

Die „Nebenfolge“

Eigenständige Rechtsfolge oder Auffangbecken des Sanktionenrechts?

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Sebastian Sobota**, Mainz

Obwohl sich als „Nebenfolgen“ in § 45 StGB und im Nebenstrafrecht zahlreiche, zum Teil gesetzliche Rechts- und Fähigkeitsverluste finden, die den Verurteilten noch härter als die Strafe selbst treffen können (und es jedes Jahr tausendfach tun), sind die Konturen dieser Sanktion weitgehend unklar. Der Beitrag diskutiert deshalb den derzeitigen Meinungsstand und stellt einen neuen Ansatz zur Auslegung der Nebenfolge und zu ihrer Einordnung in das strafrechtliche Sanktionensystem vor.

I. Einleitung

Das geltende Strafgesetzbuch enthält nicht nur Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, sondern zwischen diesen beiden zentralen Sanktionen eine weitere, die unter dem unscheinbaren Titel „Nebenfolgen“ firmiert: In den §§ 45 ff. StGB ist der zeitweise Verlust von Amtsfähigkeit, Wählbarkeit und Stimmrecht durch beziehungsweise infolge strafgerichtliche/r Verurteilung geregelt. Trotz der großen praktischen Bedeutung dieser und möglicher weiterer im Nebenrecht befindlicher Nebenfolgen sind ihre Konturen weitgehend unklar, ja es existiert nicht einmal eine allgemein anerkannte Definition, was eine Nebenfolge eigentlich ist. Vielmehr konstatierte *Nelles* bereits vor 25 Jahren, dass Rechtsprechung und Wissenschaft sich wenig für eine prinzipielle Einordnung der Nebenfolge in das Sanktionensystem des StGB interessieren.¹ Daran hat sich bis heute nicht viel geändert. Inzwischen wurden die unter der Überschrift „Nebenfolgen“ firmierenden §§ 45 ff. StGB zwar in einigen Monographien behandelt, aber jeweils ging es nur um bestimmte Fragestellungen im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung des § 45 StGB, insbesondere seines Absatzes 2, oder allgemein um das Sanktionenrecht.² Die ganz grundsätzliche Frage, was unter einer Nebenfolge überhaupt zu verstehen ist, wurde bisher kaum erörtert, obwohl ihr über das akademische Interesse hinaus auch praktische Bedeutung etwa im Registerrecht (siehe § 5 Abs. 1 Nr. 7 BZRG) und besonders bei der Strafzumessung zukommt. Im Folgenden möchte ich deshalb ein Teilergebnis meiner Untersuchung zur Nebenfolge vorstellen.³

II. Status quo

Hierzu soll der Blick zunächst auf den aktuellen Meinungsstand gerichtet werden. Der Ausgangspunkt, um die Rechtsnatur der Nebenfolge zu bestimmen, kann nur der vom Gesetz im 3. Abschnitt unter dem 1. Titel als „Nebenfolgen“

überschriebene § 45 StGB sein. Er enthält drei verschiedene Varianten: In Absatz 1 ist der kraft Gesetzes eintretende Verlust der Amtsfähigkeit und der Wählbarkeit geregelt. Die Absätze 2 und 5 enthalten dagegen fakultative Regelungen, die es in das Ermessen des Gerichts stellen, dem Verurteilten die Amtsfähigkeit und das passive Wahlrecht (Abs. 2) oder sogar das aktive Wahl-/Stimmrecht (Abs. 5) zu entziehen, soweit es das Gesetz besonders vorsieht, etwa in den §§ 92a, 101, 109i, 358 StGB.

1. Die Nebenfolge in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist für die Bestimmung der Nebenfolge unergiebig, was primär an der extrem geringen praktischen Relevanz der Absätze 2 und 5 des § 45 StGB liegen dürfte.⁴ Der praktisch ungleich häufigere,⁵ weil kraft Gesetzes eintretende, Verlust nach § 45 Abs. 1 StGB dagegen eröffnet dem Richter keinen Raum für eigene Entscheidungen, weshalb er der Rechtsprechung (jenseits des Zusammenspiels mit der Strafe im Rahmen ihrer Zumessung⁶) nicht zum Gegenstand taugt. Meist wird daher in Rechtsprechung und Literatur auf eine alte Entscheidung aus den 1950er Jahren rekurriert, in der es heißt, dass die fakultative Aberkennung der Amtsfähigkeit keine „Sicherungsmaßnahme“, sondern „Nebenstrafe“ sei.⁷ Diese Entscheidung ist jedoch inzwischen überholt, erging sie doch noch zum alten § 35 StGB in seiner noch vor der Großen Strafrechtsreform gültigen Fassung.⁸ Damals verwendete das Gesetz noch den Begriff „Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte“, die entehrende Zuchthausstrafe (siehe § 20 StGB a.F.) war noch nicht abgeschafft und die Aberkennung von Teilhaberechten nach § 32 StGB war – wenn auch nicht nur – von der „ehrlosen Gesinnung“ des Täters abhängig.⁹ Dennoch hat sich der BGH nicht erneut mit der Rechtsnatur des § 45 StGB beschäftigt,¹⁰ sondern insofern auf seine alte Entscheidung Bezug genommen.¹¹ Daraus wird man folgern müssen, dass er mit der h.M. zum alten Recht¹² die fakultativen Regelungen der § 45 Abs. 2 und 5 StGB als Nebenstrafe begreift, während er § 45 Abs. 1 StGB

⁴ So gab es im Jahr 2013 bundesweit keine einzige Aberkennung nach § 45 Abs. 2 und 5 StGB, siehe Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 3, Strafverfolgung 2013, 2013, S. 364.

⁵ Zahlen aus der Strafverfolgungsstatistik bei *Sobota* (Fn. 3), S. 24.

⁶ Eingehend dazu *Sobota* (Fn. 3), S. 197 ff.

⁷ BGH bei *Dallinger*, MDR 1956, 9.

⁸ Zutreffend daher auch *Schwarz* (Fn. 2), S. 47, Fn. 233.

⁹ BGHSt 5, 198.

¹⁰ Dies konstatiert auch *Theune*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 45 Rn. 15.

¹¹ BGH NJW 2008, 929.

¹² Siehe dazu *Sobota* (Fn. 3), S. 99.

¹ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18).

² *Schwarz*, Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts, 1991; *Geiger*, Die Rechtsnatur der Sanktion, 2006; *Weinrich*, Statusmindernde Nebenfolgen als Ehrenstrafen im Sanktionensystem des StGB, 2009; *Oelbermann*, Wahlrecht und Strafe, 2011.

³ *Sobota*, Die Nebenfolge im System strafrechtlicher Sanktionen, 2015; besprochen von *Kinzig*, GA 2016, 158.

ohne nähere Erläuterung eine Nebenfolge nennt.¹³ Ganz eindeutig ist seine Position aber nicht, denn der BGH nennt in der o.g. Entscheidung von 2008 auch § 45 Abs. 2 StGB eine Nebenfolge, weist dann aber im Rahmen der Strafzumessung darauf hin, dass es sich dem „Sinngehalt“ nach um eine Nebenstrafe handelt.¹⁴

2. Die Nebenfolge in der Literatur

Im Schrifttum finden sich verschiedene Bestimmungen der Nebenfolge. Vielfach wird jedoch auch hier auf eine Definition ganz verzichtet.¹⁵ *Stree/Kinzig* definieren als Vertreter eines verbreiteten Verständnisses Nebenfolgen als „Rechtsfolgen der Straftat, die keinen spezifischen Strafcharakter haben.“¹⁶ Die Grenze zur Nebenstrafe sei fließend und Nebenfolgen seien allgemein Rechtsinstitute mit Doppelcharakter, bei denen ein repressives Element zwar vorhanden, aber für ihren Charakter nicht prägend sei. Nach *v. Heintschel-Heinegg* zeichnen sich Nebenfolgen dadurch aus, dass sie „automatisch an die Haupttat anknüpfen, z.B. § 45 Abs. 1 StGB, § 165 StGB, § 200 StGB.“¹⁷ Und *Häger* formuliert in Anlehnung an *Maurach/Gössel/Zipf*¹⁸ sowie *Jescheck/Weigend*¹⁹, dass Nebenfolgen Rechtsfolgen einer Straftat seien, „die einen aus verschiedenen Elementen zusammengesetzten Rechtscharakter haben, da sie sich weder nur als Nebenstrafen, noch als Sicherungsmaßnahmen, noch rein als Schadensersatz auffassen lassen.“²⁰ Soweit es speziell um die Einordnung des § 45 StGB geht, wird schließlich noch vertreten, dass er als materiell nicht-strafrechtliche Rechtsbeziehungswise Nebenfolge einheitlich dem Beamten- und Wahlrecht zuzuordnen ist.²¹

3. Stellungnahme

¹³ BGH NJW 2001, 2407 (2408).

