

THOMAS GROSSE-WILDE

# Erfolgszurechnung in der Strafzumessung

*Studien und Beiträge  
zum Strafrecht*

10

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Strafrecht

Band 10





Thomas Grosse-Wilde

# Erfolgszurechnung in der Strafzumessung

Die verschuldeten Auswirkungen  
der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB  
in einer regelgeleiteten Strafmaßelehre

Mohr Siebeck

*Thomas Grosse-Wilde*, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Passau, Bonn und Helsinki; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Strafrechtlichen Institut der Universität Bonn; Referendariat im OLG-Bezirk Köln; 2013 Zweites Staatsexamen; 2014 Visiting scholar am Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology (IIT); seit 2015 Akademischer Rat am Strafrechtlichen Institut der Universität Bonn.

e-ISBN PDF 978-3-16-154515-3

ISBN 978-3-16-154514-6

ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Im Andenken an meinen Vater,  
Prof. Dr. med. Hans Grosse-Wilde  
(23.03.1943 – 31.10.2014)*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen und für die Veröffentlichung leicht überarbeitet sowie um ein Kapitel erweitert (2. Teil Kapitel VII). Literatur konnte bis Ende 2016 verarbeitet werden.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Hans-Ullrich Paeffgen für seine jahrelange, intensive Begleitung, Unterstützung und Geduld. Weiterhin danke ich Frau Professor Dr. Ingeborg Puppe für die Erstellung des Zweitgutachtens und die vielen tiefeschürfenden Diskussionen und Anregungen. Auch wenn hinsichtlich menschlicher Entscheidungen kontrafaktische Konditionalsätze strenggenommen sinnlos sind (NK<sup>4</sup>-Puppe vor § 13 Rn. 126), bin ich dennoch überzeugt, dass mein Lebensweg ohne die Förderung beider ein ganz anderer gewesen wäre.

Darüber hinaus danke ich den Herren Professor Dr. Martin Böse, Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Professor Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Professor Dr. Stephan Stübinger, Professor Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Professor Dr. Torsten Verrel, Professor Richard W. Wright, Professor Dr. Benno Zabel und Professor Dr. Rainer Zaczyk für diverse Anregungen und Hilfestellungen. Einige Zentralthesen der Arbeit durfte ich im Jour fixe der Bonner Strafrechtler im Juni 2009 sowie Januar 2011 vorstellen.

Meine Freunde Herr Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. und Herr Thomas Krämer haben mich bei der Literaturrecherche und mit vielen Anregungen unterstützt. Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Bruder Johannes Grosse-Wilde, der mir bei der Revision des Gesamttextes, diversen Formulierungsvorschlägen und der Schlussredaktion auf wunderbare Weise geholfen hat.

Die Arbeit wurde mit dem Eimer Heuschmid Mehle-Preis für herausragende strafrechtliche Dissertationen im Jahre 2016 ausgezeichnet. Hierfür danke ich der Kanzlei Eimer Heuschmid Mehle. Schließlich schulde ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft vielen Dank für ihre großzügige Publikationsbeihilfe.

Bonn, im Januar 2017

Thomas Grosse-Wilde



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Einleitung.....	1
1. Teil.....	9
Kapitel I: Über Straftheorien und Strafzumessungstheorien.....	9
I. Einleitung.....	9
II. „Vereinigungstheorien“ und „mixed theories of justification“.....	11
III. Recht und Moral in Straftheorie und Strafzumessungstheorie.....	13
1. Straftheorien als moralische oder rechtliche Theorien?.....	14
2. Rechtspositivismus und moralische Rechtfertigung.....	15
3. Zwischenfazit.....	21
IV. <i>John Rawls' Two Concepts of Rules</i> .....	21
1. Der Begriff der Strafe und der Vorwurf eines „definitional stop“.....	26
2. Konstitutive vs. regulative Regeln?.....	28
3. Erfolgshaftung und Utilitarismus.....	29
V. Handlungsmoral und Institutionenmoral.....	32
VI. Deontologische Rechtfertigung der Institution Strafe?.....	36
VII. Die „innere Moralität“ des Rechts und retributiv-deontologische Theorien.....	40
VIII. Das eigentliche moralische Problem der retributiv- deontologischen Straftheorien.....	42
IX. Deontologische Strafbegründung als bloße Strafermöglichungs- theorie?.....	44
X. Konsequentialismus und Institutionenmoral.....	47
XI. <i>Roxins</i> „präventive Vereinigungstheorie“ und <i>Nozicks</i> Idee der „side constraints“.....	49
XII. Strafbegründungsprinzipien und Strafzumessungsentscheidungen.....	52
XIII. Einwände gegen eine pluralistische Straftheorie.....	57

1. Verstoß gegen die Menschenwürde durch mittelbare Einbettung eines einzelnen Bestrafungsaktes in eine allgemeine Strafpraxis?.....	57
2. „Intoleranz“ der Schuldvergeltung gegenüber anderen Strafzwecken?.....	59
3. Maßlosigkeit eines zweckfrei verstandenen Strafmaßes im Einzelfall?.....	59
XIV. Ergebnis .....	63

## Kapitel II: Die „Theorienfamilie“ der tatproportionalen Strafzumessung .....

65

I. Einleitung.....	65
II. Die Evaluierung des Erfolgsunrechts nach dem Einschnitt in die Lebensqualität des Opfer .....	70
1. Die Unmöglichkeit einer Ordinalskala für alle Individualdelikte .....	70
2. Probleme bei der Erklärung von Strafraumen .....	74
3. Die Unterkomplexität einer rein viktimologischen (Erfolgs-) Unrechtsbestimmung .....	78
a) Krankenwagendiebstahls“-Fall.....	80
b) „Untreue-Wettbewerbsverzerrungs“-Fall .....	81
4. Enttäuschte Hoffnungen als Erfolgsunrechts-Dimension? .....	82
5. Problem bei der Evaluierung von „egoistischen vs. altruistischen“ Handlungen .....	85
6. Einheitliche Maßstäbe für Individual- und Kollektivdelikte? .....	89
III. Die Überschätzung der Strafzweckantinomien für die gegenwärtige Unbestimmtheit der Strafzumessungspraxis .....	90
IV. Fazit .....	92

## Kapitel III: Das Verhältnis von Unrecht und Schuld aus der Perspektive der Strafzumessungsdogmatik und die Strafzumessungsschuld .....

