

## Vorwort der Herausgeberin

Die Idee für das 15. Symposium der Akademiekommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ geht auf deren ehemaligen Vorsitzenden, OKKO BEHRENDTS, zurück, der im Zusammenhang mit dem im Jahre 2007 durchgeführten 14. Symposium „Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht“ unter Rückgriff auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe aus dem Jahre 1978 die Frage aufgeworfen hatte, inwieweit der Staat durch die Menschenwürdegarantie und das Sozialstaatsprinzip in seinem Strafanspruch gegenüber dem Täter gebunden sei.<sup>1</sup>

Aus dieser Idee heraus wurde der Titel des 15. Symposiums „Das strafende Gesetz im Sozialstaat“ geboren, mit dem die Kommission die Frage nach der Legitimation und der Ausgestaltung staatlichen Strafens vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Menschenwürdegarantie und des Sozialstaatsprinzips im Blick hatte. Die Bedeutung des Sozialstaates für das Strafrecht sollte anhand von zwei Themenkomplexen zur Diskussion gestellt werden: erstens die schon angesprochene Frage nach der Strafzumessung im Hinblick auf die Sozialexistenz des Täters einschließlich des Strafvollzugs und der Resozialisierung sowie zweitens die Legitimation und Bedeutung der Strafe als Teil eines sozialstaatlichen Sicherheitskonzeptes und innerhalb dieses Konzeptes die Abgrenzung der Strafe von anderen Formen staatlicher Sanktion.

Prüft man den Inhalt dieses Tagungsbandes auf die genannten Themenkomplexe hin, so scheint die Umsetzung der ursprünglich angedachten Fokussierung des Themas auf den Sozialstaat nicht vollständig gelungen zu sein. Daher wurde auch am Ende des Symposiums die Frage nach dem Titel des Tagungsbandes in verschiedene Richtungen diskutiert. Mit dem Titel des vorliegenden Bandes „Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat“ trägt die Kommission dem Umstand Rechnung, dass sich in den meisten Beiträgen rechtsstaatliche Erwägungen von sozialstaatlichen Aspekten nicht trennen lassen und ersteren häufig eine größere Bedeutung als letzteren beigemessen wird.

Im Zentrum des einführenden Beitrags von GUNNAR DUTTGE *Menschen-gerechtes Strafen* steht die Frage, welches Menschenbild dem strafenden Gesetz

---

1 OKKO BEHRENDTS, Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive, in: ders./Eva Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Bd. 3, 2008, S. 1, 25 f. (in Anlehnung an BVerfGE 45, S. 187, 228 f.).

zugrunde liegt. Im staatlichen Strafanspruch, in der Strafzumessung und Strafvollstreckung treffen – nach DUTTGE – ein auf das Individuum konzentriertes Bild vom Menschen und ein soziales, auf die Gemeinschaft bezogenes Menschenbild aufeinander, so dass es zu einem „Wandel des Menschenbildes innerhalb eines Rechtsganges“ komme. Dieses Spannungsverhältnis manifestiert sich aber – wie in der Diskussion zu Recht angemerkt wurde – nicht nur im Übergang von einem individuellen Menschenbild als Grundlage des Straf begründungskonzeptes hin zu einem sozialen Menschenbild bei der Strafzumessung und -vollstreckung, sondern spiegelt sich auch in den Strafzwecktheorien sowie im Übergang von der Strafe zur Maßregel wider. Ein ganzheitliches Konzept zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses scheint derzeit nicht in Sicht.

Nur kurz angerissen findet sich bei DUTTGE ein weiterer Aspekt: die Stellung des Opfers neben Täter und Rechtsgemeinschaft innerhalb eines Konzeptes menschengerechten Strafens. ALBIN ESER, der die Forderung nach einem menschengerechten Strafrecht in den 1990er Jahren in der Strafrechtsdebatte stark gemacht hat, ging es bei der Frage, wie ein Strafrecht beschaffen sein müsse, damit es dem bzw. den Menschen gerecht werde, um dreierlei: um den Menschen als Individuum, um den Menschen als Mitmensch innerhalb der Gemeinschaft und um den Menschen als Täter und Opfer.<sup>2</sup> Nach wie vor stehen der Täter und das Tatgeschehen im Mittelpunkt des Strafrechts, während das Opfer, insbesondere die aus der Tat resultierenden Langzeitfolgen für das Opfer, bei der Begründung und Festsetzung der Strafe, aber auch im Strafverfahren und selbst noch bei der Begnadigung, keine oder nur eine marginale Rolle spielen.<sup>3</sup>

---

2 ALBIN ESER, Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch?, Einige Gedanken zu vernachlässigten Grundfragen, in: Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 195-204. Vgl. weiter JÖRG ARNOLD/BJÖRN BURKHARDT/WALTER GROPP/GÜNTER HEINE/HANS-GEORG KOCH/OTTO LAGODNY/WALTER PERRON/SUSANNE WALTHER (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, Geleitwort der Herausgeber, S. V.

