

Schriften zum Strafrecht

Band 395

Schuld und Strafmaß

Modelle der Bestimmung rechtlicher Schuld
im Strafrecht und die Methodik der Strafmaßfindung
im Rahmen der Sanktionsentscheidung

Von

Fabian Klahr



Duncker & Humblot · Berlin

FABIAN KLAHR

Schuld und Strafmaß

Schriften zum Strafrecht

Band 395

Schuld und Strafmaß

Modelle der Bestimmung rechtlicher Schuld
im Strafrecht und die Methodik der Strafmaßfindung
im Rahmen der Sanktionsentscheidung

Von

Fabian Klahr



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover
hat diese Arbeit im Jahre 2020 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
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-18412-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58412-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meiner Familie

Vorwort

Diese vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Dies markierte den (vorläufigen) Abschluss einer gedanklichen *Entwicklung*, die schon im Jahre 2008 ihren Anstoß genommen hatte. Am Anfang stand nicht weniger als die Idee, eine geschlossene *Theorie des Schuldstrafrechts* und seinen Sanktionen zu *entwickeln*, um letztlich der Praxis in den Gerichtssälen ein Arbeitsmittel an die Hand geben zu können. In (weiterer) Anlehnung an die berühmten Antrittsworte von Niklas Luhmann hätte man dem Projekt auch eine dreißigjährige, jedenfalls großzügige Laufzeit gönnen wollen, so dass ich nunmehr das Ergebnis trotz intensiver Befassung allenfalls als eine Art ersten Entwurf begreifen kann, dessen Abschluss denn wohl auch kaum zu erreichen ist.

Auch über den vorbezeichneten Zeitraum hat die Suche nach einer dogmatischen Fundierung nichts an Tragweite und Aktualität verloren. Schuld und Strafzumessung sind Themen der Strafrechtswissenschaft, die nach wie vor nur annäherungsweise erfasst werden können. So mögen diese Zeilen einen wichtigen Beitrag zur Anknüpfung und Fortschreibung liefern, so wie ich einen breiten Fundus an Ideen vorfinden konnte.

Mein aufrichtiger Dank gilt dann Schirmherr, Begleiter des Projekts und Begutachter Herrn Professor Dr. Henning Radtke, der neben seiner Tätigkeit für das höchste deutsche Gericht Zeit gefunden hatte, meine Ideen in der Tiefe zu erschließen. Gleichsam Dank sagen möchte ich dem Zweitgutachter Herrn Professor Dr. Bernd-Dieter Meier, dessen immer offenes Ohr für einen Diskurs und dessen Sichtweise wertvolle Anregungen liefern konnten. Auch Freunde und Kollegen haben sich um so manche Inspiration verdient gemacht.

Frau Professorin Dr. Petra Buck-Heeb gilt mein Dank für die Übernahme und Organisation des Prüfungsvorsitzes und ihre ermutigenden Worte in einer für den Hochschulbetrieb fordernden Zeit.

Unermesslichen Dank schulde ich meiner Familie, ohne deren Rückhalt, Verständnis und Ansporn dieses Ergebnis niemals möglich gewesen wäre. Ihr soll dieses Buch gewidmet sein.

Ronnenberg, im Februar 2022

Fabian Klahr

Inhaltsverzeichnis

Einführung	19
I. Prolegomena (Vorbemerkungen)	19
II. Gang der Untersuchung	20
III. Zur Arbeitsweise und Benutzung	27

1. Teil

Die Schuld	28
-------------------	----

1. Kapitel

Der Schuldbegriff	28
--------------------------	----

A. Das Schuldprinzip als Axiom einer Strafrechtsdogmatik	28
I. Prolog: Schuld – von einer alltagssprachlichen Annäherung zum Rechtsbegriff	28
1. Schuld als soziales Phänomen	28
2. Sprachliche Implikationen von Schuld	29
3. Die Transformation zum Rechtsbegriff	31
a) Wissenschaftstheoretische Vorüberlegungen	31
b) Schuld als Terminus rechtlicher Verantwortung	32
c) Schuld als strafrechtlicher Systembegriff	34
II. Die strafrechtliche Schuld – rechtsdogmatische und ideengeschichtliche Grundlagen	36
1. Die Anthropologie der Schuldidee	37
a) Kirchlich-theologische Perspektive	38
b) Schuld in der (Rechts-)Philosophie	41
aa) Die Tradition der Zurechnungslehren	42
bb) Zurechnung im deutschen Idealismus	44
cc) Die Rechtsphilosophie der Nachkriegszeit	47
(1) Hans Welzel	47
(2) Arthur Kaufmann	48
(3) Eberhard Schmidhäuser	50
dd) Diskursethik	51
ee) Exkurs: Utilitarismus und Schuld	53