95

I. Schuld als objekt- oder metasprachlicher Ausdruck?.....	96
II. Steigerbarkeit der Schuld und ihre Abhängigkeit vom Tatunrecht .....	100
III. Das Unrechtsbewusstsein als materialer und steigerbarer Schuldvorwurf?.....	102
IV. Reine Schuldmerkmale?.....	107
V. Strafzumessungsschuld als überflüssiger Begriff? .....	112

Kapitel IV: Die Relevanz des Erfolges und von Handlungsfolgen für die Strafzumessungsschuld .....	116
I. Einleitung .....	116
II. <i>Hirschs</i> vorrechtlicher Handlungsbegriff und <i>Gardners</i> Sprachargument .....	122
III. „Kantian thought“? – Das „Symmetrieargument“ der Zurechnung guter und schlechter Handlungsfolgen .....	124
IV. Das Kontroll- und Zufallsargument .....	128
V. Das empirische Opferschutzargument .....	135
VI. <i>Jakobs</i> Obliegenheitsargument und <i>Lewis</i> Bestrafungslotterie .....	136
VII. Das subjektive Recht des Opfers einer Straftat auf Folgenberücksichtigung .....	142
VIII. Ergebnis .....	148
Kapitel V: Der Partikularismus der Strafzumessungspraxis im Widerstreit mit dem Universalisierbarkeitspostulat als Grundkonsens des juristischen Diskurses .....	149
I. Einleitung .....	149
II. Der ethische Partikularismus und das Universalisierbarkeitspostulat .....	150
III. Regelerorientierung vs. Schuldprinzip? .....	154
IV. Regelskeptizismus .....	160
Kapitel VI: Regelbildung für die Strafzumessung – eine normentheoretische (Re-)Konstruktion der Strafzumessungsentscheidung .....	165
I. <i>Puppes</i> Strafzumessungsnormen-Modell und <i>Kochs</i> Ermessensmodell .....	166
II. <i>Frischs</i> Strafzumessungsmodell – die Schuldstrafe als unbestimmter Rechtsbegriff? .....	178
III. <i>Kuhlens</i> „fallgebundene Ähnlichkeitsregeln“ und „Prima facie“-Regeln .....	181
IV. Die Operationalisierung des Strafzumessungsnormenmodells anhand von Fallbeispielen .....	186
1. BGHSt 52, 84 – Tatschuldobergrenzen für Bagatelldaten von Rückfalltätern? .....	186

2. Die Reaktion der Rechtswissenschaft .....	191
3. BGHSt 53, 71 – Tatschulduntergrenzen für Steuerhinterziehungen großen Ausmaßes .....	198
a) Der Gewaltenteilungseinwand und das Gebot richterlicher Unabhängigkeit.....	203
b) Der Willkür-, Dezsisionismus- und Unbestimmarkeits-einwand .....	206
c) Der Schematismus-, Taxenwesen-, Mathematisierungs-einwand .....	209
d) Der Einwand der Überbetonung des Erfolgsunrechts.....	211
e) Der Steuerungs- und Präventionseinwand .....	211
4. Die Vorsatzformen als Beispiel für nicht-numerische Prima facie-Regeln.....	213
5. Weitere Potentiale der Regelbildung – Geständnis und Rückfall im allgemeinen .....	216
V. Die Grenzen der Regelbildung in der Strafzumessung .....	221
VI. Wer soll Autor und damit Motor der Regelbildung in der Strafzumessung sein? .....	224
VII. Seitenblicke: Die Entwicklung der Schmerzensgeldrechtsprechung im Vergleich zur Strafzumessung und das Recht der Ordnungswidrigkeiten.....	230
VIII. Fazit – Auf dem Weg zu einem Besonderen Teil des Strafzumessungsrechts mithilfe von Prima facie-Regeln.....	232
2. Teil .....	237
Einleitung: Problemaufriss der verschuldeten Auswirkungen der Tat.....	237
<b>Kapitel I: Der Vorwurf der indirekten Bestrafung und die Normvalenz von Art. 103 Abs. 2 GG in der Strafzumessung ..</b>	<b>241</b>
I. Einleitung.....	241
II. Zum Wortlaut des § 46 Abs. 2 StGB .....	244
III. Die Normvalenz von Art. 103 Abs. 2 GG in der Strafzumessung .....	247
IV. Der Vorwurf der „indirekten Bestrafung“ im Widerspruch zur Berücksichtigungsfähigkeit von „Zielen des Täters“.....	257
<b>Kapitel II: Die objektiven Zurechnungskriterien der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den verschuldeten Auswirkungen der Tat und das zeitgenössische Schrifttum.....</b>	<b>260</b>

I.	Der „Heroinabgabefall“ BGHSt 37, 179 als Beginn der Implementierung der Lehre(n) vom Schutzzweck der Norm in die Strafzumessung? .....	262
II.	Die divergierende neuere höchstrichterliche Rechtsprechung .....	264
III.	Die Einschätzung im Schrifttum zu der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung .....	268
IV.	Die objektiven Zurechnungskriterien des Schrifttums .....	273
	1. <i>Frischs</i> Adäquanzurteil und seine Vorläufer .....	273
	2. <i>Frischs</i> Schutzzweck-Erwägungen .....	280
	3. <i>Bloys</i> „streng rechtsgutsbezogener“ Ansatz .....	286
	4. <i>Hörnles</i> Einschnitt in die Lebensqualität und die „Appellfunktion von Normen“ .....	293
	5. <i>Stahls</i> Verweis auf die Strafrahmen als kontinuierliche Schwere- skala und die h.M. zur ungleichartigen Idealkonkurrenz .....	298
V.	Fazit.....	302

### Kapitel III: *Puppes* innertatbestandliche Zurechnungslehre („haftungsbegründende Kausalität“) .....

I.	Einleitung.....	304
II.	Die <i>Puppe</i> 'sche Kausalitätslehre – „in einer Nusschale“ .....	307
	1. Die Einzelursache als notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Minimalbedingung.....	307
	2. Das Kausalgesetz.....	308
	3. Das Erfordernis der Minimalbedingung .....	310
	4. Die Ausscheidung von Ersatzursachen.....	315
	5. Zusammenfassung .....	317
	6. Die Möglichkeit mehrerer instantiiert <sup>er</sup> hinreichender (Minimal-) Bedingungen .....	318
III.	Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung .....	319
	1. „Pistolen“-Fall.....	322
	2. „Rattengift“-Fall.....	323
	3. „Pistolenkugel“-Fall .....	324
	4. „Schiffskapitän“-Fall.....	324
IV.	Die normativen Gründe für das Erfordernis der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung .....	325
V.	Weitere Kriterien der Erfolgszurechnung.....	327
VI.	Einwände gegen ein solches Zurechnungsmodell .....	333
	1. „Werturteile können nichts verursachen“ .....	333
	2. „Was ist eine Sorgfaltspflichtverletzung?“ .....	334
	3. „Unerlaubte Gefahr als Zirkelschluss“? .....	336

4. „Naiver strafrechtlicher Naturalismus?“ .....	336
5. „Dispositionale Handlungs(un-)fähigkeit kann nichts verursachen?“ .....	337
6. Konfundierung von „Zurechnungsgegenstand“ und „Zurechnungsgrund“ .....	337
VII. Fazit .....	341