3 Die Stellung des Opfers im Straf(verfahrens)recht wird zwar schon seit einiger Zeit diskutiert, klare Konzepte zur Berücksichtigung der Opferinteressen sind jedoch nicht erkennbar. Einen guten Überblick zum Forschungsstand bietet THOMAS WEIGEND, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft 2010, S. 39-57. Weiterhin sei erwähnt der Sammelband von BERND SCHÜNEMANN/MARKUS DIRK DUBBER (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, 2000 (darin insbesondere: CORNELIUS PRITTWITZ, Opferlose Straftheorien?, S. 51-73; DIETER RÖSSNER, Mediation als Element der strafrechtlichen Sozialkontrolle, S. 105-116; TATJANA HÖRNLE, Die Opferperspektive bei der Strafzumessung, S. 175-199) und der Beitrag von KLAUS LÜDERSEN, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?, in: Cornelius Prittwitz/Ioannis Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an

Im zweiten, historischen Beitrag *Formen staatlicher Strafe im 18. bis 20. Jahrhundert* kommt HINRICH RÜPING zu dem ernüchternden Ergebnis, dass sich als roter Faden durch die Epochen seit der Aufklärung nur die Instrumentalisierung staatlichen Strafens im Sinne eines den jeweiligen Staatszwecken dienenden Strafrechts ziehe. Eine kontinuierliche Entwicklung hin zu einem immer humaneren Strafrecht kann RÜPING hingegen nicht erkennen. Dies gelte selbst für die junge Bundesrepublik, in der die Deklaration des Verwaltungsstrafrechts als Ordnungswidrigkeitenrecht nicht Ausdruck einer dem Täter geschuldeten Humanität gewesen sei, sondern allein dem im öffentlichen Interesse liegenden Gesichtspunkt der Effizienz Rechnung getragen habe.

MICHAEL PAWLIK fragt im dritten, strafrechtstheoretischen Beitrag *Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke* nach der Legitimation staatlichen Strafens und kommt unter Ablehnung präventionstheoretischer Begründungen zu einem vergeltungstheoretischen Ansatz, der den Ausgleich des verbrecherischen Unrechts vom Gemeinwohl her definiert. Im Präventionsgedanken liegt nach PAWLIK die Gefahr, dass sich dieser in Händen eines aktivistischen Gesetzgebers als eine Art Generalschlüssel zur immer weiteren Verbesserung des Sicherheitsniveaus und damit auch zur Strafbarkeitsausdehnung erweise. Das neu erwachte Interesse am Vergeltungsgedanken sei daher vor allem eine Reaktion auf die dem Präventionsparadigma innewohnende „Expansionslogik des Strafrechts“ und auf die damit verbundene Gefahr, das Strafrecht in ein umfassendes Regime der Gefahrenbekämpfung und Verhaltenslenkung einzugliedern und es so auf seinen Stand im spätabsolutistischen Wohlfahrtsstaat zurückzuwerfen.

Bei PAWLIK wird der Vergeltungsgedanke unter Rückgriff auf HEGEL und seinen Schüler EDUARD GANS sowie auf FRIEDRICH JULIUS STAHL und THEODOR WELCKER positiv gewendet: Da der Täter mit dem Unrecht seine gegenüber der Allgemeinheit bestehende Pflicht, sich an der Aufrechterhaltung eines Zustandes der Rechtlichkeit und Freiheitlichkeit zu beteiligen, verletzt habe, müsse er mit der Strafe eine positive Leistung (eine Art Schadenersatz für das der Rechtsgemeinschaft zugefügte Übel) erbringen und durch die Duldung der Strafe dazu beitragen, den gestörten Rechtsfrieden zu heilen und wieder zu festigen. Der Legitimationsgrund für Strafe liege somit in der Wahrung des freiheitlich-demokratischen Staates, an dessen Erhaltung sowohl das Individuum als auch die Allgemeinheit Interesse habe; der Umfang der Freiheitsverletzung bilde sodann die Grundlage für den Umfang der Strafe. Erst im Rahmen der Strafvollstreckung könne die Spezialprävention, insbesondere in ihrer Resozialisierungskomponente, zum Zuge kommen.

