

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge • Band 264

Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie

**Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz
des Vor- und Nachtatverhaltens**

Von

Dominik Stahl



Duncker & Humblot • Berlin

DOMINIK STAHL

Strafzumessungstatsachen zwischen
Verbrechenslehre und Straftheorie

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer

ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 264

Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht

Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz
des Vor- und Nachtatverhaltens

Von

Dominik Stahl



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Dres. h.c. Wolfgang Frisch, Freiburg

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Wintersemester 2014/2015 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-14733-5 (Print)
ISBN 978-3-428-54733-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84733-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Wintersemester 2014/2015 als Dissertation vorgelegt. Sie berücksichtigt die Literatur und Rechtsprechung bis zum Sommer 2014.

Allen voran möchte ich mich bei meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Wolfgang Frisch, bedanken. Er hat die Arbeit inspiriert und mir in zahlreichen Diskussionen den Weg gewiesen. Darüber hinaus konnte diese Arbeit nur auf den Fundamenten errichtet werden, die Prof. Frisch dem Straßzumesungsrecht gegeben hat.

Ich bedanke mich ferner bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Jörg Albrecht für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und bei Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder für die Aufnahme in die Reihe der Strafrechtlichen Abhandlungen, N.F. Mein herzlicher Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Pawlik, der mich als Wissenschaftlichen Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl übernommen und mir zur Fertigstellung dieser Arbeit den Rücken freigehalten hat.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei meinen Kollegen am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Abt. 1, allen voran bei Frau Margot Nostadt. Mein besonderer Dank gilt Herrn Daniel Nerlinger und Herrn Adam Stodolski, die meine Thesen in zahlreichen Gesprächen geduldig ertragen, wertvolle Anregungen angebracht und mich in schweren Zeiten immer wieder aufgebaut haben. Besonders danken möchte ich schließlich Herrn Dr. Matthias Krausbeck für seine unermüdliche und selbstlose Hilfsbereitschaft, für die vielen gewinnbringenden Diskussionen am Lehrstuhl und für das Korrekturlesen dieser Arbeit.

Freiburg, den 24. 4. 2015

Dominik Stahl

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Induktive Methode zur Ergründung von Strafzumessungsrelevanzen	19
I. Traditioneller Ansatz	19
1. Finale, reale und logische Strafzumessungsgründe	19
2. Bedeutung der Strafzwecke	20
3. Bedeutung der Strafzumessungstatsachen	20
4. Verhältnis der Strafzumessungsgründe zueinander	21
II. Zur Validität einer Entwicklung von Strafzumessungsrelevanzen anhand der Praxis	23
1. Gewohnheitsrecht	24
a) Consuetudo und Opinio Iuris	24
b) Die Relevanz der Straftheorien für die Frage der Reichweite zulässigen Gewohnheitsrechts	26
2. Richterrecht	27
3. Katalog der Strafzumessungsgründe	28
III. Ableitung von Zumessungsrelevanzen aus einer Strafzumessungstheorie ..	28
1. Deduktionsskeptizismus bei Spendel	29
2. Strafzumessungskonzept und Straftheorie	29
3. Methodisches Vorgehen zur Entwicklung und theoretischen Fundierung eines Strafzumessungskonzepts	30
a) Induktion und Diskurs	30
b) Auswahl des zu Grunde zu legenden Materials und schrittweise Präzisierung – Theoriebildung „von innen nach außen“	31
c) Zusammenfassung	32
IV. Fazit	33
B. Theoretischer Zusammenhang zwischen Verbrechenslehre und Strafzumessung	34
I. Funktionen von Verbrechenslehre und Zumessung	34
1. Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge	35
2. Funktionale Einheit von Tatbestand und Rechtsfolge?	36
a) Theorie der Schwereskala	37
b) Neubewertung des Lebenssachverhalts (Hassemer)	39
c) Bewertung der verbrechensdogmatischen Schuld (Gössel)	41
d) Tatbestandsausfüllende Strafzumessung	43

