.	dieselbe
Die Linke	Die Linkspartei. PDS (Partei des Demokratischen Sozialismus); seit dem Zusammenschluss 2007 mit der „WASG“ (Arbeit & soziale Gerechtigkeit – Die Wahlalternative) firmiert die Partei unter „Die Linke.“
dies.	dieselbe(n)

DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVJJ	Deutscher Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe e.V.
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
E	Entscheidung(en)
ebd.	ebenda
ECPT	European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (= Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGJVollz (2004)	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Jugendstrafvollzugs (Stand: 28.4.2004)
EGWStG	Einführungsgesetz zum Wehrstrafgesetz
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUZBLG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union
e.V.	eingetragener Verein
EV	Einigungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 31.8.1990, BGBl. 1990 Teil II, S. 889
f.	folgende (Einzahl)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende (Mehrzahl)
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FR	Frankfurter Rundschau

FrhEntzG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen – Freiheitsentziehungsgesetz
FS	Forum Strafvollzug – Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (bis Ende 2006: ZfStrVo)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GAL	Grün-Alternative Liste (seit 1984 zugleich der Hamburger Landesverband von Bündnis 90/Die Grünen)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
Grunddrs.	Grunddrucksache
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVP	Gesamtdeutsche Volkspartei
h.A.	herrschende Ansicht
Halbs.	Halbsatz
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HmbStVollzG (2007)	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe, der Jugendstrafe und der Sicherungsverwahrung (Hamburgisches Strafvollzugsgesetz – HmbStVollzG) [vom 14. Dezember 2007]
HmbStVollzG (2009)	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung (Hamburgisches Strafvollzugsgesetz – HmbStVollzG) [vom 14. Juli 2009]
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
HStVollzG	Hessisches Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung (HStVollzG)
i.O.	im Original
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JVKostO	Justizverwaltungskostenordnung

JVollzGB	Gesetzbuch über den Justizvollzug in Baden-Württemberg (Justizvollzugsgesetzbuch – JVollzGB)
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
Kom-Drs.	Kommissionsdrucksache; enthalten auf der dem folgenden Band beiliegenden CD-Rom: Deutscher Bundestag/Bundesrat/Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Berlin 2005
KrimJ	Kriminologisches Journal
KrimPäd	Kriminalpädagogische Praxis
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen – Rheinland-Pfalz – Saarland
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LT Bay-Drs.	Drucksache des Bayerischen Landtages
LT BB-Drs.	Drucksache des Brandenburgischen Landtages
LT BW-Drs.	Drucksache des Baden-Württembergischen Landtages
LT BW-PlenProt.	Plenarprotokoll des Baden-Württembergischen Landtages
LT HE-Drs.	Drucksache des Hessischen Landtages
LT Nds-Drs.	Drucksache des Niedersächsischen Landtages
MdB	Mitglied des Bundestages
MEPoIG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
MP	Ministerpräsident
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds. MVollzG	Niedersächsisches Maßregelvollzugsgesetz
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
NJVollzG	Niedersächsisches Justizvollzugsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
NKRG	Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
o.O.	ohne Ort
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RE StVollzG	Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz (StVollzG) –
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871 (Reichsverfassung)
RZBl.	Central-Blatt für das Deutsche Reich (Reichszentralblatt)
S.	Seite
scil.	scilicet
SGB IV	Viertes Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
StGHG	Gesetz über den Staatsgerichtshof [Hessen]
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz (StVollzG) – [des Bundes]
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SZ	Süddeutsche Zeitung
taz	die tageszeitung
u.a.	unter anderem
u.ö.	und öfter
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
Verf.	Verfassung

VerwArch.	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VRE StVollzG	Vorläufiger Referentenentwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz (StVollzG) –
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 (Weimarer Reichsverfassung)
WStG	Wehrstrafgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (seit 2007: FS)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

A. Einführung

Die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug stellt kein gewissermaßen selbstverständliches Forschungsobjekt dar. Weder sind ihr bis heute umfangreiche wissenschaftliche Arbeiten gewidmet worden, noch zog sie auf andere Weise besonderes Interesse auf sich. Denn im Grunde bestand seit dem Aufkommen der ersten Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung für den Strafvollzug weitgehende Klarheit: Adressat der Rufe sollte in einem Bundesstaat allein der Gesamtstaat sein. Soweit die strafvollzugliche Gesetzgebungszuständigkeit bislang zum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen gemacht wurde, beschränkte sich dies auf die unermüdliche, über einen Zeitraum von mehr als 100 Jahren kontinuierlich und letztlich erfolgreich vorgetragene Mahnung, der Reichs- respektive Bundesgesetzgeber möge seine verfassungsrechtlich eingeräumte Befugnis (endlich) tatsächlich *ausüben*. Die Kompetenz *selbst* hingegen wurde schlicht vorausgesetzt und mitnichten angezweifelt. Warum also sollte es ein lohnendes Unterfangen sein, der strafvollzuglichen Gesetzgebungszuständigkeit eine ganze Arbeit zu widmen?

Die alleinige Berechtigung dazu beruht auf einem Akt des verfassungsändernden Gesetzgebers im Jahre 2006. Mit der jedenfalls von ihrem schieren Umfang her monumentalen (sogenannten) „Föderalismusreform“ legte man die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug ausdrücklich und ausschließlich in die Hand der Bundesländer. Die Reaktion der Fachwelt kam ebenso umgehend wie im Tenor nahezu einhellig und völlig im Einklang mit den tradierten Überzeugungen: Die Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis sei ein schwerwiegender Irrtum, der nicht nur der historischen Entwicklung zuwiderlaufe, sondern zugleich die Errungenschaft des 1977 in Kraft getretenen Bundesstrafvollzugsgesetzes preisgebe und letztlich zu einer gefährlichen Rechtszersplitterung sowie einem generellen Absinken der strafvollzuglichen Mindeststandards führe. Die Worte vom „Strafvollzug im Untergang“ sowie dem bevorstehenden „Wettbewerb der Schägigkeit“ machten die Runde.

Dieser manchmal fast reflexartig vorgetragenen, nicht selten wohl aus historischer Gewissheit argumentativ knapp gehaltenen und sich auf plastische Schlagworte beschränkenden Erwiderung soll hier nachgegangen werden. Nach der zentralen These dieser Arbeit sprechen dabei – unter Zugrundelegung der aktuellen bundesstaatlichen Struktur des Grundgesetzes und damit unter Ausklammerung jeglicher Diskussion um eine andere, möglicherweise als vorzugswürdig erscheinende (sowohl föderale als auch einheitsstaatliche) Ausgestaltung Deutschlands – entgegen der allgemeinen Auffassung keine überzeugenden

fachlichen Gründe für eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Vielmehr lassen sich bei näherer Betrachtung sogar leichte Tendenzen ausmachen, die eine Länderzuständigkeit nahelegen – ohne dass sich diese allerdings zu einem zwingenden Gebot verdichteten.

Nach einem Blick auf die begrifflichen wie inhaltlichen Grundlagen des Strafvollzugs – dazu B. – soll die These in einem Vierschritt verifiziert werden: Der eher technischen Beschreibung des Kompetenzübergangs – C. –, die (mit überraschendem Resultat und für die Bewertung der Föderalismusreform 2006 keineswegs unerheblichen Auswirkungen) eine in der strafvollzuglichen Debatte unbeachtet gebliebene Grundgesetzänderung aus dem Jahre 1994 einbezieht, folgt – D. – die zentrale Analyse des Kompetenzwechsels. Abgeschlossen wird der Untersuchungsgang durch Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Strafvollzugsgesetze – E. – sowie den bisher erlassenen Regelungswerken der Länder – F. –, die je für sich die zuvor herausgearbeitete These stützen und belegen, dass dem Strafvollzug gerade kein wie auch immer gearteter Untergang oder Wettbewerb der Schädigkeit droht. Dabei fungiert der wohl symbolträchtigste Gegenstand eines jeden Strafvollzugsgesetzes, die Normierung der Ziele und Aufgaben, als durchweg herangezogenes repräsentatives Exempel.

B. Grundlagen

Strafen und ihre Vollziehung stehen gewiss nicht im Verdacht der Obsoleszenz. Gängige Klagen über eine zunehmende Ausweitung des strafrechtlichen Zugriffs¹ zielen zwar auf eine Art Deregulierung des Strafrechts – und fügen sich damit in gewisser Weise ein in anwachsende allgemeine Entbürokratisierungsbestreben² –, aber auch sie rütteln nicht grundsätzlich an der Notwendigkeit staatlichen Strafans. Im Gegenteil: Auf kaum einem anderen Regelungsgebiet stoßen gesetzliche Normierungen auf so breite Zustimmung in der Öffentlichkeit wie hier³. Der frühere Vize-Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Winfried Hassemer, kleidete den Zeitgeist in die Worte: „Daß Strafe sein muß, ist den Leuten normalerweise nicht nur klar und einleuchtend, sondern spricht ihnen auch aus dem Herzen.“⁴ Von einer vermeintlichen oder tatsächlichen allseitigen

-
- 1 Siehe nur das eine Vielzahl früherer Veröffentlichungen versammelnde und fortführende umfangreiche Opus von *P.-A. Albrecht*, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, Berlin 2010, insbesondere S. 149 ff., 667 ff.
 - 2 So hat am 1. Dezember 2006 der Nationale Normenkontrollrat, dessen Bildung mit dem Gesetz vom 14. August 2006 beschlossen wurde (BGBl. Teil I 2006, S. 1866 ff.), seine Arbeit aufgenommen. Er soll als sogenannter „Bürokratie-TÜV“ sowohl neue als auch bestehende Gesetze „auf die Einhaltung der Grundsätze der standardisierten Bürokratiekostenmessung“ überprüfen, vgl. § 4 Abs. 1 NKRGG. Zum Normenkontrollrat *M. Schröder*, *Der Nationale Normenkontrollrat*, in: DÖV 2007, S. 45 ff.; zu den Erwartungen der damaligen Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD an den Rat *N. Röttgen*, *Normenkontrollrat*, in: ZRP 39 (2006), S. 47 ff. Die Jahresberichte sind im Internet abrufbar unter <http://www.normenkontrollrat.bund.de/Web/NKR/DE/Publikationen/publikationen.html> (5.8.2011). – Einer der Vorreiter und zugleich entschiedenen Verfechter dieser Position in der öffentlichen Diskussion ist *Paul Kirchhof*, siehe nur: *Das Gesetz der Hydra*, München 2006. – Möglicherweise etwas unterbelichtet erscheint in dem gängigen Perhorreszieren der Bürokratie, dass diese zugleich dem Schutz privater Rechte dienen und insofern freiheitssichernd sein kann (Hinweis hierauf bei *C. Möllers*, *Das Grundgesetz*, München 2009, S. 109, 118).
 - 3 Mögen sich bei entsprechenden Studien auch unterschiedliche Einstellungen in Bezug auf den Zweck des Strafvollzugs ergeben, vgl. statt vieler *G. Klocke*, *Zur Übereinstimmung der öffentlichen Meinung mit dem Vollzugsziel des Strafvollzugsgesetzes*, in: ZfStrVo 53 (2004), S. 89 ff., so werden vom ganz überwiegenden Teil der Bevölkerung eben doch nicht die Strafe und der Strafvollzug insgesamt in Zweifel gezogen.
 - 4 *W. Hassemer*, *Gründe und Grenzen des Strafans*, in: N. Courakis (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert – Festschrift für Dionysios Spinellis*, Band 1, Athen u.a. 2001, S. 399 ff. (400). Dies schließt den Vollzug der Strafen natürlich mit ein. – Bei dem vorstehenden Aufsatz handelt es sich um die vollständige Fassung eines Ende 2000 gehaltenen Vortrages, dessen stark gekürzte und in der Tagespresse publi-

„Straflust“ ist derzeit gerne die Rede – das Thema Strafe und Strafvollzug also vielleicht aktueller denn je.

Mit der ubiquitären Verwendung der Worte „Strafe“ und „Strafvollzug“ sowie ihrer breiten Akzeptanz gehen jedoch nur selten begriffliche Präzision und vertiefte Kenntnis ihrer Grundlagen einher. Daher soll im Folgenden zunächst – dazu I. – knapp der „Strafvollzug“ terminologisch erfasst werden. Seine ursprüngliche Rechtfertigung bezieht der Strafvollzug aus Sinn und Zweck der Strafe insgesamt – eine kurze Rekapitulation der gängigen Antworten auf diese uralte, aber keineswegs veraltete Frage findet sich unter II. Die spezielle Straftat des Strafvollzugs stellt der Freiheitsentzug dar, der als Rückgrat des strafrechtlichen Sanktionensystems allen neueren Entwicklungen zum Trotz unverzichtbar bleibt – dazu III. –. Schließlich bleibt – IV. – der Blick auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Strafvollzugs.

