

Schriften zum Strafrecht

Band 299

Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen

Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre

Von

Julia Heinrich



Duncker & Humblot · Berlin

JULIA HEINRICH

Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen

Schriften zum Strafrecht

Band 299

Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen

Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre

Von

Julia Heinrich



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung
der Wilhelm Hahn und Erben-Stiftung, Bad Homburg.

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-14981-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54981-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84981-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

*Meinen Großeltern
Karl-Heinz und Herta Heinrich (†)*

Vorwort

Wir sind so stark, wie wir einig [...] sind.

J. K. R.

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg im Wintersemester 2015/16 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich Mai 2016 berücksichtigt werden.

Meine tiefe Dankbarkeit gilt zunächst meinem verehrten akademischen Lehrer und Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Freund, der mich seit meiner Studienzeit gefördert und den Anstoß zu der vorliegenden Untersuchung gegeben hat. Seine hervorragende Betreuung zeichnete sich insbesondere durch sein außerordentliches Engagement, seine unerschöpfliche Geduld sowie seine stetige Bereitschaft zum Gedankenaustausch aus. In fachlicher wie menschlicher Hinsicht hat er entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ihm sowie dem gesamten „Lehrstuhl-Team“ danke ich darüber hinaus für eine für mich unvergessliche Zeit am Institut. Meinen lieben Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Anna Lena Nowicki und Franziska Mulch, gilt zudem ein großes Dankeschön für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Herrn PD Dr. Ken Eckstein danke ich für die freundliche Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens sowie die wertvollen Anregungen zu meiner Arbeit. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig danke ich für die Leitung der Prüfungskommission.

Bei der Fazit-Stiftung und der Wilhelm Hahn und Erben-Stiftung möchte ich mich für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses bedanken.

Lisa Walter, die ich seit meiner Schulzeit kenne, danke ich für ihre fachliche und moralische Unterstützung während meiner Promotion sowie ihre langjährige Freundschaft.

Ann-Kristin Hörsken, Timo Ide und Dr. Daniel Riekmann begleiteten mein Studium und meine Promotion in fachlicher und freundschaftlicher Verbundenheit. Ich danke ihnen für die gemeinsame Zeit in Marburg, die viel zu schnell verflogen ist.

Von Herzen möchte ich mich bei Dr. Clemens Hagebölling für seine liebevolle Unterstützung und sein unendliches Verständnis bedanken. Jeder – auch fachliche – Rat, jedes ermutigende Wort, jede kleine Ablenkung sind mir unbezahlbar. Es ist ein großes Glück, sich wahrhaft verstanden zu fühlen.

Mein besonderer Dank gilt meiner Familie, die mir immer wieder half, den Blick für das Wesentliche zu bewahren. Insbesondere meinem Vater gebührt meine aufrichtige und herzliche Dankbarkeit für seine beständige Unterstützung und sein allzeit offenes Ohr während meiner Promotion und darüber hinaus in allen Lebenslagen. Sein freundliches Drängen war mir stets Anstoß und Motivation.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Großeltern. Ihnen danke ich für ihren bedingungslosen Rückhalt, ihre hingebungsvolle Unterstützung und ihr unerschütterliches Vertrauen in mich. – Dank, den ich mit Worten nicht auszudrücken vermag. Ohne sie hätte ich weder mein Studium absolvieren noch diese Arbeit anfertigen können. Ich wünschte, Ihr hättet das Ergebnis sehen können!

