

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 123

Tatproportionale Strafzumessung

Von

Tatjana Hörnle



Duncker & Humblot · Berlin

TATJANA HÖRNLE

Tatproportionale Strafzumessung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 123

Tatproportionale Strafzumessung

Von

Tatjana Hörnle



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Bernd Schönemann, München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hörnle, Tatjana:

Tatproportionale Strafzumessung / von Tatjana Hörnle. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 123)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09700-9

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-09700-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern in tiefer Dankbarkeit

Vorwort

Die Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Universität München im Frühjahr 1998 als Dissertation vor. Sie ist für die Veröffentlichung auf den aktuellen Stand gebracht und an einigen Stellen überarbeitet worden.

Herrn Professor Dr. Bernd Schünemann habe ich an dieser Stelle in mehrfacher Hinsicht zu danken: für die vielfältigen wissenschaftlichen Anregungen, die ich während der Assistententätigkeit an seinem Lehrstuhl erhalten habe, für die Freiräume bei der Entstehung dieser Arbeit und für sein Vorbild als energischer und engagierter Wissenschaftler. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Heinz Schöch für die Erstellung des Zweitgutachtens und für seine ermutigenden Worte sowie Herrn Professor Dr. Friedrich-Christian Schroeder für die Aufnahme der Untersuchung in die Strafrechtlichen Abhandlungen n. F. Nicht zuletzt möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Andrew von Hirsch bedanken, dessen Seminare an der School of Criminal Justice (Rutgers University) mein Interesse an der Thematik geweckt, und dessen Ideen mir wichtige Impulse gegeben haben.

Den Kollegen und Mitarbeitern des Instituts für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik möchte ich für die Unterstützung beim Zustandekommen dieser Arbeit herzlich danken - insbesondere Dr. Roland Hefendehl, der mir mit Rat und Tat zur Seite gestanden ist, und Frau Petra Rascher, die mir bei den Korrekturen behilflich war.

München, November 1998

Tatjana Hörnle

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Überblick über den Inhalt der Arbeit	17
---	----

1. Teil: Die Kritik an der Spielraumtheorie

1. Kapitel: Der Inhalt der Spielraumtheorie im Überblick	23
2. Kapitel: Prävention im Rahmen der Repression?	27
1. Die ungelöste Frage der Weite des Schuldrahmens	27
2. Keine festen Grenzen des Schuldrahmens	28
3. Fehlende Relevanz präventiver Erwägungen in der Lehre	29
4. Fehlende Herstellungsrelevanz präventiver Erwägungen in der Praxis	30
5. Tatsächliche Funktion der Spielraumtheorie für die Rechtsprechung	35
3. Kapitel: Die Probleme bei der Bestimmung der schuldgemessenen Strafe ...	36
1. Straftheorie und schuldgemessene Strafe	36
2. Vernachlässigung des Begriffs der Strafzumessungsschuld	38
3. Persistenz der Lebensführungsschuld in der Strafzumessungsschuld	40
a) Historische Wurzeln	40
aa) Problemstellung	40
bb) Entwicklung bis 1945	42
cc) Folgen für die Einführung einer gesetzlichen Strafzumessungsregel	47
b) Die Täterpersönlichkeit in der heutigen Strafzumessungspraxis und -lehre	49
aa) Vorgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung	49
bb) Würdigung der Täterpersönlichkeit in der tatrichterlichen Praxis	52
c) Subjektive Tatumstände und die Bewertung der Täterpersönlichkeit	55
aa) Verschleiende Begründungen	55
bb) Kriminelle Energie als Strafzumessungsgrund	57
cc) Beweggründe als Anlaß für eine negative Bewertung des Täters	60
4. Kapitel: Die Folgen der Spielraumtheorie für die Strafzumessungslehre	61
5. Kapitel: Die Folgen für die Praxis: Ungleichheit der Strafen	63
1. Fehlende Steuerungsleistung und Ungleichheit	63
2. Übersicht über das empirisch gewonnene Wissen	64
3. Normative Konsequenzen	69

a) Notwendigkeit von Korrekturen	69
b) Relative und absolute Gerechtigkeit	71
Zusammenfassung der Kritik an der herrschenden Strafzumessungslehre und -rechtsprechung.....	75