I. Begriff des Strafvollzugs

Obschon keineswegs vom Wortsinn vorgegeben, gehören nach der gängigen Auffassung alle Bereiche des öffentlichen Rechts im weiteren Sinne zum Strafvollzugsrecht, soweit sie die Vollziehung freiheitsentziehender Kriminalanktionen betreffen⁵ – also jene Rechtsfolgen, die auf einen stationären Vollzug zielen⁶. Während Strafvollstreckung alle Maßnahmen umfasst, die zur Ausführung des richterlichen Erkenntnisses notwendig sind – „das Ob der Sanktionsverwirklichung“⁷ –, liegt der Fokus des Strafvollzugs auf dem Bereich von der Aufnahme des Verurteilten in die Justizvollzugsanstalt bis zu seiner Entlassung – „das Wie“⁸ der Sanktionsverwirklichung.

zierte Version (*W. Hassemer*, Die neue Lust auf Strafe, in: FR, Nr. 296 vom 20.12.2000, S. 16) sich im Hinblick auf die „Straflust“ vielzitiert findet.

5 *R.-P. Calliess*, Strafvollzugsrecht, 3. Aufl., München 1992, S. 9; *K. Laubenthal*, Strafvollzug, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2011, Rn. 9.

6 Dies geht einerseits über den Wortsinn des Begriffes „Strafvollzug“ hinaus, als dass auch die nach §§ 61 ff. StGB vorgesehenen freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung miteinbezogen werden. Andererseits ist die genannte Definition enger als der Wortsinn, da sie sich auf den Bereich des Freiheitsentzugs beschränkt. Vgl. hierzu mit einer Übersicht zum Begriff des Strafvollzugs *G. Kaiser/H. Schöch*, Strafvollzug, 5. Aufl., Heidelberg 2002, S. 1 ff.

7 *M. Walter*, Strafvollzug, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1999, Rn. 28; *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 12.

8 *Walter*, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 28; *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 12.

Bereits hieraus tritt deutlich hervor, dass sich die ursprüngliche Rechtfertigung des Strafvollzugs aus zwei Elementen speist. Einerseits ist verwiesen auf die schon klassische Frage nach dem Sinn der Strafe allgemein, andererseits auf die den Strafvollzug qua zugrunde gelegter Definition ausmachende spezifische Form des Strafens – den Freiheitsentzug.

II. Sinn und Zweck der Strafe

Essentielle Grundlage des Strafvollzugs ist die Strafe: Ohne Strafe kein Vollzug. Für eine Legitimierung⁹ des Strafvollzugs bedarf es also zunächst einer der Strafe. Während das Strafrecht allgemein im Kern der freien Entfaltung des Einzelnen und einem „gedeihliche[n] Zusammenleben“¹⁰ seiner Bürger dient, ist der Zweck der Strafe seit jeher¹¹ umstritten. Verallgemeinernd lassen sich drei verschiedene Grundauffassungen ausmachen¹².

Die absoluten Strafzwecktheorien¹³ versuchen den Sinn der Strafe „losgelöst“¹⁴ von ihrer gesellschaftlichen Wirkung zu bestimmen. Hiernach hat die

9 Begrifflich ist zu scheiden: Bei der Legitimierung der Strafe und des Strafvollzugs geht es im engeren Sinn um deren verfassungsrechtliche Anerkennung. Diese kommt im Grundgesetz insbesondere in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 103 Abs. 2 und 3 und Art. 104 implizit zum Ausdruck. Im Folgenden soll es demgegenüber um den Sinn und Zweck der Strafe, damit die Legitimierung im weiteren Sinne gehen.

10 *J. Wessels/W. Beulke*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 41. Aufl., Heidelberg u.a. 2011, Rn. 5. Eine umfassende Übersicht über die im Detail vertretenen Ansätze bietet *C. Roxin*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, S. 47 ff., der selbst für ein Konzept des Rechtsgüterschutzes eintritt, ebd., S. 13 ff.

11 Vgl. zur Geschichte der Diskussion beispielsweise *R. von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Berlin 1925, Neudruck 1971, S. 460-490; *P. Kaenel*, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafretheorien, Bern 1981, S. 28-77; *M. Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, Berlin 1987, passim.

12 Siehe zum Folgenden die differenzierenden Übersichten bei *E. Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, Nachdruck der 2. Aufl. 1971, hrsgg. von E. Hilgendorf, Berlin 2004, S. 20-34; weiterhin *G. Jakobs*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, S. 6-29; *R. Maurach/H. Zipf*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992, S. 64-79; *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, S. 17-29; *Roxin*, Strafrecht AT (Fn. 10), S. 70-96; *B.-D. Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 15-34.

13 Z.T. wird bestritten, dass es sich bei den absoluten Theorien um Strafzwecktheorien handelt, da sich hier das Wesen der Strafe im Schuldgleich erschöpfe, so exemplar-

Strafe eine rein repressive Wirkung, sie dient allein der Wiederherstellung der Rechtsordnung¹⁵. Dieser Vergeltungsgedanke kommt auch im Strafgesetzbuch zum Ausdruck¹⁶, wenn es in § 46 Abs. 1 Satz 1 heißt: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe“.

Dem stehen die relativen Strafzwecktheorien konträr gegenüber. Nach ihnen soll Strafe nicht repressiv, sondern allein präventiv wirken. Die Strafe ist also nicht mehr „losgelöst“ von der gesellschaftlichen Wirkung, vielmehr wird sie auf die Verbrechensverhütung bezogen¹⁷. Dabei sind die Bereiche der Spezial- und Generalprävention zu unterscheiden. Die Theorie der Spezialprävention richtet sich auf den individuellen, das heißt speziellen Täter aus. Einen Großteil ihrer heutigen Strahlkraft verdankt sie *Franz von Liszt*¹⁸, der drei verschiedene Wirkungsmöglichkeiten ausmachte: Die Sicherung der Gesellschaft durch Einschließung des Täters¹⁹, die Abschreckung des Täters von der Begehung weite-

risch *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT (Fn. 12), S. 66. *Roxin* weist jedoch darauf hin, dass es bei der Entscheidung dieser Frage allein darauf ankommt, ob man den Zweckbegriff nicht nur auf soziale und empirische Ziele, sondern auch auf „die Verwirklichung einer Idee (der Gerechtigkeit)“ für anwendbar hält, *Roxin*, Strafrecht AT (Fn. 10), S. 70 mit Fn. 4.

14 Der lateinische Begriff „absolutus“ bedeutet „losgelöst“.

15 Innerhalb der absoluten Theorien wird häufig noch zwischen der Vergeltungstheorie und der Sühnethorie unterschieden. Während erstere sich auf *Kant* und *Hegel* stützt und davon ausgeht, dass auf ein Unrecht eine diesem entsprechende Strafe als ausgleichende Vergeltung zur Wiederherstellung der Gerechtigkeit folgen muss, zielt letztere auf eine durch die Strafe angeregte Versöhnung des Täters mit der Rechtsordnung.

16 Zwar ist die nachfolgende Formulierung nicht zwangsläufig so zu verstehen, jedoch legt sie zumindest eine solche im Sinne der Vergeltungstheorie erfolgende Interpretation nahe. Anders hingegen *R.-P. Calliess*, Die Strafzwecke und ihre Funktion, in: G. Britz u.a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafsens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 99 ff. (115 f.), der die die Strafdauer begrenzende Wirkung des „Schuldprinzips“ allein auf das Rechtsstaatsprinzip zurückführt – mit der Folge, dass bei ihm die präventiven *keine* „Anleihen“ bei den absoluten Theorien nehmen müssen.

17 Der lateinische Begriff „referre“ bedeutet „beziehen auf“.

18 Vgl. zu *Franz von Liszt* insbesondere den Sammelband: H.-H. Jescheck u.a. (Hrsg.), *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, Berlin 1969. *von Liszt* war es, der die bereits von *Platon* und *Seneca* geäußerte Position Ende des 19. Jahrhunderts wieder aufgriff und im Rahmen der „soziologischen Strafrechtsschule“ als deren Wortführer wiederbelebte. Grundlegende Bedeutung kam hier dem sogenannten „Marburger Programm“ von *Lissts* aus dem Jahre 1882 zu, siehe dazu ausführlich *W. Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, in: ZStW 94 (1982), S. 525 ff.; *H. Müller-Dietz*, Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzugs, in: ZStW 94 (1982), S. 599 ff.

19 In der heutigen Diskussion wird dies als „negative Spezialprävention“ bezeichnet.

rer Straftaten sowie die Besserung des Täters²⁰. Auch spezialpräventive Ansätze finden sich im Strafgesetzbuch wieder, so in § 46 Abs. 1 Satz 2: „Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen“. Herausragende Bedeutung wurde der Besserung des Täters, also der Resozialisierung²¹ – bzw. nicht selten einer „Ersatz-Sozialisation“²² mangels erfolgreicher Erstsozialisation in der Kindheit – auch im Strafvollzugsgesetz des Bundes zugemessen. Hier nahm (und nimmt) sie gemäß § 2 Satz 1 das alleinige Vollzugsziel ein: Der Gefangene soll fähig werden, „künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“.

Demgegenüber setzt die Theorie der Generalprävention auf der gesellschaftlichen Ebene an. Zum einen sollen potentielle Straftäter durch Androhung der Strafe sowie Ausspruch des Urteils und Vollzug der Strafe in vergleichbaren Fällen von der Tatbegehung abgehalten werden – es geht demnach um Abschreckung, die negative Generalprävention. Zum anderen sollen durch die drei genannten Stadien der Strafrealisierung das Rechtsbewusstsein und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung – „die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“²³ – gestärkt werden, die positive Generalprävention. Auf die Theorie der Generalprävention greift das Strafgesetzbuch insbesondere in § 47 Abs. 1 sowie in § 56 Abs. 3 zurück, wenn es von der „Verteidigung der Rechtsordnung“ spricht.

Sowohl die absoluten als auch die relativen Theorien sind auf ebenso ausführliche, wie begründete Kritik gestoßen²⁴. Den relativen Theorien wird in ers-

20 Diese Wirkungsform ist heute als „positive Spezialprävention“ bekannt.

21 Während von *Liszt* noch den Begriff der „Besserung“ benutzte, wird dieser heute in der Fachliteratur aufgrund seiner überheblichen Konnotation kaum noch verwandt. Im Mittelpunkt steht aktuell vielmehr der Begriff der „Resozialisierung“, ohne dass bislang über dessen genaue inhaltliche Bestimmung Einigkeit erzielt wurde. Siehe dazu auch den kurzen Überblick bei *N. A. Leyendecker*, (Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht, Berlin 2002, S. 34 ff.

22 Vgl. hierzu die Ausführungen von *H. Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang – Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, Göttingen 1969, S. 157 ff., der Begriff „Ersatz-Sozialisation“ fällt erstmals auf S. 166.

23 BVerfGE 45, S. 187 ff. (256).

24 Zu der Kritik siehe beispielsweise von *Hippel*, Strafrecht (Fn. 11), S. 490-519; *Schmidhäuser*, Sinn (Fn. 12), S. 51-85; *H.-H. Jescheck/T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 70-75; *E.-J. Lampe*, Strafrechtsphilosophie, Köln u.a. 1999, S. 3-17; *Roxin*, Strafrecht AT (Fn. 10), S. 72 f., 76 f., 83. Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten der Kritik vgl. *Leyendecker*, (Re-)Sozialisierung (Fn. 21), S. 70 ff., die als Konsequenz eine Verabsolutierung eines einzelnen Straf-

ter Linie ihr Mangel an einer strafbegrenzenden Komponente vorgehalten. Bei konsequenter Durchsetzung des spezialpräventiven Ansatzes müsste gar eine Behandlung von Menschen erfolgen, die noch keine konkrete Tat begangen haben, jedoch als schwer kriminalitätsgefährdet eingestuft werden. Darüber hinaus treten aus spezialpräventiver Sicht „Probleme“ bei nicht resozialisierungsbedürftigen Tätern – wie beispielsweise Fahrlässigkeitstätern – auf. Zudem könnten sich Konflikte mit der eine unbegrenzte Zwangserziehung verbietenden Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ergeben. Die Kritik an den absoluten Theorien hebt hingegen insbesondere die fehlende Übereinstimmung mit der Aufgabe des Strafrechts allgemein hervor, die in der Sicherung des Gemeinschaftswesens zu sehen ist. Denn die absoluten Theorien beschreiben den Sinn der Strafe ja gerade losgelöst von allen sozialen Zwecken, sie fordern selbst dort eine Strafe, wo diese aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftslebens oder Rechtsgüterschutzes gerade nicht notwendig erscheint. Abgesehen hiervon bestehen insbesondere auch im Strafvollzug erhebliche sozialpolitische Bedenken gegen eine allein dem Vergeltungsgedanken zugewandte Strafzwecksetzung. Denn ohne Behebung etwaiger Sozialisationsschäden der Täter scheint eine Verbrechensbekämpfung kaum gelingen zu können.

Daher geht heute die ganz überwiegende Auffassung von einer Kombination beider Ansätze aus. Im Rahmen dieser Vereinigungstheorien gibt es zwar unzählige Spielarten hinsichtlich der Gewichtung der Anteile von relativen und absoluten Theorien²⁵, im Kern jedoch sind sich die Vertreter über eine Vermischung der Ansichten zur Überwindung der jeweiligen Schwächen einig. Wie sich bereits anhand der angeführten Zitate erschließt, geht auch das geltende Strafgesetzbuch von einer solchen Vereinigungstheorie aus.