Obwohl die Diskutanten die Kritik PAWLIKS an den Präventionstheorien im Wesentlichen teilten, stieß die Konzeption „Strafe als Schadenersatz“ auf der Grundlage eines vergeltungstheoretischen Ansatzes auf wenig Zustim-

---

der Jahrtausendwende, Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000, S. 63-74.

mung, insbesondere wurde eingewandt, dass auch präventionstheoretische Konzepte ähnliche Ziele verfolgen. Ohne Zweifel hat auch die positive Generalprävention den Zweck der „Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung“.<sup>4</sup> Daher ging auch in der Diskussion die Tendenz unter den Strafrechtlern in Richtung eines „Mischkonzeptes“ im Sinne einer aus den Strafzwecken der Prävention und Vergeltung zusammengesetzten Straftheorie;<sup>5</sup> gleichzeitig blieb aber der Eindruck einer gewissen Beliebigkeit hinsichtlich der jeweiligen Kombination präventions- und vergeltungstheoretischer Konzepte zurück.

Im vierten Beitrag *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes* untersucht TATJANA HÖRNLE, inwieweit sich aus Verfassungsprinzipien wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Sozialstaatsprinzip und der Achtung der Menschenwürde Vorgaben für die Strafzumessungslehre ableiten lassen. Nach HÖRNLE ergibt sich aus dem Sozialstaatsprinzip keine Pflicht zur Resozialisierung, sondern nur eine mittelbare Ausstrahlung auf die Ausgestaltung der Freiheitsstrafe in der Form, dass einer desozialisierenden Wirkung der Strafe auf den Täter soweit wie möglich entgegengewirkt werden müsse. Da die verfassungsrechtliche Verankerung des Strafzumessungsrechts im Schuldgrundsatz von zentraler Bedeutung sei, könne nur das gerechte Verhältnis der Strafe zu Tatschwere und Schuld die Grundlage für die Strafzumessung bilden. Das Sozialstaatsprinzip könne zwar zu einer Korrektur der nach dem Schuldprinzip festzusetzenden Strafe führen, ein deutliches Abweichen nach unten wäre jedoch nicht mehr verfassungsgemäß. Erst bei der Ausgestaltung des Strafvollzugs – und zwar sowohl während des Vollzugs als auch mit Blick auf die Zeit nach der Entlassung – komme dem Resozialisierungsgedanken eine zentrale Rolle zu.

In der Diskussion hat OKKO BEHRENDTS auf die Ambivalenz von Resozialisierung und *défense sociale* hingewiesen: Auf der einen Seite werde eine deutliche Abweichung vom Schuldgrundsatz nach unten mit Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip abgelehnt, auf der anderen Seite verabschiede sich aber der Sozialstaat vom rechtsstaatlichen Prinzip der Schuldangemessenheit, wenn er den Täter wegen seiner sozialen Gefährlichkeit auch nach Verbüßen der Strafe nicht in die Freiheit entlasse.<sup>6</sup> Einen weiteren Wertungswiderspruch hat

---

4 BVerfGE 45, S. 187, 256; zur Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung heißt es dort: „In der Höhe der angedrohten Strafe bringt der Gesetzgeber sein Unwerturteil über die mit Strafe bedrohte Tat zum Ausdruck. Durch dieses Unwerturteil trägt er wesentlich zur Bewußtseinsbildung in der Bevölkerung bei.“

5 Wohl in Anlehnung an die sog. Vereinigungstheorie (vgl. nur BVerfGE 45, S. 187, 253 f. mwN).

6 Unmittelbar vor Fertigstellung des Tagungsbandes hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Entscheidung vom 17.12.2009 – Az: 19359/04) entschieden, dass die Sicherungsverwahrung eine Strafe sei (a.A. BVerfG NJW 2004, S. 739, 746). Ausgestaltung und Anordnung der Sicherungsverwahrung unterliegen daher in vollem Umfang rechtsstaatlichen Grundsätzen. Dies ist auch deshalb hervorzuheben, weil die Re-

WOLFGANG FRISCH angesprochen: Während der Täter bei der Bestrafung als eine zu normkonformer Entscheidung fähige Person angesehen werde, werde ihm nach Verbüßen der Strafe mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung die Fähigkeit, sich in Zukunft normgetreu zu verhalten, abgesprochen.<sup>7</sup>