ff) Indeterminismus vs. Determinismus	54
gg) Fazit: Rechtsphilosophische Strömungen der Schuld begründung ...	55
c) Die soziologische Perspektive	56
2. Verfassungsrechtliche Implikationen im Schuldbegriff	59
a) Vorbemerkungen: zur Methodik der Verfassungsauslegung	59
b) Schuldprinzip als Institutsgarantie	63
c) Schuldprinzip als Übermaßverbot	65
d) Schuldprinzip als Untermaßverbot?	68
e) Ersetzung des Schuldprinzips?	71
aa) Die Ausgangslage	71
bb) Die „Umkehrprobe“	74
f) Folgerungen für das Schuldprinzip und verfassungsrechtliches Fazit ...	84
3. Rechtstheoretische Ableitungen: Anmerkungen zur Bedeutung des „Prinzip“	88
III. Die strafrechtliche Schuld – die entwicklungsgeschichtliche Perspektive ...	90
1. Vorbemerkungen	90
a) Wahl des dargestellten Zeitrahmens	92
b) Schuld als Terminus technicus	93
2. Die Trennung von Unrecht und Schuld	94
3. Der Naturalismus	95
a) Der geistesgeschichtliche Kontext	95
b) Strafrechtsdogmatische Konsequenzen	96
aa) Naturalistische Schule	97
bb) Die Rolle der Klassik	99
c) Kommentar	99
4. Die Phase des Neukantianismus	100
a) Der geistesgeschichtliche Kontext	100
b) Strafrechtsdogmatische Konsequenzen	101
c) Kommentar	105
5. Der Irrationalismus der dreißiger Jahre	106
a) Der geistesgeschichtliche Kontext	107
b) Strafrechtsdogmatische Konsequenzen	109
aa) Allgemeine Strafrechtsdogmatik	109
bb) Auswirkungen auf den Schuldbegriff	110
c) Kommentar	114
6. Der Finalismus der Nachkriegszeit	115
a) Der geistesgeschichtliche Kontext	115
b) Strafrechtsdogmatische Konsequenzen	116
aa) Der Finalismus als Systemwende zum personalen Unrechtsbegriff	116
bb) Stellung des Unrechtsbewusstseins	118

cc) Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums	119
c) Kommentar	121
7. Von der Strafrechtsreform bis in die Neuzeit: „Post-Finalismus“	122
a) Der geistesgeschichtliche Kontext	123
b) Strafrechtsdogmatische Konsequenzen	124
c) Kommentar	127
IV. Der dogmatische Status quo: eine normativ-funktionale Dichotomie	129
1. Typen der Vorwerfbarkeit	132
a) Schuld als „Andershandelnkönnen“	132
b) Schuld als Ausdruck rechtlich missbilligter Gesinnung	133
c) Schuld als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit	134
d) Der Sonderfall: Einheit von Schuld und Unrecht	136
e) Dispositionsschuldlehren	138
2. Schulddefinition über deren Funktionalität („Funktionale Schuldlehren“)	142
a) Der systemtheoretische Schuldbegriff (G. Jakobs)	143
b) Der sozialpsychologische Schuldbegriff (F. Streng)	145
c) Der diskursive Schuldbegriff (U. Kindhäuser, K. Günther)	146
d) Die grundlegenden Einwände gegen den Funktionalismus	148
3. Kritiker des Schuldprinzips	150
a) Abschaffen des Strafens? Abolitionistische Perspektiven	150
b) Unsicherheitsrelation des Schuldstrafrechts: Maßnahmenrecht als Antwort am Beispiel der Prinzipien der Sozialverteidigung	152
aa) Prinzipien der „Défense Sociale“	152
bb) Schuld als Sühnefähigkeit?	154
c) Ideologische Gegnerschaft des Schuldprinzip: Strafen ohne Vorwurf (Hassemer)	155
d) Gefährdungshaftung im Strafrecht? Ansätze einer strict liability	157
e) Zwischenfazit	158
4. Der Status quo der Schuldtheorie: zugleich eine Analyse des Theoriendualismus	159
5. Ergebnis: Schuld – Resultat einer Mehrebenendiskussion	166
B. Das Schuldparadigma im Kreuzfeuer der Neurowissenschaften	169
I. Das Ostinato der Diskussion und die Omnipräsenz des Themas „Willensfreiheit“	169
1. Begrifflichkeiten und Konzeptionen	171
2. Erkenntnisse und offene Fragen der Hirnforschung	172
II. Normative Relevanz der (neueren) Debatte um eine Willensfreiheit	174
1. Strategien der „Determinismusabwehr“	175
a) Naiver Realismus	175
b) Epistemischer Agnostizismus I: Die Wahlfreiheit des Gesetzgebers	176
c) Epistemischer Agnostizismus II: Kompatibilismus	177

