

**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

<b>1. Kapitel: Der Inhalt der Spielraumtheorie im Überblick .....</b>	<b>23</b>
<b>2. Kapitel: Prävention im Rahmen der Repression? .....</b>	<b>27</b>
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
<b>3. Kapitel: Die Probleme bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe ...</b>	<b>36</b>
1. Straftheorie und schuldangemessene 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
<b>4. Kapitel: Die Folgen der Spielraumtheorie für die Strafzumessungslehre .....</b>	<b>61</b>
<b>5. Kapitel: Die Folgen für die Praxis: Ungleichheit der Strafen .....</b>	<b>63</b>
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
<b>Zusammenfassung der Kritik an der herrschenden Strafzumessungslehre und -rechtsprechung.....</b>	<b>75</b>

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

<b>1. Kapitel: Konsequente Folgenorientierung .....</b>	<b>77</b>
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
<b>2. Kapitel: Wiedergutmachung .....</b>	<b>96</b>
1. Wiedergutmachung statt Strafrecht .....	96
2. Wiedergutmachung als Alternative in ausgewählten Fällen.....	99
<b>3. Kapitel: Stellenwerttheorie und Strafzumessung auf der Basis absoluter Straftheorien.....</b>	<b>102</b>
1. Die Stellenwerttheorie .....	102
a) Inhalt der Stellenwerttheorie .....	102
b) Begrenzte Reichweite der Stellenwerttheorie .....	103
2. Strafzumessung auf der Basis absoluter Straftheorien .....	104
<b>Zusammenfassung der Analyse möglicher Alternativen .....</b>	<b>107</b>

## **3. Teil: Die Theorie tatproportionaler Strafzumessung**

<b>1. Kapitel: Strafreoretische Vorüberlegungen .....</b>	<b>108</b>
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
<b>2. Kapitel: Die Unabhängigkeit von Straftheorie und Strafzumessungstheorie ..</b>	<b>125</b>
1. Die These der Verbindung von Straf- und Strafzumessungstheorie .....	125
2. Keine Zweckorientierung bei einzelnen Strafen .....	126
<b>3. Kapitel: Die Rechtfertigung einer Theorie tatproportionaler Strafzumessung</b>	<b>127</b>
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
<b>4. Kapitel: Die Grundzüge einer tatproportionalen Strafzumessungstheorie ....</b>	<b>143</b>
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
<b>5. Kapitel: Die Problembereiche einer tatproportionalen Strafzumessungslehre</b>	<b>179</b>
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**

<b>1. Kapitel: Das Unrecht der Tat als Anknüpfungspunkt der Strafzumessung ....</b>	<b>195</b>
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
<b>2. Kapitel: Das Ausmaß des Erfolgsunrechts .....</b>	<b>221</b>
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
<b>3. Kapitel: Das Ausmaß des Handlungsunwerts .....</b>	<b>260</b>
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
<b>4. Kapitel: Unrechtsmindernde Strafzumessungsumstände .....</b>	<b>283</b>
1. Begründung unrechtsmindernder Strafzumessungsfaktoren .....	283
2. Teilweise Zuständigkeit des Opfers für das Tatunrecht .....	285
a) Einwilligungnahe 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
<b>5. Kapitel: Schuld mindernde Strafzumessungsumstände .....</b>	<b>306</b>
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**

<b>1. Kapitel: Der Begriff der Strafzumessungsschuld (§ 46 Abs. 1 S. 1) .....</b>	<b>324</b>
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
<b>2. Kapitel: Die Bedeutung von § 46 Abs. 1 S. 2 .....</b>	<b>329</b>
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
<b>3. Kapitel: Die Vereinbarkeit mit § 46 Abs. 2 .....</b>	<b>352</b>
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
<b>4. Kapitel: Die Vereinbarkeit mit den Wiedergutmachungsvorschriften</b>	
<b>(§§ 46 a, 46 Abs. 2 S. 2) .....</b>	<b>356</b>
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 gehöre<sup>1</sup>, hat in den letzten zehn Jahren an Brisanz verloren. In dieser Zeitspanne sind mit einer Reihe von neu erschienenen Abhandlungen<sup>2</sup> 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-

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *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 wollen<sup>3</sup>. 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 wird<sup>4</sup>.

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*<sup>5</sup>. 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* orientieren<sup>6</sup>. *Schünemann* recurriert als erster in der deutschen Strafzumessungslehre im Interesse einer gleichmäßigen und berechenbaren Strafzumessung auf das *Tatproportionalitätsprinzip*<sup>7</sup>: Die Strafe soll sich nach der quantifizierten Unwertigkeit der Tat richten, die sich in Art, Ausmaß und Modalität der Rechtsgüterverletzung manifestiert<sup>8</sup>. Zum Kernbestand einer tatproportionalen Strafzumessungslehre gehört außerdem *Schünemanns* Forderung nach einer Verringerung der Strafzumessungsfaktoren, insbesondere solcher, mit denen die Täterpersönlichkeit erfaßt werden soll<sup>9</sup>.

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

<sup>4</sup> *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.

<sup>5</sup> *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.

<sup>6</sup> *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.

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

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

<sup>9</sup> *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 hervorgerufen<sup>10</sup> und zu einer intensiven Auseinandersetzung mit Alternativen Anlaß gegeben<sup>11</sup>. 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*<sup>12</sup> vorangetrieben worden ist, wird dort häufig als „just desert theory“ bezeichnet und ist in Deutschland auch unter der Überschrift „Neoklassizismus“<sup>13</sup> vorgestellt worden. Das Ausbleiben einer

<sup>10</sup> 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.

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

<sup>12</sup> *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.

<sup>13</sup> *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-