Marburg, im Mai 2016

Julia Maria Heinrich

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Verfassungsrechtliche Grundlagen und das normentheoretische Konzept der personalen Straftatlehre	17
I. Die strafrechtliche Sanktion als spezifische Maßnahme des Rechtsgüterschutzes und ihre Unterscheidung von anderen staatlichen Maßnahmen ...	17
1. Schuldspruch und Strafe als spezifisch strafrechtliche Rechtsfolgen ...	17
2. Abweichende Zwecksetzung der Maßregeln der Besserung und Sicherung	18
3. Terminologie: Maßnahmen statt Rechtsfolgen	20
II. Grundrechtsfunktionen und ihre Bedeutung für das materielle Strafrecht ...	20
1. Schutzrecht gleich Schutzpflicht? – Die Rechtsgüterschutzaufgabe des Staates	21
a) Strafrecht als staatliches Schutzrecht	21
b) Staatliche Schutzpflichten	22
aa) Herleitung	23
(1) Rechtsprechung	23
(2) Literatur	25
bb) Art und Maß	25
c) Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für das Strafrecht	28
2. Gleichheitsgrundsatz	28
a) Umfang und Adressatenkreis	28
b) Gewährleistungsgehalt und verfassungsmäßige Rechtfertigung	30
c) Rechtssetzungsgleichheit im Strafrecht	33
d) Gleichheitsaspekte bei Strafschärfungen	34
3. Zwischenfazit	35
III. Notwendige Kriterien der materiellen Legitimation: Strafrecht als Ausprägung des öffentlichen Rechts	36
1. Inhalt und Aufgabe von Strafe	37
a) Zweckfreie Strafe	37
b) Zweckrational orientierte Legitimation von Strafnormen	38
2. Das Normenkonzept: Verschiedene Rechtsgüterschutzzwecke der Verhaltens- und Sanktionsnorm	39
a) Die Funktion der Verhaltensnorm	39
b) Die Funktion der Sanktionsnorm	40
aa) Grundsätzliches	40

bb) Die Aufgabe des Schuldspruchs	41
cc) Die Aufgabe des Strafausspruchs	42
3. Die Vorfrage der Verhaltensnormlegitimation	43
a) Die Rechtsgutstheorie und ihre kritische Potenz	44
b) Die Legitimation von Verhaltens- und Sanktionsnormen anhand des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	45
aa) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Verhaltensnormlegitimation	45
bb) Die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	46
(1) Geeignetheit	47
(2) Erforderlichkeit	47
(3) Angemessenheit	47
cc) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Legitimation der Sanktionsnorm	48
4. Das Schuldprinzip als eingriffsbegrenzendes Kriterium	49
5. Weitere formelle Voraussetzungen	50
6. Zwischenfazit	50
IV. Formale Grenzen staatlichen Strafens – Der Gesetzlichkeitsgrundsatz und die Legitimation von Schuldspruch und Strafe	51
1. Bedeutung und Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips	51
2. Aufgabe und Funktion – Die ratio des Gesetzlichkeitsgrundsatzes	52
3. Im Speziellen: Der Bestimmtheitsgrundsatz i. S. v. Art. 103 Abs. 2 GG	55
a) Umfang und Adressatenkreis	56
b) Gewährleistungsgehalt	57
aa) Kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	58
(1) Anforderungen an strafbegründende Tatbestandsmerkmale	58
(2) Anforderungen an die Rechtsfolgenseite	60
bb) Gesetzesbindung und Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung – zum Verfahren der Gewinnung rechtlicher Inhalte, die nicht im Gesetz stehen	60
cc) Anforderungen bei besonders schweren Fällen	64
4. Im Speziellen: Das Analogieverbot	65
5. Zwischenfazit	66
B. Konkretisierungen und Konsequenzen der personalen Straftatlehre für die Strafzumessung	68
I. Die Problematik gesetzlicher Reaktionsmöglichkeiten und konkreter Rechtsfolgenbestimmung	68
1. (Unrechts-)Kennzeichnung und Differenzierung im Schuldspruch als der primären Rechtsfolge	68
2. (Unrechts-)Kennzeichnung und Differenzierungen im Strafausspruch	70