Inwieweit sich der beschriebene breite Konsens auf Dauer halten lässt, ist angesichts der fortschreitenden Erkenntnisse insbesondere in den Neurowissenschaften zunehmend fragwürdig. So wird in jüngerer Zeit das Bestehen des für § 20 StGB und damit auch für das gesamte Strafrechtssystem konstitutionellen

zwecks ablehnt und insoweit die verfassungsrechtliche Grundlage der Vereinigungstheorien herausarbeitet.

25 *Roxin*, Strafrecht AT (Fn. 10), S. 85 ff. beispielsweise stellt hier den früher vorherrschenden „vergeltenden Vereinigungstheorien“ die von ihm entwickelte „präventive Vereinigungstheorie“ entgegen. Während erstere durch eine Kombination von Vergeltung, Spezial- und Generalprävention gekennzeichnet waren, bei der die Vergeltung das dominierende Element blieb, zeichnet sich letztere durch eine Hinwendung zu den relativen Theorien aus. So diene die Strafe lediglich spezial- und generalpräventiven Zwecken, das Strafmaß werde jedoch in der Höhe durch die Schuld begrenzt. Eine nuncierte Übersicht der vertretenen Positionen findet sich bei *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch (Fn. 24), S. 75-79.

„freien Willens“ immer mehr in Zweifel gezogen²⁶. In der Konsequenz dieser deterministischen Position könnte dann eine Ausrichtung auf rein präventive Mittel liegen, die allein durch den Satz von der Verhältnismäßigkeit begrenzt wären und ein gänzliches Umdenken für das bisherige *Strafrecht* erforderten. Jedenfalls ist der vielleicht nie endgültig und mit absoluter Gewissheit aufzulösenden Debatte aber eine „Mahnung zur Bescheidenheit [...] für den Umgang mit den Problemen und Rätseln von Verbrechen, Schuld und Strafe“ zu entnehmen²⁷.

Die Bestimmung des Strafzwecks lässt freilich keinen direkten Schluss auf die Ziele und Aufgaben des Strafvollzugs zu²⁸. Nach der abschließenden Normierung des § 2 StVollzG ist die Resozialisierung – im Bereich der Geltung dieser Bundesregelung²⁹ – das alleinige Vollzugsziel, dahinter zurück tritt die Aufgabe der Sicherung der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten. Insoweit besteht „keine Kongruenz zwischen materiellem Strafrecht und Strafvollzug“, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 5. Februar 2004 konstatierte³⁰. Zwar wurde vereinzelt – insbesondere in der Rechtsprechung – vertreten, dass allgemeine Strafzwecke in Form des gerechten Schuldausgleichs und der Sühnefunktion bei bestimmten vollzuglichen Gestaltungsentscheidungen miteinbezogen werden dürften. Neben weiten Teilen der Literatur trat diesem Ansatz jedoch schließlich auch das Bundesverfassungsgericht – wenngleich bei diesen Äußerungen nicht mit der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG ausgestattet³¹ – in seiner zitierten Entscheidung entgegen und revidierte damit

26 Einen guten Überblick über den Stand der inzwischen unüberschaubar gewordenen Diskussion über die Freiheit des menschlichen Willens, der „vielleicht meisterörterte[n] und meistumstrittene[n] [Frage] in der Geschichte der abendländischen Philosophie“, bietet *R. Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Baden-Baden 2008, passim (Zitat: S. 7). Er konstatiert: „Nach dem Stand des verfügbaren Wissens spricht nichts für die Annahme, ein normaler Straftäter könnte sich im Moment seines Ansetzens zur Tatbegehung unter identischen Außen- und Innenweltbedingungen noch anders entscheiden und die Tat unterlassen“ (S. 114 f.).

27 So wiederum *Merkel*, Willensfreiheit (Fn. 26), S. 136, der trotz seiner aufgezeigten Position (vgl. Fn. 26) auf den S. 118 ff. einen Weg zur „Legitimation der normativen Zuschreibung von Schuld“ i.S.d. § 20 StGB anbietet, freilich nicht ohne „ein[en] Rest an legitimatorischem Unbehagen“ (S. 133).

28 Ausführlicher hierzu siehe unten unter D.IV.1.b)(bb).

29 Einige Hinweise zu den neu geschaffenen Länderregelungen finden sich unten unter F. BVerfGE 109, S. 133 ff. (176).

31 Dies gilt für die in diesem Zusammenhang relevanten Aussagen beider Entscheidungen, vgl. dazu näher bei und in Fn. 722.

die in einer früheren Entscheidung³² zum Ausdruck gekommene Zustimmung zur Position der Rechtsprechung. Auch wenn eine pauschale Übertragung der Zwecke der Strafe auf den Strafvollzug nicht möglich ist, stellt die Legitimierung der „Strafe an sich“ dennoch die erste unabdingbare Voraussetzung für die Daseinsberechtigung des Strafvollzugs dar.

III. Unverzichtbarkeit des Freiheitsentzugs

Neben die Legitimierung der „Strafe an sich“ tritt als zweite entscheidende Grundlage des Strafvollzugs dessen spezielle Form des Strafens: der Freiheitsentzug. Trotz in (radikalen) Teilen des Schrifttums gelegentlich vorgebrachter abolitionistischer Bestrebungen – dazu 1. –, bleibt Freiheitsentzug als Sanktionsart letztlich unverzichtbar – 2. –.

1. Abolitionistische Forderung nach Abschaffung der Gefängnisse

Die abolitionistische Bewegung gegen die Freiheitsstrafe trägt den Namen einer über diesen Zusammenhang weit hinausgehenden Bestrebung. So bezeichneten sich bereits die Gegner der Sklaverei, der Todesstrafe sowie der Reglementierung der Prostitution als Abolitionisten. Pauschal geht es ihnen um die „Aufhebung rechtlich institutionalisierter Zwangsverhältnisse und Sanktionsformen“, so dass im Strafrecht mitunter nicht nur die Abschaffung der Freiheitsstrafe, sondern der Verzicht auf das gesamte Strafrecht gefordert wird³³.

32 Vgl. BVerfGE 64, S. 261 ff. (274 ff.). – Eine ausführliche Darstellung erfährt der Streit insbesondere bei *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 181 ff. Grundlegend zum Verhältnis der Strafzwecke und des Vollzugsziels *H. Müller-Dietz*, Strafzwecke und Vollzugsziel, Tübingen 1973, wobei diese Schrift als Reaktion auf die berühmte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Einschränkung von Grundrechten bei Strafgefangenen vom 14.3.1972 – BVerfGE 33, S. 1 ff. – und damit noch vor Erlass des StVollzG entstand.

33 Ein kurzer Überblick findet sich bei *S. Scheerer*, Art. Abolitionismus, in: R. Sieverts/H. J. Schneider (Hrsg.), Handwörterbuch der Kriminologie, Band 5, 2. Aufl., Berlin/New York 1998, S. 287 ff. (Zitat: S. 287). Aktuell bietet eine umfassende Darstellung des Abolitionismus und der seinen Vertretern entgegengehaltenen Argumente *S. M. Häßler*, Abolitionismus – Vision oder visionäre Wirklichkeit?, Berlin 2006.

Relevanz für diese Arbeit gewinnt insbesondere der Einsatz der sogenannten Abolitionisten³⁴ für die Abschaffung der Gefängnisse, wobei in diesem Zusammenhang zugleich auf die machtpolitische Dimension der Überzeugung hingewiesen wird³⁵. Für die Abolitionisten bleibt das genannte Ziel ohne gleichzeitigen Verzicht auf die mit dem Bau von Gefängnissen einhergehende Herrschaftsform unerreichbar³⁶. Begründet wird die Forderung nach Abschaffung der Freiheitsstrafe mit Hinweisen auf den totalitären Charakter von Gefängnissen sowie die der Resozialisierung zuwider laufenden Wirkungen des Gefangenendaseins. So mangle es an entsprechenden Behandlungskonzepten bzw. an einer erfolgreichen Umsetzung in die Praxis. Das Ergebnis seien Haftschäden, Stigmatisierungswirkungen und hohe Rückfallraten. Hier wurde und wird immer wieder auch auf die sogenannte „Nothing-works-Debatte“ Bezug genommen, die Mitte der 70er Jahre nach Veröffentlichung des Forschungsberichts „What works?“ von Robert Martinson aufkam³⁷. Die Öffentlichkeit interpretierte die Ergebnisse in dem Sinne, dass spezialpräventive Behandlungsansätze bislang erfolglos geblieben, die verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten aus diesem Blickwinkel weitgehend austauschbar seien³⁸. Insgesamt bestreitet man die Abschreckungs-

-
- 34 Im weiteren Verlauf wird die vorgetragene Position v.a. der abolitionistischen Bewegung zugeschrieben. Nicht verkannt werden soll jedoch dabei, dass auch allgemein in der internationalen Wissenschaft ein Nachdenken über Alternativen zur Freiheitsstrafe eingesetzt hat, vgl. nur *Kaiser/Schöck*, Strafvollzug (Fn. 6), S. 132.
- 35 Klassisch hierfür insbesondere *M. Foucault*, Überwachen und Strafen (1976), 15. Aufl., Frankfurt a.M. 2004. Ein knapper Überblick findet sich bei *Walter*, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 128 ff.
- 36 Siehe hierzu und zum Folgenden insbesondere *T. Mathiesen*, Überwindet die Mauern!, Neuwied/Kriftel 1979; *K. F. Schumann*, Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems, in: H. Ostendorf (Hrsg.), Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften. Festschrift für Lieselotte Pongratz, München 1986, S. 371 ff.; *T. Mathiesen*, Acht Gründe, zumindest keine neuen Gefängnisse mehr zu bauen, in: K. F. Schumann/H. Steinert/M. Voß (Hrsg.), Vom Ende des Strafvollzugs, Bielefeld 1988, S. 49 ff.; *K. F. Schumann*, Eine Gesellschaft ohne Gefängnisse, ebd., S. 16 ff.; *Scheerer*, Art. Abolitionismus (Fn. 33), S. 291-298.
- 37 *R. Martinson*, What works? – Questions and Answers about Prison Reform, in: *The Public Interest* 35 (1974: Spring), S. 22 ff.
- 38 Kritisch zu dieser Interpretation allerdings *B.-D. Meier*, Kriminologie, 4. Aufl., München 2010, S. 260 ff., der dem genannten Schlagwort – die von *G. Hinrichs/K. M. Beier/R. Wille* geprägte Formulierung (*G. Hinrichs/K. M. Beier/R. Wille*, Psychotherapy of forensic patients: On the necessity of defining „Standards of care“, in: *Werkstattsschriften Forensischer Psychiatrie und Psychotherapie* 1 [1994], S. 37 ff. [38]) aufgreifend – ein fundiertes „something works“ entgegenhält, ebd., S. 262. Siehe zur Kritik am „nothing-worksism“ auch *T. Weigend*, „Neoklassizismus“ – ein transatlantisches Mißverständnis, in: *ZStW* 94 (1982), S. 801 ff. (808 ff.); *H. Kury*, Zum Stand der Be-

wirkung der Strafe; vielmehr führe die „Ausgrenzungslogik des Strafrechts“³⁹ zu einem „Zirkel der Rückfälligkeit“⁴⁰; im Ergebnis überwögen die geschilderten Nachteile die positiven Leistungen⁴¹.

2. Alternativlosigkeit der Freiheitsstrafe

Diesem Ansatz wird vielerlei entgegengehalten⁴². Zwar werden die von den Abolitionisten aufgezeigten Probleme weitestgehend eingeräumt, jedoch ohne der Forderung nach Abschaffung der Freiheitsstrafe nachzugeben. Denn: „Defizite und Mängel können kein Grund sein, als richtig erkannte Zielsetzungen aufzugeben und faktisch gegebene Zustände zu legitimieren“⁴³. Vielmehr sollten bessere Behandlungskonzepte entwickelt und deren Umsetzung gewährleistet, also die Resozialisierung gefördert werden. Auch wird in Frage gestellt, ob alternative Maßnahmen tatsächlich zu einer geringeren Stigmatisierung führten, da, wie *Kaiser* formuliert, „jede Art von ‚Ausgrenzung‘ und ‚Sonderbehand-

handlungsforschung – oder: Vom nothing works zum something works, in: W. Feuerhelm/H.-D. Schwind/M. Bock (Hrsg.), Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag am 14. Juni 1999, Berlin/New York 1999, S. 251 ff.; *F. Dünkel/K. Drenkhahn*, Behandlung im Strafvollzug: von „nothing works“ zu „something works“, in: M. Bereswill/W. Greve (Hrsg.), Forschungsthema Strafvollzug, Baden-Baden 2001, S. 387 ff.

39 *Schumann*, Gesellschaft (Fn. 36), S. 23.

40 *Schumann*, Gesellschaft (Fn. 36), S. 21.