## Kapitel IV: Die außertatbestandliche Zurechnungslehre („haftungsausfüllende Kausalität“) .....

I. Analyse des Kriteriums der „Kausalität der Tatbestandsverwirklichung“ .....	345
1. „Umweltschaden“-Trunkenheitsfahrt-Fall .....	350
2. Untauglicher Versuchsfall .....	350
3. Der „Bismarck“-Fall (Paparazzi I) .....	351
4. Der „Lady Diana“-Fall (Paparazzi II) .....	353
II. Welche Elemente der tatbestandsmäßigen Eigenschaften der Handlung müssen in der Kausalerklärung vorkommen? .....	355
1. Die überschießenden Innentendenzen? .....	355
2. Vorsatz oder Fahrlässigkeit? .....	360
3. Die objektiven Eigenschaften der tatbestandsmäßigen Handlung ...	362
4. Die Paralleldiskussion um die Bestimmung des Verfallsgegenstandes gem. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB .....	364
III. Das Durchgängigkeitserfordernis .....	365
IV. Mögliche Einwände gegen das Durchgängigkeitserfordernis .....	370
V. Anwendungsfälle für Schutzzweckerwägungen? .....	374
1. Dürfen nur „unrechtsverwandte Tatsachen“ schulderhöhend zugerechnet werden? .....	374
2. Rekurs auf gesetzgeberische Zweckklauseln? .....	376
VI. Die Drittschadensproblematik – Zugleich eine Neubestimmung des Opferbegriffs für das Strafzumessungsrecht .....	379
1. Der „Bundesligawettskandal“-Fall (Fall „Hoyzer“) .....	380
2. Weitere Einwände gegen die Einbeziehung von Drittschäden .....	387
a) Der Einwilligungseinwand .....	387
b) Der Strafantragseinwand .....	388
c) Anerkennung eines subjektiven Rechts durch Berücksichtigung in der Strafzumessung? .....	391
d) Folgerungen für die Bestimmung des Opferbegriffs und die „Schockschadens“-Problematik .....	393

3. Die Drittschadensproblematik in der Strafzumessung als Ausfluss unterschiedlicher Grundverständnisse vom strafrechtlichen Unrecht .....	399
VII. Zusammenfassung .....	407

## Kapitel V: Das Erfolgsunrecht in der strafzumessungsrecht- lichen Folgenrechnung..... 410

I. Grundlagen .....	414
II. „Enttäuschte Liebe“ und „enttäuschte Hoffnungen“ als Bestandteil des Erfolgsunrechts? .....	416
III. „Immaterielle Genugtuung“ als Strafschärfungsgrund in Ausnahme- fällen? .....	427
IV. Strafrechtliches Erfolgsunrecht vs. zivilrechtliches Erfolgsunrecht ...	429
1. Vertragsunrecht .....	430
2. Spezifisch strafrechtliche Wertungen .....	430
3. „Fangprämie“ .....	431
4. Fazit.....	433
V. Alternative Bestimmungen des Erfolgsunrechts .....	434
1. „unfair advantage“-Modelle/„Fairness“-Theorien .....	434
2. (Güter-)Vorteile gegenüber dem Opfer?.....	440
3. Generalpräventive Ausdeutungen eines „Normgeltungs-“/ „intellektuellen Verbrechenschadens“ .....	443
a) Jakobs changierende Stellungnahmen zur Strafzumessung .....	443
b) Der Fall Hoeneß als Paradigma für einen fehlenden gesellschaftlichen Diskurs und Konsens zum Strafmaß .....	449
c) Die Strafschärfung für „Normgeltungsschäden“ als Strafe für fremde Schuld .....	456
d) Ein diskursiver Schuldbegriff und die Möglichkeit von Kollektivzurechnungen .....	465
e) Die Möglichkeit der Strafschärfung durch nachfolgende Straftaten Unbeteiligter aufgrund der Ingerenzgarantenstellung des Ersttätlers .....	467
f) Ein funktionaler strafzumessungsrechtlicher Beendigungs- begriff der Tat .....	469
g) Kein Zurechnungsausschluss bei Vorsatztaten Dritter, sofern die tatbestandliche Sorgfaltspflichtverletzung vor solchen schützen soll .....	476
h) Zusammenfassung .....	479
VI. Ausnahmefälle der Berücksichtigungsfähigkeit „enttäuschten Normvertrauens“? .....	480

Kapitel VI: Die subjektiven Zurechnungskriterien der verschuldeten Auswirkungen der Tat.....	491
I. Eine kleine Geschichte der Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung .....	493
1. Unterschiede zu der Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte und besonders schweren Fälle .....	494
2. Das Problembewusstsein hinsichtlich außertatbestandlicher Auswirkungen .....	497
3. Die Entscheidung des Großen Senates BGHSt 10, 259 .....	498
II. Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zur subjektiven Zurechnung der Auswirkungen der Tat .....	501
1. „Vorhersehbarkeit“ .....	501
2. Die Vermengung mit anderen Kriterien .....	504
3. Die Unklarheit des deskriptiven Gehalts der Vorhersehbarkeit.....	507
4. Ein normativer Gehalt der Vorhersehbarkeit? .....	510
a) Intentionale Vermeidbarkeit der Strafbarkeit?.....	511
b) Die verschuldeten Auswirkungen der Tat als bloßer Verstärker der Gegenmotivation? .....	512
c) Fairness- und Gerechtigkeitsgründe?.....	515
III. Der Fahrlässigkeitsmaßstab im Strafzumessungsrecht .....	517
1. Der „Mingvasen-Notwehrfall“ .....	517
2. Der „Reisekoffer-Diebstahlsfall“ .....	520
3. Der „Christstollen-Diebstahlsfall“ .....	525
4. Fazit .....	527
IV. Einwände .....	531
1. „versari“-Haftung? .....	531
a) Der Vertrauensgrundsatz .....	531
b) Handeln mit aktuellem Unrechtsbewusstsein .....	534
c) Zwischenfazit.....	535
2. Privilegierung des planvoll handelnden Täters?.....	536
3. „Crimen culpae“? .....	537
4. Der Unbestimmtheitseinwand .....	538
V. Exkurs: Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers .....	539
1. Der Tatbeteiligte als Opfer? .....	539
a) Schäden bei Tatbeteiligten.....	540
b) „Verstrickung Dritter“ als verschuldete Auswirkungen der Tat?.....	542
2. Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers .....	545
VI. Fazit zu den Minimalbedingungen der subjektiven Zurechnung .....	550
VII. Vorsatz oder Fahrlässigkeit für die Zurechnung „innertat- bestandlicher Tatfolgen“?.....	552

1. Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	554
2. Die Einbeziehung fahrlässiger Vermögensschäden als Verstoß gegen das Schuldprinzip?.....	561
3. <i>Frischs</i> normlogischer Einwand gegen die Einbeziehung fahrlässiger Vermögensschäden.....	564
4. <i>Hörnles</i> Verantwortungsdiallog mit dem Vorsatztäter .....	566
5. Fazit .....	569
Kapitel VII: Sonderprobleme der Erfolgzurechnung in der Strafzumessung .....	570
I. „Hassverbrechen“ und verschuldete Auswirkungen der Tat .....	570
1. Größere physische oder psychische Schäden für die Primäropfer von Hassverbrechen als Grund der Strafschärfung? .....	572
2. Hassverbrechen als Angriff auf alle Mitglieder einer Minderheit oder Verursachung eines größeren Sozialschadens?.....	576
3. Handlungsgründe als Straferschwerungsgründe .....	580
a) Gesinnungsstrafrecht?.....	580
b) Schuld als „Andershandelnkönnen“?.....	583
c) Verhaltens- und Sanktionsnormen .....	584
d) Ausdrückliche Strafschärfungen für Hassverbrechen als „Systembruch“? .....	587
e) Die Transitivität von Straferschwerungsgründen .....	588
f) Vernachlässigte Probleme von Strafschärfungen für Hassverbrechen .....	589
4. Fazit .....	592
II. Teilnahme und verschuldeten Auswirkungen der Tat.....	594
1. Die Zurechnung fahrlässig kausierter „Exzesse“ anderer Beteiligten .....	595
2. Die Unrechtsakzessorietät der Teilnahme als strenge Obergrenze für die Strafzumessung? .....	600
Zusammenfassung und Ausblick.....	604
Literaturverzeichnis.....	615
Sachregister.....	661