2. Teil: Konsequente Folgenorientierung, Wiedergutmachung oder Tatschuldausgleich als Alternativen zur Spielraumtheorie?

1. Kapitel: Konsequente Folgenorientierung	77
1. Forderung nach einem folgenorientierten Modell	77
2. Negativ-generalpräventive Strafzumessung	78
3. Spezialpräventive Strafzumessung	84
a) Spezialpräventive Strafzumessungstheorie	84
b) Prognoseprobleme und Mangel an geeigneten Programmen	85
4. Positiv-generalpräventive Strafzumessung	89
a) Positive Generalprävention als Straftheorie	89
b) Unmöglichkeit der Strafzumessung anhand nachweisbarer Effekte	92
c) Orientierung am Mindestmaß bzw. an der gerechten Strafe	93
2. Kapitel: Wiedergutmachung	96
1. Wiedergutmachung statt Strafrecht	96
2. Wiedergutmachung als Alternative in ausgewählten Fällen.....	99
3. Kapitel: Stellenwerttheorie und Strafzumessung auf der Basis absoluter Straftheorien.....	102
1. Die Stellenwerttheorie	102
a) Inhalt der Stellenwerttheorie	102
b) Begrenzte Reichweite der Stellenwerttheorie	103
2. Strafzumessung auf der Basis absoluter Straftheorien	104
Zusammenfassung der Analyse möglicher Alternativen	107

3. Teil: Die Theorie tatproportionaler Strafzumessung

1. Kapitel: Strafreoretische Vorüberlegungen	108
1. Schlicht-funktional begründete Straftheorien	108
2. Eingeschränkte Nachweisbarkeit präventiver Effekte	110
3. Expressive Funktionen der Strafe	112
a) Strafe als soziale Institution	112
b) Normative Rechtfertigung der expressiv-kommunikativen Elemente	114

4. Rechtfertigung der Übelszufügung	119
a) Präventive Begründung für die Übelszufügung	119
b) Schwachstellen einer präventiven Rechtfertigung	121
5. Keine einheitliche Straftheorie	124
2. Kapitel: Die Unabhängigkeit von Straftheorie und Strafzumessungstheorie ..	125
1. Die These der Verbindung von Straf- und Strafzumessungstheorie	125
2. Keine Zweckorientierung bei einzelnen Strafen	126
3. Kapitel: Die Rechtfertigung einer Theorie tatproportionaler Strafzumessung	127
1. Utilitaristische bzw. vertragstheoretische Begründungen	127
2. Gerechtigkeit als Argument für Tatproportionalität	133
3. Der strafrechtliche Tadel als Argument für Tatproportionalität	135
4. Verständnis für die Situation des Täters als Gegenkonzept	137
a) Das Idealbild eines verständnisvoll Urteilenden	137
b) Übertragbarkeit auf strafrechtliche Werturteile	138
c) Unmöglichkeit der Umsetzung im Strafverfahren	140
4. Kapitel: Die Grundzüge einer tatproportionalen Strafzumessungstheorie	143
1. Die Bewertung der Tat: Orientierung am verschuldeten Tatumrecht	143
a) Orientierung an der Verbrechenslehre	143
b) Vorteile und Nachteile der Orientierung an der Verbrechenslehre	145
c) Bewertung des Tatumrechts	150
d) Schuld als Strafzumessungsfaktor	151
2. Keine absolute Proportionalität von Tatschwere und Strafe	155
3. Beurteilungsspielraum statt Punktstrafe	157
4. Die Rolle von Vorstrafen	159
a) Unhaltbarkeit der Strafschärfungen wegen Vorstrafen	159
b) Keine Strafminderung für Ersttäter	164
5. Reihenordnung der Rechtsfolgen	166
a) Subjektive versus objektive Bewertung der Sanktionsschwere	166
b) Vergleich der Sanktionsschwere	169
aa) Vergleich von Sanktionen unterschiedlicher Art	169
bb) Vergleich von Geldstrafen	174
cc) Vergleich von Freiheitsstrafen	176
5. Kapitel: Die Problembereiche einer tatproportionalen Strafzumessungslehre	179
1. Die Praxis der Strafverfolgung	179
a) Verurteilungen nur bei einem Bruchteil aller Straftaten	179