d) Schwächen der Determinismusabwehr	177
2. Deterministisch geeignete Alternativen zum Schuldstrafrecht?	179
3. Konsequenzen und Perspektiven für das (Straf-)Recht	184
III. Epilog	189

2. Kapitel

Der Unrecht-Schuld-Konnex	190
A. Gehalt und Inhalt einer rechtlich verstandenen Schuld	190
I. Schuld als Entscheidungsstufe im Delikttaufbau – formeller Schuldbegriff ..	191
II. Die Schuld als Werturteil	192
III. Der „Schuld tatbestand“ – materialer Schuldbegriff	195
1. Das Unrecht als Schuldbestandteil	195
2. Das Unrechtsbewusstsein in der Rechtsdogmatik	196
a) Die Struktur des § 17 StGB	196
b) Verfassungsrechtliche Diskussion	198
c) Dogmatische Probleme	199
d) Schuld- vs. Vorsatztheorie	200
e) Inhalt des Unrechtsbewusstseins	204
f) Sachlicher Bezugspunkt für das Unrechtsbewusstsein	207
g) Grundsätze der Vermeidbarkeit	211
h) Unrechtsbewusstsein und Fahrlässigkeitstat	216
i) Fazit zum Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum	222
3. Steuerungsfähigkeit als das „voluntative“ Schuldmoment	223
a) Vom Verhältnis Freiheit zur Steuerung	224
b) Zur möglichen Konzeption eines voluntativen Schuld moments	225
c) Die Eingangsmerkmale des § 20 StGB	231
aa) Krankhafte seelische Störung	232
bb) Tiefgreifende Bewusstseinsstörung	233
cc) Die schwere seelische Abartigkeit und der Schwachsinn	236
d) Die rechtstheoretische Bedeutung der Merkmale respektive des Krankheitsbegriffes des § 20 StGB	241
e) Zusammenfassung: Steuerungsfähigkeit als juristischer Metabegriff ..	253
4. Die „Entschuldigung“ als Folge der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	256
a) Zum Begriff der Entschuldigung	256
b) Teleologie der Entschuldigung im strafrechtlichen System: Unzumutbarkeit	257
c) Die Semantik der Unzumutbarkeit	260