¹⁴ BGH NJW 2008, 929 (930). In BGHSt 35, 28 wird § 45 Abs. 2 StGB ebenfalls als Nebenfolge bezeichnet.

¹⁵ Etwa bei *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2014, S. 437 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 363 ff.; *Mosbacher/Claus*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 45 Rn. 1 ff.

¹⁶ *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 38 Rn. 31. Ebenso *Radtke*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 38 ff. Rn. 75.

¹⁷ *v. Heintschel-Heinegg*, in: *v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.9.2016, § 38 Rn. 4.

¹⁸ *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 61 I. Rn. 3.

¹⁹ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 785.

²⁰ *Häger*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 10), Vor § 38 Rn. 47.

²¹ *Nelles*, JZ 1991, 17 (21 ff.), und *Albrecht*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 45 Rn. 6; für eine solche Lösung de lege ferenda *Schwarz* (Fn. 2), S. 104.

All diese Definitionen werden ihrer Aufgabe, dem Begriff der Nebenfolge einen abgrenzungsfähigen Inhalt zu verleihen, nicht vollständig gerecht. Insbesondere die letztgenannte ist keine eigenständige Interpretation der Nebenfolge, sondern erscheint wie ein Sammelbegriff, unter den Rechtsfolgen gefasst werden, deren Natur nicht eindeutig ist. Im Kern verfährt sie zirkulär, weil ihre – in der Sache zudem bloß negativ umschriebenen – inhaltlichen Elemente „Nebenstrafe, Sicherungsmaßnahme und Schadensersatz“ bloß einzelne Zwecke der zurzeit in der Literatur²² überwiegend als „Nebenfolge“ eingestuften §§ 45, 165, 200 StGB darstellen. Während die Bestimmung der Nebenfolge anhand des § 45 StGB, der nun einmal die einzige Rechtsfolge²³ unter der gesetzlichen Überschrift „Nebenfolgen“ ist, folgerichtig ist, erschließt sich die Übernahme der Zwecke der §§ 165, 200 StGB in eine allgemeine Definition der Nebenfolge nicht ohne weiteres.²⁴ Denn besagte Normen stehen weder im selben Abschnitt, noch werden sie vom Gesetz als Nebenfolgen bezeichnet. Sie unterscheiden sich auch sonst von der Regelungstechnik des § 45 StGB (kraft Gesetzes und nach Ermessen – Antrag des Verletzten) und stellen lediglich nach teilweise vertretener Ansicht Nebenfolgen dar. Ein nebenstrafender Charakter der Nebenfolge steht im Übrigen im Widerspruch dazu, dass der Gesetzgeber sie gerade nicht der Nebenstrafe zugeschlagen, sondern für sie eine eigene gesetzliche Überschrift geschaffen hat.

Die kurze Definition von *Stree/Kinzig*, wonach Nebenfolgen schlicht Rechtsfolgen ohne spezifischen Strafcharakter seien, besagt nur, was die Nebenfolge nicht ist. Damit fehlt ihr insbesondere ein spezifischer Zweck, obwohl ein solcher regelmäßig wichtige Hinweise für die Auslegung einer Sanktion und ihre Abgrenzung von anderen Rechtsfolgen liefert.²⁵ Darüber hinaus bleibt unklar, worin genau der „Doppelcharakter“ der Nebenfolge bestehen soll, wenn lediglich als ein Aspekt ihr unspezifischer (?) Strafcharakter genannt wird. Auch die Abgrenzung zur Strafe leistet diese Definition nicht, denn im Rahmen der § 45 Abs. 2 und 5 StGB ist gerade umstritten, ob ihnen der spezifische Strafcharakter nun fehlt oder ob es sich materiell nicht doch um Nebenstrafen handelt.²⁶

²² Siehe *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 165 Rn. 1 i.V.m. § 200 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 165 Rn. 1 i.V.m. § 200 Rn. 1; *Ruß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 165 Rn. 1; *Rudolphi/Rogall*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 165 Rn. 1; *Lenckner/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 16), § 165 Rn. 1.

²³ §§ 45a f. StGB enthalten lediglich Ausführungsbestimmungen zu § 45 StGB.

²⁴ Ihre Gemeinsamkeit mit § 45 StGB erschöpft sich darin, dass beide auf die Ehrenstrafen zurückgehen, siehe *Sobota* (Fn. 3), S. 162 f.

²⁵ Vgl. etwa die Abgrenzung von Strafe und Maßregel; dazu *Sobota* (Fn. 3), S. 58 ff. m.w.N.

²⁶ Siehe nur *Kühl* (Fn. 22), § 45 Rn. 3.

Schließlich lässt eine solche Definition, die lediglich gegen eine der beiden „Sanktionsspuren“ abgrenzt, das Verhältnis zur Maßregel im Dunkeln.²⁷

Was die Definition v. *Heintschel-Heinegg*s betrifft, so gelingt ihr jedenfalls die Abgrenzung zu anderen Sanktionen, weil sie mit dem Gesichtspunkt der Automatik ein trennscharfes Kriterium enthält. Weder Strafe noch Maßregel treten nämlich allgemein kraft Gesetzes ein.²⁸ Allerdings knüpft der als Beispiel genannte § 45 Abs. 1 StGB nicht an die Tat, sondern eine bestimmte Verurteilung an. Doch auch wenn mit Haupttat vermutlich Hauptstrafe gemeint ist,²⁹ bleibt die Aufzählung unstimmtig, weil die darüber hinaus genannten §§ 165, 200 StGB nicht automatisch kraft Gesetzes eintreten, sondern nur auf Antrag des Verletzten. Ferner enthält auch diese Definition der Nebenfolge keinen Zweck.

III. Was ist eine Nebenfolge?

Diese Bestandsaufnahme zeigt die Notwendigkeit, die Nebenfolge neu zu bestimmen, was freilich voraussetzt, dass sie überhaupt eine eigenständige Rechtsfolge darstellt. Der bisherige Meinungsstand zur Einordnung des § 45 StGB gibt indes Anlass zu der Frage, ob der Begriff der Nebenfolge nicht lediglich ein Etikett für eine der Sache nach als Strafe oder Maßregel zu qualifizierende Sanktion ist. Daraus ergeben sich grundsätzlich drei Möglichkeiten: 1. Nebenfolgen sind (Neben-)Strafen. 2. Nebenfolgen sind Maßregeln. 3. Nebenfolgen sind Sanktionen eigener Art (*sui generis*).³⁰

1. Sind Nebenfolgen (Neben-)Strafen?

Die Strafe zeichnet – grob zusammengefasst³¹ – aus, dass sie gezielt durch Auferlegung eines (ggf. normativ zu verstehenden) Übels in die Grundrechte des Täters eingreift und gleichzeitig die sozialetische Missbilligung der Tat ausdrückt. Ihr Zweck ist es nach herrschendem Verständnis, sowohl die begangene Tat schuldangemessen zu vergelten als auch künftige Straftaten zu verhindern. Dieser Definition müsste also auch § 45 StGB entsprechen, wenn er in der Sache Strafcharakter hätte, wobei er wegen seiner zwingenden Verknüpfung mit einer Hauptstrafe naturgemäß nur Nebenstrafe sein kann. Allerdings besitzt auch die Nebenstrafe vollständige Strafqualität.³² Aufgrund der Besonderheiten in der Regelungstechnik und nicht zuletzt aus historischen Gründen³³ bietet es sich an, den automatischen und fakultativen Verlust der Statusrechte getrennt zu untersuchen.

