

Schriften zum Strafrecht

Band 91

Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung

Zugleich ein Beitrag zur Theorie
positiver Generalprävention

Von

Kai Hart-Hönig



Duncker & Humblot · Berlin

KAI HART-HÖNIG

Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung

Schriften zum Strafrecht

Heft 91

Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung

Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention

Von

Dr. Kai Hart-Hönig



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hart-Hönig, Kai:

Gerechte und zweckmässige Strafzumessung : zugleich ein
Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention / von Kai
Hart-Hönig. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Strafrecht ; H. 91)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07383-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin 49

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 3-428-07383-5

Vorwort

Die Arbeit hat im Sommersemester 1991 der Juristischen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde Ende März 1991 abgeschlossen.

Herrn Prof. Dr. Winfried Hassemer möchte ich an dieser Stelle für die vielfältigen Anregungen, die ich in den Jahren meiner Assistentenzeit und auch schon vorher von ihm erhalten habe, danken. Danken möchte ich ebenfalls dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Naucke, für seine intensive Auseinandersetzung mit meiner Arbeit.

Frankfurt am Main, im Juli 1991

Kai Hart-Hönig

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
<i>1. Kapitel</i>	
Das herrschende Strafzumessungsmodell	
§ 1. Die Kardinalprinzipien	13
A. Die Schuld als Grundlage der Strafzumessung	13
I. Erfordernis und Begründungslast eines subsistent-straftbegründenden präventionsfreien Schuldbegriffs	13
II. Präventive Determinationen der Schuld	19
1. Das herrschende Schuldverständnis	19
a) Das Schuldverständnis der herrschenden Doktrin	20
b) Das Schuldverständnis von Gesetz und Rechtsprechung (§§ 20, 21 StGB)	25
2. Die Strafzumessungsschuld	31
a) Mittelbare präventive Schuldtermination durch Unrechtsfixierung der Schuld	31
b) Unmittelbare präventive Schuldterminationen	32
aa) Unrechtsinkongruente gesetzliche Strafdrohungen aus präventiven Gründen	32
bb) Prävention als Leitprinzip des Strafsystems	39
cc) Präventive Steuerung schuldrelevanter Strafzumessungsfaktoren (am Beispiel „Vorleben des Täters“, § 46 II 2 StGB)	40
III. Fazit	43
B. Die Prävention im Schuldrahmen und bei der Strafzumessung im weiteren Sinn	44
I. Herkömmliche Einwände gegen die Schuldrahmentheorie vor dem Hintergrund der Konfundierung von Schuld und Prävention	44
II. Fehlende Legitimität unmittelbar-präventiver Strafzumessung	46
1. Die Generalprävention	47
a) Die Abschreckungsgeneralprävention	47
aa) Die empirischen Probleme	47
bb) Die normativen Probleme	49
b) Die Integrationsgeneralprävention	50
aa) Die empirischen Probleme	50
bb) Die normativen Probleme	51

2. Die Spezialprävention	52
a) Die empirischen Probleme (der individuellen Kriminalprognose)	52
aa) Die statistische Prognose	53
bb) Die klinische Prognose	56
cc) Die Strukturprognose	57
dd) Die intuitive Prognose	58
b) Die normativen Probleme	59
aa) Zur Illegitimität spezialpräventiver Strafmaßerhöhung	59
(1) Das Verbot heteronomer Besserung	59
(2) Das Verbot tätiger individueller Abschreckung	65
(3) Das Verbot unmittelbarer Sicherung	66
bb) Zur begrenzten Legitimität spezialpräventiver Strafmaßsenkung	68
cc) Zur begrenzten Legitimität spezialpräventiver Entscheidungen zur Straf(rest)aussetzung und zur Verhängung kurzer Freiheitsstrafen	69
dd) Zur Problematik des Erfordernisses individualprognostischer Fundierung aller Strafzumessungsentscheidungen	72
III. Fazit	78
§ 2. Die praktische Relevanz	78
A. Die Herstellungsrelevanz	80
I. Die Festsetzung der Strafhöhe	80
1. Die Prädominanz von Tatschwere und Vorstrafenbelastung	80
2. Der eigenständige Einfluß präventiver Erwägungen	82
3. Ausnahmen von der regelmäßig unrechtszentrierten Strafhöhenbestimmung	85
II. Die Strafzumessung im weiteren Sinn	85
1. Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB)	85
2. Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe (§ 47 StGB)	87
3. Aussetzung des Strafrests bei zeitiger Freiheitsstrafe (§ 57 StGB)	88
4. Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 57 a StGB)	90
III. Fazit	91
B. Die Darstellungsrelevanz	92
§ 3. Fazit: Die legitimatorischen und praktischen Defizite	95