41 Der ebenfalls regelmäßig angeführte Hinweis auf die hohen Kosten des bisherigen Gefängnisystems tritt in der hier dargestellten Diskussion zurück. Zum einen sind die gegenübergestellten (z.T. mutmaßlichen) Kosten der Haftalternativen äußerst umstritten. Zum anderen aber sollte der Kostenfaktor keine beherrschende Stellung in einer Diskussion einnehmen, in der es letztlich um den Sinn und Erfolg einer äußerst grundrechtsintensiven Sanktionsform geht.

42 Siehe zum Folgenden insbesondere *G. Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl., Heidelberg 1996, S. 285-287, 1032-1041; *C. Roxin*, Hat das Strafrecht eine Zukunft?, in: K. H. Gössel/O. Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 135 ff. (136 ff.); *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug (Fn. 6), S. 119, 132 ff.; *F. Schaffstein/W. Beulke*, Jugendstrafrecht, 14. Aufl., Stuttgart 2002, S. 47 ff. – wobei hier eine Kritik zwar nur aus Sicht des Jugendstrafrechts erfolgt, deren Prämissen jedoch auch auf das allgemeine Strafrecht übertragbar sind; *A. Böhm*, Strafvollzug, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel 2003, Rn. 25 ff.

43 So *K. Laubenthal* in seiner Besprechung von Natalie Leyendecker, (Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht, Berlin 2002, in: KJ 36 (2003), S. 240 ff. (240).

lung‘, die aufgrund negativer Auslesekriterien erfolgt, [...] das gesellschaftliche Ansehen des Betroffenen [mindert]“⁴⁴.

Neben eher pauschalen Werturteilen, in denen den Abolitionisten ihr Idealismus vorgehalten wird⁴⁵, weisen Kritiker häufig auf die Opferperspektive und „die“ Meinung der Bevölkerung hin. Dieser Ansatz zielt letztlich auf die emotionale Bewertung der Freiheitsstrafe durch direkt oder mittelbar von der Straftat betroffene Menschen. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass ein Zusammenhang zwischen der Art des Deliktes und den „Strafwünschen“ der Bevölkerung und des Opfers bestehe: Je bedeutsamer ein Delikt in die Rechtssphäre eingreife⁴⁶, desto größer sei der Wunsch nach harter Bestrafung⁴⁷. Insofern bleibe der Freiheitsentzug bereits aus diesem Blickwinkel unabdingbar, jedenfalls in dem Bereich der „schwereren Kriminalität“⁴⁸.

Bei dieser Annahme ist jedoch Vorsicht geboten. So weist *Kaiser* darauf hin, dass sich die „psychische Lage und [das] Verhalten des Opfers nach der Tat“ als äußerst „vielgestaltig“ darstellen. Diese „Subjektivität und Ambivalenz des Opfererlebens“ führten, neben sonstigen bei statistischen Erhebungen stets zu berücksichtigenden Faktoren wie beispielsweise „Verzerrungsgefahren bei der Wahrheitsermittlung“, zu invaliden Forschungsergebnissen⁴⁹. Auch im Bereich der gesellschaftlichen Meinung müssen Umfrageergebnisse genau geprüft

44 *Kaiser*, Kriminologie (Fn. 42), S. 286.

45 Vielfach werden die Forderungen als überzogen, „wirklichkeitsfern“ oder als ein „im schlechten Sinne utopisches Ziel“ abgetan, vgl. *W. Hassemer*, in: R. Wassermann (Gesamthrg.), Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-21, Neuwied/Kriftel 1990, vor § 1 Rn. 18. Mag die Einschätzung des Abolitionismus als einer im Ergebnis lediglich „sozialromantischen [...] Konzeption“ auch zutreffend sein, so beispielsweise *Roxin*, Zukunft (Fn. 42), S. 136, bedarf es dennoch einer sachlichen Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Argumenten.

46 Präziser formuliert geht es darum, als wie bedeutsam ein solcher Eingriff empfunden wird, vgl. beispielsweise *Meier*, Kriminologie (Fn. 38), S. 217.

47 Beispielhaft hierfür ist die Untersuchung von *J. Endres*, Sanktionszweck Einstellungen im Rechtsbewusstsein von Laien, Frankfurt a.M. 1991, insbesondere S. 174-192.

48 So erkennt *Kaiser* an, dass „Schlichtungs- und Wiedergutmachungsmodelle“ zu „weniger Schmerzzufügung“ auf Seiten des Täters führen. Jedoch bedeute dies gleichzeitig eine „vermehrte Zumutung an ‚Schmerz‘ gegenüber Verbrechenopfern“, das Ergebnis sei daher lediglich eine „Umverteilung des ‚Leidens‘“, *Kaiser*, Kriminologie (Fn. 42), S. 285.

49 *Kaiser*, Kriminologie (Fn. 42), S. 553 f. Vertiefend zu dem Komplex des Verbrechenopfers siehe *M. C. Baumann/W. Schädler*, Das Opfer nach der Straftat – seine Erwartungen und Perspektiven, Wiesbaden 1991, wobei zwar die angesprochene Verbindung zwischen der Art des Delikts und dem Strafwunsch tendenziell bestätigt, aber zugleich größtenteils relativiert wird, ebd., S. 117-131, 280 ff.

werden. So handelt es sich bei den erfragten Einstellungen nicht um „harte“ Daten, also objektiv vorhandene und eindeutig beobachtbare Ereignisse“, sondern um „hypothetische Konstrukte“, die überdies – in Abhängigkeit von z.B. spektakulären, medial aufbereiteten Ereignissen – äußerst wandlungsfähig sind⁵⁰. Verschiedentlich weisen Untersuchungen sogar darauf hin, dass Bevölkerung und Opfer ihre Strafwünsche verändern und anstelle „harter Strafen“ vermehrtes Augenmerk auf die Wiedergutmachung legen⁵¹. Doch auch diese neueren Ergebnisse sind wiederum kritisch zu hinterfragen und nicht ungeprüft zu übernehmen⁵².

Insgesamt wird damit deutlich, dass Opfer- und Bevölkerungsumfragen sicherlich *ein* zu berücksichtigendes Kriterium zur Beurteilung der Notwendigkeit von Freiheitsstrafen sein können. Jedoch muss dessen Bedeutung angesichts der offenkundigen Validitätsprobleme relativiert werden, es kann jedenfalls kaum das alleinige oder entscheidende Argument zur Legitimierung des Strafvollzugs sein.

Weiterhin wird der abolitionistischen Position mit Blick auf die allgemeinen Strafzwecke entgegengetreten. So komme dem Strafrecht auch die Aufgabe „sühnender ‚Rechtsbewährung‘ und ‚Normbegründung‘“⁵³ zu. Demzufolge sei

50 *Kaiser*, Kriminologie (Fn. 42), S. 29 ff. Siehe allgemein zur Definition, zur Funktion und zum Zustandekommen von Einstellungen und Meinungen *C. Schwarzenegger*, Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle, Freiburg i. Br. 1992, S. 17-29. Vertiefend zur Einstellung der Bevölkerung zu Strafzwecken siehe insbesondere auch *A. H. Staudacher*, Die Einstellung der Bevölkerung zu Kriminalität und Strafverfolgung, o.O. 1994, S. 220-228, wobei auch der Einfluss der medialen Berichterstattung herausgearbeitet wird, ebd., S. 284-296.

51 Dazu insbesondere *G. Smaus*, Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung, Opladen 1985, S. 97; *K. Sessar*, Wiedergutmachen oder strafen, Pfaffenweiler 1992; *C. Pfeiffer*, Opferperspektiven – Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung, in: P.-A. Albrecht u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, Köln u.a. 1993, S. 53 ff.; *M. Kilchling*, Opferinteressen und Strafverfolgung, Freiburg i. Br. 1995, S. 227 f., 638. – Aus jüngerer Zeit mit einem kurzen Überblick zu den Alltagsvorstellungen der Bevölkerung *G. Kräupl*, Alltagsvorstellungen von Strafrecht, Sanktionszwecken und Strafjustiz, in: T. Feltes/C. Pfeiffer/G. Steinhilper (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 87 ff.

52 Siehe dazu allein *H. Kury*, Wie restitutiv eingestellt ist die Bevölkerung?, in: MschrKrim 78 (1995), S. 84 ff., mit seiner methodischen Kritik an *Sessars* Untersuchung (vgl. Fn. 51). Dazu dessen Erwidrerung: *K. Sessar*, Die Bevölkerung bleibt restitutiv eingestellt, in: MschrKrim 78 (1995), S. 99 ff.

53 *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht (Fn. 42), S. 50.

die Freiheitsstrafe unerlässlich⁵⁴. Daneben werde der Verurteilte gerade auch durch die „(schmerzliche) Konsequenz, die seine Tat erfahren hat, vor einer Wiederholung strafbaren Unrechts gewarnt“⁵⁵. Zudem sichere der Freiheitsentzug die Gesellschaft für die Zeit der Inhaftierung vor weiteren Taten des Verurteilten. Er gebe dem Staat – bzw. den Vollzugsbeamten und dem Sozialstab⁵⁶ – die Möglichkeit, in der Art auf ihn einzuwirken, dass er später befähigt sei, ein Leben ohne Straftaten zu führen. Gerade für die erwähnte Möglichkeit der Einwirkung – gegebenenfalls ist zunächst auch erst die Bereitschaft des Gefangenen zur Mitwirkung an seiner Behandlung „zu wecken und zu fördern“⁵⁷, denn ohne diese ist ein Sozialisationserfolg kaum zu erreichen⁵⁸ – biete sich in erster Linie der Strafvollzug an: Hier kann sich der Gefangene den Behandlungsangeboten⁵⁹ zumindest physisch nicht entziehen.

Trotz dieser Fülle an Argumenten kommt die entscheidende Rolle in der Auseinandersetzung jedoch einem anderen Gesichtspunkt zu: Hierbei geht es um die Frage nach den Alternativen zur Freiheitsstrafe⁶⁰. So räumt zumindest auch ein Teil der Abolitionisten ein, dass es bei Abschaffung der Gefängnisse eines Ersatzes der Freiheitsstrafe bedarf. Vor diesem Hintergrund ist der Blick auf mögliche Alternativen zwingend. Denn allein dann, wenn diese in der Lage sind, die geschilderten Aufgaben mindestens ebenso „gut“ wie die Freiheitsstrafe zu bewältigen, erscheint es überhaupt erst möglich, die Institution Gefängnis in Frage zu stellen⁶¹.

54 Zur Diskussion über Aufgabe und Zweck des Strafrechts siehe oben unter B.II.

55 *Böhm*, Strafvollzug (Fn. 42), Rn. 25.

56 Siehe zu den jeweiligen Aufgaben des Personals in einer Justizvollzugsanstalt die Darstellung bei *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 267 ff.

57 § 4 Abs. 1 Satz 2 StVollzG des Bundes; zu den Landesgesetzen siehe unten unter F.

58 U.a. aus diesem Grund wird dem Gefangenen in § 4 Abs. 1 StVollzG des Bundes, konkretisiert beispielsweise in § 6 Abs. 3 StVollzG, die Position eines Subjekts – und nicht bloßen Objekts – eingeräumt, das an seiner Behandlung mitwirkt. Siehe zur Mitwirkung des Gefangenen nur *Calliess*, Strafvollzugsrecht (Fn. 5), S. 58 f.; *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug (Fn. 6), S. 204-208.

59 Zum Angebotscharakter der meisten vollzuglichen Entscheidungen siehe *H. Jung*, Behandlung als Rechtsbegriff, in: *ZfStrVo* 36 (1987), S. 38 ff. (40 f.); *R.-P. Calliess/H. Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl., München 2008, § 4 Rn. 6; *J. Bung/J. Feest*, in: *J. Feest/W. Lesting* (Hrsg.), StVollzG. Kommentar zum Strafvollzugsgesetz (AK-StVollzG), 6. Aufl., Köln 2012, vor § 2 Rn. 20.

60 Einen knappen und aktuellen Überblick verschafft *C. Morgenstern*, Alternativen zur Freiheitsstrafe, in: *FS* 56 (2007), S. 248 ff.

61 Anders jedoch der Ansatz, der eine Art „Beweislastumkehr“ präferiert. „Nicht die alternativen (= ambulanten) Sanktionen müßten beweisen, daß sie besser wirken als Strafvollzug, sondern der Strafvollzug solle überhaupt erst einmal seine bessere Wirk-

Vom geltenden Recht ausgehend sind derzeit die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung die wichtigsten Ersatzmittel. Nun sind dies aber gerade keine eigenständigen Sanktionsformen, vielmehr knüpfen sie direkt an die Freiheitsstrafe an – denn beide setzen eine Verurteilung zu Freiheitsstrafe definitionsgemäß voraus. Demnach sind die genannten Ersatzmittel zwar in der Lage, die Gefängnispopulation zu senken, nicht jedoch die Freiheitsstrafe in Gänze zu ersetzen⁶².