a) § 45 Abs. 1 StGB als Nebenstrafe

aa) Automatik

Während man darüber, ob die übrigen Aspekte der Strafe im Falle des § 45 Abs. 1 StGB einschlägig sind, durchaus streiten kann, gerät die automatische Rechtsfolge in erster Linie mit dem Strafzweck der schuldangemessenen Vergeltung in Konflikt. Die Vertreter, die Absatz 1 als Nebenfolge und nicht als Nebenstrafe begreifen, führen deshalb zur Begründung hauptsächlich an, dass eine Rechtsfolge, die ohne weitere richterliche Entscheidung an die Verurteilung wegen einer Straftat anknüpft, nicht auf einem Akt der Strafzumessung beruht und daher keine Strafe sein kann.³⁴ Dagegen wenden andere ein, dass es beim Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) ebenfalls keinen Strafzumessungsspielraum gebe, sondern „gleichsam automatisch“³⁵ die lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werde.³⁶

Der Vergleich mit § 211 StGB ist allerdings nicht tragfähig. Ihm ist zunächst entgegenzuhalten, dass selbst im Rahmen zwingender Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe noch Strafzumessung stattfindet, da § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB den Tatrichter zu einer Quantifizierung der Schuld durch Feststellung einer „besonderen Schwere“ nötigt, die dann praktisch wie eine weitere Qualifikation wirkt.³⁷ Die Rechtsprechung schränkt die Absolutheit lebenslanger Freiheitsstrafe beim Mord ohnehin ein, indem sie über die Milderungsmöglichkeiten des Allgemeinen Teils hinaus in Fällen heimtückischer Tötung bei Vorliegen außergewöhnlicher schuld mindernder Umstände eine Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB erlaubt.³⁸ Weiter ist zu berücksichtigen, dass die lebenslange Freiheitsstrafe an sich bereits eine Ausnahmestellung genießt, die durch ihre zwingende Verhängung beim Mord ultimativ zugespitzt wird. Es ist daher bereits methodisch zweifelhaft, aus einer solchen extremen Ausnahme zu schließen, dass Strafe allgemein auch kraft Gesetzes eintreten und eine Sanktion, die immer kraft Gesetzes eintritt, Strafe sein kann. Der Vergleich mit § 211 StGB geht auch insofern fehl, als sich die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe und der automatische Rechtsverlust nach § 45 Abs. 1 StGB darin unterscheiden, dass erstere an eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Tat (= Straftat) anknüpft, während der automatische Verlust von Amtsfähigkeit und Wählbarkeit zusätzlich bereits eine Verurteilung zu einer bestimmten Strafe voraussetzt. § 45 Abs. 1

²⁷ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18).

²⁸ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18).

²⁹ Diese Ähnlichkeit zur Nebenstrafe betont nämlich *Radtke* (Fn. 16), Vor §§ 38 ff. Rn. 75.

³⁰ So schon *Nelles*, JZ 1991, 17 (18).

³¹ *Sobota* (Fn. 3), S. 27 ff. m.w.N.

³² *Sobota* (Fn. 3), S. 44 ff. m.w.N.

³³ RStGB und StGB a.F. regelten automatischen und fakultativen Verlust der Statusrechte noch in zwei getrennten Normen, siehe dazu *Sobota* (Fn. 3), S. 86 ff., 99.

³⁴ Der Einwand geht zurück auf *Schafheutle*, in: Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode (Hrsg.), Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses Strafrecht, S. 587. In der Sache ähnlich: *Nelles*, JZ 1991, 17 (18), und ihr folgend *Oelbermann* (Fn. 2), S. 221; *Radtke* (Fn. 16), § 45 Rn. 6; *Hirsch*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 45 Rn. 1; *Streng* (Fn. 15), Rn. 364.

³⁵ *Mosbacher/Claus* (Fn. 15), § 45 Rn. 3.

³⁶ *Geiger* (Fn. 2), S. 252 f., 254 f.; *Mosbacher/Claus* (Fn. 15), § 45 Rn. 3; *Weinrich* (Fn. 2), S. 151.

³⁷ *Fischer* (Fn. 22), § 57a Rn. 7 m.w.N.

³⁸ BGHSt 30, 105; siehe zuletzt aber BGH NSStZ 2016, 469.

StGB ist nicht die Rechtsfolge einer Straftat, sondern die Folge einer bestimmten Verurteilung³⁹ und deshalb schon aus regelungstechnischen Gründen keine Strafe.⁴⁰

Ihrem Wesen nach setzt Strafe Zumessung voraus, weil sie auf der Grundlage der individuellen Schuld des Täters verhängt wird und kraft Gesetzes auch einen dezidiert spezialpräventiven Auftrag hat (§ 46 Abs. 1 StGB). Der Gesetzgeber kann die Schuld nicht im Vorhinein für jeden Einzelfall abschließend beurteilen und stellt daher regelmäßig Strafrahmen zur Verfügung.⁴¹ Dies wird auch vom BVerfG betont, wenn es ausführt, dass absolut angedrohten Strafen die Gefahr innewohnt, in Konflikt mit dem Schuldgrundsatz zu geraten, indem etwa der Richter durch eine zu starre gesetzliche Strafandrohung gezwungen wird, eine schuldinadäquate Strafe zu verhängen.⁴² Weiter nimmt es sogar an, dass das Schuldprinzip zur Vermeidung unverhältnismäßiger und ungerechter Strafen tendenziell die Bestimmung von Strafrahmen einfordert.⁴³ Bereits in anderem Zusammenhang hatte das BVerfG die Bedeutung des Schuldgrundsatzes für die Ausgestaltung der Strafdrohung dahingehend konkretisiert, dass dem Richter die Möglichkeit eingeräumt werden muss, die Strafen bei Taten von unterschiedlicher Schwere jeweils anzupassen.⁴⁴ Es liegt somit auf der Hand, dass sich eine Sanktion wie § 45 Abs. 1 StGB, die ausschließlich automatisch eintritt, dem Richter keinerlei eigene Entscheidung zubilligt,⁴⁵ eine starre Höhe besitzt und insbesondere auch kein Absehen⁴⁶ vom Eintritt ermöglicht, mit diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung von Strafdrohungen nicht vereinbaren lässt.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht überraschend, dass die exklusiv-absolute Strafandrohung des § 211 StGB in der aktuellen Reformdiskussion nahezu einhellig als eines der größten Probleme angesehen und womöglich irgendwann Geschichte sein wird.⁴⁸

Schließlich kommt ein weiterer Konflikt hinzu, wenn man die Automatik des § 45 Abs. 1 StGB für alle Fälle der (ungemilderten) Verurteilung wegen eines Verbrechens als gesetzliche Nebenstrafe begreift. Dann wäre sie Teil der abs-

trakten Strafdrohung für Verbrechen und würde nicht weniger als eine eigene Strafart (Freiheitsstrafe unter Verlust von Amtsfähigkeit und Wählbarkeit) begründen, womit sozusagen durch die Hintertür eine der zentralen Errungenschaften der Großen Strafrechtsreform, nämlich der Abschied von der entehrenden Zuchthausstrafe durch die Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe, wieder rückgängig gemacht würde.⁴⁹

bb) Andere Argumente für den Strafcharakter des § 45 Abs. 1 StGB

Ein Teil der Literatur will die Absätze 1, 2 und 5 des § 45 StGB dennoch einheitlich als Nebenstrafen qualifizieren.⁵⁰ Dafür soll in systematischer Hinsicht sprechen, dass die Nebenfolgen unter dem Titel „Strafen“ eingeordnet sind.⁵¹ Weiter knüpfe Absatz 1 an ein bestimmtes durch die Höhe der Freiheitsstrafe definiertes Maß der Schuld an.⁵² Und schließlich sei nicht einzusehen, warum identische Rechtsfolgen allein wegen ihres unterschiedlichen Eintritts einmal als Strafe und einmal als Nicht-Strafe begriffen werden sollten – der Strafcharakter einer Rechtsfolge bestimme sich allein nach materiell-rechtlichen Grundsätzen und nicht nach dem Entscheidungsspielraum des Richters.⁵³