a) Strafhöhenbemessung anhand der gesetzlichen Strafraumen	70
aa) Begrenzungsfunktion der Strafraumen	72
bb) Leitfunktion der Strafraumen	73
(1) Die Grenzwerthypothese	73
(2) Kritische Beurteilung der Grenzwerthypothese	75
b) Fazit	79
II. Strafhöhenbemessung anhand eines materiell konzipierten Straftatsystems – Die Auswirkungen der personalen Straftatlehre auf die Rechtsfolgenbestimmung	80
1. Inbegriff aller strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten – Schwere skala und die personale Straftatlehre	81
2. Relevanz von Qualität und Gewicht der den Schuldspruch bestimmenden Faktoren für die konkrete Rechtsfolgenbestimmung – Fehlverhalten und Fehlverhaltensfolgen	82
a) Personales Fehlverhalten	82
aa) Bestimmung einer Rangordnung der Fehlverhaltensweisen anhand der abstrakten Wertigkeit der tangierten Rechtsgüter, des Gefährdungsgrades und des möglichen Verletzungsausmaßes ..	83
bb) Vorsätzliches und fahrlässiges Fehlverhalten	84
(1) Fahrlässiges Fehlverhalten	86
(2) Vorsätzliches Fehlverhalten	88
(3) Auswirkungen auf die Rechtsfolgenbestimmung	92
cc) Gesinnungen bzw. das Vorleben des Täters	94
(1) Die Gesinnung	95
(2) Die Rückfallschärfung	96
dd) Besondere Pflichtenstellung	98
(1) Sonderverantwortlichkeit	98
(2) Amtsträgerinhaberschaft	99
ee) Das Nachtatverhalten (als negative Rechtsfolge voraussetzung) .	100
b) Fehlverhaltensfolgen bzw. gleichwertige Tatumsstände	101
aa) Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolgen bzw. gleichwertige Tatumstände i. e. S.	102
(1) Relevanz der Fehlverhaltensfolgen	102
(2) Das Verhältnis von Fehlverhalten und Fehlverhaltensfolgen	104
(3) Die Strafraahmenmilderung beim Versuch (§ 23 Abs. 2 i.V.m. § 49)	105
(a) Hauptfragen zur Rahmenentscheidung beim Versuch ...	106
(b) Ratio der Milderung und Unterschiede im Bereich der Deliktstypen	109
(c) Die Adäquität der Strafraahmenmilderung beim Versuch – Legitimationsrelevante Divergenzen zwischen Vollendung und Versuch	112

(d) Kriterien für die Strafrahenwahl und Fallgruppen legitimer Strafrahenmilderung	113
bb) Relevanz (anderer) verschuldeter Auswirkungen der Tat	116
cc) Zwischenfazit	117
3. Weitere Bestimmungsgründe für die angemessene Reaktion	117
a) Reaktionsbedürfnis	117
b) Die Strafwirkung	118
c) Strafrechtliche (Ir-)Relevanz von Spezial- oder Generalprävention ...	119
4. Lösung der Wertungsprobleme bei der Schuldstrafenbestimmung	120
5. Fazit – Ein kritischer Seitenblick auf die Spielraumtheorie und Co.	123
6. Exkurs: Die Vereinbarkeit der erzielten Ergebnisse mit § 46	126
C. Die Bestimmung von Strafschärfungen im Kernstrafrecht	130
I. Allgemeines	130
1. Terminologie und Einführung in die Systematik	130
2. Strafrahenänderungsgründe und ihre Erscheinungsformen	131
3. Historischer Überblick: Die Regelbeispielstechnik als „Mittelweg“ zwischen Kasuistik und Generalklausel	135
II. Der Deliktscharakter der besonders schweren Fälle	137
1. Die Strafzumessungslösung	137
2. Mischform	139
3. Tatbestandslösung	139
4. Kritische Würdigung und eigene Auffassung: Die funktionale Äquivalenz von Regelbeispielnormen und Qualifikationstatbeständen	143
III. Gesetzlich bestimmte Strafrahenschärfungen – Die Vereinbarkeit der „besonders schweren Fälle“ mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz	145
1. Bestimmtheitsgebot	146
a) Regelbeispiele	146
b) Mit Regelbeispielen exemplifizierte unbenannte besonders schwere Fälle	147
c) Nicht weiter erläuterte unbenannte besonders schwere Fälle (Generalklauseln)	149
2. Analogieverbot	150
IV. Fazit – Bewertung der Regelbeispielmethode und ihrer Alternativen	153
V. Vorschläge de lege ferenda: Synthetisches Modell ratio-gerechter Strafschärfungsgründe	158
1. Vorschlag de lege ferenda: Körperverletzungsdelikte	158
2. Vorschlag de lege ferenda: Diebstahlsdelikte	159
3. Bewertung der Vorschläge de lege ferenda: Die Vorzüge des synthetischen Modells ratio-gerechter Strafschärfungen	160
a) Allgemeines	160
b) Bewertung	161

D. Weiterführung des Modells ratio-gerechter Strafschärfungen im Allgemeinen Teil und Ausblick	165
I. Das Modell ratio-gerechter Strafschärfung als Regelung im Allgemeinen Teil	165
1. Allgemeines	166
2. Vorschlag de lege ferenda	168
3. Erläuterung und Vorzüge des vorgeschlagenen Modells ratio-gerechter Strafschärfungen	169
II. Ausblick	171
1. Zur Reform der Erfolgsqualifikationen	171
2. Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag	172
3. Zur Reform der minder schweren Fälle	176
E. Anhang	177
I. Umstände, die qualifiziertes Fehlverhalten begründen	177
1. § 46 Abs. 3 Nr. 1 a n.F.	177
2. § 46 Abs. 3 Nr. 1 b n.F.	178
3. § 46 Abs. 3 Nr. 1 c n.F.	180
4. Sonstige Umstände, die qualifiziertes Fehlverhalten begründen	181
II. Umstände, die qualifizierte Fehlverhaltensfolgen begründen	183
1. § 46 Abs. 3 Nr. 2 a n.F.	183
2. § 46 Abs. 3 Nr. 2 b n.F.	184
Literaturverzeichnis	187
Stichwortverzeichnis	216