e) Ausblick	44
II. Materiale Begründungen	45
1. Methodische Eingrenzung auf den Hintergrund der Unrechts- und Schuldschwererelevanz	46
2. Von den Straftheorien losgelöste Konzepte der Strafzumessung	46
a) Strafzumessung als soziale Praxis	46
b) Strafzweckunabhängige Strafzumessung	47
c) Vereinigungstheorien	51
aa) Die reine Limitierungswirkung von Schuld	52
bb) Durchbrechungen des Konzepts durch konstitutive Elemente der Schuld	53
cc) Limitierungsfunktion der Schuld i. e. S.	55
3. Absolute Konzepte der Strafe	55
a) Vergeltung	56
b) Wiederherstellung des Rechts	58
aa) Anerkennungsgedanke	58
bb) Selbstsubsumtion und Aufhebung des Scheins	60
cc) Ausblick	62
4. Expressive Funktion der Strafe zwischen absoluter und präventiver Straftheorie	62
a) Expressivität als eigenständiger Ansatz?	63
aa) Hörnle	63
bb) Neumann	64
b) Tadel als Element von absoluter und präventiver Straftheorie	65
aa) Expressivität der Strafe im Lichte absoluter Theorien	66
bb) Expressivität als Kernelement einer präventiven Theorie	67
5. Spezialprävention	67
6. Generalprävention	68
a) Negative Generalprävention	69
aa) Strafzumessung als Realisierung der Strafdrohung	69
bb) Psychologische Interpretation von Unrecht und Schuld	70
cc) Proportionalität und negative Generalprävention	72
b) Positive Generalprävention im engeren Sinne	73
aa) Die empirische Relevanz der Schuldstrafe	74
bb) Normative Relevanz der Schuldstrafe	77
cc) Positive Generalprävention und Freiheit	82
c) Positive Generalprävention i. w. S.	82
aa) Wahrung des Rechtsfriedens	83
bb) Strafe als Muster für den richtigen Umgang mit abweichendem Verhalten (Hassemer)	85
cc) Jakobs	86

d) Intellektuelle Infragestellung der faktischen Normgeltung	90
aa) Ausgangspunkt: Kognitive Erwartungsstabilisierung	90
bb) Autonomie und rationale Alternative	90
cc) Umsetzung der Unvernunft in die Lebenswirklichkeit durch Strafe	92
dd) Bedeutung von Unrecht und Schuld	93
ee) Empirische Absicherung?	95
ff) Erforderlichkeit einer spezifischen Legitimation generalpräventiver Strafe gegenüber dem Täter	96
C. Übertragbare Schwerebewertungen aus der Verbrechenslehre	98
I. Grundlagen	98
1. Ordnungsbegriffe in der Verbrechenslehre	99
a) Merkmal als geeigneter Gegenstand einer schweremäßigen Bewertung	99
b) Schwerebewertungen, die im Merkmal angelegt sind	99
aa) Typusbegriff	100
bb) Klassenbegriff	101
cc) Materielle Legitimation	102
2. Grenzwerthypothese	103
3. Methode	104
a) Straffahmenvergleich mit Blick auf Schweregesichtspunkte	104
b) Skalen mit Relevanz für die Infragestellung des Rechts	104
II. Schuldsschwere in der Verbrechenslehre	105
1. Grundlage: Schuld als Vorwerfbarkeit	105
2. Verbotsirrtum	106
a) Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins	107
b) Vermeidbarkeit	107
3. Seelische Störungen und geistige Reife	108
4. Entschuldigungsgründe	110
III. Strafhöhenrelevante Faktoren im Bereich des Unrechts	110
1. Wert des angegriffenen Rechtsguts	111
a) Grundtatbestand und Qualifikation/Privilegierung	111
b) Quervergleiche	113
c) Beeinträchtigung des Rechtsguts	114
2. Die Intensität des Angriffs – Gefährlichkeit	115
a) „Gefahrengrade“	115
b) Vorsatz und Fahrlässigkeit	117
c) Art und Weise der Tatausführung	117
d) Hintergrund der Relevanz der Gefährlichkeit	118
3. Rechtswidrigkeit	119