b) Einstellungen und Absprachen im Strafverfahren	180
2. Wandel der Wertigkeit von Gütern	183
3. Die gesetzlichen Strafraumen im deutschen Recht	184
a) Lückenhafter Unrechtsbezug der gesetzlichen Strafraumen	184
b) Ausmaß der Bindung des Tatrichters an die gesetzlichen Strafraumen	187
4. Die Rechtsfolgenbestimmungen im deutschen Recht	191
a) Unvereinbarkeit der tatproportionalen Lehre mit den §§ 56, 59	191
b) Vereinbarkeit mit § 47 Abs. 1	193

4. Teil: Die Bewertung der Tatschwere

1. Kapitel: Das Unrecht der Tat als Anknüpfungspunkt der Strafzumessung	195
1. Grenzen einer Unrechtsbestimmung über die Tatbestandsmerkmale	195
a) Quantifizierende Betrachtung der Tatbestandsmerkmale	195
b) Erforderlichkeit von materiellen Bewertungskriterien	198
2. Gründe für ein dualistisches Unrechtsverständnis	201
a) Erfolgsunabhängiges Unrecht: Die monistisch-subjektive Lehre	201
b) Schwächen der monistisch-subjektiven Lehre	202
3. Das Erfolgsunrecht als Beeinträchtigung des Rechtsgutsträgers	207
a) Erfolgswert als Friedensstörung?	207
b) Erfolgswert als Rechtsgutsverletzung oder Verletzung des Handlungsobjekts?	210
c) Erfolgswert als Beeinträchtigung eines Rechtsgutsträgers	211
4. Grund und Grenzen der Berücksichtigung des Handlungsunrechts	213
a) Der Grund für die Berücksichtigung des Handlungsunrechts	213
b) Notwendigkeit einer Einschränkung	215
c) Opferperspektive für die Bewertung des Handlungsunrechts	217
5. Erfolgs- und Handlungsunrecht als Typus	220
2. Kapitel: Das Ausmaß des Erfolgsunrechts	221
1. Prämissen für die Bewertung von Beeinträchtigungen	221
a) Notwendigkeit einer normativen Analyse	221
b) Subjektiver versus objektiver Maßstab	223
2. Einschnitt in die Lebensqualität als Maßstab	226
a) Von Hirschs und Jareborgs Konzept zur Bewertung der Lebensqualität	226
b) Vorteile einer Lebensqualitätsanalyse für die Strafzumessung	228
3. Anwendungsbeispiele für das Lebensqualitäts-Modell	233

a) Tötungs- und Körperverletzungsdelikte	233
b) Sexualdelikte	235
c) Gewalt und Drohung	237
d) Eigentums- und Vermögensdelikte	239
4. Modifikationen wegen besonderer Lebensumstände des Opfers	242
5. Erfolgsunrecht bei Delikten gegen Organisationen	244
6. Subjektive Zurechenbarkeit des Erfolgsunrechts	247
7. Schadensvertiefungen und Schadenserweiterungen	251
a) Nicht selbständig zu berücksichtigende Folgeschäden	251
b) Vorhersehbarkeit der Folgeschäden als erstes Kriterium	253
c) Typizität der Folgeschäden als zweites Kriterium	254
3. Kapitel: Das Ausmaß des Handlungsunwerts	260
1. Handlungsunrecht und subjektive Tathintergründe	260
a) Abstufungen des Vorsatzes	260
b) Abstufungen der Fahrlässigkeit	264
aa) Bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit	264
bb) Ausmaß der Sorgfaltswidrigkeit	265
c) Die Beweggründe des Täters	267
aa) Beweggründe, Ziele, Absichten	267
bb) Systematische Einordnung der Beweggründe	268
cc) Unrechtserhöhung durch die Beweggründe nur in Ausnahmefällen	270
2. Handlungsunrecht und objektive Tatumstände	273
a) Abstrakte Gefährungsdelikte	273
b) Art und Weise der Tatausführung	274
c) Verletzung von Pflichten des Täters	278
aa) Tatbestandliche Pflichten	278
bb) Außertatbestandliche Pflichten	281
4. Kapitel: Unrechtsmindernde Strafzumessungsumstände	283
1. Begründung unrechtsmindernder Strafzumessungsfaktoren	283
2. Teilweise Zuständigkeit des Opfers für das Tatunrecht	285
a) Einwilligungsnaher Fälle	285
b) „Mitverschulden“ des Opfers	286
aa) Absichtliche Provokation eines Angriffs	286
bb) Rechtswidrige Vortat des Opfers	287
cc) Verstoß gegen Obliegenheiten als Vorverhalten des Opfers	290
c) Nicht vorwerfbare Tatbeiträge des Opfers	293