## Einleitung

„In einer Gesellschaft, die keine Haftung für Schicksal mehr kennt, weil Schicksal durch Zufall substituiert wurde, darf es als ausgemacht gelten, daß für unverschuldete Auswirkungen einer Tat strafrechtlich nicht zu haften ist. Die alte Frage, ob unverschuldete Tatfolgen straferschwerend zu berücksichtigen sind, wird allenthalben negativ beantwortet. Mehr noch, nicht nur die Tatfolgen müssen dem Täter erkennbar und somit vermeidbar gewesen sein, sondern entsprechendes gilt auch für das Unrecht ihrer Herbeiführung.

*Günther Jakobs*, in: Eser/Yamanaka (Hrsg.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan, S. 209.

So sehr auch Einigkeit in der Rechtsprechung und Wissenschaft auf einer rein abstrakten Ebene darüber herrschen mag, dass unverschuldeten Tatfolgen weder Unrecht noch Schuld des Täters negativ beeinflussen dürfen, ändert dies nichts an der notorischen Unsicherheit, die bei Auslegung und Anwendung der „verschuldeten Auswirkungen der Tat“, von denen das Strafgesetzbuch in § 46 Abs. 2 (§ 13 a.F. StGB) seit 1969 spricht, den Rechtsanwender befällt. Zur Begrenzung der als uferlosen Weite empfundenen Kausalität der Tat setzen die einen hierbei vor allem auf eine „subjektive Zurechnung“, die meint, mittels des Kriteriums der „Vorhersehbarkeit“ verschuldete von unverschuldeten Auswirkungen zu scheiden, anderen sehen in erster Linie in den „Topoi“ der „objektiven Zurechnung“ Kriterien, die die Folgenzurechnung in der Strafzumessung begrenzen sollen, häufig werden diese Ansätze miteinander kombiniert. Aber auch hier kommen verschiedene Autoren, die dieselben Begriffe der Zurechnung benutzen, oftmals zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen. Um es an einem Beispiel zu demonstrieren:

Nach *Horn* unterfällt die durch ein Eidesdelikt kausierte, über ein Fehlurteil vermittelte Freiheitsberaubung nicht dem Schutzzweck der Aussagedelikte.<sup>1</sup> Ebenso meint *Bloy*, nur das unrichtige Urteil selbst sei verschuldete Auswirkung eines Eidesdelikts,<sup>2</sup> nicht aber eine weitergehend fahrlässig verursachte Freiheitsberaubung, da Rechtsgut der §§ 153 ff. StGB nur die Rechts-

---

<sup>1</sup> SK<sup>8</sup>-*Horn* § 46 Rn. 109; SK<sup>9</sup>-*Horn/Wolters* § 46 Rn. 123.

<sup>2</sup> *Bloy*, ZStW 107 (1995), 576 (587).

pflge sei.<sup>3</sup> Demgegenüber sieht *Frisch* den Schutzzweck der Rechtspflegedelikte auch in der Verhinderung von durch Fehlurteile kausierten Schäden der zu Unrecht verurteilten Partei,<sup>4</sup> ebenso die zivilrechtliche Rechtsprechung im Rahmen der Frage des Schutzgesetzes i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB, wobei dieses bekanntlich mit klassischer Schutzzweck-Nomenklatur identifiziert wird.<sup>5</sup> Diese Rechtsunsicherheit geht so weit, dass die Rechtsprechung ihren seit Anfang der 1990er Jahre aufkeimenden Dissens, ob neben der „Vorhersehbarkeit“ der Auswirkung einer Tat auch Schutzzweckerwägungen in der Strafzumessung eine Rolle spielen sollen, einfach mit Hinweis auf die fehlenden Entscheidungserheblichkeit im Einzelfall offenlassen kann. Aber auch das verbleibende subjektive Zurechnungskriterium der „Vorhersehbarkeit“ ist jenseits einiger Evidenzfälle ungemein vage, wovon auch die Diskussionen um denselben Begriff in der strafbegründenden Fahrlässigkeit und bei den erfolgsqualifizierten Delikten zeugen.

Das Schrifttum, das zwischenzeitlich eine große Hoffnung hegte, mit Hilfe verschiedener Rechtsfiguren und Fallgruppen der objektiven Zurechnung insbesondere den Problemen der sog. „außertatbestandlichen Auswirkungen“ – also solcher, die der strafbegründende Tatbestand selbst nicht beschreibt – Herr zu werden, ist nahezu verstummt. Problematische und erklärungsbedürftige höchstrichterliche Entscheidungen wie etwa die Strafzumessungsausführungen im sog. „Hoyzer-Fall“ zum Bundesligawettsskandal<sup>6</sup> oder im Fall „El Motassadeq“<sup>7</sup> werden nur von den wenigsten bemerkt, ein diesbezüglicher wissenschaftlicher Diskurs findet praktisch nicht statt. Andere Strafmaßentscheidungen der Tatgerichte zum Erfolgsunrecht wie diejenige des LG München II im Fall Hoeneß<sup>8</sup> wurden zwar in der Öffentlichkeit kurz nach der Urteilsverkündung diskutiert, die schriftlichen Urteilsgründe, die mit praktisch allen vom 1. Strafsenat des BGH eingezogenen, revisiblen Regeln zur Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung brechen, wurden aber bis auf wenige Ausnahmen gar nicht mehr beachtet.

Diese Arbeit versucht eine – gewisse – Klärung des Sinnes der verschuldeten Auswirkungen der Tat. Dabei ist die Grundprämisse, von der § 46 Abs. 2 StGB selbst implizit ausgeht, indem es die zu berücksichtigenden Strafzumessungstatsachen unter einen allgemeinen Titel „vor die Klammer“ zieht, alles andere als selbstverständlich: Kann es überhaupt allgemeine Regeln der Erfolgzurechnung in der Strafzumessung geben oder handelt es sich nicht vielmehr allein um eine Frage des Besonderen Teils der Strafzumessung, so

<sup>3</sup> *Bloy*, ZStW 107 (1995), 576 (594 bei Fn. 58).

<sup>4</sup> *Frisch*, GA 1972, 321 (334); ZStW 99 (1987), 751 (754).

<sup>5</sup> BGHZ 42, 314 (318).

<sup>6</sup> BGHSt 51, 165 (179 f.).