Doch auch diese Ansicht vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. So ist das systematische Argument nicht geeignet, den Schluss auf die Strafqualität des gesamten § 45 StGB zu tragen. Es erklärt nämlich nicht, warum die gesetzliche Überschrift nicht „Nebenstrafe“, sondern „Nebenfolgen“ lautet, mit anderen Worten warum die §§ 45 ff. StGB überhaupt unter einer eigenen Überschrift stehen. Man kann daher genauso gut argumentieren, dass die Stellung des § 45 StGB gegen eine Einordnung als Strafe spricht⁵⁴ und nicht mehr als eine gewisse Regelungsnähe zur Strafe belegt, die aber auch für einen nicht-strafenden § 45 Abs. 1 StGB sachgerecht erscheint, weil er als zusätzliche Rechtsfolge an die Strafverurteilung anknüpft.⁵⁵ Eine Erklärung für dieses auf den ersten Blick widersprüchliche System liefert im Übrigen die Entstehungsgeschichte des heutigen § 45 StGB, die maßgeblich vom Entwurf 1962 geprägt wurde.⁵⁶ Dort war in § 45 StGB-E unter der Überschrift „Wirkungen der Zuchthausstrafe“ (und nicht als eigenständige Strafe) eine gesetzliche Rechtsminderung vorgesehen. In § 56 StGB-E wurde dagegen eine fakultative Statusminderung ausdrücklich als „Nebenstrafe“ geschaffen. Nachdem sich die Große Strafrechtskommission mehrheitlich für die Abschaffung der Zuchthausstrafe ausge-

³⁹ In diesem Sinne bereits zum ähnlichen § 31 RStGB *Dolles*, Die Nebenstrafe an der Ehre, 1914, S. 60.

⁴⁰ Zustimmend *Kinzig*, GA 2016, 158 (159).

⁴¹ *Hettinger*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, 1993, S. 77 (78 f.).

⁴² BVerfGE 105, 135 (154), und zuvor schon BVerfGE 54, 100 (109).

⁴³ BVerfGE 105, 135 (155).

⁴⁴ BVerfGE 45, 187 (260).

⁴⁵ Vgl. dazu *Radtko* (Fn. 16), § 45 Rn. 18: „Es erfolgt kein Wertungsakt des Gerichts.“

⁴⁶ Siehe dagegen bei der Strafe §§ 46a, 60 StGB.

⁴⁷ Soweit der BGH in ständiger Rechtsprechung zwingende gesetzliche Folgen in die Strafzumessung integriert, sorgt er für unauflösbare Widersprüche, Kritik bei *Sobota* (Fn. 3), S. 117 f und 197 ff.

⁴⁸ Abschlussbericht Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), 2015, S. 16, 55 ff.

⁴⁹ *Nelles*, JZ 1991, 17 (19); *Jekewitz*, GA 1977, 161 (169); *Albrecht* (Fn. 21), § 45 Rn. 6.

⁵⁰ *Theune* (Fn. 10), § 45 Rn. 1; *Geiger* (Fn. 2), S. 270.

⁵¹ *Theune* (Fn. 10), § 45 Rn. 1; *Hirsch* (Fn. 34), § 45 Rn. 1; dies im Hinblick auf die Absätze 2 und 5 betonend *Radtko* (Fn. 16), § 45 Rn. 7.

⁵² *Theune* (Fn. 10), § 45 Rn. 1.

⁵³ *Theune* (Fn. 10), § 45 Rn. 1; ebenso *Nelles*, JZ 1991, 17 (18); *Meier* (Fn. 15), S. 439.

⁵⁴ In diesem Sinne etwa *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), S. 785 f.; ähnlich *Geiger* (Fn. 2), S. 249.

⁵⁵ Kritisch *Kinzig*, GA 2016, 158 (160).

⁵⁶ Näher *Sobota* (Fn. 3), S. 96 ff.

sprochen hatte, war es nicht mehr möglich, die Statusminderungen, die man trotz aller Bedenken weiterhin in der Sache für notwendig hielt, nach dem Vorbild des E 1962 auszugestalten. Das Ergebnis war ein Kompromiss unter der Überschrift „Nebenfolgen“ – mit der gemeinsamen Regelung zweier verschiedener Formen der Statusminderung (kraft Gesetzes/fakultativ) in einer Norm konnte § 45 StGB nämlich nicht mehr einheitlich als Nebenstrafe bezeichnet werden. Die Überschrift „Nebenfolgen“ ist im geltenden Recht daher in Übereinstimmung mit ihrer früheren Verwendung⁵⁷ gleichzeitig als Oberbegriff zu verstehen.

Im Übrigen ist es kein Einzelfall, dass identische Rechtsfolgen allein wegen unterschiedlicher Regelungstechnik als Strafe ebenso wie als Nicht-Strafe begriffen werden. Das zeigt das Fahrverbot, das einmal als Nebenstrafe in § 44 StGB und einmal als „Nebenbuße“ in § 25 StVG existiert: Trotz größtenteils identischen Wortlauts, identischer Regelungstechnik, identischen Zwecks⁵⁸ und in der Sache sogar vollkommen identischer Wirkung ist § 25 StVG keine Nebenstrafe. Der einzige Unterschied zur Nebenstrafe des Fahrverbots besteht darin, dass das Fahrverbot als Rechtsfolge einer Ordnungswidrigkeit nur neben einer Geldbuße verhängt werden kann. Das Gleiche gilt für Verfall und Einziehung nach §§ 73 ff. StGB, bei denen trotz allen Streits um ihre Rechtsnatur anerkannt ist, dass die Einziehung nach § 74 StGB je nach Anwendungsfall einmal Straf- und einmal Sicherungscharakter aufweist.⁵⁹ Denn wenn sich die Einziehung nach § 74 Abs. 3 StGB gegen einen *schuldlos* Handelnden richtet, kann sie keine Strafe sein.⁶⁰ Hier findet sich die unterschiedliche Rechtsnatur sogar innerhalb desselben Paragraphen.

cc) § 45 Abs. 1 StGB als moderne Ehrenstrafe

Es gibt schließlich noch Stimmen, die in § 45 Abs. 1 StGB beziehungsweise der Verbrechensstrafe von über einem Jahr nach wie vor eine besondere Strafe in Form der sogenannten Ehrenstrafe sehen.⁶¹ *Weinrich* etwa begreift als Ehrenstrafe eine staatliche Sanktion, die wegen eines Verhaltens in der Vergangenheit schuldbezogen gezielt in die Partizipationsfähigkeit/-möglichkeit eingreift, ein gesteigertes soziales Unwerturteil beinhaltet und zum Ziel hat, gesellschaftliche Sta-

bilität zu wahren und zu erzeugen.⁶² In Bezug auf § 45 Abs. 1 StGB sei daher die Anknüpfung an Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB entscheidend.⁶³ Auf diese Weise drücke der Gesetzgeber im geltenden Recht die gesteigerte Missbilligung aus, die zuvor in der regelmäßig für Verbrechen angeordneten Zuchthausstrafe verkörpert gewesen sei, mit der wiederum die Statusfolgen zwingend verbunden waren. Nach dieser Auffassung existiert im Strafgesetzbuch also nicht die Einheitsfreiheitsstrafe, sondern die Freiheitsstrafe von über einem Jahr wegen eines Verbrechens stellt als Ehrenstrafe eine eigenständige Sanktion innerhalb der Freiheitstrafen dar.