- d) Typenbildung von Unzumutbarkeit 262
 - aa) Entschuldigender Notstand § 35 StGB 263
 - bb) Notwehrexzess § 33 StGB 264
 - cc) Privilegierungen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs 266
 - dd) Numerus clausus der Unzumutbarkeitstopoi im Strafrecht? 266
- 5. Die sog. objektiven Schuldmerkmale 274
- 6. Die Existenz von sog. speziellen Schuldmerkmalen 276
- 7. Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen 282
- IV. Bedeutung der Erkenntnisse für die Architektur der Schuld 284
- B. Strafzumessungs- und Strafbegründungsschuld im Straftatsystem 285
 - I. Notwendigkeit der Zusammenführung von Strafzumessungs- und Strafbegründungsschuld 285
 - II. Möglichkeiten und Problemfelder einer Zusammenführung 286
 - 1. Problemeinführung 286
 - 2. Lösungsstrategien zur Auflösung der Schuld dichotomie 288
 - a) Die deduktive Methode auf Basis des Straftatbegriffs 288
 - b) Die induktive Methode 293
 - 3. Zwischenergebnis: Ein erweiterter Tatbegriff auf Unrechtsbasis 302
 - III. Konsequenzen für den Straftataufbau 303
 - 1. Unrechtsrelevanz außertatbestandsmäßiger Strafzumessungsfaktoren 303
 - a) Unrechtsrelevanz von mittelbaren Straftatfolgen 304
 - b) Unrechtsrelevanz der Gesinnung 306
 - c) Unrechtsrelevanz von Vor- und Nachtatverhalten 308
 - 2. Rechtsfriedensstörung als (immaterielles) Substrat der Strafzumessungsschuld 314
 - a) Rechtsfriedensstörung als zentrales Moment der Straftat 314
 - b) Das Verhältnis von Rechtsfriedensstörung zur Prävention 317
 - c) Die Rolle des Rechtsanwenders in Bezug auf den Rechtsfrieden 318
 - 3. Die Dynamik der Rechtsfriedensstörung – der Zeithorizont im Recht 320
 - a) Beispiel Nachtatverhalten 320
 - b) Beispiel Verjährung 320
 - c) Beispiel Reststrafaussetzung: die Schwere der Schuld in § 57a StGB 322
 - d) Exkurs: Die Korrespondenz von Rechtsfriedensstörung und Strafdauer 325
 - 4. Trichtermodell der Verbrechenslehre 327
 - a) Bisherige Straftatmodelle 327
 - b) Das Trichtermodell 328
 - c) Selbstähnlichkeit der Systeme im Recht: Offene Fragen der Rechtswissenschaft 332

2. Teil

Die Dogmatik der Strafzumessung 334

1. Kapitel

	Die Grundzüge einer Dogmatik der Strafzumessung	334
A.	Versuch einer „differentiellen“ Strafzumessung	334
	I. Strafrechtliche Grundlagen	334
	1. Von der Stufenlogik der Zweckverfolgung im Strafrecht	334
	2. Die Strafrechtstheorien	337
	a) Absolute vs. relative Strafrechtstheorien	337
	b) Die sog. Antinomie der Strafzwecke	340
	II. Angewandte Strafrechtstheorie: Die Strafzumessungstheorien	345
	1. Punktstrafe	346
	2. Spielraumtheorie	347
	3. Stellenwerttheorie	349
	4. Tatproportionalität	350
	a) Faktoren der Tatschwere	351
	b) Bemessung und Begrenzung	352
	c) Zweckindifferenz von Tatproportionalität	353
	5. Strafzweckorientierte Strafzumessungskonzepte	354
	a) Strafzumessung als „Derivat der Generalprävention“ (Jakobs, Hart-Hönig)	354
	b) Strafzumessung im Sinne der Verhältnismäßigkeit	355
	aa) Präventionsrelevanz von Strafzumessungsgründen	356
	bb) Eingriffsrelevante Faktoren	358
	c) Sonstige präventive Hybridtheorien	358
	d) Strafzumessung aufgrund spezialpräventiver Zielsetzung?	359
	e) Eignung strafzweckorientierter Strafzumessungskonzepte	360
	6. Theorie vom sozialen Gestaltungsakt	361
III.	Resümee und eigener Ansatz: „Differentielle Strafzumessung“ als Synkretismus	362
	1. Theorienanalyse	363
	a) Struktur der Strafzumessungsentscheidung	363
	b) Leitprinzipien der Strafzumessungsentscheidung	367
	aa) Strafartwahl	368
	bb) Zumessung der Strafgröße	369
	c) Rang von Präventionserwägungen	372
	2. Methodische Schlussfolgerungen für die Strafzumessung	373