Vielfach wird auch auf eine mögliche Ausweitung der Geldstrafe als alternative Sanktionsform hingewiesen⁶³. Derzeit wird die Geldstrafe allein in den Bereichen der kleineren und mittleren Kriminalität angewandt. Soll sie die Abschaffung der Gefängnisse befördern können, so müsste sie auch in Fällen schwerer Kriminalität zielführend wirken. Problematisch hierbei ist jedoch, dass im Bereich der schweren Kriminalität, in dem bislang zu Freiheitsstrafe verurteilt wurde, eine andere „Klientel“ vorherrscht. Bei diesen Tätergruppen wäre eine Beibringung der Geldstrafe wohl größtenteils – wenn überhaupt – nur unter erschwerten Bedingungen möglich und mündete dann gemäß § 43 StGB wiederum in der Ersatzfreiheitsstrafe. Darüber hinaus liefe die Geldstrafe noch häufiger den Interessen des Opfers auf Wiedergutmachungsleistung zuwider. Schließlich erscheint es zweifelhaft, ob sich alle Tätergruppen durch die Geldstrafe so beeinflussen ließen, dass sie künftig ein Leben ohne Straftaten führen würden.

samkeit als die Alternativen beweisen; und solange dies nicht geschehen sei, gebühre jeder Alternative zum Strafvollzug schon rein logisch der Vorrang vor der Einsperrung des Täters“, so den Ansatz zusammenfassend *H. Schüler-Springorum*, Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters – eine Skizze, in: A. Kaufmann/E.-J. Mestmäcker/H. F. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1988, S. 503 ff. (510). Zustimmend äußert sich *P.-A. Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl., München 2010, S. 312, wenngleich er die ohne abschließende Wertung erfolgende bloße Wiedergabe der Ansicht durch *Schüler-Springorum*s wohl fälschlich als Zustimmung wertet.

62 Im Prinzip geht es bei diesen Sanktionsformen um eine *Drohung* mit dem Freiheitsentzug, vgl. *Walter*, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 35. Bekanntermaßen kann eine Drohung aber nur dann Wirkung entfalten, wenn das in Aussicht gestellte „Übel“ auch tatsächlich eintreten kann. Insofern wären die angesprochenen Sanktionsformen ohne die Existenz des Freiheitsentzugs weitgehend wirkungslos.

63 Zu diesem Themenkomplex – mit verschiedenen Akzentuierungen – siehe insbesondere auch *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, Berlin 1980, S. 316 f.; *F. Dünkel*, Alternativen zur Freiheitsstrafe im europäischen Vergleich, in: H. Ortner (Hrsg.), Freiheit statt Strafe, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1986, S. 147 ff. (154 ff.) sowie *D. von Selle*, Gerechte Geldstrafe, Baden-Baden 1997, der den Blick allgemein auf Gerechtigkeitsprobleme bei Verhängung einer Geldstrafe lenkt.

Aus ähnlichen Gründen scheint derzeit auch die zuweilen als mögliche Alternative genannte Sanktionsmöglichkeit der gemeinnützigen Arbeit nicht in Frage zu kommen⁶⁴. Zumal hier – wie beispielsweise bei der englischen Variante, der *community service* – allein schon mit Blick auf Art. 4 Abs. II, III a EMRK immer eine Einwilligung des Verurteilten vonnöten ist und sich ähnliche Probleme in Bezug auf das Grundgesetz stellen⁶⁵.

Beim sogenannten elektronischen Hausarrest sind dagegen aus verfassungsrechtlicher Sicht noch längst nicht alle Probleme ausgeräumt⁶⁶, besonders da hier zugleich (wie auch bei den anderen alternativen Sanktionsformen) Auswirkungen auf die etwaigen Familienangehörigen des Betroffenen zu berücksichtigen sind⁶⁷. Jedenfalls aber ist in dem elektronisch überwachten Hausarrest in erster Linie lediglich eine Alternative zur Freiheitsstrafe im offenen Vollzug zu sehen, nicht jedoch zum kompletten Freiheitsentzug⁶⁸.

Schließlich mag man an einen Ausbau der bereits jetzt u.a. in § 46a des Strafgesetzbuchs gesetzlich normierten Möglichkeit des Täter-Opfer-Ausgleichs

64 Vgl. zur gemeinnützigen Arbeit insbesondere *M. Pfohl*, Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion, Berlin 1983, wobei dieser trotz umfangreicher Bedenken zu erfolgsversprechenden Ergebnissen kommt – allerdings nur in Bezug auf besonders ausgewählte Täter. Ebenfalls kritisch zur gemeinnützigen Arbeit als Ersatz für jegliche Freiheitsstrafe *F. Dünkel/J. Scheel/R. Grosser*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit durch das Projekt „Ausweg“ in Mecklenburg-Vorpommern, in: *BewHi* 49 (2002), S. 56 ff., siehe dazu auch den Schlussbericht: *F. Dünkel/J. Scheel*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit: das Projekt „Ausweg“ in Mecklenburg-Vorpommern, Mönchengladbach 2006, insbesondere S. 56 f. (wenngleich dort ohne explizite Schlussfolgerung; die Untersuchung war jedoch ausweislich ihres Titels [auch aus den dort genannten Gründen] auf einen kleinen Teil der Straftäter beschränkt); *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 4.

65 Jüngst umfassend zu verfassungsrechtlichen und internationalen Vorgaben *F. Speis*, Gemeinnützige Arbeit als selbständige Hauptstrafe im Erwachsenenstrafrecht, Hamburg 2008, S. 95 ff.

66 Zu den Bedenken siehe insbesondere *M. Hudy*, Elektronisch überwachter Hausarrest, Baden-Baden 1999, S. 191-228; *K. Wittstamm*, Elektronischer Hausarrest?, Baden-Baden 1999, S. 129 ff.; *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug (Fn. 6), S. 137.

67 Hierauf weisen hin *M. Lindenberg*, Elektronisch überwachter Hausarrest auch in Deutschland?, in: *BewHi* 46 (1999), S. 11 ff. (17); *H. Bernsmann*, Elektronisch überwachter Hausarrest unter besonderer Berücksichtigung von Privatisierungstendenzen, Göttingen 2000, S. 116 ff.; *F. Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Stuttgart 2002, Rn. 787.

68 So auch *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 8, der dem elektronisch überwachten Hausarrest dennoch insgesamt unter bestimmten Bedingungen aufgeschlossen gegenübersteht, ebd., Rn. 6 ff.

und der Schadenswiedergutmachung⁶⁹ denken. Auch hier ergeben sich allerdings bei genauerer Betrachtung unüberwindbare Bedenken bei der Zielsetzung der Ablösung der Freiheitsstrafe. Neben der Problematik des Opferbegriffs⁷⁰ und der Gefahr eines „Net-widening“-Effektes⁷¹ stößt die genannte Sanktionsform auf Skepsis gerade im Bereich der schweren Kriminalität. So dürfte v.a. im Bereich der Sexualdelikte ein möglicher Täter-Opfer-Ausgleich kaum vorstellbar sein⁷², aber auch bei anderen Deliktsarten ist eine – aus Gründen des Opferschutzes – unbestritten notwendige Zustimmung des Opfers in vielen Fällen nicht zu erwarten⁷³ oder – wie in erster Linie im gesamten Bereich der Tötungsvorschriften – gar nicht möglich. Gerade das sind allerdings jene Delikte, deren Verwirklichung typischerweise mit Verhängung von Freiheitsstrafe ge-

- 69 Einen guten Überblick über den Gedanken des Täter-Opfer-Ausgleichs verschaffen beispielsweise *C. Pfeiffer*, Täter-Opfer-Ausgleich – das Trojanische Pferd im Strafrecht?, in: ZRP 25 (1992), S. 338 ff. sowie *M. Steffen*, Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung, Aachen 2005. Zum Verhältnis der Wiedergutmachung zu den Strafzwecken vgl. ausführlich *S. Pielsticker*, § 46a StGB – Revisionsfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts?, Berlin 2004, S. 37 ff.
- 70 So sind bisherige Programme hauptsächlich auf natürliche Personen als Opfer zugeschnitten. Die Anwendung des Täter-Opfer-Ausgleichs auf juristische Personen, aber auch auf anonyme Personenmehrheiten (z.B. „die Verbraucher“) oder bei Delikten gegen Rechtsgüter der Gesamtheit (hier v.a. solche gegen die Grundlagen des friedlichen Zusammenlebens, gegen die Umwelt und gegen staatliche Rechtsgüter) ist daher bislang weitgehend ungelöst. Siehe dazu beispielsweise *H. Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern u.a. 1992, S. 155 oder *F. Heerspink*, Täter-Opfer-Ausgleich ohne Opfer?, Bonn 2002, der die Problematik des § 46a StGB bei „opferlosen Delikten“ untersucht; eben dazu auch *Pielsticker*, § 46a StGB (Fn. 69), S. 114 ff. – Allgemein zur konfliktreichen Definition des Opferbegriffs siehe die Zusammenfassung bei *K. Sessar*, Über das Opfer, in: T. Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, Zweiter Halbband, Berlin 1985, S. 1137 ff. (insbesondere S. 1146 f.).
- 71 Unter diesem Schlagwort wird die Befürchtung zusammengefasst, dass durch den Täter-Opfer-Ausgleich nunmehr auch solche Fälle in den Blickpunkt rücken, auf die zuvor keine Strafe angewendet worden wäre, vgl. dazu *M. Killias/P. Camathias/B. Stump*, Alternativ-Sanktionen und der „Net-widening“-Effekt – ein quasi-experimenteller Test, in: ZStW 112 (2000), S. 637 ff.
- 72 Vgl. allgemein zu den Grenzen des Täter-Opfer-Ausgleichs die knappe Auflistung von *D. Rössner*, Gerechtigkeit für Gewaltopfer durch Kriminalstrafe?, in: BewHi 41 (1994), S. 18 ff. (20). – Zu den Möglichkeiten, aber insbesondere auch den Problemen der Einbeziehung des Täter-Opfer-Ausgleichs in die Vollzugsgestaltung übersichtlich *Laubenthal*, Rezension Leyendecker (Fn. 43), S. 242 f.
- 73 Dies ist tendenziell dann der Fall, wenn das Opfer entweder stark beeinträchtigt wurde oder es sich um ein sogenanntes Kontaktdelikt handelt. Vgl. hierzu insbesondere *Kilchling*, Opferinteressen (Fn. 51), S. 563 ff.

ahndet wird. Wenngleich ein Großteil aller Taten zumindest grundsätzlich wiedergutmachungsfähig erscheint⁷⁴, so folgt daraus gleichzeitig eben doch, dass diese Sanktionsform kein *umfassender* Ersatz der Freiheitsstrafe sein kann.

Insgesamt ist daher aus heutiger Sicht festzuhalten, dass es – womöglich noch⁷⁵ – keinen wirklichen Ersatz für die Freiheitsstrafe gibt. Zum einen stellen die meisten genannten Alternativen die Freiheitsstrafe nicht in Gänze in Frage, sondern scheinen lediglich geeignet, die Anwendung der Freiheitsstrafe in leichteren Fällen zurückzudrängen und damit die Gefängnispopulation zu senken. Zum anderen bleiben Alternativen – jedenfalls aus heutiger Sicht – allein dann glaubwürdig, wenn in letzter Konsequenz freiheitsentziehende Sanktionen drohen⁷⁶. Insofern ist die Freiheitsstrafe auch heute noch, mehr als 20 Jahre nach *Hans-Heinrich Jeschecks* rechtsvergleichender Untersuchung, das „Rückgrat des Rechtsbewußtseins“⁷⁷ und des gesamten Strafsystems, mithin unverzichtbar. Schärfer sollte die dargestellte Debatte jedoch den Sinn dafür, diese Sanktionsform nur als tatsächlich letztes Mittel einzusetzen – die *ultima ratio*⁷⁸.

-
- 74 Dieser Ansicht sind beispielsweise *J. Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), München 1992, S. 52, die sogar von über 95 % der Fälle ausgehen. Jedoch hängt dieser enorm hohe Wert damit zusammen, dass hier als Grenze der Anwendungsmöglichkeit der Wiedergutmachung eine „flexible, auf den Einzelfall abzustimmende Lösung“ gewählt wurde, die sich allein an der „konkreten Straferwartung orientiert“ – es wurden Strafen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe ins Auge gefasst.
- 75 Vielzitiert *Gustav Radbruch* mit seiner Bemerkung, „daß die Entwicklung des Strafrechts über das Strafrecht einstmals hinwegschreiten und die Verbesserung des Strafrechts nicht in ein *besseres* Strafrecht ausmünden wird, sondern in ein Besserungs- und Bewährungsrecht, das *besser als* Strafrecht, das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre“ (*G. Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, S. 166; Hervorhebungen i.O., K.J.). – Dieses „noch“ wird auch prononciert von *K. Laubenthal* in seiner Rezension von Heinz Müller-Dietz, Menschenwürde und Strafvollzug, Berlin 1994, in: GA 1996, S. 77 f. (78).
- 76 Hierauf weist insbesondere auch *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 8 hin. Ebenso *Kaiser*, Kriminologie (Fn. 42), S. 1087, der für das gesamte Strafrecht zusammenfasst, dass „selbst die ‚Alternativen zum Strafrecht‘ [...] in Durchsetzbarkeit und Bedeutung weitgehend davon abhängig [sind], daß zumindest im Hintergrund Mittel und Institutionen des Strafrechts in Bereitschaft gehalten und im Notfall aktiviert werden können“.
- 77 *H.-H. Jescheck*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, in: ders. (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Baden-Baden 1984, S. 1939 ff. (2155).
- 78 Dies prononciieren beispielsweise *Kaiser*, Kriminologie (Fn. 42), S. 287, 1032 und *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 1, der unter diesem Gesichtspunkt insbesondere auch einen Abbau des Langstrafenvollzugs sowie die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe fordert.