3. Handeln im Notstand	294
4. Verminderung des Erfolgsunrechts durch Wiedergutmachung	296
a) Beeinflussung des Erfolgsunrechts	296
b) Wiedergutmachungsleistungen durch den Täter	297
aa) Vollständige Wiedergutmachung	297
bb) Teilweise Wiedergutmachung	299
c) Zurechnung der Leistung und verdienstvolles Handeln	303
5. Kapitel: Schuld mindernde Strafzumessungsumstände	306
1. Kategorien schuld mindernder Umstände	306
2. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit	307
a) Verhältnis zu den tatbestandlichen Voraussetzungen in § 21	307
b) Ermittlung von eingeschränkter Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit	308
c) Fallgruppen eingeschränkter Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit	310
d) Normativer Filter	316
3. Eingeschränkte Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	320
a) Handeln in einer Gefahrensituation	320
b) Handeln aus wirtschaftlicher Not	322

5. Teil: Die Umsetzung der tatproportionalen Strafzumessungstheorie de lege lata

1. Kapitel: Der Begriff der Strafzumessungsschuld (§ 46 Abs. 1 S. 1)	324
1. Notwendigkeit der Neuinterpretation von Strafzumessungsschuld	324
2. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut von § 46 Abs. 1 S. 1	326
3. Verhältnis von Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld	328
2. Kapitel: Die Bedeutung von § 46 Abs. 1 S. 2	329
1. Tatproportionale Strafzumessung und § 46 Abs. 1 S. 2	329
2. Überblick über die Anwendungsfelder für § 46 Abs. 1 S. 2	330
3. Keine Straferhöhungen aus spezialpräventiven Gründen	332
4. Keine Strafmilderungen zur Vermeidung einer Entsozialisierung	336
5. Strafmilderungen wegen erhöhter Strafempfindlichkeit	339
a) § 46 Abs. 1 S. 2 als gesetzliche Grundlage	339
b) Die Rolle der Strafempfindlichkeit	341
c) Fallgruppen der besonders gesteigerten Strafempfindlichkeit	342
aa) Verkürzung der Lebenserwartung	342
bb) Strafempfindlichkeit von Ausländern	343

cc) Besondere Tatfolgen für den Täter	345
dd) Mittelbar auf der Bestrafung beruhendes zusätzliches Übel	345
ee) Durch das Strafverfahren herbeigeführtes zusätzliches Übel	348
3. Kapitel: Die Vereinbarkeit mit § 46 Abs. 2	352
1. Die Abwägungsformel in § 46 Abs. 2 S. 1	352
2. Anwendungsfälle für die Strafzumessungsfaktoren in § 46 Abs. 2 S. 2	353
3. Die Schwerpunktsetzung in § 46 Abs. 2 S. 2	355
4. Kapitel: Die Vereinbarkeit mit den Wiedergutmachungsvorschriften	
(§§ 46 a, 46 Abs. 2 S. 2)	356
1. Verdienstvolles Handeln versus erfolgte Wiedergutmachungsleistungen	356
2. Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 46 a im übrigen	359

6. Teil: Die Umsetzung der Schwerebewertung in numerische Strafmaße

1. Vom komparativen System zum numerischen Strafmaß	361
2. Keine „sentencing guidelines“	362
3. Einstieg in den Strafraumen anhand des schrittweisen Vorgehens	364
4. Ermittlung des Basis-Strafwerts bei Vorsatztaten	368
a) Regelschaden oder Durchschnittsschaden als Anknüpfungspunkt?	368
b) Strafquantenmethode	371
c) Erste Einordnung anhand der fünf Kategorien des Erfolgsunrechts	373
d) Präzisierung des Basis-Strafquantums zu einem Basis-Strafwert	375
5. Modifikationen des Basis-Strafwerts	378
a) Normativer Normalfall als Ausgangspunkt	378
b) Vorsatzvariationen	383
c) Fahrlässige Tatbegehung	385