Einleitung

„Nullum crimen, nulla poena sine lege“

– *Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz!*

Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Diese strenge Gesetzesbindung ist nicht nur in § 1 StGB¹ enthalten, sondern überdies mit Verfassungsrang in Art. 103 Abs. 2 GG normiert. Nach dem Gesetzlichkeitsgrundsatz setzt jede Verurteilung – in Gestalt des Schuldspruchs und der Strafe – eine vor der Tat in Kraft getretene, hinreichend bestimmte *ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage* voraus.² Die genauen Anforderungen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes mit seinen formellen *und* materiellen Aspekten ergeben sich aus dessen ratio. Der insofern oft überakzentuierte Vertrauensschutzaspekt ist nach zutreffender Auffassung – wenn überhaupt – allenfalls von nachgeordneter Bedeutung. Der Gesetzlichkeitsgrundsatz soll zumindest nicht primär berechtigtes Vertrauen des Bürgers auf die Strafflosigkeit erlaubten oder unerlaubten Verhaltens schützen. Vielmehr soll er der staats-theoretisch bedeutsamen Gewaltenteilung Geltung verschaffen und richterlicher Strafrechtsschöpfung eine klare Grenze setzen.

Eine anerkannte Ausprägung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes ist das Gebot hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit. Dass das Bestimmtheitsgebot neben seiner *formalen* Bedeutung eine zusätzliche *materielle* Seite besitzt, bleibt nicht selten unbeachtet: Der Gesetzgeber hat nicht nur überhaupt bestimmte Strafbarkeiten zu normieren. Vielmehr muss er dabei auch sachgerechte Kriterien verwenden, die den Strafgerichten eine entsprechende Strafrechtskonkretisierung ermöglichen. Deren Herausarbeitung ist für die gesetzliche Bestimmung des „Ob“ und „Wie“ der Strafbarkeit durch Strafgesetze unentbehrlich und daher zentraler Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Der Fokus ist dabei auf die gesetzlichen Strafschärfungsinstitute gerichtet. Gegenwärtig stehen sich zwei Regelungstechniken gegenüber: Unterschieden wird zwischen der Normierung von Qualifikationstatbeständen und Regelbeispielsnor-

¹ Alle nachfolgenden Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des Strafgesetzbuches (StGB).

² Gewöhnlich werden vier Charakteristika des Gesetzlichkeitsgrundsatzes unterschieden: das Rückwirkungsverbot, das Verbot gewohnheitsrechtlicher Straf begründung, das Analogieverbot und das Gebot hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit. Dazu und zum Folgenden ausführlich *Freund*, in: FS Wolter, S. 35 ff.

men. Im Rahmen einer eingehenden Analyse wird sich zeigen, dass keine der beiden Regelungstechniken den Anforderungen einer *richtigen* Bestimmung von Strafgesetzen vollumfänglich gerecht wird. Fraglos genügen Qualifikationstatbestände formal dem Bestimmtheitsgebot; materiell bleiben sie jedoch hinter dessen Anforderungen zurück. Umgekehrt tragen die Regelbeispielnormen zwar der erforderlichen materiellen Bestimmtheit Rechnung. Kritiker wenden indessen ein, dass sie formal nicht hinreichend bestimmt gefasst seien. Am Ende wird daher *de lege ferenda* ein neuartiger Regelungstyp vorgeschlagen.