IV. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Strafvollzugs

Während soeben auf die Bedeutung des Freiheitsentzugs für die *Gemeinschaft* eingegangen wurde, so eröffnet sich im Anschluss daran die Frage nach eben dieser Bedeutung für den *einzelnen Gefangenen*. In diesem Zusammenhang rücken die tatsächlichen Auswirkungen des Strafvollzugs auf den Gefangenen in das Auge des Betrachters – dazu 1. –, die ihren Teil zur Auseinandersetzung mit der Figur des besonderen Gewaltverhältnisses beitragen – 2. –.

1. Auswirkungen des Strafvollzugs auf den Gefangenen

Aus der Sicht der Gefangenen handelt es sich beim Strafvollzug um eine „zwangsweise Ausgliederung [...] aus ihrer gewohnten sozialen Umwelt und ihre Unterbringung in Vollzugsanstalten als mehr oder weniger gesellschaftlich isolierten Verbüßungsstätten“⁷⁹. Daher verwundert es kaum, wenn hiermit auch schädliche Haftfolgen einhergehen⁸⁰.

Zunächst folgt für den Häftling aus der angesprochenen Ausgliederung der Verlust des bisherigen Status. Der Betroffene ist als Krimineller stigmatisiert, wird in den Augen der Gesellschaft zu einem Außenseiter. Darüber hinaus führt der Freiheitsentzug zu einem Autonomieverlust, der sich nicht alleine auf die Bewegungsfreiheit beschränkt. So unterliegen im Gefängnis sämtliche Lebensbereiche einer strengen Reglementierung und Kontrolle. Dies kann auch einen Verlust jeglichen Verantwortlichkeitsgefühls mit sich bringen, da durch die umfassenden Vorschriften Eigeninitiative nahezu ausgeschlossen, zumindest jedoch

79 *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 1.

80 Vgl. zum folgenden Abschnitt die ausführlichen Darstellungen bei *E. Czaschke*, Strafvollzug heute – Realitäten und Probleme, in: *ZfStrVo* 37 (1988), S. 67 ff.; *K. Weis*, Die Subkultur der Strafanstalten, in: H.-D. Schwind/G. Blau (Hrsg.), *Strafvollzug in der Praxis*, 2. Aufl., Berlin/New York 1988, S. 239 ff.; *Walter*, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 258 ff.; *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug (Fn. 6), S. 471 ff.; *M. Bock*, in: H. Göppinger, *Kriminologie*, 6. Aufl., München 2008, S. 321 ff.; *Meier*, Sanktionen (Fn. 12), S. 77 f.; *Albrecht*, *Kriminologie* (Fn. 61), S. 302-316; *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 199 ff. – Nicht nur historisch interessant ist auch der Aufsatz *Gustav Radbruchs*, der – neben eigenen Beobachtungen – die Schilderungen berühmter Autoren und Dichter über Gefangenschaft aufgreift, *G. Radbruch*, Die Psychologie der Gefangenschaft, in: *ZStW* 32 (1911), S. 339 ff.

nicht gefördert oder belohnt wird⁸¹. Die angesprochene Kontrolle der Einhaltung der aufgestellten Regeln hat weiter einen Mangel an Privatsphäre zur Konsequenz, die Möglichkeit eines „Alleinseins“ besteht in Haftanstalten nur äußerst begrenzt. Weiterhin ist der Betroffene in der Haft unter Umständen den Übergriffen anderer Häftlinge⁸², aber auch denen des Vollzugspersonals ausgeliefert – ein Verlust an Sicherheit für den Einzelnen. Einen weiteren Stressfaktor für den Inhaftierten stellt der Abbruch heterosexueller Kontakte dar, der sich sowohl durch die Separation der Gefangenen als auch durch die Überwachungsmaßnahmen ergibt. Daneben kommt es zu einer Trennung von Angehörigen, allgemein der weitestgehenden Unterbindung von sozialen Kontakten zu der Außenwelt⁸³. Überdies hat der Gefangene nur sehr eingeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeiten, der Alltag ist geprägt von einer „intellektuellen und kognitiven Leere“⁸⁴. Insbesondere für Inhaftierte, die längere Freiheitsstrafen verbüßen, tritt daneben noch ein Mangel an Zukunftsperspektive. Dies mag im Einzel-

81 *Martin E. P. Seligman* entwickelte anhand von Tierversuchen in diesem Zusammenhang die Theorie der „erlernten Hilflosigkeit“, deren Begriff die Vorgänge gut illustriert, vgl. *M. E. P. Seligman*, *Erlernte Hilflosigkeit*, 5. Aufl., Weinheim 1995.

82 Aktuelle Beispiele bestätigen diese traurige Gewissheit immer wieder. So töteten z.B. drei Mitgefangene *Hermann Heibach* am 11. November 2006 in der Justizvollzugsanstalt Siegburg. Siehe dazu und zur Gewalt in Jugendgefängnissen allgemein *K. Steinberger*, Verflucht sind die Fische, in: SZ, Nr. 289 vom 15.12.2006, S. 3; auch abgedruckt in: NK 19 (2007), S. 32 ff.; sowie *P. Walkenhorst*, Über Siegburg, in: FS 56 (2007), S. 82 f. – Zum Thema Gewalt im Strafvollzug siehe auch den Bericht des Kriminologischen Dienstes Nordrhein-Westfalen aus dem Jahre 2006. Abgedruckt finden sich die wesentlichen Passagen bei *W. Wirth*, Gewalt unter Gefangenen, in: BewHi 54 (2007), S. 185 ff. Der vollständige Bericht ist im Internet abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/vollzug/studie_gewalt_gefangene.pdf (17.1.2008). In diesem Zusammenhang sind ebenso von Interesse die zwei Teilberichte und der Schlussbericht der „Kommission: Gewaltprävention im Strafvollzug – Nordrhein-Westfalen“, die im November 2006 anlässlich der Geschehnisse in Siegburg von der nordrhein-westfälischen Justizministerin *Roswitha Müller-Piepenkötter* (CDU) ins Leben gerufen wurde. Sie sind abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/gewaltpraevention/1_teilbericht.pdf; unter http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/gewaltpraevention/2_teilbericht.pdf sowie unter <http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/gewaltpraevention/schlussbericht.pdf> (17.1.2008).

83 Darauf, dass dies nicht immer ausschließlich negativ sein muss, weist *Meier* (Sanktionen [Fn. 12], S. 77) hin. Denn in der Trennung von möglicherweise kriminalitätsfördernden Einflüssen aus dem sozialen Umfeld des Täters mag auch „die erste Voraussetzung für ein Leben ohne Straftaten liegen“.

84 *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 206.

fall zu einer Verdrängung jeglicher zukunftsorientierter Überlegungen führen, die Gedanken kreisen allein um den monotonen Gefängnisalltag.

Um diese Negativerlebnisse zu bewältigen, greifen Gefangene häufig zu verschiedenen „Abwehrtechniken“. Ebenso wie die Projektion der Verantwortung auf andere Personen, erscheint die Übernahme der Rolle eines perfekten Gefängnisinsassen – einer Anpassung an die Institution – als mögliches Verhaltensmuster. Auf der anderen Seite befördert der Freiheitsentzug zugleich die Entwicklung einer haftinternen eigenständigen subkulturellen Gegenordnung⁸⁵, die eigenen Normen, einer eigenen Organisation und besonderen Bräuchen folgt. Zum Ausdruck kommt dies beispielsweise in einer „Knastsprache“, die von der Sprache der Außenwelt divergiert⁸⁶ und damit die Entwicklung eines Zusammengehörigkeitsgefühls der Häftlinge gegenüber der Gefängnisleitung bzw. den Vollzugsbediensteten sowie der Gesellschaft unterstützt. Deutlich wird das auch durch einen Verhaltenskodex, der sich auf zwei wesentliche Punkte erstreckt: Erstens die Loyalität der Häftlinge untereinander und zweitens das Verbot der Kooperation mit der Autorität. Dieser Prozess – Anpassung an die Institution bei gleichzeitiger Entwicklung einer eigenen Subkultur – findet seinen Niederschlag in dem Begriff Prisonierung⁸⁷. Schließlich bewirkt der Freiheitsentzug auch die verschiedensten psychischen Anomalien; das Spektrum reicht von Depressionen über Phobien bis zu aggressivem Verhalten⁸⁸.

85 Hierzu eine neuere Übersicht bei *K. Laubenthal*, Erscheinungsformen subkultureller Gegenordnungen im Strafvollzug, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper, Kriminalpolitik (Fn. 51), S. 593 ff. Einen interessanten Aspekt greift *Michael Hürlimann* auf, der das soziale Gefüge der Insassen – insbesondere die Position von informellen Gefangenengruppenführern – mit den subkulturellen Lernprozessen verknüpft und in den Mittelpunkt seiner Untersuchung stellt, *M. Hürlimann*, Führer und Einflußfaktoren in der Subkultur des Strafvollzugs, Pfaffenweiler 1993.

86 Eine genaue Auflistung der verschiedenen Begriffe jeweils mit Erklärung ihrer Bedeutung findet sich bei *K. Laubenthal*, Lexikon der Knastsprache, Berlin 2001.

87 Der (eingedeutschte) Begriff „Prisonierung“ geht zurück auf *D. Clemmer*, The Prison Community. With a Foreword by Donald R. Cressey, Neudruck der 1. Aufl. von 1940, New York u.a. 1966, S. 299. *Clemmer* stellte in diesem Werk einen linearen Zusammenhang zwischen der Länge des Gefängnisaufenthalts und dem Grad der Prisonierung fest, ebd., S. 304. Einen Zusammenhang bestätigte später *S. Wheeler*, Socialization in Correctional Communities, in: American Sociological Review. Official Journal of the American Sociological Association, Volume 26 (1961), S. 697 ff. (702, 706 f.), der jedoch eine „U-Kurve“ ausmachte: Bei Haftbeginn und Haftende eine hohe Konformität des Häftlings, in der Mittelphase dagegen eine starke Abweichung von gesellschaftlichen und offiziellen Normen der Anstalt.

88 Hierzu ausführlich *A. Langeliüddeke/P. H. Bresser*, Gerichtliche Psychiatrie, 4. Aufl., Berlin/New York 1976, S. 240-250; *J. Parverdian*, „Ver-rücktheit“ als Bewältigungs-

2. Figur des besonderen Gewaltverhältnisses

Allein schon die geschilderten psychischen Einschränkungen offenbaren, dass es sich hierbei um weitgehende Eingriffe in die Grundrechte der Gefangenen handelt – um Eingriffe, die erheblich über die Einschränkung der bloßen körperlichen Bewegungsfreiheit⁸⁹ hinausgehen. Aus dem heutigen Grundrechtsverständnis heraus erscheint es unzweifelhaft, dass es für diese Eingriffe einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigung bedarf – eines Strafvollzugsgesetzes. Ein entsprechendes Bundesgesetz trat jedoch erst zum 1. Januar 1977 in Kraft, in seiner Entwicklung befördert durch zahlreiche Forderungen im Schrifttum⁹⁰ und insbesondere einen in Worten und Begründung lapidaren, in der Wirkung jedoch fulminanten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁹¹.

strategie im Strafvollzug, in: *Recht und Psychiatrie* 11 (1993), S. 158 ff.; *Walter*, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 267 ff.; *N. Konrad*, Psychiatrische Probleme im Justizvollzug, in: *U. Venzlaff/K. Foerster/H. Dreßing* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, 5. Aufl., München 2009, S. 395 ff. – Beispielhaft sei hier das „Ganser-Syndrom“ genannt, eine zwar (im nicht juristischen Wortgebrauch) „mit Absicht“, jedoch „wie unter Zwang und ohne freie Wahl aus voller Besonnenheit“, vorgetäuschte Psychose, vgl. dazu *C. Scharfetter*, Selbstmanipulierte Krankheit, in: *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 1985, S. 685 ff. (Zitate: S. 685).

89 Die körperliche Bewegungsfreiheit wird nach h.A. jedenfalls grundsätzlich von dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erfasst, siehe dazu beispielsweise *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, Band I, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 2 II Rn. 98 (dann aber mit eingrenzenden Kriterien: ebd., Rn. 98 f.); bereits im Grundansatz restriktiver *F. Wittreck*, Freiheit der Person, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 151 Rn. 8 ff., der gleichwohl natürlich weiterhin den Vollzug strafgerichtlicher Verurteilungen als eine der typischen Beeinträchtigungen der Freiheitsentziehung erfasst (ebd., Rn. 19). – Neben die psychischen treten noch die offensichtlichen „äußeren“ Einschränkungen, die die Versammlungsfreiheit, Meinungsfreiheit etc. betreffen.