B. Die Strafzumessungsfaktoren	376
I. Beweggründe und Ziele des Täters	377
1. Differenzierungspotential im Entstehungsgrund	378
2. Differenzierung in Wertigkeit und Intensität	380
3. Differenzierung nach dem Ziel	383
4. Zurechenbarkeit der Motive und Ziele	384
II. Erkannte Tätergesinnung sowie -wille	385
1. Gesinnung, die aus der Tat spricht	385
2. Der aufgewendete Wille	388
III. Das Maß der Pflichtwidrigkeit	389
IV. Die Art der Ausführung und Auswirkungen der Tat	391
1. Die Art der Ausführung	391
2. Auswirkungen der Tat	393
a) Ausprägungen des tatbestandlichen Erfolgsunwerts	393
b) Mittelbare Straftatfolgen – Zurechenbarkeit von Folgen	394
c) Sonderfall: die Folgen bei Gefährungsdelikten	398
V. Das Vorleben des Täters und seine Lebensumstände	399
1. Grundsatz: keine Verwertung des Vorlebens außerhalb der Strafbarkeit	399
2. Die Bedeutung vorheriger Straffälligkeit	400
3. Normative Einschränkungen	403
4. Vortatverhalten in bonam partem?	405
VI. Nachtatverhalten	407
1. Entlastendes Nachtatverhalten	407
2. Belastendes Nachtatverhalten	410
VII. Sonstige Strafzumessungstatsachen	412
1. Beteiligung anderer Personen	412
2. Opferdisposition	413
3. Untersuchungshaft	414
4. Zeitablauf zwischen Tat und Urteil, insb. die lange Verfahrensdauer	414
a) Allgemeine Grundsätze	414
b) Verfahrensverzögerung: Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	414
VIII. Beschränkungen der Sanktion aus Erwägungen der Verhältnismäßigkeit	416
1. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters	418
2. Folgen der Tat für den Täter, insb. „Strafsurrogate“	421
3. Sanktionskonkurrenzen	428
a) Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) sowie Einziehung (§ 73 StGB)	428
b) Nebenstrafen	429
c) Mehrheit von Straftaten	430
aa) Das System Gesamtstrafe	430

bb) Zur Ermittlung der Gesamtstrafe	433
4. Die erwarteten Wirkungen der Strafe (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB)	436
5. Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs?	437
C. Der Vorgang der Strafzumessung	438
I. Strafzumessungstheorien als Beschreibung des Strafzumessungsvorgangs	438
II. Die Bestimmung des Strafrahmens	439
1. Der gesetzliche Strafrahmen	439
a) Die Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens	439
b) Die absolut bestimmte Strafe: lebenslange Freiheitsstrafe	441
2. Sonderstrafrahmen	441
a) Strafrahenänderungen aus dem Allgemeinen Teil	442
b) Strafrahenänderungen aus dem Besonderen Teil	445
aa) „Besonders schwere Fälle“: zur legislatorischen Methode der Re- gelbeispielstechnik	446
bb) Die Konkretisierung der sonstigen besonders schweren Fälle	449
cc) Die minder schweren Fälle	451
dd) Konkurrenzen von Milderungsgründen	452
III. Einstellung und Gewichtung der relevanten Strafzumessungstatsachen	453
1. Das Einstellen relevanter Strafzumessungstatsachen	453
a) Prozessuale Grundsätze der Einstellung	453
b) Verbot der Doppelwertung (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)	453
c) Das Problem der „Bewertungsrichtung“	456
2. Die Abwägung (als Gewichtung der Faktoren)	459
IV. Die Umwertung in den Strafrahmen	460
1. Die Ausdifferenzierung der Strafe – die eigentliche „Abwägung“	460
2. Die Problematik der Einstiegsstelle	465
3. Strafzumessungsrichtlinien als Ausweg?	468
V. Die Präventionsaspekte als finale Elemente	472
1. Modifikation aus generalpräventiven Gründen	472
2. Modifikation aus spezialpräventiven Gründen	473
3. Zusammenfassung: Strafzumessungspotential von Zweckerwägungen	476
VI. Die Anrechnung erlittener Einbußen im Erkenntnisverfahren	478
VII. Absprachen und Strafzumessung – eine neue Strafzumessungsmethodik?	479
D. Die Strafbemessung in der Urteilsbegründung	481