<sup>7</sup> BGH NJW 2007, 384 (389).

<sup>8</sup> LG München II, Urt. v. 13.03.2014, Az. W5 KLs 68 Js 3284/13 S. 48 = wistra 2015, 77 (79).

dass für jeden einzelnen Straftatbestand die Frage der Folgenrechnung neu und ohne jegliche Abstraktion gestellt werden muss? Diese Arbeit beschreitet einen Mittelweg, indem einerseits begründet wird, dass es allgemeine Regeln für die Strafzumessung geben muss, andererseits diese Regeln gerade bei der Folgenrechnung aber an die *jeweilige, spezifische Tatbestandsverwirklichung* anknüpfen. Die hier entwickelte Erfolgszurechnung ruht im Anschluss an die bahnbrechenden, aber praktisch *nicht* rezipierten Arbeiten *Puppess*<sup>9</sup> gerade auf der vielfach als nichtssagend geschmähten Kausalität auf, nämlich derjenigen der Tatbestandsverwirklichung für eine bestimmte Folge. Genau diejenigen Eigenschaften des Täterverhaltens, die die Tatbestandsverwirklichung ausmachen, müssen in einer schlüssigen und wahren Erklärung der Folge angegeben werden, damit man diese dem Täter als Erweiterung des Erfolgsunrechts und damit mittelbar seiner Tat-Schuld im Strafmaß anlasten kann.

Es handelt sich um die erste umfassende Monographie über die verschuldeten Auswirkungen der Tat, sodass sie einen doppelten Zweck erfüllen soll: Einerseits soll sie den wissenschaftliche Diskurs über die Erfolgszurechnung in der Strafzumessung weiterführen, andererseits soll sie auch als Nachschlagewerk zu den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen und den tlw. sehr verstreuten Stellungnahmen im Schrifttum dienen. Hierbei wurden so viele Fälle wie nur möglich – sowohl höchstrichterlich entschiedene als auch untergerichtliche, unveröffentlichte, hypothetische wie sich wirklich ereignete – verarbeitet, um den Leser ein anschauliches Bild der normativen Probleme und möglichen Lösungswege der „verschuldeten Auswirkungen der Tat“ zu geben. Denn eine Strafzumessungsdogmatik, die sich allein in die Höhen irgendwelcher Meta-Theorien begibt, ohne die Mühsal der Ebene auf sich zu nehmen, die Grenzen, aber auch die Fruchtbarkeit ihrer Methoden an ausgewählten einzelnen Problemen und Fällen im wahrsten Sinne des Wortes zu erlauben, tut nicht, was ihres Amtes ist. Die Grenzen von Tatunrecht und Tatschuld in der Strafzumessung auszumachen und diese zu gewichten, diese „fascinating side of the law“,<sup>10</sup> ist ein „fortlaufender, von den tatsächlich auftretenden Einzelfällen immer wieder angeregter Prozeß, der in der Rechtsanwendung abläuft und prinzipiell nie an sein Ende kommt.“<sup>11</sup>

Ebenso wie man die Strafzumessung selbst als eine Landkarte des Verbrechens verstehen kann, in der Höhen- und Tiefenmarken von Tatunrecht und Schuld und ggfls. weiterer Aspekte verzeichnet werden, benötigt der Leser dieses Buches eine gewisse Orientierung. Dies liegt aber weniger in der Meinungsfreude des Verfassers begründet, als im Gegenstand der Untersuchung

---

<sup>9</sup> Insbesondere ihr Beitrag „Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe“ in der Spindel-FS, S. 451.

<sup>10</sup> Hart, Punishment and Responsibility, S. 158 (164).

<sup>11</sup> Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, S. 299.

selbst; so heißt es in einer aktuellen Rezension des Lehrbuches „Strafrechtliche Sanktionen“ von *Franz Streng* zutreffend „Eigentlich hängt im Bereich der strafrechtlichen Sanktionen alles mit allem zusammen“<sup>12</sup> und *Mezger* sah bekanntlich in der Strafzumessung die „Krönung des ganzen strafrechtlichen Systems“, das im Grunde genommen nichts anderes sei als ein einziger großer Katalog von Strafzumessungsgründen.<sup>13</sup> Ergo werden in der Arbeit viele Arkan-Probleme der allgemeinen Verbrechenslehre angerissen, ohne stets in der an sich notwendigen Breite behandelt werden zu können.

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil behandelt allgemeine Fragen des Strafzumessungsrechts, deren Beantwortung zwar zur Thematik der Erfolgsgzurechnung in der Strafzumessung und den verschuldeten Auswirkungen der Tat hinführen, aber Einzelfragen der Folgenzurechnung noch nicht behandeln bzw. lediglich aufwerfen, die aber erst im zweiten Teil beantwortet werden. Dabei fasst eine separate Einleitung zum zweiten Teil die Erkenntnisse des ersten Teils der Arbeit für die Erfolgsgzurechnung zusammen. Zudem schließt fast jedes Kapitel mit einem Fazit, so dass der Leser die entfalteten Gedankengänge rekapitulieren kann. Am Ende der gesamten Arbeit findet er nochmals eine Zusammenfassung der wesentlichen Thesen.

Das 1. Kapitel des ersten Teils beschäftigt sich mit dem ewigen Thema des Verhältnisses von Straftheorien zu Strafzumessungstheorien, im wesentlichen aber lediglich unter der Fragestellung, ob die Rechtfertigung der Institution des Strafens unterschiedlich beantwortet werden als diejenige, wie sich die Bestrafung eines individuellen Menschen legitimiert.

Das 2. Kapitel behandelt die gegenwärtig im Schrifttum wohl am meisten diskutierte Strafzumessungstheorie, nämlich die „tatproportionale Strafzumessung“. Ihr Grundanliegen nach mehr Gleichbehandlung, mehr Regelgeleitetheit der Strafzumessung wird geteilt, allerdings werden einzelne Aspekte der Unrechtsevaluierung anders bewertet. Anhand von Beispielen wird veranschaulicht, wie vielgestaltig Unrecht und Schuld einer Tat sein können, sodass eine einzige „Ordinalskala“ für alle Straftatbestände oder auch nur solche, die Individualrechtsgüter schützen, ein übertriebenes Ideal darstellt, das aber auch nicht nötig ist, um zu mehr Regelgeleitetheit und Rechtssicherheit in der Strafzumessung zu gelangen.

Das 3. Kapitel hat daran anknüpfend das Verhältnis von Unrecht und Schuld aus der Perspektive der Strafzumessungsdogmatik zum Thema. Es wird das intrikate Problem behandelt, ob es „reine“ Schuldmerkmale, die die Tatschuld über das Tatunrecht hinaus steigern, geben kann. Dies wird hier entgegen der Lehre von der tatproportionalen Strafzumessung bejaht, aller-

---

<sup>12</sup> *Keiser*, GA 2013, 187; ähnlich *Jung*, Was ist Strafe?, S. 13.