90 Exemplarisch für die aktuelle Kritik aus der Literatur vor Erlass des Gesetzes *Schüler-Springorum*, Strafvollzug (Fn. 22), S. 59 ff., 85 ff. und *H. Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, Köln u.a. 1970, S. 71 ff.

91 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. März 1972 – 2 BvR 41/71, BVerfGE 33, S. 1 ff. (10 f.). – Voran getrieben wurde die Entwicklung zu einem Strafvollzugsgesetz aber zuvor bereits durch die Regelung der §§ 23 ff. EGGVG 1961, die für die Gefangenen den Rechtsweg zu den Gerichten eröffnete und nun eine Überprüfung von Vollzugsfragen durch die Oberlandesgerichte ermöglichte. Siehe dazu die knappe Darstellung bei *G. Blau*, Die Entwicklung des Strafvollzugs seit 1945 – Tendenzen und Gegentendenzen, in: *Schwind/Blau*, Strafvollzug (Fn. 80), S. 17 ff. (20).

In der Literatur lässt sich der Einsatz für ein solches Gesetz weit zurückverfolgen, so wurde der Erlass beispielsweise bereits 1870 von *Julius Hermann von Kirchmann* anlässlich der Beratungen zum StGB-Entwurf für den Norddeutschen Bund empfohlen⁹². Die ersten, ein Gesetz fordernden Stimmen datieren sogar schon aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts⁹³. Allgemeine Aufmerksamkeit konnten die Befürworter einer gesetzlichen Regelung dann spätestens 1909 gewinnen, als sich *Berthold Freudenthal* in seiner grundlegenden Frankfurter Rektoratsrede hierfür einsetzte⁹⁴. Dennoch dauerte es letztlich bis zum Jahre 1977 ehe eine derartige Regelung in Kraft trat⁹⁵. Bis dahin galten die Grundrechte der Gefangenen als soweit eingeschränkt oder gar außer Kraft gesetzt, wie es die Natur des Anstaltsverhältnisses notwendig zur Folge hatte – die Gefangenen befanden sich danach in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ zum Staat. Die Lehre des „besonderen Gewaltverhältnisses“ ging zurück auf die im Rahmen der preußischen konstitutionellen Monarchie entwickelte Staats- und Verwaltungsrechtslehre. Die besonderen Gewaltverhältnisse betrafen nach dieser Auffassung den Innenraum des Staates, sie gehörten somit zu dem Gebiet des „Nicht-Rechts“⁹⁶. Neben den Strafgefangenen traten ebenfalls Schüler, Be-

92 Vgl. dazu *T. Sternberg*, J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft, Berlin/Leipzig 1908, S. 197; *G. Spendel*, Julius Hermann von Kirchmann, in: E. Schlüchter/K. Laubenthal (Hrsg.), Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1990, S. 3 ff. (13).

93 Siehe die Nachweise bei *Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetzgebung (Fn. 90), S. 1 ff. – Näher zur historischen Entwicklung des Strafvollzugs unten unter D.VI.1.

94 *B. Freudenthal*, Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen, in: Rektoratswechsel an der Akademie für Sozial- und Handelswissenschaften zu Frankfurt a.M. am 3. November 1909, Jena 1910, S. 15 ff. Siehe hierzu auch *B. Freudenthal*, Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes, in: ZStW 32 (1911), S. 222 ff.

95 Zur Geschichte des Strafvollzugs allgemein *T. Krause*, Geschichte des Strafvollzugs, Darmstadt 1999 sowie umfassend zu den (versuchten) Regelungen des Strafvollzugs noch *H. D. Quedenfeld*, Der Strafvollzug in der Gesetzgebung des Reiches, des Bundes und der Länder, Tübingen 1971, passim. Aus der Perspektive der Entwicklung des Stufenstrafvollzugs detailliert *H. Schatke*, Die Geschichte der Progression im Strafvollzug und der damit zusammenhängenden Vollzugsziele in Deutschland, Frankfurt a.M. u.a. 1979, S. 94 ff.

96 Vgl. *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968, S. 16 f., 207 (Zitat: ebd., S. 16). – Zum Durchbruch verhalf der Lehre insbesondere *Otto Mayer*, wenngleich maßgebliche Vorarbeiten auf *Laband* zurückgehen, vgl. *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 1961, S. 101 ff. Siehe noch die ausführliche Darstellung der Geschichte des „besonderen Gewaltverhältnisses“ und seiner (auch dogmatischen) Entwicklung bei *F.-J. Peine*, Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen, in: D. Mer-

amte und Soldaten in ein besonderes Gewaltverhältnis ein, so dass dem zitierten Urteil auch in dieser Hinsicht bahnbrechende Wirkung zukam⁹⁷. Ihre Legitimation bezog diese Einschränkung der Grundrechte aus der Tatsache, dass die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe nach dem Grundgesetz zulässig ist⁹⁸, andere Beschränkungen seien – so wurde argumentiert – demnach als notwendige Begleiterscheinung ohne gesonderte gesetzliche Regelung ebenfalls möglich⁹⁹.

Demgegenüber stellte das Bundesverfassungsgericht jedoch klar, dass es der „umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt“ nach Art. 1 Abs. 3 GG widerspräche, „wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten“. Vielmehr käme eine Einschränkung „nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich [sei] und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen“ geschehe. Folglich könnten „die Grundrechte von Strafgefangenen [...] nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden“¹⁰⁰. Unter Berücksichtigung schon laufender Vorarbeiten des Bundesgesetzgebers¹⁰¹ setzte das Gericht eine Frist bis zum Herbst

ten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg 2009, § 65 Rn. 14 ff.

97 Klaus Günther spricht vom „letzte[n] Arkanbereich der Verwaltung“, der nun der „legislativen Verrechtlichung“ offen stand, K. Günther, Die Konstitutionalisierung des Strafvollzuges durch das Bundesverfassungsgericht, in: KritV 83 (2000), S. 298 ff. (301). Siehe insgesamt dazu G. Beaucamp, Verfassungsrecht: Die Strafgefangenen-Entscheidung, in: JA 2003, S. 937 ff. (940); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, S. 135 ff., 189 ff.

98 Die Anerkennung der Freiheitsstrafe wird beispielsweise in Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 sowie in Art. 104 GG erkennbar.

99 Deutlich wird die dogmatische Begründung beispielhaft bei K. Peters, Freiheit und Gebundenheit des Strafgefangenen, in: JR 1972, S. 489 ff. (489): „Das Grundgesetz berührt die Rechtsstellung jedes Bürgers und Gastes der Bundesrepublik Deutschland. Damit unterliegt auch die Rechtsstellung des Gefangenen den Grundrechtsvorschriften. Dieser Ausgangspunkt ist unzweifelhaft. Die Frage ist nur, ob auch die Regelung der Grundrechtsschranken in vollem Umfang Geltung hat oder aber ob sich bereits aus den Sachgegebenheiten des Vollzugs Schranken herleiten lassen, die vor oder neben den grundgesetzlich aufgestellten Schranken liegen. Diese Funktion der Voreinschränkungen übt das Besondere Gewaltverhältnis aus.“ – Vgl. noch zu dem Diskussionsstand unter dem Grundgesetz, der Strafgefangenen-Entscheidung sowie den Reaktionen hierauf Peine, Grundrechtsbeschränkungen (Fn. 96), § 65 Rn. 30 f., 32 f., 34 ff.

100 BVerfGE 33, S. 1 ff. (11).

101 Zum damaligen Zeitpunkt unterlag der Strafvollzug nach Art. 74 Nr. 1 GG der konkurrierenden Gesetzgebung, für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers musste gemäß Art. 72 Abs. 2 GG das Bedürfnis einer bundesrechtlichen Regelung vorliegen. Dazu ausführlich unten unter C.I. – Aus diesem Grund kritisch in Bezug auf die Frist des

1973 zur Verabschiedung eines Strafvollzugsgesetzes¹⁰², die jedoch noch einmal bis zum 1. Januar 1977 verlängert wurde¹⁰³.

Nach langwierigen Vorarbeiten wurde dann am 12. Februar 1976 das Strafvollzugsgesetz vom Bundestag verabschiedet¹⁰⁴ und am 16. März 1976 verkündet¹⁰⁵, so dass es entsprechend der geschilderten Fristsetzung zum 1. Januar 1977 in Kraft treten konnte. Angesichts der dargetanen vielfältigen und tiefgreifenden Eingriffe in die Grundrechte der Gefangenen handelte es sich bei Erlass des Gesetzes nicht nur um die Erfüllung eines „Verfassungsauftrag[es]“ im Hinblick auf rechtspolitische Erwägungen – *Müller-Dietz* nennt als eine solche insbesondere die Förderung der Reform des Vollzugs, um einerseits dem „Wandel der Auffassungen“ Rechnung zu tragen sowie andererseits das Ziel der Rechtsvereinheitlichung zu erreichen¹⁰⁶. Vielmehr kam der Gesetzgeber hierdurch in erster Linie seiner – vom Bundesverfassungsgericht bestätigten – „verfassungsrechtlichen Pflicht“ nach. Denn der Figur des besonderen Gewaltverhältnisses fehlte nicht nur die bereits angesprochene rechtliche Qualität als taugliche Beschränkung der Grundrechte¹⁰⁷, sondern sie erlaubte allein schon aufgrund der eigenen Unbestimmtheit keine hinreichenden Schlüsse über Zweck und Ausge-

Verfassungsgerichts an den *Bundesgesetzgeber Peters*, Freiheit (Fn. 99), S. 491, hingegen im Ergebnis der Stoßrichtung des Gerichtes zustimmend *C. Starck*, Anmerkung zu BVerfGE 33, S. 1 ff., in: JZ 1972, S. 360 ff. (361).

102 BVerfGE 33, S. 1 ff. (13).

103 BVerfGE 40, S. 276 ff. (283 f.). Grund hierfür war, dass bei der ersten Frist als Anknüpfungspunkt das Ende der laufenden 6. Legislaturperiode gewählt wurde. Da diese jedoch aufgrund der von Bundeskanzler *Willy Brandt* (SPD) (bewusst und gewollt) verlorenen Vertrauensabstimmung vorzeitig im Herbst 1972 endete, verlängerte der – im Übrigen in derselben Besetzung wie beim ersten Urteil entscheidende – Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichtes anlässlich einer neuen Klage am 29. Oktober 1975 – 2 BvR 812/73 – die Frist bis zum 1. Januar 1977.

104 BR-Drs. 121/76.

105 BGBl. Teil I 1976, S. 581, berichtet S. 2088 und BGBl. Teil I 1977, S. 436.

106 *Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetzgebung (Fn. 90), S. 72; dort auch das vorstehende wie nachfolgende Zitat (Hervorhebung i.O., K.J.).

107 Grundrechtseingriffe bedürfen aufgrund der Geltung des im Rechtsstaatsprinzips verankerten Vorbehalts des Gesetzes, konkretisiert durch die den jeweiligen Grundrechten zugeordneten Grundrechtsvorbehalte, demnach einer gesetzlichen Grundlage. Diesen Anforderungen genügen weder Verwaltungsvorschriften, noch gewohnheitsrechtliche Regelungen. Dies ist einhellige Ansicht, statt aller *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl., Heidelberg 2011, Rn. 273. Hinsichtlich der besonderen Gewaltverhältnisse war jedoch bis zur Strafgefangenen-Entscheidung umstritten, ob auch auf sie der Vorbehalt des Gesetzes Anwendung fand, vgl. dazu oben bei und in Fn. 96 ff.

staltung des Strafvollzugs¹⁰⁸. Auch die von den Ländern am 1. Dezember 1961 als bundeseinheitliche Verwaltungsverordnung vereinbarte und am 1. Juli 1962 in Kraft getretene Dienst- und Vollzugsordnung¹⁰⁹ genügte den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips nicht. Zum einen konnte in ihr keine Konkretisierung in Bezug auf Zweck und Ausgestaltung des Strafvollzugs gesehen werden¹¹⁰, zum anderen kam sie als eigenständige Grundlage für Grundrechtseingriffe aufgrund ihres Charakters als Verwaltungsverordnung nicht in Frage¹¹¹.

Somit ergibt sich aus der Vielgestaltigkeit der staatlichen Eingriffe in die Grundrechte der Gefangenen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage, der mit Erlass des Strafvollzugsgesetzes Rechnung getragen wurde¹¹².

108 *Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetzgebung (Fn. 72), S. 76.

109 Siehe hierzu *T. Grunau*, Vollzug von Freiheitsentziehung Teil II. Erläuterungen zur Dienst- und Vollzugsordnung (DVollzO) – Strafvollzug an Erwachsenen –, Köln u.a. 1972.