Auch wenn diese Interpretation auf den ersten Blick durchaus etwas für sich hat, bestehen gegen sie durchgreifende Einwände.⁶⁴ Zunächst berücksichtigt sie nicht genügend, dass die Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen heutzutage primär eine gesetzestechnische Funktion erfüllt und ohnehin nur eine rein quantitative Steigerung des Unrechts ausdrückt,⁶⁵ während es bei der früheren Zuchthausstrafe um eine qualitative Erhöhung in Form der Bewertung der Tat als ehrlos ging. Unstimmig bleibt bei diesem Verständnis auch, warum allein die Verbrechensfreiheitsstrafe von über einem Jahr Ehrenstrafe wäre. Anders als die Zuchthausstrafe im alten Recht, die immer mit § 31 StGB a.F. verknüpft war und in mildereren Fällen deshalb durch die Gefängnisstrafe ersetzt werden konnte (z.B. § 146 Abs. 2 StGB a.F.), wäre die Verbrechensfreiheitsstrafe in manchen Fällen also keine Ehrenstrafe, obwohl doch die Deliktsnatur ausschlaggebend für das gesteigerte soziale Unwerturteil sein soll. Schließlich ist die Kreation einer modernen Ehrenstrafe im historischen Kontext wenig plausibel. Es war seinerzeit ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers, mit der Großen Strafrechtsreform die resozialisierungsfeindlichen, weil exkludierenden, Ehrenstrafen zu überwinden.⁶⁶ Die entehrende Zuchthausstrafe wurde deshalb ersatzlos abgeschafft, womit auch § 20 StGB a.F. mit seinem Tatbestandsmerkmal der „ehrlosen Gesinnung“ hinfällig wurde. Daneben wurde mit dem 2. StrRG aus der „Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte“ der sprachlich neutrale „Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts“. In der Tradition früherer Reformbestrebungen ist der Begriff der Ehre damit vollständig aus dem modernen Sanktionenrecht entfernt worden. Deshalb ist es besonders erklärungsbedürftig, wenn heute noch die Einheitsfreiheitsstrafe negiert wird, ohne dass es einen Anhaltspunkt im Wortlaut des Gesetzes gibt. Der Verweis auf die Anknüpfung an Verbrechen genügt dazu m.E. aus den oben genannten Gründen nicht. Im Übrigen ging selbst der vergleichsweise konservative E 1962, der die Neukonzeption der Statusfolgen wesentlich prägte,⁶⁷ davon aus, die Ehrenstrafe trotz Beibehaltung der Zuchthausstrafe

⁵⁷ *Sobota* (Fn. 3), S. 89, Fn. 460.

⁵⁸ Siehe zu § 25 StVG nur *Burmann*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker* (Hrsg.), *Straßenverkehrsrecht*, 24. Aufl. 2016, § 25 StVG Rn. 1b („Denkzettel- und Besinnungsmaßnahme“) m.w.N. Zu § 44 StGB: *BT-Drs. IV/651*, S. 12; *Warda*, GA 1965, 65 (66).

⁵⁹ *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 16), § 74 Rn. 39 ff.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 16), § 74 Rn. 2 ff.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 22), § 74 Rn. 1 f.; *Fischer* (Fn. 22), § 74 Rn. 2; *Jeschek/Weigend* (Fn. 19), S. 789.

⁶⁰ *Joecks* (Fn. 59), § 74 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 22), § 74 Rn. 2.

⁶¹ *Weinrich* (Fn. 2), S. 148 ff., 164; *Geiger* (Fn. 2), S. 268 ff.; *Schmidhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1975, S. 772; *Baumann/Weber*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 1985, S. 602 f., 615.

⁶² *Weinrich* (Fn. 2), S. 77, 137.

⁶³ *Weinrich* (Fn. 2), S. 151 f.

⁶⁴ Ausführlich *Sobota* (Fn. 3), S. 123 ff.

⁶⁵ *Fischer* (Fn. 22), § 12 Rn. 2.

⁶⁶ *Deutscher Bundestag*, 5. Wahlperiode (Hrsg.), *Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses Strafrecht*, S. 501, 503; *BT-Drs. V/4094*, S. 8.

⁶⁷ Siehe *Sobota* (Fn. 3), S. 97 ff.

und der Ausgestaltung einer fakultativen Statusminderung als Nebenstrafe zu überwinden.⁶⁸

b) § 45 Abs. 2 und 5 StGB als Nebenstrafen

Noch nicht geklärt ist damit allerdings, ob die Absätze 2 und 5 des § 45 StGB eine andere Rechtsnatur aufweisen als Absatz 1. Sie treten nicht kraft Gesetzes ein, womit das zentrale Argument gegen ihre Strafqualität nicht einschlägig ist. Zudem wurde oben bereits dargelegt, dass aus einer identischen Rechtseinbuße nicht zwingend eine identische Rechtsnatur folgt.⁶⁹

Was § 45 Abs. 2 StGB betrifft, sieht die h.M. in ihm trotz abweichender gesetzlicher Überschrift tatsächlich eine Nebenstrafe.⁷⁰ Andere Stimmen beurteilen ihn als „Nebenfolge mit strafähnlichem Charakter“⁷¹ oder „Sanktion eigener Art mit schwerpunktmäßig strafrechtlichem Charakter“⁷².

In der Sache überzeugt das herrschende Verständnis, weil § 45 Abs. 2 StGB alle Merkmale einer Nebenstrafe erfüllt: Die Aberkennung der Amtsfähigkeit und Wählbarkeit kann – wie für die Nebenstrafe charakteristisch – nur neben der Hauptstrafe verhängt werden und erlaubt eine Bemessung im Zusammenspiel mit ihr. Sie stellt ein (ggf. rein normativ zu begreifendes) Übel dar, mit dessen Verhängung (spezial-)präventive Zwecke verfolgt werden.⁷³ Wenn beispielsweise § 358 StGB anlässlich eines Amtsdeliktes die Möglichkeit

eröffnet, dem Täter nach § 45 Abs. 2 StGB (hier: nur) die Amtsfähigkeit abzuerkennen, kann dieser Täter für die Dauer von bis zu fünf Jahren kein Amt mehr bekleiden – es sei denn, ihm werden die Rechte nach § 45b StGB wegen einer positiven Legalprognose wiederverliehen. So wirkt der Ausschluss negativ-spezialpräventiv, indem er zum einen faktisch verhindert, dass der Täter wieder ein Amtsdelikt begeht, und zum anderen den Täter gleichzeitig von der Begehung solcher Taten abschrecken dürfte. Daneben soll diese Sanktion eine allgemeine deliktsverhindernde Wirkung entfalten und – wie im Katalog der Anlasstaten zum Ausdruck kommt – einen besonderen Schutz für staatliche Einrichtungen zum Ausdruck bringen.⁷⁴ Und schließlich spricht die Entstehungsgeschichte eindeutig für die Qualifizierung als Nebenstrafe: Seine bis auf die Begrifflichkeit und den Umfang identischen Vorgängernormen (§ 32 RStGB und § 32 StGB a.F.) wurden seit jeher einhellig als Nebenstrafen aufgefasst.⁷⁵ Im E 1962, der mit dem § 56 StGB-E 1962 die Vorlage für den heutigen § 45 Abs. 2 StGB bildete und auf den der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung explizit Bezug nahm,⁷⁶ wird die fakultative Aberkennung durch das Gericht sogar ausdrücklich als „Nebenstrafe“ bezeichnet.⁷⁷ Daran ändert auch die avisierte Überwindung der Ehrenstrafe nichts, weil sich Neben- und Ehrenstrafe nicht gegenseitig bedingen.⁷⁸

Weil er Absatz 2 bis auf die Rechtsfolge gleicht, gilt für § 45 Abs. 5 StGB grundsätzlich Entsprechendes. Allerdings ordnet er nicht den Verlust der Amtsfähigkeit und Wählbarkeit an, sondern des Rechts, aktiv zu wählen oder zu stimmen. Aus diesem Grund ist er in der Literatur zu Recht gravierenden Bedenken ausgesetzt, die bis hin zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit reichen.⁷⁹ Der Verlust des aktiven Wahlrechts ist nämlich nicht mit den präventiven Zwecken zu legitimieren, die es im Falle des § 45 Abs. 2 StGB erlauben, dem Täter das zusätzliche Übel der Amts- und Mandatsunfähigkeit aufzuerlegen. Es ist insbesondere nicht erkennbar, wie die Ausübung des Stimmrechts durch einen Straftäter gewichtige Interessen der Allgemeinheit gefährden oder gar beeinträchtigen soll, womit ein negativ-spezialpräventiver Zweck ausscheidet.⁸⁰ § 45 Abs. 5 StGB erscheint vielmehr als Fortsetzung der alten und mit der Großen Strafrechtsreform eigentlich überwundenen Tradition, „ehrlosen Straftätern“ die „bürgerlichen Ehrenrechte“ abzuerkennen.⁸¹ In einem rechtsstaatlich-modernen Präventionsstrafrecht ist keine Legitimation für die Aberkennung des aktiven Wahlrechts erkennbar, weshalb der Gesetzgeber diese Ehrenstrafe

⁶⁸ BT-Drs. IV/650, S. 163 f. (E 1962 m. Begründung).