<sup>13</sup> *Edmund Mezger*, ZStW 51 (1931), 855; ebenso sprach *Nagler*, GS 94 (1927), 83/84 von der „Krönung des gesamten positiven Rechtsstoffes und des darauf sich aufbauenden Lehrgebäudes der Doktrin.“

dings ohne in überholte Charakterschuldlehren etc. zurückzufallen. Auch die Strafzumessungsschuld bleibt ein Relationsbegriff, der sich auf ein konkretes Tatunrecht bezieht. Das Problem schuldsteigernder Merkmale wird unter einer anderen Perspektive im letzten Sonderkapitel des 2. Teils (7. Kapitel) unter dem Schlagwort „Hassverbrechen“ noch einmal aufgegriffen.

Im 4. Kapitel wird die klassische Thematik einer normativen Rechtfertigung der Relevanz des Erfolgs und von weiteren Handlungsfolgen (notwendigerweise kursorisch) behandelt. Sie firmiert in der deutschsprachigen Dogmatik unter den Begriffen „einbasiger vs. zweibasiger (Handlungs- und Erfolgsunrecht) Unrechtsbegriff“, in der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft und Philosophie unter dem missverständlichen Titel „moral luck“. Die Strafzumessung ist oft als der eigentliche Ort beschrieben worden, an dem dieses „akademische“ oder „terminologische“ Problem zu einem praktischen wird, umso mehr, als es sogar um die mögliche Zurechnung solcher Folgen geht, die der Straftatbestand selbst ausdrücklich gar nicht beschreibt. Die „moral luck“-Debatte der praktischen Philosophie und anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft wird dabei auf „neue“ Argumente in diesem ewigen Streit durchforstet.

Das kleinere 5. Kapitel legitimiert unter Rekurs auf das Universalisierbarkeitspostulat die Notwendigkeit einer Regelgeleitetheit der Strafzumessung überhaupt, trotz der Notwendigkeit eines dem jeweiligen Einzelfalles gerecht werdenden Tatschuldprinzips.

Es leitet damit über zum längeren, und auch für den Praktiker ggfls. interessanten 6. Kapitel, das anhand praktischer Beispiele aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufzeigt, wie genau eine Regelbildung für die Strafzumessung konstruiert werden kann, die trotzdem dem jeweiligen Einzelfall gerecht werden kann. Dabei wird vor allem das *Puppe*'sche Strafzumessungsnormenmodell aufgegriffen und fruchtbar gemacht. Straftatbestände sind unvollständige, der Ausfüllung durch weitere Unrechts-, Schuld- und Rechtsfolgenpräzisierungen ergänzbare Normfunktionen. Sie hat dieses Modell, das erst in jüngster Zeit vom Schrifttum entdeckt worden ist,<sup>14</sup> im Rahmen ihrer konkurrenzrechtlichen Habilitationsschrift „Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen“ entwickelt, in dieser Arbeit wird es mit der ErfolgSZurechnung in der Strafzumessung verknüpft. Die Aufstellung solcher Strafzumessungsnormen ist eine Rechtsfrage und daher den Revisionsgerichten überantwortet. Dass diese Forderung nach einer regelgeleiteten Strafzumessung

---

<sup>14</sup> Ich habe es in HRRS 2009, S. 363 ff. sowie im ARSP-B 128 (2012), S. 49 ff. aufgegriffen, um eine Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage in der Strafzumessung vorzunehmen und die Reichweite des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, in der Strafzumessung aufzuzeigen – beides Themen, die im Rahmen dieser Arbeit leider nur eingeschränkt weiter vertieft werden können; jüngst haben *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, S. 52, 62 ff.; und auch *Stahl*, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenstheorie und Straftheorie, S. 43 f. *Puppes* Strafzumessungsnormenmodell ebenfalls diskutiert.

vor dem Hintergrund einer Rechtsprechung reichlich illusionär erscheint, die sogar in grundlegenden Fragen der Strafbegründung und des Allgemeinen Teils des Strafrechts nicht mehr unter allgemeine Begriffe subsumiert, sondern zuschreibende Bewertungen unter Würdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls präferiert,<sup>15</sup> muss nicht näher ausgeführt werden. Trotzdem gilt es die in der Rechtsprechung vorhandenen Ansätze zur Regelbildung, wie etwa denjenigen des 1. Strafsenates zur Steuerhinterziehung,<sup>16</sup> aus rechtstheoretischer Sicht zu stärken. Anhand diverser weiterer Beispiele wird die Möglichkeit einer Regelbildung für die Strafzumessung demonstriert und die Stärken dieses Modells herausgearbeitet.

Der zweite Teil beginnt mit einer Einleitung, der die wesentlichen Ergebnisse des ersten Teils zusammenfasst, soweit sie unmittelbar für eine Lehre der Erfolgszurechnung in der Strafzumessung Ertrag bringen.

Das 1. Kapitel des zweiten Teils beschäftigt sich mit einem Zentralvorwurf gegen die Einbeziehung solcher Folgen, die der Tatbestand selbst nicht beschreibt, nämlich denjenigen der „indirekten Bestrafung“: Stellt der Strafrichter, indem er dem Täter Schäden (und ggfls. Gefährdungen) anlastet, deren Kausierung isoliert betrachtet nicht strafbar sind, nicht sekundäre Straftatbestände auf, die das Strafgesetzbuch nicht kennt und die der Gesetzgeber gerade nicht als strafwürdig erachtet hat? Hier geht es um die Normvalenz von Art. 103 Abs. 2 GG in der Strafzumessung und seine bei den Rechtsfolgen aufbrechenden Spannungen mit dem Schuldprinzip. Der Einwand der „indirekten Bestrafung“ wird vorab behandelt, weil ansonsten die Diskussion um die „verschuldeten Auswirkungen der Tat“ eine ganz andere wäre – und er wird zurückgewiesen.

Das 2. Kapitel bietet einen umfassenden Überblick über die „objektiven“ Zurechnungskriterien der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den verschuldeten Auswirkungen der Tat und den Stellungnahmen im zeitgenössischen Schrifttum. Den die Diskussion prägenden Stimmen, namentlich *Frisch*, *Bloy* und *Hörnle* werden dabei eigene Unterabschnitte gewidmet, zudem ist eine interessante, aktuelle Stellungnahme des *Frisch*-Schülers *Stahl* eingearbeitet.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Siehe näher *Puppe*, AT<sup>2</sup> S. 18; *dieselbe*, Kleine Schule des juristischen Denkens<sup>3</sup>, S. 53.

<sup>16</sup> Oder auch jüngst den Anfragebeschluss des 2. Strafsenates, BGH, Beschl. v. 01.06.2016 – 2 StR 150/15 = HRRS 2017 Nr. 63 zur Frage der strafschärfenden Berücksichtigung der Absicht bei Tötungsdelikten, der diese Frage zutreffend als allgemeinerverbindliche *Rechts*-Frage und nicht als *Tat*-Frage der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles behandelt, so schon *Grosse-Wilde*, ARSP-B 128 (2012), 45 (51 f. in Fn. 32).

<sup>17</sup> *Stahl*, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie, Berlin 2015.