2. Kapitel

Straf(rechts)theoretische Grundlegung eines gerechten und zweckmäßigen Strafzumessungsmodells

§ 4. Zur ausschließlichen Eignung und der Begründungspotenz des positiv-generalpräventiven Ansatzes	98
---	----

§ 5. Die Theorie positiver Generalprävention	100
A. Empirische Bestätigung	100
I. Das Strafrechtssystem als wirksames Teilsystem sozialer Kontrolle	100
II. Gerechtigkeit als notwendige Voraussetzung von Zweckmäßigkeit	102
1. Die tatsächliche Erfüllung der Formalisierungsaufgabe: Zum	
Gerechtigkeitsbezug präventiver Determination der Schuld	102
a) Der Bezug auf Gerechtigkeitsvorstellungen der Gesellschaft	103
b) Gesamtgesellschaftlich konsentrierte Gerechtigkeitsvorstellungen	
in einer heterogenen Gesellschaft: Gerechtigkeit, soziale	
Schichtung und selektive Strafverfolgung	106
2. Die Wahrnehmungen der Bevölkerung: Einstellung und soziales	
Handeln	107
a) Positive Kenntnis und Einstellung der Bevölkerung zum	
gerechten Strafrecht	108
b) Zum Verhältnis von sozialer Ordnung und Gerechtigkeit	
(Autonomie)	109
B. Normative Legitimation	111
I. Argumentative und faktische Sicherung der Prävalenz der Gerechtigkeit	
.....	112
II. Zur fehlenden Überlegenheit objektivistischer Ethiken (am Beispiel	
von Kant, Hegel und der Diskursethik)	115
III. Bestimmtheitsgebot und Gesetzesbindungspostulat	119
§ 6. Fazit: Das Leistungsprofil der Theorie positiver Generalprävention	122

3. Kapitel

Das Strafzumessungsmodell der (kriminalpolitischen) Theorie positiver Generalprävention

§ 7. Die Grundlage der Strafzumessung	127
A. Die Schuld: Schuldbegriff und Aufgaben des Schuldprinzips	127
I. Die volle Einzeltatschuld als Grundlage des vorläufigen Höchststraf-	
maßes	128
Exkurs: Wiedergutmachung	131
II. Höchstmaßmindernde Faktoren	132
1. Freiheitsdefizite	132
2. Keine Kompensation struktureller Benachteiligung	134
3. Strafempfindlichkeit	136
B. Die Prävention: Kein selbständig-unvermittelter Strafzumessungsgrund	137
§ 8. Zur Ausgestaltung der Strafzumessungsgrundsätze	138
§ 9. Form und Maß der abstrakten Strafdrohung: Die Strafrahen	140
A. Strafrahen als adäquates Mittel gesetzlicher Strafmaßbestimmung	140
B. Prinzipien, Kriterien und Daten zur Bestimmung des Strafrahenumfangs	142

§ 10. Zur Strafzumessung im weiteren Sinn	147
A. Zur Strafaussetzung zur Bewährung	147
B. Zur Strafrestaussetzung (zur Bewährung)	150
§ 11. Zum Strafprozeß	153
A. Höchststrafmaß-Interlokut	153
B. Begründungspflicht	154
§ 12. Fazit: Das positiv-generalpräventive Strafzumessungsmodell in Programm- und Leitsätzen	154
Literaturverzeichnis	157

Einleitung

Die vorliegende Arbeit handelt über gerechte und zweckmäßige Strafzumessung.

Ausgangspunkt ist eine umfänglich delegitimierende Analyse des herrschenden Strafzumessungsmodells — d. h. der kardinalen Prinzipien und Institute der im weiteren Sinn¹ strafzumessungsrelevanten Vorschriften des geltenden Strafrechts im herrschenden, an der Freiheitsstrafe als zentraler Sanktion² orientierten Verständnis — und dessen praktischer Relevanz³. Dabei werden die empirischen und normativen Probleme der Spezialprävention im Hinblick auf den im allgemeinen (weitestgehend) vernachlässigten Zusammenhang von Strafzumessung und Strafvollzug⁴ besonders eingehend erörtert⁵.