**Zusammenfassende Darstellung einer tatproportionalen
Strafzumessungstheorie**

I. Grundlagen einer tatproportionalen Strafzumessungstheorie	387
II. Umsetzung einer tatproportionalen Strafzumessungstheorie	389
III. Wichtige Unterschiede zur traditionellen Lehre und Rechtsprechung	393
IV. Die Vereinbarkeit mit § 46 Abs. 1 und 2	396
V. Der Einstieg in den Strafraumen	399

Literaturverzeichnis	401
Sachregister	430

Einleitung und Überblick über den Inhalt der Arbeit

1. Die über Jahrzehnte berechtigte Klage, daß die Strafzumessungslehre zu den vernachlässigten Feldern innerhalb der Strafrechtswissenschaft gehöre¹, hat in den letzten zehn Jahren an Brisanz verloren. In dieser Zeitspanne sind mit einer Reihe von neu erschienenen Abhandlungen² erhebliche Fortschritte bei der Entwicklung einer dem Stand der Verbrechenslehre entsprechenden Strafzumessungslehre erzielt worden. Es wäre allerdings verfrüht, hieraus die Schlußfolgerung zu ziehen, daß die wesentlichen Grundfragen nunmehr geklärt seien: Die erwähnten Monographien beziehen sich häufig auf Einzelaspekte des Strafzumessungsrechts.

Soweit es um die grundlegende Frage geht, welche *Theorie* die Basis der strafzumessungsdogmatischen Erwägungen bilden soll, ist nach wie vor in Lehre und Praxis die sogenannte Spielraumtheorie führend, die die Strafzumessungsentscheidung auf eine Mischung aus schuld- und präventionsorientierten Gesichtspunkten stützt. Die ganz erheblichen Schwächen dieses Ansatzes sind der Grund für die hier vorliegende Untersuchung. Es wird zu zeigen sein, daß die Spielraumtheorie als Theorie zur Herstellung von Strafmaßentscheidungen unbrauchbar ist. Eine Neuorientierung ist zur Schließung der sich auftuenden Lücke erforderlich.

2. Mit der vorliegenden Arbeit soll eine *tatproportionale Strafzumessungstheorie* als Alternative zur Spielraumtheorie begründet und konkretisiert werden. Dabei konnte teilweise auf Ansätze in der neueren deutschen Strafzumes-

¹ Vgl. *Roxin*, in: Institut für Konfliktforschung (Hrsg.), *Pönometrie*, S. 55; *Schünemann*, in: Institut für Konfliktforschung (Hrsg.), *Pönometrie*, S. 73 f.; *Lackner*, *Neuere Entwicklungen der Strafzumessungslehre*, S. 6 f.; *Wesel*, *Fast alles, was Recht ist*, S. 192 f.; weitere Nwe. bei *Streng*, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, S. 1 ff. und *Bruns*, *Recht der Strafzumessung*, VIII.

² *Schünemann*, in: *Eser/Cornils* (Hrsg.), *Neuere Tendenzen*, S. 209 ff.; *Frisch*, *ZStW* 99 (1987), 349 ff., 751 ff.; *ders.*, in: *140 Jahre GA*, S. 1 ff.; *Grasnick*, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, 1987; *Montenbruck*, *Abwägung und Umwertung*, 1989; *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991; *Erhard*, *Strafzumessung bei Vorbestraften*, 1992; *Hart-Hönig*, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, 1992; *H.-J. Albrecht*, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994; *Fahl*, *Bedeutung des Regeltatbildes*, 1996; *Brauns*, *Wiedergutmachung der Folgen*, 1996; *Götting*, *Strafzumessungspraxis*, 1997; *Uphoff*, *Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien*, 1998.

sungslehre zurückgegriffen werden. Bei der Ausarbeitung der Regeln zur Bewertung einer Straftat sind im Ergebnis Gemeinsamkeiten mit Autoren festzustellen, die zur Präzisierung des Begriffs der Strafzumessungsschuld auf die *Straftatsystematik* zurückgreifen wollen³. Auch Befürworter der Spielraumtheorie strukturieren die Kriterien zur Festsetzung des Schuldrahmens in einer Weise, die sich für eine tatproportionale Strafzumessung umsetzen läßt, indem etwa Erfolgs- und Handlungsunwert zentrale Bedeutung beigemessen wird⁴.