Den *Puppe*'schen Lehren zur Kausalität und Zurechnung folgend, werden im 3. Kapitel ihre *innertatbestandlichen* Lehren zur Erfolgszurechnung erläutert. Der Schwerpunkt wird hierbei weniger auf die (logisch wie axiologisch *richtige*) Definition einer Einzel-Ursache als notwendiger Bestandteil einer wahren, hinreichenden Minimalbedingung für ein Ereignis gelegt, als auf die sog. Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung als Relatum der Kausalbeziehung. Dieses oftmals nicht verstandene Kriterium der Erfolgszurechnung, das sich für die Strafzumessung verlängern lässt, wird anhand von vier Fallbeispielen ausführlich veranschaulicht. Darüber hinaus wird das Durchgängigkeitserfordernis erläutert, wonach zwischen Handlung und tatbestandsmäßigem Erfolg eine Kette unerlaubter Zustände vorhanden sein muss. Auch dieses Kriterium liefert für die Erfolgszurechnung in der Strafzumessung wertvolle Dienste, da die Kausalketten umso länger und uferloser werden, sofern die Formulierung des Straftatbestandes selbst die Folgenzurechnung nicht (wenigsten tlw.) einhegt.

Die sich daran anschließenden Kapitel 4 und 5 des zweiten Teils bilden gewissermaßen das dogmatische Herzstück der Arbeit. In Kapitel 4 wird die außertatbestandliche Zurechnungslehre entwickelt, also eine strafrechtliche Lehre der „haftungsausfüllenden Kausalität“ in der Strafzumessung. Dabei handelt es sich bei dem hier präferierten Kriterium der „Kausalität der tatbestandlichen Sorgfaltspflichtverletzung“ um ein *echtes* Kausalitätskriterium. Dieses wird eingehend und über die von *Puppe* bereits 1992 gewonnenen Erkenntnisse (in der Festschrift für Spandel) hinaus anhand diverser Beispielsfälle analysiert. Das weitere Kriterium des sog. Durchgängigkeitserfordernisses unerlaubter Zustände enthält mit dem Begriff „unerlaubter Zustand“ ein hoch-normatives Element, trotzdem knüpft es an die Kausalkette im Sinne einer vollständig instantiierten hinreichenden Bedingung für ein Ereignis an. Hierbei werden Wertungen der Gesamtrechtsordnung berücksichtigt, etwa des Deliktsrechts zur Reichweite der Haftung für reine Vermögensschäden, denn das Strafzumessungsrecht kann kein genuin „neues“ Unrecht schaffen. In diesem Zusammenhang wird auch das allenthalben im Strafzumessungsschrifttum *unterschätzte* (weil praktisch nur im Kontext der Angehörigen von Opfern von Tötungsdelikten diskutierte) Problem der Dritt-Schäden und Gefährdungen diskutiert, sodass ein eigenständiger Opferbegriff für das Strafzumessungsrecht entwickelt wird. Im Kapitel 5 wird das Zuzurechnende, also das Erfolgsunrecht selbst, näher betrachtet – ein Problemfeld, das nur auf den ersten Blick als banal und offensichtlich erscheint (Zuzurechnendes sind Rechtsguttschäden und ggfls. -gefährdungen), bei näherem Hinsehen aber ebensoviele dogmatische Herausforderungen mit sich bringt wie das Zurechnungskriterium für die verschuldeten Auswirkungen selbst.

Das 6. Kapitel ist dem klassischen Problem der subjektiven Zurechnungsvoraussetzung der Erfolgszurechnung in der Strafzumessung gewidmet: Welches ist der Fahrlässigkeitsmaßstab in der Strafzumessung? Müssen die Aus-

wirkungen einer Vorsatztat auch vom Vorsatz des Täters umfasst sein oder reicht Fahrlässigkeit aus? Einleitend wird – erst an dieser Stelle – knapp die Geschichte der Erfolgzurechnung in der Strafzumessung vor der jetzigen Fassung des § 46 StGB (§ 13 a.F.) skizziert, denn historisch betrachtet rankte der Streit um die strafzumessungsrechtliche Folgenrechnung um subjektive Kriterien, bevor zuerst in der Strafbegründung der Diskurs um eine „objektive“ Zurechnung anhub. Sodann werden sowohl die höchstrichterliche Rechtsprechung nachgezeichnet als auch eigene Lösungen zur subjektiven Zurechnung entwickelt. In einem Exkurs wird noch die eigenverantwortliche Selbstgefährdung als Zurechnungssperre thematisiert, die strenggenommen eine objektive ist, aber von der Rechtsprechung nicht allgemein anerkannt wird, sondern nur tlw. als subjektiv unvorhersehbare Tatfolge apostrophiert wird.

In einem Annex (Kapitel 7) werden noch Sonderprobleme der verschuldeten Auswirkungen der Tat, namentlich solcher von „Hassverbrechen“ sowie von Teilnahmetaten, diskutiert.

In dem Sachregister sind die einzeln behandelten Fälle mit Kurzbezeichnungen sowie thematisch indexiert, um ein (Wieder-)Auffinden zu erleichtern.

# 1. Teil

## Kapitel I

### Über Straftheorien und Strafzumessungstheorien

„Die Gründe der Strafbarkeit in abstracto sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto“

*Paul Johann Anselm von Feuerbach, Revision I, S. 196*

„Suppose the son asks ‚Why was J put in jail yesterday?‘ The father answers ‚Because he robbed the bank at B. He was duly tried and found guilty. That’s why he was put in jail yesterday.‘ But suppose the son had asked a different question, namely, ‚Why do people put other people in jail?‘ Then the father might answer ‚To protect good people from bad people« or ‚To stop people from doing things that would make it uneasy for all of us; for otherwise we wouldn’t be able to go to bed at night and sleep in peace.‘“

*John Rawls, Two Concepts of Rules, The Philosophical Review 64 (1955), 3 (5)*

## I. Einleitung

Es ist eine Tendenz in der strafrechtlichen Literatur auszumachen, Fragen wie

„Was ist der/ein Zweck bzw. gibt es einen Zweck der Institution Strafe bzw. wie lässt sich die Institution Strafe begründen?“,

„Was ist der/ein Zweck bzw. gibt es einen Zweck des Erlasses eines Strafgesetzes bzw. wie lässt sich ein Strafgesetz begründen?“,

„Was ist der/ein Zweck bzw. gibt es einen Zweck der Rechtsfolge Strafe bzw. wie lässt sich die Rechtsfolge Strafe begründen?“,

„Wonach richtet sich der adäquate Strafraum für einen bestimmten strafrechtlichen Tatbestand?“ und schließlich

„Wie hoch soll eine Strafe innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmens bemessen sein?“

miteinander zu vermengen. Dies geschieht vor allem im Zusammenhang mit den sog. „Straftheorien“, für die selten klar ist, welche der oben erwähnten

Fragen sie beantworten sollen. In diesem Zusammenhang fühlt man sich an ein Dictum *H.L.A. Harts* erinnert:

„In 1952 ... I formed the view that analytical enquiries into the nature of law and legal concepts had come to a premature standstill. ... Very often progress in a science is held up not because wrong answers have been given but because the wrong sort of question has been asked“.<sup>1</sup>