Da diese Analyse keine tragfähige positive Legitimationsbasis hervorbringt⁶, folgt eine straf(rechts)theoretische Grundlegung eines gerechten und zweckmäßigen Strafzumessungsmodells⁷. Ausgegangen wird davon, daß ein Konzept, welches Strafrecht aus der Zweckmäßigkeit und der Gerechtigkeit als deren notwendiger prävalenter Voraussetzung vollständig und konsistent zu begründen vermag, auf größte Akzeptanz rechnen kann. Eng auf das Strafzumessungsrecht bezogen wird gezeigt, daß allein die Theorie positiver Generalprävention — verstanden als an dem autonomistischen Selbstkonzept der Menschen orientiertes, sich von der Integrationsgeneralprävention des herrschenden Modells wesentlich unterscheidendes Konzept — eine solche Begründung leistet. Und es wird dargelegt, daß die positiv-generalpräventive Theorie über die argumentativen und kriteriellen Mittel verfügt, welche es ermöglichen, die Prävalenz der Gerechtigkeit nicht nur auf der Ebene der Strafgesetzgebung, sondern auch auf der Ebene der Strafgesetzanwendung faktisch zu sichern.

Schließlich wird nach den Vorgaben des positiv-generalpräventiven Konzepts als kriminalpolitische Theorie ein gerechtes und zweckmäßiges Strafzumessungsmodell entwickelt⁸. Die Überlegungen de lege ferenda werden dabei nicht an

¹ D. h. auch die Vollstreckungsvorschriften umfassend: wegen möglicher Mißverständnisse kritisch gegen diese weite Begriffsfassung *E. Horn* SK-StGB § 46 Rn. 4.

² Vgl. *Jescheck*, Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, S. 1975 ff.

³ Unten 1. Kapitel, S. 13 ff.

⁴ Vgl. *Calliess / Müller-Dietz*, Einl. Rn. 38.

⁵ Unten 1. Kapitel, S. 52 ff.

⁶ Dazu unten 1. Kapitel, S. 43 ff., 78, 95 ff.

⁷ Unten 2. Kapitel, S. 97 ff.

⁸ Unten 3. Kapitel, S. 125 ff.

dem für politische Planungspapiere bedeutsamen Kriterium der (derzeitigen) innenpolitischen Durchsetzbarkeit ausgerichtet⁹. Ausschlaggebend ist vielmehr, was gesellschaftlich möglich ist, gemessen nicht an aktuellen Strafbedürfnissen, sondern am Stand der sachlich und zeitlich stabilen normativen gesellschaftlichen Verständigung¹⁰.

Die am Anfang stehende Analyse des herrschenden Modells und dessen praktischer Relevanz soll nicht nur einen konkreten Bezugsrahmen bereitstellen und die Daten über die Strafzumessungspraxis liefern, welche von einer (kriminalpolitischen) Theorie, die gewährleisten will, daß sich die strafzumessungsgesetzlichen Bestimmungen in die Strafzumessungspraxis verlängern (lassen), zu verarbeiten sind. Insbesondere wird hervorgehoben, daß das herrschende Strafzumessungsmodell die beiden eigenen Hauptforderungen an eine Strafrechtsdogmatik — die geltenden gesetzlichen Vorschriften konzeptuell und legitimatorisch konsistent sowie praxisrelevant zu konkretisieren und systematisieren¹¹ — nicht erfüllt¹². Und mit Bezug auf andere Interpretationen des geltenden Strafgesetzes¹³, die faktisch entscheidungsleitenden Programme¹⁴, die Handlungsbedingungen und die Leistungsfähigkeit der Strafzumessungspraxis¹⁵ wird sichtbar werden, daß das Interesse an einer akzeptablen Strafzumessungsdogmatik zu kriminalpolitischen Überlegungen drängt, da sie sich in den Grenzen der *lex lata* nicht erreichen läßt¹⁶. Dadurch soll gleich zu Beginn deutlich werden, daß nicht nur grundlagentheoretisches Interesse oder alternative kriminalpolitische Vorstellungen nach einem Modell gerechter und zweckmäßiger Strafzumessung *de lege ferenda* verlangen, sondern daß sich dieses Erfordernis auch in der Binnenperspektive der herrschenden Strafzumessungsdogmatik zeigt¹⁷.