Auf einer tieferliegenden Ebene setzen Kritiker an, für die eine Analyse der Spielraumtheorie eine grundlegendere Neuorientierung notwendig erscheinen läßt. Dabei folgt die Diskussion zum Thema Straftattheorie teilweise der Hauptströmung in der deutschen Strafrechtswissenschaft, setzt also auf den Strafzweck der *positiven Generalprävention*⁵. Entscheidend ist aber, daß daraus keine unmittelbaren Konsequenzen für die Feinausarbeitung der Strafzumessungslehre abgeleitet werden. Die Folgerungen, die *Frisch* und *Hart-Hönig* aus dem Rekurs auf die positive Generalprävention ziehen, decken sich in den Grundzügen mit einer tatproportionalen Lehre: Das Strafmaß müsse sich am *Ausmaß des verschuldeten Unrechts* orientieren⁶. *Schünemann* recurriert als erster in der deutschen Strafzumessungslehre im Interesse einer gleichmäßigen und berechenbaren Strafzumessung auf das *Tatproportionalitätsprinzip*⁷: Die Strafe soll sich nach der quantifizierten Unwertigkeit der Tat richten, die sich in Art, Ausmaß und Modalität der Rechtsgüterverletzung manifestiert⁸. Zum Kernbestand einer tatproportionalen Strafzumessungslehre gehört außerdem *Schünemanns* Forderung nach einer Verringerung der Strafzumessungsfaktoren, insbesondere solcher, mit denen die Täterpersönlichkeit erfaßt werden soll⁹.

³ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 386; *ders.*, GA 1989, 355 f.; *ders.*, 140 Jahre GA, S. 1 ff.

⁴ *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften, S. 141 ff., 331 ff.; *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, Gliederungsschema, Rn. 232. Vgl. auch *Theune*, StV 1985, 162; *Lackner*, § 46 Rn. 47 a.E.

⁵ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 379; *ders.*, GA 1989, 355 f.; *ders.*, 140 Jahre GA, S. 17 f.; *Hart-Hönig*, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, S. 98 ff.

⁶ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 368; *ders.*, GA 1989, 355 f.; *ders.*, 140 Jahre GA, S. 20 ff.; *Hart-Hönig*, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, S. 128 ff.; ebenso *H.-L. Günther*, FS für Göppinger, S. 457; *SK-Horn*, § 46 Rn. 24, 42. Anders als *Hart-Hönig* (a.a.O., S. 46 ff.) bringt *Frisch* allerdings gegenüber unmittelbar präventiv motivierten Strafmaßabweichungen zwar Skepsis zum Ausdruck, aber keine generelle Ablehnung (in: 140 Jahre GA, S. 21 ff., skeptisch insbesondere in den Fn. 96, 99, 101). Vgl. auch die neueste Befürwortung des Tatproportionalitätsprinzips durch *Uphoff*, Die deutsche Strafzumessung, S. 244 ff.

⁷ *Schünemann*, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen, S. 221 ff.; zustimmend *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, S. 52 ff.

⁸ Vgl. *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundfragen, S. 190 f.; *ders.*, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen, S. 225 f.

⁹ *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundfragen, S. 191 f.; *ders.*, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen, S. 226.