2. Kapitel

	Die Strafzumessung in der Revision	483
A. Die Revisibilität der tatrichterlichen Strafzumessung		483
I. Grundlagen der Strafmaßrevision		483
1. Die Revision		483
2. Verfassungsrechtliche Aspekte		485
a) Gesetzliche Richter Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG		485
b) Recht auf Instanzenzug		486
c) Art. 3 Abs. 1 GG		486
II. Bestimmung der Kontrolldichte – Punktstrafe vs. Strafrahenmodelle		488
III. Fehlertypologie		492
1. Fehler bei der Bestimmung des Strafrahmens		493
a) Missachtung der gesetzlichen Strafandrohung		493
b) Verkennung einer Strafrahenverschiebung		493
2. Verstoß gegen Strafzumessungsgrundsätze		494
a) Verstoß gegen Schuldgrundsatz		495
b) Beachtung der Strafzwecke		495
c) Erheblichkeit der Strafzumessungstatsachen		497
d) Bewertungsrichtung der Tatsachen		498
e) Fehler in Gewichtung und Abwägung		499
f) Unrichtige Umwertung		499
3. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz		500
4. Fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse/Bildung der Gesamtstrafe		501
IV. Fehler bei der Strafzumessungsbegründung		502
V. Zusammenfassende Betrachtung		503
B. Eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts		503
I. Das Recht zur eigenen Sachentscheidung – die Grundsatznorm des § 354 Abs. 1 StPO		503
II. Die Anwendungsfälle des § 354 Abs. 1 StPO		504
1. Freispruch (1. Alt.)		504
2. Einstellung des Verfahrens (2. Alt.)		505
3. Absolut bestimmte Strafe (3. Alt.)		505
4. Gesetzlich niedrigste Strafe und Absehen von Strafe (4. u. 5. Alt.)		506
III. Erweiterung der Sachentscheidungsbefugnis durch § 354 Abs. 1a StPO		507
IV. Kritik an der Ausdehnung der revisionsrechtlichen Strafzumessung		508
1. Die Modellhaftigkeit der Neuregelung für die gesamte Strafmaßrevision		508
2. Ausgangspunkt		508
3. Anforderungsprofil durch die Leistungstheorie		509
a) These von der defizitären Datenbasis		509

b) Informationsvorteil über Erfahrungswissen	513
c) Zwischenfazit	513
4. Rechte des Beschuldigten	513
a) Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG	514
b) Recht auf ein faires Verfahren	514
c) Art. 103 Abs. 1 GG	516
d) Gesetzliche Richter Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG	518
5. Konsequenzen für die Auslegung des § 354 Abs. 1a StPO	521
V. Lösung über die Etablierung eines Rechtsmittels sui generis?	521

3. Kapitel

Perspektiven für Schuld und Strafmaßfindung	
– Ergebnisse und Metabetrachtungen –	524

Literaturverzeichnis	534
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	605
-----------------------------------	-----

„Man kann ohne Übertreibung sagen, dass mein heutiges Thema selbst in mehreren Habilitationsschriften nicht erschöpfend abgehandelt werden könnte“.

B. Schünemann¹

Einführung

I. Prolegomena (Vorbemerkungen)

Das Strafrecht ist trotz seiner relativen Eigenständigkeit Teilgebiet des öffentlichen Rechts. Als solches ordnet es sich in die Lenkungsinstrumente der staatlichen Gewalt ein. Das Strafrecht ist das schärfste Lenkungsinstrument, welches die Rechtsgemeinschaft zur Wahrung ihrer Interessen einsetzen kann. Dem Subsidiaritätsgedanken der *ultima ratio*² verpflichtet, sollen nur überragende Werte in diesen Schutzbereich gelangen. Diesem Umstand verdankt eine vom Paragraphenbestand vergleichsweise überschaubare Rechtsmaterie ihre überproportionale Repräsentanz in Wissenschaft und Medien.