⁹ Vgl. BT-Drs. 10/5828 (Unterrichtung durch die Bundesregierung: Bericht zur Beurteilung des strafrechtlichen Sanktionensystems).

¹⁰ Dazu eingehend unten S. 112 ff., 109 ff., 102 ff.

¹¹ S. nur *Jescheck*, AT § 6 I 1.

¹² Zusammenfassend dazu unten S. 19, 30, 43 f., 78, 91 f., 95 ff.

¹³ Dazu unten S. 95 f.

¹⁴ Dazu unten S. 78 ff.

¹⁵ Dazu unten S. 80 ff., 91 f., 92.

¹⁶ S. unten S. 95 f.

¹⁷ Vgl. dazu die kontrastierenden Beurteilungen von *Bruns*, RdStrZ, S. 14 bis 18; *dems.*, NStrZR?, S. 4 f., 5 bis 9.

1. Kapitel

Das herrschende Strafzumessungsmodell

§ 1. Die Kardinalprinzipien

A. Die Schuld als Grundlage der Strafzumessung

I. Erfordernis und Begründungslast eines subsistent-straftbegründenden präventionsfreien Schuldbegriffs

„Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe“ (§ 46 I 1 StGB) — dieser Satz bestimmt nach der Auslegung der Rechtsprechung und herrschenden Ansicht im Schrifttum die Schuld zum Maß- und Vergeltungs-/ Sühne- bzw. Schuldausgleichsprinzip¹ der Strafzumessung im engeren Sinn; präventive Strafziele dürfen wegen dieses Vorrangs des Schuldausgleichs bei der Strafhöhenfestsetzung nur im Rahmen der nach unten und oben noch schuldangemessenen Strafe berücksichtigt werden (Schuldrahmentheorie²)³.

Die Verhängung schuldunterschreitender Strafen aus spezialpräventiven Gründen (und bei generalpräventiver Vertretbarkeit⁴) verwirft die herrschende Mei-

¹ Zu der — von absoluten Straftheorien sich ausdrücklich distanzierenden — Terminologie s. LK-G. *Hirsch*, Vor § 46 Rn. 13, 7; *Jescheck*, AT § 82 III 3 (S. 785); *Bruns*, RdStrZ, S. 89; vgl. *Theune*, Strafzumessung, S. 162 Sp. 1; M / *Zipf*, AT / 1 § 7 Rn. 24, 17 ff. m. w. N.

² Die Termini Schuldrahmentheorie und Spielraumtheorie werden oft als gleichbedeutend gegeneinander ausgetauscht. Der BGH differenziert, indem er doch häufiger die Spielraumtheorie bemüht, wo es nur um den Beurteilungsspielraum geht, der dem Tatrichter bei der Strafzumessung insgesamt verbleibt; s. *Theune*, Strafzumessung, S. 163 Sp. 2 f.; vgl. auch *Bruns*, RdStrZ, S. 106. Hier wird von Schuldrahmentheorie gesprochen, um das materiell(rechtlich)e Moment sowie die dogmatische und trichterbezogene Intention der herrschenden Meinung — im Gegensatz zur (ursprünglich) prozeß- bzw. revisionsrechtlichen Intention der Spielraumtheorie — zum Ausdruck zu bringen; s. M / G / *Zipf*, AT / 2 § 63 Rn. 14; vgl. *E. Horn* SK-StGB § 46 Rn. 7 f.

³ S. BGHSt 7, 28; 20, 264 (266 f.); 24, 132 (133 f.); (GS) 34, 345 (349); LK-G. *Hirsch*, Vor § 46 Rn. 13 f.; *Bruns*, RdStrZ, S. 89 ff, 105 ff.; dens., NStrZR?, S. 25 f., 34 ff. je m. w. N.; w. (Rspr.-)N. bei *Mösl*, Tendenzen, S. 165 f.; *Theune*, Strafzumessung, S. 162 ff.; Sch / Sch / *Stree*, Vorbem §§ 38 ff. Rn. 6, 10; *Lackner*, § 46 Anm. III 1, 2.

⁴ S. *Lackner*, § 46 Anm. III 2 m. w. N. — Hier kommt es nur darauf an, daß die herrschende Meinung die Schuldunterschreitung auch bei angenommener generalpräventiver Vertretbarkeit verwirft; ob sich diese überhaupt im Rahmen der Rechtsanwendung hinlänglich ermitteln läßt, kann an dieser Stelle offen bleiben. S. dazu unten S. 47 ff., 50 f.