3. Für die Begründung einer tatproportionalen Strafzumessungslehre ist der Blick in andere Rechtskreise von Nutzen. Insbesondere in den Vereinigten Staaten hat die langjährige Dominanz ausschließlich präventiver Ansätze in Kriminalpolitik und Strafpraxis Kritik hervorgerufen¹⁰ und zu einer intensiven Auseinandersetzung mit Alternativen Anlaß gegeben¹¹. Davon hat zum einen die Diskussion über Straftheorien profitiert, zum anderen die Diskussion über die Grundlagen einer tatproportionalen Strafzumessungslehre. Die Neuorientierung der Strafzumessungstheorie, die in den USA und England maßgeblich durch die Arbeiten *Andrew von Hirschs*¹² vorangetrieben worden ist, wird dort häufig als „just desert theory“ bezeichnet und ist in Deutschland auch unter der Überschrift „Neoklassizismus“¹³ vorgestellt worden. Das Ausbleiben einer

¹⁰ Der erste „Hauptstrom“, die Ausrichtung an der Spezialprävention, gipfelte in der Praxis der Freiheitsstrafen unbestimmter Länge (indeterminate sentences), die die tatsächliche Länge der Strafe von dem Grad der (angeblich im Strafvollzug zu erreichenden) Resozialisierung abhängig machte und in die Hand der Strafvollzugsverwaltung (parole boards) legte. Heftige Kritik richtete sich gegen die Willkürlichkeit dieser Entscheidungen (s. *American Friends Service Committee, Struggle for Justice; Frankel, Criminal Sentences: Law without order*). Die zweite Welle präventiver Straftheorien in den USA begann mit der Renaissance der Generalprävention in der Literatur, vgl. hierzu *Wilson, Thinking about Crime*, insbes. Kap. 8; *van den Haag, Rutgers Law Review* 33 (1981), 706 ff.; *dens., Punishing Criminals; Becker, Journal of Political Economy* 76 (1968), 169 ff.; *Posner, Economic Analysis of Law*, Kap. 7. Mit der „mandatory sentences“-Bewegung (gesetzlich festgelegte Mindeststrafen auf hohem Strafniveau) erreichte die Theorie auch die Strafzumessungspraxis (vgl. zu mandatory sentences *Tonry*, in: *Tonry/Morris - Hrsg. -, Crime and Justice* 16 (1992), S. 243 ff.). Zusammenfassend von *Hirsch, ZStW* 94 (1982), 1048 ff.; *Weigend, ZStW* 94 (1982), 805 ff.; *ders., FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät*, S. 584 ff.; *Uphoff, Die deutsche Strafzumessung*, S. 80 ff.

¹¹ *Kleinig, Punishment and Desert; von Hirsch, Doing Justice; Singer, Just Deserts; Richards*, in: *Tonry/Morris (Hrsg.), Crime and Justice* 3 (1981), S. 247 ff.

¹² *Von Hirsch, Doing Justice; ders., Past or Future Crimes; ders., in: Tonry/Morris (Hrsg.), Crime and Justice* 16 (1992), S. 55 ff.; *ders., Censure and Sanctions; ders., ZStW* 94 (1982), 1047 ff.; *von Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit*. Vgl. auch die ausführliche Beschreibung von *Uphoff, Die deutsche Strafzumessung*, S. 93 ff. u. 217 f.

¹³ *Weigend, ZStW* 94 (1982), 801 ff.; *Jareborg/von Hirsch*, in: *Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen*, S. 34 ff.; *Göppinger, Kriminologie*, S. 175 f. *Von Hirsch und Jareborg* (Strafmaß und Strafgerechtigkeit, S. 4 Fn. 16) plädieren zu Recht dafür, einen anderen Namen zu verwenden, da „Neoklassizismus“ eine mißverständliche Bezeichnung ist. Zum einen gibt es in der Geschichte der Straftheorien keinen einheitlich als „klassizistisch“ zu bezeichnenden Ansatz. Das Nebeneinander von präventionsorientierten und nicht-präventionsorientierten Straftheorien besteht seit dem 18. Jahrhundert, man vergleiche nur *Beccaria* (Über Verbrechen und Strafen, XII. Zweck der Strafen) mit *Kant* (Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre: 2. Teil, E. Vom Straf- und Begnadigungsrecht). Zum anderen werden heute unter der Bezeichnung „neoklassizistisch“ unterschiedliche Straftheorien zusammengefaßt (etwa bei *Weigend, ZStW* 94 - 1982 -, 810 ff.), die als gemeinsamen Nenner nur die kritische Haltung gegenüber einem täterorientierten Strafrecht haben, wobei im übrigen beträcht-