So unterliegen die Fragen „was“ (Rechtsgutdebatte) geschützt werden und „wann“ (Reichweite des Tatbestands, allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzungen) dieser Schutz einsetzen soll, einer ständigen, lebhaften, mitunter polemisch geführten Diskussion. Auf kleinem „Schlachtfeld“ – diese martialische Metapher sei gestattet – fallen „Gefechte“ eben umso heftiger aus. Bemerkenswerterweise wurde der Rechtsfolgenlehre diese Aufmerksamkeit bislang kaum zu Teil. Während die „Tatbestandslehre“, verstanden als die Grundfragen der Strafbarkeit und der Inbegriff der Strafbarkeitsvoraussetzungen, auf lange geistige Tradition (Beling, Binding, Welzel, Jescheck, Roxin, u. v. a.) zurückblicken kann, fristet das Strafzumessungsrecht ein Dasein als Annex zu dieser. Man könnte auf die Idee kommen zu denken, die Strafbarkeitsfrage als philosophischer Ausgangspunkt wäre Angelegenheit der Wissenschaft, die konkrete Strafzumessung gehöre (ausschließlich) in die Säle der Gerichte. Eine solche Vorstellung sieht die Wissenschaft in einer Existenz als autopoietisches System gefangen, dessen Praxisbezug und ergo dessen Praxisrelevanz gering ist.³ Man darf der Wissenschaft aber durchaus unterstellen, dass ihr Ideenmotor nicht nur die eigene Maschinerie anfeuert, sondern und auch

¹ Zum Thema Schuldlehre in Deutschland. In: *Hirsch/Weigend* (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland* (1989), S. 147.

² Das Prinzip soll hier (noch) als konstituierend vorausgesetzt werden. Selbstredend, so möchte man sagen, gibt es an dieser Gewissheit Zweifel. Vgl. jüngst die Darstellung bei *Prittowitz*, FS Roxin II (2011), S. 23 (29 ff.).

³ Zum beschriebenen Spannungsverhältnis vgl. auch *H. Radtke*, „Gestörte Wechselbezüge? – Zum Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung“, ZStW 119 (2007), S. 69–92.

insbesondere Impulse für die Rechtspraxis, „der Wirklichkeit“, anliefern will. Darüber hinaus greift der Umstand, dass Wissenschaft sich als kritische Instanz versteht. Die kritische Begleitung der Rechtspraxis dient vor allem der Kontrolle, selbst dann, wenn der hierarchische Entscheidungsprozess in dem Verfahrensgeschehen, sprich Instanzenzug, ein Ende gefunden hat. Jedes Recht muss sich der kritischen Diskussion stellen (können).

Dieser Prozess – wie die „Verrechtlichung“ der Materie selbst – hat im Bereich der Strafzumessung erst relativ spät eingesetzt. Mit Bruns' Strafzumessungsrecht⁴ erschien erst 1967 erstmalig eine umfassendere dogmatische Auseinandersetzung mit der Strafzumessung im Allgemeinen, wie überhaupt die Strafzumessung (§ 46 StGB, zuvor § 13 StGB a.F.) als Rechtsvorschrift tatsächlich erst im Jahre 1970 Eingang in das Gesetz gefunden hat. Seinen „Stiefkindcharakter“ hat das Strafzumessungsrecht gegenüber der allgemeinen Straftat – bzw. Verbrechenlehre dennoch nicht ganz verloren. Die Wissenschaft des Strafzumessungsrechts hat dieses Defizit aufzuarbeiten. Der seither stetige Fortschritt lässt sich daher eher in Einzelbereichen bzw. Detailfragen verzeichnen. Aufgabe ist nun, diesen Bestand an Erkenntnis zusammenzutragen und einer systematischen Darstellung zuzuführen. Weitergehend soll der Versuch unternommen werden, diesen Wissensbestand mit eigenen Ideen fortzuentwickeln. Am Ende dieses Prozesses steht weniger die Vorstellung, eine integrative Meta-Theorie mit (möglicherweise) nur spärlichem Nutzen zu entwerfen, als vielmehr die Idee mit einem dogmatischen Leitfaden das Strafzumessungsrecht zu strukturieren.

II. Gang der Untersuchung

Entsprechend dem Titel „Schuld und Strafmaß“ sind zwei gedankliche Hauptteile zu unterscheiden. Beide Teile sollen selbständigen Charakter erhalten und dennoch nicht unverbunden zueinander stehen. In Umkehrung der beschriebenen wissenschaftlichen Verhältnisse kann man die Straftatlehre auch lediglich als Vorfrage für die Rechtsfolgenentscheidung behandeln, denn die wenigsten Verfahren erschöpfen sich mit der Fragestellung des „ob“ der Strafbarkeit. Regelmäßig und weitaus diffiziler ist zu entscheiden „wie(viel)“ gestraft werden soll.