⁶⁹ Siehe oben I. a) bb).

⁷⁰ *Kühl* (Fn. 22), § 45 Rn. 3; *Fischer* (Fn. 22), Vor § 38 Rn. 5 und § 45 Rn. 7; *Häger* (Fn. 20), Vor § 38 Rn. 48; *Bußmann*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 45 Rn. 7; *Radtke* (Fn. 16), § 45 Rn. 23; *Schwarz* (Fn. 2), S. 49; *Jekewitz*, GA 1977, 161 (168); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 17), § 45 Rn. 4; wohl auch BGH NJW 2008, 929 (930); unklar bei *Theune* (Fn. 10), § 45 Rn. 1, 10, 15, der einerseits die Nebenfolgen insgesamt als Strafen qualifiziert, andererseits aber trotzdem von Nebenfolgen spricht. Auch die Interpretation des § 45 StGB einheitlich als Ehrenstrafe muss für § 45 Abs. 2 StGB Nebenstrafcharakter bedeuten: *Weinrich* (Fn. 2), S. 148 ff., 164; *Geiger* (Fn. 2), S. 268 ff.; *Schmidhäuser* (Fn. 61), S. 772; *Baumann/Weber* (Fn. 61), S. 602 f., 615.

⁷¹ *Stree/Kinzig* (Fn. 16), § 45 Rn. 8; ähnlich *Mosbacher/Claus* (Fn. 15), § 45 Rn. 4.

⁷² *Hirsch* (Fn. 34), § 45 Rn. 1; ähnlich *Radtke* (Fn. 16), § 45 Rn. 9. Diese Formulierung ist aber tautologisch, denn dass eine Sanktion aus dem StGB einen strafrechtlichen Charakter aufweist, erscheint mehr oder weniger selbstverständlich und führt auch in der Sache nicht weiter, weil es eine Vielzahl von unterschiedlichen Sanktionen innerhalb des StGB gibt, die es gerade abzugrenzen gilt. Gemeint sein dürfte mit der o.g. Formulierung die Gegenposition zur Ansicht in Fn. 21, die Nebenfolgen dem Rechtsgebiet der jeweiligen Rechtswirkung (z.B. Beamten- und Wahlrecht) zuweist, also in ihnen materiell nicht-strafrechtliche Sanktionen erblickt.

⁷³ Ebenso *Weinrich* (Fn. 2), S. 155; *Streng* (Fn. 15), Rn. 364; *Horn*, in: *Wolter* (Fn. 22), § 45 Rn. 12; a.A. *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), S. 785.

⁷⁴ *Weinrich* (Fn. 2), S. 155; *Schwarz* (Fn. 2), S. 55.

⁷⁵ Vgl. die Nachweise bei *Sobota* (Fn. 3), S. 90, 99.

⁷⁶ BT-Drs. V/4094, S. 16.

⁷⁷ BT-Drs. IV/650, S. 18 (E 1962 m. Begründung).

⁷⁸ Näher *Sobota* (Fn. 3), S. 142 ff.

⁷⁹ *Oelbermann* (Fn. 2), S. 259 f.; *Stein*, GA 2004, 22; *Geiger* (Fn. 2), S. 251 f.; *Schwarz* (Fn. 2), S. 92 ff.; a.A. *Radtke* (Fn. 16), § 45 Rn. 41.

⁸⁰ Näher *Sobota* (Fn. 3), S. 152 ff.

⁸¹ *Stein*, GA 2004, 22 (28 ff.); *Schwarz* (Fn. 2), S. 92 ff.

– obgleich in der Praxis zum Glück fast gar nicht mehr angewendet⁸² – möglichst bald beseitigen sollte.

c) *Zwischenergebnis*

Wegen der hier genannten Besonderheiten der Regelungstechnik des § 45 Abs. 1 StGB ist im Ergebnis *Radtke* zuzustimmen, der darauf hinweist, dass die Absätze des § 45 StGB „auf Grund ihrer materiellen Voraussetzungen [...] so verschiedenartig [sind], dass eine unterschiedliche materielle Einordnung angebracht und [...] sogar notwendig ist.“⁸³ Als Ergebnis steht somit fest, dass § 45 Abs. 1 StGB keine Neben- oder Ehrenstrafe ist, während § 45 Abs. 2 StGB eine Nebenstrafe darstellt und § 45 Abs. 5 StGB sogar eine verfassungsrechtlich bedenkliche Art Ehrenstrafe. Deshalb scheiden die beiden letztgenannten aus der weiteren Betrachtung aus.

2. *Sind Nebenfolgen Maßregeln?*

Es stellt sich damit nur noch die Frage, ob § 45 Abs. 1 StGB materiell als Maßregel einzuordnen ist. Soweit ersichtlich, wird dies in der Literatur nicht vertreten, sondern im Gegenteil aus verschiedenen Gründen und zu Recht abgelehnt.⁸⁴ In systematischer Hinsicht spricht bereits die Stellung des § 45 StGB im Abschnitt des StGB über die „Strafe“ gegen eine Einstufung als Maßregel⁸⁵ und auch im – allerdings nicht abschließenden – Katalog über die Maßregeln des StGB in § 61 StGB wird er nicht genannt. Gegen die Einstufung als Maßregel spricht ferner die Regelungstechnik des § 45 Abs. 1 StGB, da eine Maßregel typischerweise nicht automatisch kraft Gesetzes verhängt wird.⁸⁶ Wo dies ausnahmsweise bei der Fahrerlaubnisentziehung nach § 69 StGB doch der Fall ist, wird der zwingende Eintritt der Rechtsfolge durch großen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite kompensiert (Eignung), in dessen Rahmen nach § 62 StGB stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist. § 45 Abs. 1 StGB weicht überdies in einer weiteren regelungstechnischen Hinsicht von den Maßregeln ab, weil er immer eine Verurteilung wegen einer schuldhaften Tat voraussetzt⁸⁷ und – anders als für die rein präventiven Maßregeln charakteristisch – ausgerechnet gegenüber schuldunfähigen Tätern gar nicht anwendbar ist.⁸⁸ Schließlich fehlt es § 45 Abs. 1 StGB materiell an Maßregelqualität, weil er in diesem Fall so verstanden werden müsste, dass die Begehung irgend-

eines Verbrechens unwiderlegbar die Gefährlichkeit des Straftäters i.S.e. spezifischen Rückfallgefahr belegt⁸⁹ und diese durch den Verlust der Amtsfähigkeit und der Wählbarkeit reduziert werden könnte, was aber offenkundig nicht der Fall ist.⁹⁰

IV. *Neubestimmung der Nebenfolge*

Weil § 45 Abs. 1 StGB weder Strafe noch Maßregel ist, bleibt nur noch die Sanktion eigener Art, die zur Entwicklung einer abgrenzungsfähigen Definition allerdings noch näher ausgefüllt werden muss. Hierzu bieten sich seine charakteristische Regelungstechnik und sein Zweck an.