110 Durch die Dienst- und Vollzugsordnung wurde nämlich „der gegebene Rechtszustand nur verdeutlicht und durch ins einzelne gehende Hinweise erläutert“, jedoch nicht originär festgelegt, BayVerfGH 21, S. 32 ff. (36).

111 Siehe Fn. 107, wobei der Streit um den Rechtssatzcharakter der Dienst- und Vollzugsordnung (vgl. dazu *Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetzgebung [Fn. 90], S. 28 ff.) diesbezüglich keine Rolle spielte. – Umfassend zur Regelungsnotwendigkeit durch ein formelles Gesetz zum Parallelproblem im Jugendstrafvollzug *K. Laubenthal*, Jugendstrafvollzug und Gesetz, in: DVJJ (Hrsg.), Entwicklungen im Jugendstrafrecht, Erlangen 2005, S. 65 ff. (68 ff.).

112 Das Strafvollzugsgesetz ist demnach nötig, um Eingriffe in die Rechte der Gefangenen auf eine taugliche Basis zu stellen. Diese – aus heutiger Betrachtung höchst selbstverständliche – (Ein-)Sicht musste, wie dargelegt, auch Jahrzehnte nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland erst langsam wachsen. So stellte *Schüler-Springorum* noch 1969 fest, dass diese von ihm dogmatisch hergeleitete Erkenntnis „als Gegenteil dessen“ angesehen werden könnte, „was vielleicht zu erwarten war“, *Schüler-Springorum*, Strafvollzug (Fn. 22), S. 120. Die vorherige „Sinnspitze des Wunsches“ nach einem Strafvollzugsgesetz zielte bis dato umgekehrt darauf, mit dem Gesetz „endlich einmal die Rechte des Gefangenen“ festzulegen, ebd., S. 121 (Hervorhebung i.O., K.J.).

C. Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug zwischen Bund und Ländern

In einem Land, dessen föderale Tradition bis in die Anfänge des Alten Reichs vor über tausend Jahren – wenngleich über die Jahrhunderte mit wechselnden Begründungen und Legitimierungen – zurückreicht¹¹³, stellt sich geradezu notorisch die Frage nach der zuständigen Gesetzgebungsgewalt. Im bundesrepublikanischen Strafvollzug schien die Antwort sowohl für die Bundesregierung als auch für das Bundesverfassungsgericht beinahe ebenso offensichtlich auf der Hand zu liegen. Für erstere hatte der damalige Justizminister der Großen Koalition und spätere Bundespräsident *Gustav Heinemann* (SPD)¹¹⁴ die 1967 eingesetzte Strafvollzugskommission mit den Vorarbeiten eines entsprechenden Bundesgesetzes betraut¹¹⁵ – Vorarbeiten, die sich im Übrigen über mehrere Legislaturperioden und damit verschiedene Bundesregierungen hinweg erstreckten –, letzteres appellierte in seiner grundlegenden „Strafgefangenen-Entscheidung“ 1972¹¹⁶ ganz offen allein an den Bundesgesetzgeber. Die Länder schließlich erhoben weder Einwände noch Anspruch auf die Regelungsmaterie. Es herrschte allseitiges Einvernehmen über eine Bundeskompetenz für die Strafvollzugs-gesetzgebung.

Den verfassungsrechtlichen Hintergrund für die ursprüngliche Bundeskompetenz stellte die Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG in ihrer anfänglichen Fassung und verfassungsgerichtlichen Auslegung dar – dazu I. –. Zwei Verfassungsrevisionen bewirkten dann jedoch Veränderungen: Erst führte die Ersetzung der Bedürfnis- durch eine Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG im Jahre 1994 zu einem heimlichen, da weder intendierten noch bemerkten Kompe-

113 Vgl. zu der Entwicklung im Alten Reich die Darstellung von *G. Anschütz*, Rückblick auf ältere Entwicklungsstufen der Staatsbildung und des Staatsrechts in Deutschland, in: ders./R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 1, Tübingen 1930, S. 17 ff. Er machte über die Jahrhunderte zwei zentrale „Entwicklungsbahnen“ in Deutschland aus, die sich „von jeher bekämpft“ hatten: einerseits den *nationalen* Staatsbildungsprozess, andererseits den *partikularen* Staatsbildungsprozess (Zitate: S. 17).

114 *Gustav Heinemann* war bis 1952 Mitglied der CDU gewesen, gehörte dann als Gründungsmitglied der GVP an. Nachdem dieser kein durchschlagender Erfolg beschieden war, wechselten viele Mitglieder, darunter auch *Heinemann*, 1957 in die SPD.

115 Gute Übersicht über die Zeit bis zum Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes, insbesondere mit Blick auf die Entwürfe hierzu bei *Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 5), Rn. 123 ff., 127 ff.

116 BVerfGE 33, S. 1 ff. (13).

tenzübergang auf die Länder – II. –, ehe die Föderalismusreform des Jahres 2006 die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder offen festschrieb – III. –.

I. Ursprüngliche Bundeskompetenz – die Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 a.F. GG

Erlassen wurde das Strafvollzugsgesetz von 1977 auf Grundlage des in Art. 74 Nr. 1 GG in der damaligen Fassung genannten Kompetenztitels „Strafvollzug“¹¹⁷. So klar, unangefochten und folgerichtig die Wahrnehmung dieser Kompetenz durch den Bundesgesetzgeber damals schien, so gehörte die Materie doch dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes an, unterlag demgemäß den Anforderungen des seinerzeitigen Art. 72 Abs. 2 GG: Dem Bund stand das Gesetzgebungsrecht nur zu, „soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung“ bestand¹¹⁸.

Das Bundesverfassungsgericht signalisierte allerdings frühzeitig, dass es den Ausdruck „Bedürfnis“ für seiner „Natur nach nicht justitiabel“ hielt, vielmehr dem Bundesgesetzgeber ein weiter politischer Spielraum zukomme, der nur auf Fehler bei der Ermessensentscheidung kontrolliert werden könne¹¹⁹. Insofern wurde das Vorliegen eines solchen Bedürfnisses jedenfalls zur Wahrung der Rechtseinheit für den Strafvollzug in der Entstehungsgeschichte des Strafvollzugsgesetzes kaum thematisiert, geschweige denn angezweifelt. In die Kritik geriet allenfalls der allein unter Bezugnahme auf die laufenden Vorarbeiten der

117 Zur Entstehungsgeschichte des Art. 74 Nr. 1 GG vgl. umfassend: Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 18/I, herausgegeben von H.-P. Schneider/J. Kramer, Frankfurt a.M. 2009, S. 185 ff.

118 Dieses Bedürfnis konnte sich aus drei Alternativen ergeben: Zum einen im Falle überregionaler Angelegenheiten, die von einzelnen Ländern nicht wirksam geregelt werden konnten; zum zweiten bei regionalen Angelegenheiten, die aber Auswirkungen auf mindestens ein anderes Land oder den Bund haben konnten; und schließlich falls die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus es erforderte.

119 Wenngleich noch offen lassend mit entsprechender Tendenz schon BVerfGE 1, S. 264 ff. (272 f.). Grundlegend ein Jahr später BVerfGE 2, S. 213 ff. (224 f.; Zitat: 224); von da an ständige Rechtsprechung, vgl. nur die folgenden E 13, S. 230 ff. (233 f.); 26, S. 338 ff. (382 f.); 78, S. 249 ff. (270). Dazu R. Stettner, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Supplementum 2007 zu Band II, 2. Aufl., Tübingen 2007, Art. 72 Rn. 18, der zu Recht insbesondere auch die in den Gerichtsentscheidungen verschwimmenden Grenzen zwischen den Termini „unbestimmter Rechtsbegriff“ und „Ermessen“ bemängelt.

Bundesregierung für ein Strafvollzugsgesetz ergangene, vielleicht etwas voreilige explizite Appell des Bundesverfassungsgerichts an den *Bundesgesetzgeber*¹²⁰. Denn im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz, so wurde richtig angemerkt, hat der Bund „keine Gesetzgebungspflicht, sondern nur die Befugnis, die Gesetzgebung an sich zu ziehen, wenn er ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung feststellt“¹²¹. Ob sich die politische „Ermessensentscheidung“ über das Vorliegen des Bedürfnisses allein durch die Vorarbeiten der Bundesregierung und das offensichtliche Desinteresse der Landesparlamente bereits hinreichend konkretisiert hatte, war umstritten¹²², scheint aber doch insbesondere mit Blick auf die noch ausstehende Entscheidung des für die Gesetzgebung allein maßgeblichen Bundestages äußerst fraglich.

Doch ändert dies an der Tatsache nichts, dass *nach* dem Beschluss des Bundestages über den Erlass eines Strafvollzugsgesetzes das Vorliegen eines Bedürfnisses nicht mehr in Frage gestellt wurde. Letzteres war jedenfalls aus der Sicht der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch nur folgerichtig, da gerade unter den Terminus der „Rechtseinheit“ durch die weite Auslegung des Gerichts, das hierunter nicht allein die Bewahrung, sondern zugleich auch die erst vom Bundesgesetzgeber intendierte Einheit verstand¹²³, „jedes sachgerechte Bundesgesetz“¹²⁴ zu subsumieren war. So ist kein einziges Gesetz jemals an der alten Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG gescheitert¹²⁵. Ohnehin reklamierten die Länder weiterhin weder die Zuständigkeit für den Strafvollzug für sich, noch ergriffen sie die Initiative zum Erlass eigener Regelungen.

120 In dieser Hinsicht ohne Problembewusstsein: BVerfGE 33, S. 1 ff. (13).

121 *Starck*, Anmerkung (Fn. 101), S. 361. – In dieser Bemerkung tritt zugleich das faktische Feststellungsmonopol des Bundesgesetzgebers über das Vorliegen des „Bedürfnisses“ offen zu Tage („er ... feststellt“ anstelle von „vorliegt“ o.ä.).

122 Vgl. z.B. pro: *Starck*, Anmerkung (Fn. 101), S. 361; contra: *Peters*, Freiheit (Fn. 99), S. 491.

123 BVerfGE 13, S. 230 ff. (233 f.); rückblickend zur weiten Auslegung des Bundesverfassungsgerichts insgesamt: E 106, S. 62 ff. (135 ff.).

124 Prägend: *T. Maunz*, in: ders./G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, München 1958 ff., Art. 72 (1984), Rn. 23; wenngleich häufig mit der Formulierung „jedes vernünftige Bundesgesetz“ zitiert.

125 Statt vieler *H.-W. Rengeling*, Gesetzgebungszuständigkeit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 135 Rn. 163.

II. Heimlicher Übergang der Kompetenz auf die Länder – das 42. Änderungsgesetz zum Grundgesetz von 1994

In den Jahren nach Erlass des Strafvollzugsgesetzes durch den Bund 1977 änderte sich an dieser Rechtslage nichts. Wenngleich wahrlich nicht arm an politischen Auseinandersetzungen, so war dies doch aus der Sicht des Grundgesetzes die ruhigste Zeit der Bundesrepublik. In den knapp anderthalb Jahrzehnten zwischen 1976 mit dem 34. und 1990 mit dem 36. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vollzog sich lediglich eine Verfassungsänderung¹²⁶. Erst im Zuge der Wiedervereinigung kam es zu einer Reihe neuer Grundgesetzänderungen, von denen sich das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes 1994 auch dem Bereich der Gesetzgebungskompetenzen zuwandte, hier insbesondere der bisherigen Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, und auf diesem Wege Auswirkungen für die Materie „Strafvollzug“ zeitigte.

Nach einem kurzen Blick auf Anlass und Ursache der Verfassungsrevision – 1. –, sollen die den Strafvollzug betreffenden Änderungen der Reform, insbesondere die Ersetzung der Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG durch das Erforderlichkeitskriterium, dargestellt werden – 2. –, ehe sich sodann Ausführungen zu den unvermuteten strafvollzuglichen Auswirkungen der Grundgesetzänderung – 3. – sowie zu den Konsequenzen für die von 1994 bis 2006 erlassenen Änderungsgesetze zum Bundesstrafvollzugsgesetz – 4. – anschließen.

1. Anlass und Ursache der Verfassungsrevision

Äußerer Anlass der Revision des Art. 72 Abs. 2 GG im Jahre 1994 durch das 42. „Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes“¹²⁷, das die Bedürfnisklausel durch eine neuartige Regelung ersetzte, war „das epochale Ereignis der deutschen Wiedervereinigung“¹²⁸. Nach – vielfach ideologisch aufgeladenen – Kontrover-

126 Mit Gesetz vom 21.12.1983, in Kraft getreten am 1.1.1984 (BGBl. Teil I 1983, S. 1481), wurde die in Art. 21 Abs. 1 GG verankerte Rechenschaftspflicht der Parteien erweitert – eine Grundgesetzänderung, die sich nicht zuletzt aus einem der größten politischen Skandale der Nachkriegszeit, dem als „Flick-Affäre“ bekannt gewordenen Parteienfinanzierungsskandal, ergab.

127 BGBl. Teil I 1994, S. 3146.

128 Formulierung bei *H. Dreier/F. Wittreck*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Entstehung und Entwicklung, Gestalt und Zukunft, in: dies. (Hrsg.),