Einige Autoren gestehen zwar die Notwendigkeit einer analytischen Trennung der oben gestellten Fragen zu, meinen aber, es müsse immer dieselbe Antwort auf diese Fragen geben.<sup>2</sup> Historisch wird *Feuerbach* hierfür in Anspruch genommen.<sup>3</sup>

Der Vater im oben wiedergegebenen, vom amerikanischen Moralphilosophen *John Rawls* gebildeten Beispiel gibt hingegen unterschiedliche Antworten auf die Fragen des Sohnes. Auf die Frage nach dem Grund der individuellen Bestrafung des J (diese entspricht *cum grano salis* obiger Frage 3) antwortet er mit der prozessmäßig festgestellten Schuld des J für das begangene

---

<sup>1</sup> *Hart*, University of Pennsylvania Law Review 105 (1957), 953 (957, 960); siehe auch *derselbe*, Punishment and Responsibility, S. 1 (4) „In the case of punishment the beginning of wisdom (though by no means its end) is to distinguish similar questions and confront them separately.“; dies erinnert ein wenig an *Kants* Ausspruch in der Kritik der reinen Vernunft<sup>1</sup> S. 58: „Es ist schon ein großer und nötiger Beweis der Klugheit oder Einsicht, zu wissen, was man vernünftigerweise fragen solle. Denn, wenn die Frage an sich ungereimt ist, und unnötige Antworten verlangt, so hat sie, außer der Beschämung dessen, der sie aufwirft, bisweilen noch den Nachteil, den unbehutsamen Anhörer derselben zu ungereimten Antworten zu verleiten.“ Vgl. auch *G. E. Moore*, Principia Ethica, vii: „It appears to me that in Ethics, as in all other philosophical studies, the difficulties and disagreements, of which its history is full, are mainly due to a very simple cause; namely to the attempt to answer questions, without discovering precisely what question it is *which* you desire to answer.“

<sup>2</sup> *Köhler*, Über den Zusammenhang, S. 28; *derselbe*, AT, S. 38, 580; *Noltenius*, HRRS 2009, 499 (504).

<sup>3</sup> Siehe vorherige Fn 2. - Dies erscheint insofern fragwürdig, als dass *Feuerbach* selbst seine Theorie des psychologischen Zwanges nicht auf der Strafzumessungsebene durchhielt, sondern die Wichtigkeit des verletzten Rechtsguts zum Kriterium der Strafhöhe erhob (siehe *derselbe*, Revision II S. 206 f.); diese Inkonsistenz rügt u.a. schon *Wilhelm Möller*, Kritik des Strafmaßes (1852), S. 75: „Feuerbach sagt völlig wahr, der rechtliche Grund des Daseins aller Strafe sei die Gefahr, und die Möglichkeit und Notwendigkeit, diese Gefahr durch Strafe abzuwenden. Statt nun zu schließen: also muß die Strafe so groß sein, als zur Abwendung der Gefahr nötig ist, schließt er: also muß die Strafe so groß sein wie die Gefahr. Hiermit fällt er von seinem obersten Grundsatz, daß das Strafübel die Lust zu Verbrechen aufheben müsse, ab, akkomodiert sich dem Herkommen und stellt sich auf den Boden der Wiedervergeltung.“ – Diese Kritik ist im Schrifttum oft wiederholt worden, etwa von *Tesař*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, S. 115; *Grünhut*, Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, S. 105; *Maiwald*, in: Behrends/Dreier, Gerechtigkeit und Geschichte, S. 143 (149); *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 70 f. mit Fn. 345.

Unrecht des Banküberfalls. Auf die Frage, warum Menschen andere Menschen ins Gefängnis werfen (*cum grano salis* Frage 1), antwortet er dagegen mit dem funktionalen Argument der Verbrechenverhütung.

Diese unterschiedliche Beantwortung der Frage nach dem Zweck der Institution Strafe und derjenigen nach dem Zweck eines einzelnen Bestrafungsaktes läuft auf eine gewisse Form einer „Vereinigungstheorie“ hinaus, deren Variationen zwar auch im deutschen Sprachraum eine reiche Geschichte, fast immer aber einen schlechten Leumund gehabt haben.<sup>4</sup> Auf *Jakobs'* Diktum: „Tanz auf sämtlichen Hochzeiten“<sup>5</sup> sei hier *pars pro toto* verwiesen.

Anders Teile der anglo-amerikanischen Strafrechts- und Moralphilosophie: So betont etwa *John Gardner*, (mittelbarer) Nachfolger von *H.L.A. Hart* in Oxford, dass die Strafe *prima facie* eine derart abscheuliche Praxis sei, „*that it patently needs all the justificatory help it can get*“<sup>6</sup> – auch von verschiedenen Theorieansätzen. Man mag das als Ausbund des typisch anglo-amerikanischen Pragmatismus abtun. Natürlich drängt sich sofort die Gegenfrage auf: „Um welchen Preis? – Auch um den Preis argumentativer Inkonsistenz?“

## II. „Vereinigungstheorien“ und „mixed theories of justification“

Die Positionen der beiden wohl berühmtesten anglo-amerikanischen Rechts- und Moralphilosophen des 20. Jahrhunderts, *H.L.A. Hart* und *John Rawls*, werden oftmals als eine Form der „Vereinigungstheorie“ („mixed justification of punishment“<sup>7</sup>/„hybrid theories“) apostrophiert. *Rawls'* Aufsatz „Two Concepts of Rules“ kann darüber hinaus als Versuch, die utilitaristische Ethikposition auf eine ganz neue Grundlage zu stellen (Stichwort: „Regelutilitarismus“), gelesen werden, für die er die Rechtfertigung der Kriminalstrafe nur als ein Beispiel heranzieht. Insgesamt stellen die „mixed theories“ in der anglo-amerikanischen Diskussion eine weiterhin einflussreiche Position dar.

---

<sup>4</sup> Siehe etwa den schönen Übersichtsaufsatz von *Koriath*, Jura 1995, 625 ff. (dort mit Darstellung der Theorien *Adolf Merkels*, v. *Hippels*, *Roxins*, *H.L.A. Hart* und schließlich *Kants* [!] – ob diese Zuordnungen sachgemäß sind (– nicht nur an derjenigen *Kants* wäre zu zweifeln, gegen eine Berufung auf *Merkel* etwa *Köhler*, Über den Zusammenhang, S. 26 Fn. 45), soll hier offenbleiben.

<sup>5</sup> *Jakobs*, in: Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! – Muß Strafe sein?, S. 29. Vgl. auch *Hilgendorf*, Vorwort zu *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, S. XIV: „Die in vielen Variationen vertretenen ‚Vereinigungstheorien‘ schließlich (...) laufen im Grunde nur auf eine Addition der Probleme hinaus.“

<sup>6</sup> *Gardner*, Offences and Defences, S. 214; sinngleich S. 204; siehe auch sein Nachwort S. 280 ff.

<sup>7</sup> Freilich ist diese Charakterisierung für *Rawls* im Gegensatz zu *Hart* problematisch, siehe Fn. 88.