Schließlich wurde zu Recht die Forderung erhoben, dass die genannten Verfassungsprinzipien bei allen Entscheidungen nach Tat- und Schuldfeststellung, d.h. nicht nur bei der Strafzumessungslehre, sondern auch im Rahmen der Vollstreckungs-, Vollzugs- und Entlassungslehre Berücksichtigung finden müssen. Dass Verfassungsprinzipien für diesen Bereich bislang kaum fruchtbar gemacht werden, kann jedoch nicht nur dem Bundesverfassungsgericht (das WOLFGANG NAUCKE insoweit als „unerhört timid“ bezeichnet hat) angelastet werden, denn auch die Strafrechtslehre hat bisher noch keine aus der Verfassung abgeleiteten Konzepte entwickelt, sondern das Feld weithin der Strafpraxis überlassen.

Im letzten Beitrag *Gnade in der Strafrechtspflege* zeigt HEINZ MÜLLER-DIETZ, wie die Gnade als Gegenstück bzw. Korrektiv zur Strafe in das Verfassungs- und Strafrecht eingebettet ist. Statt der historischen Formel „Gnade vor Recht“ gelte heute der Grundsatz „Recht vor Gnade“: Denn erstens sind weite Bereiche der historischen Gnadenmaterien im Strafgesetzbuch und der Strafprozessordnung verrechtlicht worden und zweitens hat sich auch die Begnadigung selbst zum Rechtsinstitut entwickelt. Daher stelle sich die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle von Gnadenentscheidungen zur Begrenzung der auch heute noch teilweise willkürlichen Handhabung des Gnadenrechts. Voraussetzung aller weiteren Überlegungen wäre freilich eine umfassende Begleitforschung zur unterschiedlichen Gnadenpraxis in den einzelnen Bundesländern. Das Für und Wider einer Verrechtlichung des Gnadenverfahrens stand auch im Mittelpunkt der anschließenden Diskussion, die vor allem eines deutlich machte: Die rechtliche Verortung der Gnade als ein innerhalb oder außerhalb des Strafrechts stehendes Rechtsinstitut ist bislang noch nicht gelungen.

---

geln zur Sicherungsverwahrung in den letzten Jahren mehrfach verschärft wurden und sich die Zahl der jährlichen Anordnungen in den letzten 20 Jahren mehr als verdoppelt hat. Kritisch insbesondere zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht HERIBERT OSTENDORF/CHRISTIAN BOCHMANN, Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand, ZRP 2007, S. 146 ff.; THOMAS ULLENBRUCH, Das „Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht“ – ein Unding?, NJW 2008, S. 2609 ff. Nicht vergessen werden sollte auch, dass sich die Sicherungsverwahrung, die 1933 mit dem Gewohnheitsverbrechergesetz eingeführt wurde, von ihrem ursprünglichen Zweck, der „Unschädlichmachung“ des Täters, bislang nicht vollständig gelöst hat. Zu Recht wird auch kritisiert, dass es bislang keine hinreichende Begleitforschung zur Vollzugspraxis gibt (BVerfG NJW 2004, S. 739, 741; zustimmend FRIEDER DÜNKEL/DIRK VAN ZYL SMIT, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, KrimPad 2004, S. 47, 50, 52).

7 Kritisch dazu schon MICHAEL KÖHLER, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 81 f.

Die Tagung hat mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. Offen sind vor allem zwei Aspekte geblieben: Erstens, ob die Verhängung und Ausgestaltung der Strafe das Ergebnis eines Abwägungsvorgangs sein muss, der schutzwürdige Interessen des Täters, des Opfers und der Rechtsgemeinschaft miteinander in Einklang zu bringen hat, und bejahendenfalls, welche Interessen im sozialen Rechtsstaat anzuerkennen sind und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. An dieser Stelle wären auch die verschiedenen Reaktionen auf Rechts-  
gutsverletzungen neu zu diskutieren und wäre insbesondere zu fragen, in welchen Fällen ein eingleisiger Unrechtsausgleich (unmittelbare Wiedergutmachung im Verhältnis zum Opfer durch Zahlung eines Schadenersatzes, gegebenenfalls auch eines Strafschadenersatzes) ausreichend und in welchen Fällen ein zweigleisiger Unrechtsausgleich (Schadenersatz gegenüber dem Opfer und staatliche Strafe) geboten ist. Bei der Frage nach dem „Ob“ und „Wie“ einer Missbilligung der Tat durch die Rechtsgemeinschaft wäre demzufolge zu berücksichtigen, ob der Tat ein Verhalten zugrunde liegt, dass sich nur gegen das Opfer oder auch oder ausschließlich gegen die Voraussetzungen sozialen Zusammenlebens richtet.<sup>8</sup> Da aber letztere einem steten Wandel unterliegen, bedürfte es zudem der regelmäßigen Überprüfung durch den Gesetzgeber, ob die Verhängung eines „sozialethischen Unwerturteils“ als Reaktion auf die Verletzung eines Rechtsgutes zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, d.h. das strafende Gesetz, noch erforderlich ist.<sup>9</sup>