1. *Gesetzestechnik*

Der zwingende Eintritt kraft Gesetzes stellt ein Unikum im Sanktionenrecht des StGB dar, das sich aus diesem Grund als besonders trennscharf erweist und die Ursache dafür sein dürfte, dass § 45 Abs. 1 StGB schon nach der bisher h.M. meist ohne nähere Begründung als Nebenfolge bezeichnet wird. Auch v. *Heintschel-Heinegg* stellt zutreffend darauf ab, dass sich Nebenfolgen durch ihren automatischen Eintritt auszeichnen.⁹¹ Dieses Kriterium ist ferner ohne weiteres mit dem Wortlaut „Nebenfolge“ vereinbar, wonach Folge „die Auswirkung eines bestimmten Handelns, Geschehens“ beziehungsweise „das Aufeinanderfolgen von etwas, Reihe von zeitlich aufeinanderfolgenden Dingen“ ist.⁹² Die Rechtsfolge des § 45 Abs. 1 StGB, die automatisch an eine bestimmte Verurteilung anknüpft, lässt sich zwanglos als deren (rechtliche) Wirkung beschreiben.⁹³ Sie ist sowohl „Auswirkung“ der Verbrechensfreiheitsstrafe von über einem Jahr als auch etwas zeitlich Nachfolgendes, weil sie erst nach der Verurteilung eintritt.

Dies wird auch in historischer Sicht bestätigt, weil als Folge im engeren Sinne immer der automatische Rechtsverlust nach einer Strafverurteilung begriffen wurde. So wurde bereits Mitte des 19. Jahrhunderts im Zusammenhang mit dem alten Institut der „Ehrlosigkeit“ zwischen selbständigen Ehrenstrafen und unselbständigen Ehrenfolgen unterschieden: Wörtlich wurden die automatischen Rechtsverluste der Art. 7 und 14 BayStGB sogar damals schon als „Nebenfolgen anderer Strafen“ oder „Nebenfolgen der Freiheitsstrafen“ bezeichnet.⁹⁴ Auch der alte § 31 RStGB, dessen Regelungstechnik mit der des § 45 Abs. 1 StGB identisch ist, wurde

⁸² Siehe oben Fn. 4.

⁸³ *Radtke* (Fn. 16), § 45 Rn. 8.

⁸⁴ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18); ihr folgend *Oelbermann* (Fn. 2), S. 222, und *Hirsch* (Fn. 34), § 45 Rn. 15.

⁸⁵ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18); *Oelbermann* (Fn. 2), S. 222.

⁸⁶ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18).

⁸⁷ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18): „untypisch“.

⁸⁸ Es gibt zwar die Maßregel der Sicherungsverwahrung, die für voll schuldfähige Täter gedacht war – sie stellt aber als einzige für schuldfähige Straftäter vorgesehene Maßregel ihrerseits eine Ausnahme dar, aus der schwerlich gefolgert werden kann, dass Maßregeln allgemein nur an schuldhaft begangene Straftaten anknüpfen.

⁸⁹ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18); ähnlich *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), S. 785.

⁹⁰ *Nelles*, JZ 1991, 17 (18 f.); *Oelbermann* (Fn. 2), S. 222 f. Näher *Sobota* (Fn. 3), S. 132 ff.

⁹¹ v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 17), § 38 Rn. 4.

⁹² <http://www.duden.de/rechtschreibung/Folge> (12.4.2017).

⁹³ Dazu passt im Übrigen auch die historische Überschrift zu § 45 StGB-E 1962, die den Verlust bestimmter Statusrechte als „Wirkungen der Zuchthausstrafe“ bezeichnet.

⁹⁴ *Mittermaier*, in: v. Feuerbach (Hrsg.), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Strafrechts, 14. Aufl. 1847, S. 257 f.

stets „Folge“ genannt.⁹⁵ Ein entsprechender Gebrauch findet sich schließlich sowohl bei der h.M. zu § 31 StGB a.F.⁹⁶ als auch in den Beratungen des Sonderausschusses Strafrecht⁹⁷. Ein erster Bestandteil der Definition einer Nebenfolge ist demnach der automatische Eintritt kraft Gesetzes.

Hinzu kommt eine weitere Besonderheit der Gesetzestechnik: Die Nebenfolge schließt nicht wie die Rechtsfolgen der Strafe oder Maßregel an die Erfüllung eines Straftatbestandes an, sondern wirkt sich erst einen Schritt später aus, nämlich nach der Subsumtion unter einen Verbrechenstatbestand und der Verhängung und Bemessung der Freiheitsstrafe. Das bedeutet, dass die Nebenfolge als Annex zur Strafe⁹⁸ eine schuldhaft Tatbegehung verlangt. Charakteristisch ist demnach zusätzlich das Anknüpfen an eine Hauptstrafe. Auf diese Weise ist jedem der beiden Wortteile der Nebenfolge eine Funktion zugeordnet: Neben, d.h. neben der Verurteilung zur Hauptstrafe; Folge, d.h. automatischer Eintritt kraft Gesetzes.

2. Zweck

Betrachtet man darüber hinaus den Zweck des § 45 Abs. 1 StGB, so besteht er jedenfalls nicht in einem zusätzlichen Strafübel, weil im modernen Sanktionenrecht kein Raum für eine über das mit jeder Strafe verbundene „normale“ Unwerturteil hinausgehende Missbilligung besteht.⁹⁹ Die Nebenfolge soll vielmehr ausschließlich präventiv wirken – allerdings nicht im Sinne der negativen Spezialprävention. Zwar könnte man die Regelung des § 45b StGB, der für eine Wiederverleihung der Rechte u.a. auf eine positive Legalprognose des Täters abstellt, so deuten, dass § 45 Abs. 1 StGB verhindern soll, dass ein Straftäter in seiner Funktion als Amtsträger o.ä. erneut straffällig wird.¹⁰⁰ In der Sache kann dies aber nicht der eigentliche Zweck sein, weil § 45 Abs. 1 StGB nach dieser Deutung die Erwägung zu Grunde läge, dass die Begehung irgendeines Verbrechens unwiderleglich eine spezifische Rückfallgefahr belegt.¹⁰¹ Selbst wenn man einmal

die grundsätzlichen methodischen Unzulänglichkeiten bei der Kriminalprognose beiseite lässt, ist eine solche Annahme kriminologisch unhaltbar: Erstens, weil es nicht möglich ist, allein aus der Deliktsnatur als Verbrechen eine zwingend negative Rückfallprognose abzuleiten.¹⁰² Zu den Verbrechen zählen nämlich die verschiedensten Straftatbestände aus der gesamten Bandbreite strafrechtlicher Normen, die dementsprechend völlig verschiedene Tätergruppen mit extrem unterschiedlichen Rückfallquoten¹⁰³ aufweisen. Es ist daher nicht erkennbar, wie die formale Anknüpfung an den Verbrechenstatbestand irgendeine Aussage über die individuelle Gefährlichkeit des Täters erlauben soll. Zweitens gibt es keinen kriminologischen Erfahrungssatz, dass aus der einmaligen Begehung einer Straftat stets eine Rückfallgefahr folgt. Denn z.B. in den Fällen, in denen sich die Stellung der Tat im Lebenslängsschnitt des Täters einem sog. kriminellen Übersprung¹⁰⁴ annähert, spricht alles dafür, dass es sich um einen einmaligen Vorgang handelt. Es besteht dann kein innerer Zusammenhang zwischen der allgemeinen Lebensführung und der Tatbegehung, insbesondere finden sich in der Biographie des Täters keine kriminogenen Verhaltensweisen und Einstellungen. In diesen Fällen ist die weitere Prognose „günstig“, d.h. es ist nicht mit weiteren Straftaten zu rechnen, obwohl es sich bei der Straftat im Rahmen eines „kriminellen Übersprungs“ durchaus um ein schwerwiegendes Delikt wie z.B. ein (Tötungs-)Verbrechen handeln kann.¹⁰⁵ Darauf, dass allein aus der einmaligen Begehung einer (ggf. sogar erheblichen) Straftat nicht auf zukünftige Taten geschlossen werden kann, wies zuletzt – im Zusammenhang mit der Prognose bei § 81g StPO – auch das BVerfG hin.¹⁰⁶ Für die Nebenfolge bedeutet dies allgemein, dass mit der Rechtsminderung gegenüber gravierend straffällig gewordenen Personen nicht Straftätern ein sensibles Betätigungsfeld versagt werden soll, das zu weiteren Straftaten genutzt werden könnte. Dieser Aspekt mag für den Gesetzgeber zwar eine willkommene Nebenwirkung sein, kann aber aus den soeben genannten Gründen schwerlich ihr Hauptzweck sein.