4. Pflichten und Pflichtwidrigkeit	121
a) Intensität des Pflichtenverstoßes und Gefährlichkeit	121
b) Gewicht der Pflicht und Freiheitsabschichtungen	122
5. Täterschaft und Teilnahme	123
a) Ordinale Differenzierungen im Bereich von Täterschaft und Teilnahme	124
b) Verortung anderer Differenzierungen auf derselben Skala – Rechtsfolgendifferenzierung im Bereich von Täterschaft und Teilnahme ...	125
c) Zum Hintergrund von Strafmaßmodifizierungen im Rahmen von Täterschaft und Teilnahme	126
6. Vorsatz	127
a) Vorsatz und Fahrlässigkeit	127
b) Vorsatzformen	128
IV. Nicht eindeutig zuordenbare Faktoren der Verbrechenslehre	130
1. Beweggründe	130
a) Parallele zu Rechtfertigungsgründen und Entschuldigungsgründen? .	130
b) Ideelle Bedeutung der Beweggründe im Lichte des Anerkennungsgedankens	131
c) Die grundsätzliche Bedeutung ideeller Faktoren de lege lata	132
2. Ziele	133
3. Rücktritt und tätige Reue	134
a) Strafhöhenrelevante ordinale Differenzierungen im Bereich von Rücktritt und tätiger Reue	134
b) Hintergrund dieser Modifizierungen	135
D. Abweichungen von der Verbrechenslehre	137
I. Nicht übertragbare Aussagen der Verbrechenslehre	137
1. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat	138
a) Konkurrenz und Schwereskala	139
b) Konsequenzen für die Verwertung von „verschuldeten Auswirkungen der Tat“	140
c) Tatbestände als Grenze	141
aa) Bindung an den Tatbestand im Hinblick auf die Maßstäbe der Strafzumessung	142
bb) Bindung an den Tatbestand im Hinblick auf den Bewertungsgegenstand	143
d) Fazit	144
2. Die Anwendung der Versuchsregeln auf Regelbeispiele	144
3. Teilnahme und Regelbeispiel	146
II. Relevanzen, die sich nicht aus der Verbrechenslehre herleiten lassen	147
1. Präventive Faktoren	147
a) Konzeptioneller Rahmen: Die Spielraumtheorie	148

b) Negative Generalprävention	148
aa) Das empirische Problem	148
bb) Das normative Problem	150
c) Spezialprävention	151
aa) Vermeidung von Nebenfolgen	151
bb) Spezialpräventive Strafschärfungen	152
cc) Überzeugungskraft spezialpräventiver Ausfüllung des Schuld- rahmens	152
d) Exkurs zur Problematik der Spielraumtheorie	155
2. Zeitablauf	156
a) Hintergrund der Relevanz des Zeitablaufs	157
aa) Veränderte Bewertung der Schuld	157
bb) Indizielle Bedeutung des Zeitablaufs	158
b) Kompatibilität des Strafzumessungsfaktors Zeitablauf mit dem hiesigen Konzept	159
3. Strafempfindlichkeit	160
a) Prognoseunsicherheiten und gerechter Umgang mit der Strafemp- findlichkeit	161
b) Klassenjustiz und Schuldangemessenheit	161
4. Straftatfolgen	162
5. Fazit und Ausblick	163
E. Die Zumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens	165
I. Identität der Schuldbegriffe	165
1. Abweichungen	165
a) Strafzumessungsschuld als verschuldetes Unrecht	165
b) Ordinaler Begriff in der Strafzumessung	168
2. Die These von der Deckungsgleichheit	168
II. Vor- und Nachtatverhalten in der Praxis der Strafzumessung	169
1. Indizkonstruktion	169
2. Vortatverhalten	170
a) Vorgeschichte der Tat	170
aa) Tatplanung und Vorbereitung	171
bb) Konflikttaten	176
cc) Alkoholisierung und andere Schuld minderungsgründe	179
dd) Fazit	180
b) Das sonstige Vorleben des Täters	181
aa) Warnungen	182
bb) Vortaten und sonstiges Vorleben	188
cc) Grenzen strafscharfender Berücksichtigung des Vorlebens	191
c) Fazit	197