Zweitens blieb offen, wie eine Straftheorie aussehen müsste, die losgelöst von den traditionellen Debatten aus dem 19. Jahrhundert aus der Perspektive des Sozialstaates heraus entwickelt werden würde. Nach WOLFGANG NAUCKE,

---

8 Nach LÜDERSSEN (Anm. 3), S. 74 müsste der Bedarf für Strafe „Delikt für Delikt nachgewiesen werden“. Und weiter: „Bisher verläßt man sich indessen einfach auf wuchernde Traditionen, weicht einer Bestandsaufnahme ab ovo, zu der das moderne Verfassungsrecht [...] durchaus einlädt, aus. Hier liegt eine der größten Aufgaben der zukünftigen Strafrechtswissenschaft.“

9 Vgl. nur aus der Entscheidung des BVerfG zum Inzest (BVerfGE 120, S. 224, 255, 256, abweichende Meinung HASSEMER): „a) Der Strafgesetzgeber ist in der Wahl der Anlässe und der Ziele seines Handelns nicht frei; er ist beschränkt auf den Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens (vgl. BVerfGE 27, 18 [29]; 39, 1 [46]; 45, 187 [253]), auf die Sicherung der Grundlagen einer geordneten Gesellschaft (vgl. BVerfGE 88, 203 [257]) und die Bewahrung wichtiger Gemeinschaftsbelange (BVerfGE 90, 145 [184]). Danach muss eine Strafnorm nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ist. Es muss sich zudem um einen wichtigen Belang, um einen elementaren Wert, um eine Grundlage unseres Zusammenlebens handeln. b) Die verfassungsrechtlichen Schranken der Strafgesetzgebung wirken auch auf die Wahl und den Einsatz der strafrechtlichen Instrumente. Strafrecht ist ultima ratio, ist das letzte verfügbare Mittel, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen, und kommt deshalb nur in Betracht, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich, wenn seine Verhinderung besonders dringlich ist (vgl. BVerfGE 88, 203 [257 f.]).“

der diesen Aspekt in der Abschlussdiskussion hervorhob, ist unser Strafrecht längst Bestandteil einer vermeintlich sozialstaatlichen Sicherheitsarchitektur geworden, die sich dem Straftäter nicht aus einem humanen Interesse an dem in Schwierigkeiten geratenen Individuum nähert, sondern mit dem Interesse, alle anderen Bürger vor diesem Individuum zu schützen. Der so verstandene bzw. instrumentalisierte Sozialstaat, der die Befriedigung der Sicherheitsbedürfnisse seiner Bürger mit empfindlichen Freiheitseingriffen erkaufte, hinterlässt nicht nur im Strafrecht seine Spuren (etwa im Sinne PAWLIKS: „Verschmelzung von Strafrecht und Polizeirecht zu einem neuartigen Sicherheitsrecht“). Als „nicht trennbares Kontinuum von der Strafe bis zur Sozialfürsorge“ hat NAUCKE dieses Phänomen der Abfolge verschiedener Formen sozialer Kontrolle von der Strafe zu Maßregeln, Ordnungsgeldern, polizeirechtlichen Eingriffen und sozialrechtlichen Maßnahmen der Erziehung bezeichnet und damit das sozialstaatliche Sicherheitskonzept im Sinne eines Gesamtkonzeptes sozialer Kontrolle als ein Problem identifiziert, das in jedem Fall wert wäre, Gegenstand einer weiteren Tagung zu sein.<sup>10</sup>

In diesem Sinne verbindet die Kommission mit dem vorliegenden Tagungsband die Hoffnung, dass die anregenden Beiträge und die fruchtbaren Diskussionen der Strafrechtslehre neue Impulse geben.

---

<sup>10</sup> Entsprechendes gilt für einen weiteren Aspekt der Tagung, der sich nicht nur in den in diesem Band dokumentierten Diskussionen widerspiegelt, sondern auch Gegenstand der Gespräche in den Kaffeepausen und beim Abendessen war: das Verhältnis der Strafpraxis zum strafenden Gesetz.