Der im Rahmen dieser Arbeit entwickelte neuartige Regelungstyp einer ratio-gerechten Strafschärfung (im Schuldspruch und der Strafe) erweist sich als dogmatisch überlegenes und zugleich praxistaugliches Regelungsinstitut. Es bewahrt die Vorteile der beiden gegenwärtigen Regelungsmethoden, ohne deren Defizite aufzuweisen. Den Anforderungen an eine hinreichende gesetzliche Bestimmtheit wird durch eine dialektisch gewonnene Synthese beider Regelungstechniken vollumfänglich – formell *und* materiell – Genüge getan. Mit dem Modell einer ratio-gerechten Strafschärfung gelingt der „goldene Mittelweg“ zwischen der – relativ rechtssicheren, aber viel zu starren – traditionellen Technik der Normierung von Qualifikationstatbeständen und der – flexiblen und daher sachgerechte Einzelfallergebnisse ermöglichenden – Technik der Normierung von Regelbeispielnormen.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Ausarbeitung von Vorschriften ratio-gerechter Strafschärfungen *de lege ferenda*, die die bisherigen Regelungen ersetzen sollen. Konkrete Vorschläge werden dabei exemplarisch in den Bereichen der Körperverletzungs- und Diebstahlsdelikte unterbreitet. Diese dienen nicht zuletzt auch als Grundlage zur weiteren Diskussion.

In einem zweiten Schritt werden die aufgezeigten Vorteile des entwickelten Modells für eine im Allgemeinen Teil zu verortende Strafschärfungsvorschrift fruchtbar gemacht. Eine „vor die Klammer gezogene“ allgemeine Regelung macht die Möglichkeit einer ratio-gerechten Strafschärfung für *alle* Tatbestände – statt bisher nur eines begrenzten Teils – gangbar. Ein entsprechender Vorschlag geht mit der ohnehin notwendigen Reform der Strafzumessungsvorschrift des § 46 einher.

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen und das normentheoretische Konzept der personalen Straftatlehre

In einem Rechtsstaat bedürfen Strafschärfungen – ebenso wie Bestrafungen überhaupt – der sachlichen Begründung. Die entsprechende Bestimmung von Reichweite und Grenzen des materiellen Strafrechts erfordert daher zunächst eine Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen. Nur auf dieser Basis kann eine mit den Grundrechten in Einklang stehende Untersuchung strafbegründender und strafschärfender Normen und ihrer Anwendung gelingen.

I. Die strafrechtliche Sanktion als spezifische Maßnahme des Rechtsgüterschutzes und ihre Unterscheidung von anderen staatlichen Maßnahmen

1. Schuldpruch und Strafe als spezifisch strafrechtliche Rechtsfolgen

Das spezifische Kennzeichen des Strafrechts ist die Sanktion. Eine Norm ist nicht schon dann eine strafrechtlich relevante, wenn sie Ge- oder Verbote statuiert – das ist auch der Fall bei zivil- oder verwaltungsrechtlichen Vorschriften – sondern weil ein Normverstoß mit dem Mittel der Strafe sanktioniert wird.³ Genauer: Als primäre Rechtsfolge kennzeichnet der Schuldpruch mit seinem individuellen (Schuld-)Vorwurf die verwirklichte Straftat gegenüber dem Normbrüchigen und der Allgemeinheit. Erst in Anknüpfung an den Schuldpruch manifestiert auch der Strafausspruch als weitere (sekundäre) Rechtsfolge den Widerspruch zu dem begangenen Normbruch.⁴

Das Strafgesetzbuch sieht zwei Hauptstrafen, die Freiheits- und die Geldstrafe (§§ 38–43), sowie das Fahrverbot (§ 44) als einzige Nebenstrafe vor.⁵ Vorschrift-

³ Zum Folgenden unter zusätzlicher Bezugnahme auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung *Roxin*, AT I, § 1 Rn. 1 f.; weiterhin zutreffend *Jakobs*, AT, 1. Abschn. Rn. 2, der in der Strafe „stets die Reaktion auf einen Normbruch“ sieht, die „demonstriert, dass an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll“; *Freund*, AT, § 1 Rn. 1 f.

⁴ *Freund*, AT, § 1 Rn. 24 ff.; ausführlich *ders.*, GA 1999, 509 (512 ff.).

⁵ Die Grundstrukturen des gegenwärtigen Systems der Strafarten basieren auf der Strafrechtsreform des Jahres 1969 durch Inkrafttreten der ersten beiden Strafrechtsreformgesetze am 25.06.1969 und 04.07.1969; vgl. *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 40, 50. Während Hauptstrafen jeweils eigenständig verhängt werden können, ist die Belegung mit einem Fahrverbot zwingend an die gleichzeitige Verurteilung zu einer Freiheits- oder Geldstrafe geknüpft, § 44 Abs. 1 S. 1.