Wie an der Automatik ersichtlich wird, stützt der Gesetzgeber die Nebenfolge allein auf eine bestimmte Strafverurteilung. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass es im Anschluss an eine solche Straftat ohne erneute Entscheidung im Einzelfall und unabhängig von einer spezifischen Rückfallgefahr „reinigender Maßnahmen“¹⁰⁷ bedarf, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Über die unmittelbare Einbuße hinaus, die dem Täter mit der Strafe auferlegt wird, soll gegenüber der Allgemeinheit deutlich gemacht werden, dass es für den Straftäter nicht weiter geht wie zuvor, sondern ein solcher Normbruch im wahrsten Sinne des Wortes nicht „fol-

⁹⁵ v. *Olshausen*, RStGB, Kommentar, 10. Aufl. 1916, § 31 Nr. 1 und Vor §§ 13 ff. Nr. 3; v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Aufl. 1921, S. 248 f.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 7. Aufl. 1908, S. 53; *Holzer*, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, 1913, S. 43.

⁹⁶ Zum alten Recht etwa *Schwarz/Dreher*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 27. Aufl. 1965, Überschrift zu § 31 StGB; *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl. 1965, § 31 Rn. 7.

⁹⁷ *Müller-Emmert*, in: Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Sonderausschuß Strafrecht (Fn. 66), S. 584 und 2573; *Göhler*, in: Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Sonderausschuß Strafrecht (Fn. 66), S. 2565; *Sturm*, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Sonderausschuß Strafrecht (Fn. 66), S. 2575; *Schafheutle* (Fn. 34), S. 587.

⁹⁸ So treffend *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 18), § 57 IV. Rn. 21.

⁹⁹ Näher *Sobota* (Fn. 3), S. 131 ff.

¹⁰⁰ In diesem Sinne *Kinzig*, GA 2016, 158 (160).

¹⁰¹ So auch *Nelles*, JZ 1991, 17 (18); *Radtke* (Fn. 16), § 45 Rn. 10. Ähnlich auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), S. 785.

¹⁰² Siehe nochmals *Nelles*, JZ 1991, 17 (18).

¹⁰³ Siehe zu den deliktsspezifischen Rückfallquoten die allgemeine Rückfalluntersuchung von *Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal*, Legalbewährung, 2013, S. 95 ff.

¹⁰⁴ Erläuterung bei *Bock*, Kriminologie, 3. Aufl. 2013, S. 224 f., Rn. 602 ff.

¹⁰⁵ *Bock* (Fn. 105), Rn. 607.

¹⁰⁶ BVerfG NSStZ-RR 2014, 48.

¹⁰⁷ So treffend *Meier* (Fn. 15), S. 437.

genlos“ bleibt. Auf diese Weise sollen vor allem besonders sensible Bereiche (wie z.B. Ämter, Mandate, exponierte Berufe) selbst davor geschützt werden, dass ihr Ansehen durch die Bekleidung mit einer schwerwiegend straffälligen Person beschädigt wird. Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, dass keine Personen in den Genuss herausgehobener Stellungen und besonderer Rechte kommen, die wegen der Begehung einer schweren Verfehlung kein Vertrauen in ihre Zuverlässigkeit mehr genießen. Um dieses gesamtgesellschaftlichen Ziels willen nimmt es der Gesetzgeber augenscheinlich in Kauf, dass die Rechtsminderung durch eine Nebenfolge im Einzelfall ein erhebliches Reintegrationshindernis bereiten kann.¹⁰⁸ Dieses Bedürfnis geht offensichtlich so weit, dass sich der Verlust bei zu vollstreckenden Freiheitsstrafen nach § 45a Abs. 2 StGB sogar erst nach Entlassung aus der Haft auswirkt. Zu diesem Zeitpunkt mögen generalpräventive Bedürfnisse in der Tat nicht mehr allzu hoch zu veranschlagen sein.¹⁰⁹ Gleichwohl spricht dies nicht gegen den generalpräventiven Zweck an sich, sondern auch ein solcher erfordert ein Mindestmaß an Konsequenz,¹¹⁰ an dem es fehlen würde, wenn es bei der bloß symbolischen Wirkung der Nebenfolge bliebe, dass der Verurteilte ausschließlich während des Vollzugs der Freiheitsstrafe keine Amtsfähigkeit und Wählbarkeit besäße, von der er ohnehin keinen Gebrauch machen könnte.

Nach alldem ergibt sich die Legitimation der Nebenfolge also primär aus dem positiv-generalpräventiven Zweck, das Normvertrauen der Bevölkerung zu stärken, das folglich als inhaltliches Kriterium zu den beiden soeben genannten hinzukommt.

V. Ergebnis und Folgerungen

Als Ergebnis lässt sich folgende neue Definition der Nebenfolge festhalten:

Nebenfolgen sind Rechtsminderungen, die kraft Gesetzes (= automatisch) an eine Verurteilung zur Hauptstrafe anknüpfen und einem positiv-generalpräventiven Zweck dienen.

Damit wird die Nebenfolge von ihrer bisherigen Funktion als „Auffangbecken des Sanktionenrechts“ befreit und sie kann ohne weiteres von den anderen Sanktionen des StGB abgegrenzt werden. Aufgrund der Automatik gibt es zwar keine Überschneidungen mit Strafe und Maßregel, dennoch gibt es einige Annäherungen. So begründet die Anknüpfung an eine Verurteilung zur Hauptstrafe auf der einen Seite eine gewisse Nähe zur Strafe. Insoweit handelt es sich – wie gezeigt – um einen Annex zur (Haupt-)Strafe.¹¹¹ Auf der anderen Seite nähert sich der ausschließlich präventive Zweck den Maßregeln an. Mit der Funktion, zugunsten der Allgemeinheit bestimmte sensible Bereiche besonders zu schützen, legitimiert sich die Nebenfolge ähnlich wie die Maßregel durch Interes-

sen der Gesellschaft, die gegenüber denen des verurteilten Straftäters überwiegen (oder jedenfalls vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber als vorrangig bewertet werden). Im Unterschied zur Maßregel bezweckt die Nebenfolge aber keine individualpräventive Einwirkung auf den rückfallgefährdeten Straftäter, sondern spricht ihm wegen verlorenem Vertrauens und zur Wahrung gesellschaftlicher Stabilität Rechte und Fähigkeiten ab. Man kann insofern von einer Art positiv-generalpräventiven Maßregel sprechen. Die Nebenfolge steht somit als eigenständige Sanktion zwischen den beiden Spuren des StGB.

Untersucht man anhand dieser Definition weitere ähnlich gestrickte Normen im Nebenrecht, zeigt sich, dass auch die Unfähigkeit zum Schöffenamts/Amt des ehrenamtlichen Richters (§ 32 Nr. 1 Alt. 2 GVG, § 18 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 3, 4 FGO, § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ArbGG, § 21 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, § 17 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGG), der Verlust der Beamtenrechte für Beamten (§ 24 Abs. 1 S. 1 BeamStG, § 41 Abs. 1 S. 1 BBG), das Verbot der Geschäftsführung/Leitung einer Aktiengesellschaft (§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG), die Aberkennung der waffenrechtlichen Zuverlässigkeit (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 WaffG), der vormals zwingende Verlust des Aufenthaltsrechts (§ 53 AufenthG a.F.) und das Verbot der Beschäftigung u.a. durch bestimmte Personen (§ 25 Abs. 1 JArbSchG) als Nebenfolgen im hier vertretenen Sinne einzuordnen sind.¹¹²

¹⁰⁸ Kritik bei Sobota (Fn. 3), S. 239 ff.

¹⁰⁹ Kinzig, GA 2016, 158 (160).

¹¹⁰ Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 234.

¹¹¹ So Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 18), § 57 IV. Rn. 21.

¹¹² Im Einzelnen Sobota (Fn. 3), S. 164 ff.