3. Nachtatverhalten	198
a) Umkehrverhalten des Täters nach formeller Vollendung	198
b) Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung	199
c) Hinzufügung weiteren Unrechts	202
d) Einstellung des Täters bei der Tat	205
aa) Die Begehung weiterer Straftaten	205
bb) Tatspurenbeseitigung	205
cc) Prozessverhalten	206
e) Ausblick und Fazit	209
aa) Negation der Negation durch Täterleistung	209
bb) Einstellung	210
III. Die Schuldrelevanz der Einstellung des Täters zu seiner Tat	210
1. Die Problematischen Aspekte des Vor- und Nachtatverhaltens	210
2. Die Bedeutung der Einstellung im Rahmen des positiv generalpräven-	
tiven Konzepts	211
a) Rationale Motivation	212
b) Personale Verbindlichkeit	213
aa) Aufriss	213
bb) Praktische Handhabung	213
c) Konflikte mit einem freiheitlichen Schuldverständnis	214
3. Integration in die Schuld als Vermeidemacht	216
a) Empirische Probleme	216
b) Normative Probleme: Steigerbarkeit der Schuld	217
aa) Steigerungen der Schuld und Selbstbild	218
bb) Strukturelle Implikationen des Verbrechenssystems	219
cc) Fazit	220
4. Erweiterungen des Schuldbegriffs der Verbrechenslehre	220
a) Extensive Auslegung des Schuldbegriffs	221
aa) Charakterschuld	221
bb) Lebensführungsschuld	222
cc) Funktionaler Schuldbegriff	224
dd) Tatschuld	227
ee) Schuld i. e. S. – das Andershandelnkönnen	227
b) Extensive Auslegung des Unrechtsbegriffs	228
aa) Ideelles Unrechtsverständnis als straftheoretisch zwingende	
Konsequenz	228
bb) Loslösung vom Tatstrafrecht	229
IV. Zum Verhältnis ideeller und gegenständlicher Unrechtselemente	231
1. Gesinnungselemente als konkretisierende Faktoren der von dem gegen-	
ständlichen Normbruch umrissenen Infragestellung des Rechts	232
a) Ideelle Elemente im Bereich des Vorsatzes	232

b) Ziele und Beweggründe	233
c) Die rechtsfeindliche Einstellung	234
d) Schuld i.e.S.	235
2. Umsetzung	235
a) Schrittweise Konkretisierung des Strafmaßes	235
b) Spielraumtheorie	236
F. Schlussbetrachtung	238
Literaturverzeichnis	243
Sachverzeichnis	273

Einleitung

Diese Arbeit beschäftigt sich nicht vorrangig mit der Frage, welche Tatsachen, Umstände, Faktoren, „reale“ Gründe sich auf die Bestimmung der Strafhöhe innerhalb eines Strafrahmens auswirken können. Vielmehr soll im Vordergrund stehen, auf welche Weise sich die Frage nach den sog. Strafzumessungsrelevanzen klären lässt, welche rechtlichen Leitgesichtspunkte insofern zur Verfügung stehen.

Zur Herkunft der Strafzumessungsrelevanz hat gerade die traditionelle Strafzumessungslehre viele Fragen offen gelassen. Die meisten der einschlägigen Passagen aus der älteren Literatur bleiben im Hinblick auf die dogmatische Fundierung von Strafzumessungstatsachen unklar. Zwar hat man die Straftheorien letztlich immer gleichsam als Obersätze der Strafzumessung angeführt, doch waren diese letztlich kaum dazu in der Lage Licht ins Dunkel zu bringen. Zum einen lag das daran, dass gerade in der älteren Literatur im Wesentlichen alle Straftheorien, die man überhaupt kannte, als „anerkannt“ galten und deshalb gleich mehrere Theorien zur Erklärung von zweifelhaften Tatsachen, die aber immer schon in der Strafzumessung berücksichtigt wurden, in Betracht kamen; es kann vor diesem Hintergrund übrigens auch nicht verwundern, dass sich die Diskussion alsbald auf das Verhältnis der Strafzwecke zueinander konzentrierte. Zum anderen waren auch die einzelnen in Bezug genommen Theorien nicht immer präzise oder nach Maßstäben auszufüllen, über deren Inhalt sie selbst Auskunft gaben. Die Antwort auf die Fragen, ob und aus welchem Grund bestimmte Tatsachen in der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen, lag deshalb weitgehend im Auge des Betrachters. Das Problem geriet auch deshalb nur langsam in den Fokus der Wissenschaft, weil die Strafzumessung anfänglich gar nicht als Rechtsfrage, sondern als Tatfrage beurteilt wurde – eine These, die heute zwar als überkommen gilt, aber doch in einigen Straftheorien moderner Prägung wieder einen Rückhalt finden könnte.