1. „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung“. Die Zentralnorm des § 46 Abs. 1 StGB zeichnet damit den Weg für die hiesige Untersuchung vor. Jede Strafentscheidung verlangt als Vorfrage die gedankliche Auseinandersetzung mit dem Schuldprinzip. Dabei betrifft die Strafzumessung nur eine Facette des

⁴ Bruns, Strafzumessungsrecht ²(1974); ¹(1967); später noch in verkürzter Form als „Leitfaden des Strafzumessungsrechts“ (1980) und „Das Recht der Strafzumessung“²(1985). Eine Neuauflage letzterer Ausgabe ist mittlerweile unter *Bruns/Güntge*, Das Recht der Strafzumessung ³(2018) erschienen.

Schuldprinzips. In Anlehnung an Achenbach⁵ lassen sich drei funktionelle Diskussionsebenen bilden, namentlich die *Schuldidee*, die *Strafbegründungs-* sowie die bereits angedeutete *Strafzumessungsschuld*.

a) Als tragendes *Fundament* genießt der Ausspruch „*nulla poena sine culpa*“ unseres Strafrechtssystems Verfassungsrang. Mit der Absage an das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung und der gleichzeitigen Betonung des „Abstandsgebotes“ hat das Bundesverfassungsgericht jüngst die Bedeutung des Schuldprinzips indirekt gestärkt,⁶ wie auch schon die sog. „Lissabon-Entscheidung“⁷ die Bedeutung zuvor bestärkt hatte. Doch trotz oder gerade wegen dieses existentiellen Charakters entzünden sich immer wieder Auseinandersetzungen, welche seine Reichweite und Zeitgemäßheit betreffen. Unter dem Topos der „Schuldidee“ vereinigen sich verschiedene Vorstellungen über die Schuld als möglichen Grundpfeiler staatlichen Strafs sowie deren Transformation in rechtsdogmatische Modelle. Die *Schuldidee* steht als übergeordneter Gedanke über den anderen Schuldbegriffen und liefert letztlich den argumentativen Fluchtpunkt aller Betrachtungen. Im Laufe der Zeitgeschichte haben diese Einflüsse das (heutige) rechtliche Verständnis von „Schuld“ mitgeprägt und bis dato eine Trichotomie von Konzepten der Willensschuld, generalpräventiver Schuld sowie Schuldgegner herausdestilliert. Insbesondere deterministische Schuldgegner sind wesentlich durch außerrechtliche Ideen beeinflusst worden, so dass die Idee einer „reinen Rechtswissenschaft“, frei in Anlehnung an einen Titel Hans Kelsens⁸, utopisch anmutet. Es sind vor allem die Philosophie, die Medizin in Form der Forensik und soziologisch-empirische Wissenschaften, aus Sicht der Rechtswissenschaft damit die „Nachbar- oder Hilfsdisziplinen“, die ihren Anteil am heutigen Schuldbegriff tragen. Freilich gilt zu bedenken, dass jede Wissenschaft ihre Erkenntnisse aus genuiner Perspektive aufgrund eigenen Erkenntnisziels elaboriert, so dass der interdisziplinäre Transfer von Wissen nur partiell und höchst selektiv geschieht. Die Geschichte der Strafrechtswissenschaft lehrt ohnehin, dass jedes Rechtsverständnis im Diktum ihres Zeitgeistes steht und nicht frei von politischer Couleur ist und schließlich gewissen epochalen Wellenbewegungen zu unterliegen scheint.⁹

Trotz allem enzyklopädischen Anspruch können nicht sämtliche Stimmen, die sich um die Schuldfrage verdient gemacht haben, zu Wort kommen. Ziel im ersten Hauptteil ist es deshalb, den historischen Weg des Schuldbegriffs zum heute geltenden Recht *in seinen Grundzügen* nachzuzeichnen. Dabei soll die Wertigkeit des Schuldprinzips für das Strafrecht, nicht zuletzt durch seine verfassungsrechtlichen

⁵ Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre (1974), S. 3 ff.

⁶ BVerfGE 128, 326, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011.

⁷ BVerfGE 123, 267, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009.

⁸ Reine Rechtslehre, 2. Auflage 1960.

⁹ S. M. Kubink – Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel – Habil.-Schr. Univ. Köln 2001.