Die gegenwärtige Diskussion trägt dem rechtlichen Charakter der Strafzumessung eher Rechnung. Zwar anerkennt die herrschende Meinung immer noch den zentralen Stellenwert der Straftheorien für die Strafzumessung. Jedoch wird weniger über das Verhältnis dieser Theorien zueinander diskutiert als über die Frage, welche Schlussfolgerungen für die Strafhöhenbestimmung aus ihnen überhaupt gezogen werden können. In diesem Rahmen emanzipieren sich zunehmend Konzepte, die zur Konkretisierung des jeweils gewählten straftheoretischen Ausgangspunkts die Verbrechenslehre in das Blickfeld rücken. Mit Blick auf deren Aussagen gehen manche Experten gar so weit, auf die Leitfunktion von Straf-

theorien in der Strafzumessung gänzlich zu verzichten. Dabei werden sie durch den Gesetzgeber bestärkt, der sich augenscheinlich nicht für die *eine* Straftheorie entschieden hat, sondern, bewusst oder unbewusst, je nach Regelungszweck mal diese, mal jene straftheoretische Erwägung aufgreift.

In dieser Arbeit soll untersucht werden, wie sich Verbrechenslehre und Strafzumessung zueinander verhalten, welche Rolle in diesem Kontext Straftheorien spielen können und welche Schlussfolgerungen sich aus einem etwaigen Zusammenhang für den in der Strafzumessung ausweislich des Gesetzeswortlauts des § 46 Abs. 1 S. 1 StGB so zentralen Schuldbegriff ergeben. Zu diesem Zweck wirft die Arbeit, ausgehend von der traditionellen Lehre, einen Blick auf den formalen und materiellen Zusammenhang zwischen Verbrechens- und Zumessungslehre, um anschließend der Frage nachzugehen, was sich aus einem solchen Zusammenhang für die Beurteilung von Strafzumessungsrelevanzen konkret ergeben kann. Es wird sich zeigen, dass in weiten Teilen Strafzumessungsrelevanzen aus der Verbrechenslehre gefolgert werden können, dass aber auch einige Abweichungen erklärt werden müssen.

A. Induktive Methode zur Ergründung von Strafzumessungsrelevanzen

I. Traditioneller Ansatz

1. Finale, reale und logische Strafzumessungsgründe

Die traditionelle Fundierung der Strafzumessungstatsachen geht auf eine Analyse Spendels zu dem seiner Zeit im Strafzumessungsrecht gebräuchlichen Begriff des Strafzumessungsgrundes zurück. Es gebe dreierlei Arten von Strafzumessungsgründen: die tatsächlichen Gegebenheiten und Vorgänge als *causa essendi* der strafzumessungsrechtlichen Entscheidung, den Zweckgrund als *causa finalis* des Strafmaßes und schließlich Erwägungen, die den Strafzweck mit dem realen Lebenssachverhalt zueinander in eine logische Beziehung setzen, die so genannte *causa cognoscendi*.¹ Zwar stellt Spendel klar, dass die drei Kategorien lediglich einer begrifflich differenzierenden Erfassung des im Rahmen jeder Strafzumessungsentscheidung untrennbar miteinander Verbundenen dienen.² Gleichwohl beinhaltet die Unterscheidung eine Strukturvorgabe für die Strafrahenkonkretisierung. Begründet wird die Strafhöhe mit einer am Strafzweck orientierten, den Regeln der Logik folgenden Bewertung der realen Strafzumessungstatsachen.

Spendels begriffliche Analyse des „Strafzumessungsgrundes“ wurde deshalb im Laufe der weiteren Erschließung der Strafzumessung von anderen Autoren aufgegriffen³ und ist in verschiedene Phasenmodelle der Strafzumessung aufgegangen. Eines der ersten dieser Modelle wurde von Bruns in seinem strafzumessungsrechtlichen Fundamentalwerk „Strafzumessungsrecht“ entwickelt. Er ordnet den Vorgang der Strafzumessung in drei wesentliche Arbeitsschritte. Zunächst seien die gesetzlichen Strafzwecke zu ergründen. Sodann müssten die relevanten Strafzumessungstatsachen ermittelt, ihre Bewertungsrichtung festgelegt und gewichtet werden. Anschließend seien alle Umstände gegeneinander abzuwägen und das relative Ergebnis in den Strafrahen umzuwerten.⁴ Auf Spendels Unter-

¹ *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, S. 191 ff.; *ders.*, NJW 1964, S. 1758 (1759 f.).

² *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, S. 199; vgl. dazu *Fahl*, Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe, S. 103 f.

³ Nachw. bei *Frisch*, 140 Jahre GA, S. 1 (6 in Anm. 26).

⁴ *Bruns*, Strafzumessungsrecht, S. 47 ff.