

Schriften zum Strafrecht

Band 423

Zur Antinomie der Strafzwecke

Ein Beitrag zur Dogmatik des Strafzumessungsrechts

Von

Stefan Kinzel



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN KINZEL

Zur Antinomie der Strafzwecke

Schriften zum Strafrecht

Band 423

Zur Antinomie der Strafzwecke

Ein Beitrag zur Dogmatik des Strafzumessungsrechts

Von

Stefan Kinzel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2023 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
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-19100-0 (Print)
ISBN 978-3-428-59100-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Für meine Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Oktober 2022 vom Promotionsausschuss der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 09. März 2023 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum Mai 2022 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Andreas Hoyer, der schon während des Studiums mein Interesse für das Strafrecht und im Speziellen für das Sanktionenrecht weckte und dessen aufmerksame Betreuung und verlässliche Unterstützung diese Arbeit überhaupt erst möglich gemacht haben.

Über die Anfertigung des Zweitgutachtens hinaus gebührt Prof. Dr. Janique Brüning mein Dank für wertvolle Anregungen, die Eingang in diese Arbeit gefunden haben.

Laura Juhl gebührt ebenso besonderer Dank. Sie hat die Anfertigung der Arbeit begleitet und mir Rückhalt gegeben.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern, Ulrich Martin Kinzel und Christiane Damlos-Kinzel, die mein Interesse an der Wissenschaft geweckt und mich bedingungslos in jeglicher Hinsicht gefördert haben. Ihre Ratschläge und ihr Vertrauen in mich haben den Weg zu dieser Arbeit geebnet. Ich danke ihnen von ganzem Herzen.

Kiel, im Dezember 2023

Stefan Kinzel

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	15
I. Einleitung	15
II. Die Trigonometrie der Strafzwecke	17
1. Die Strafzumessungsschuld	17
2. Spezialprävention	17
a) Positive Spezialprävention	18
b) (Negativ-)Positive Spezialprävention	18
c) Negative Spezialprävention	18
3. Generalprävention	19
a) Negative Generalprävention	19
b) Positive Generalprävention	19
III. Die Trigonometrie des Strafzumessungsvorgangs	20
IV. Antinomiefälle	20
V. Antworten der Strafzumessungstheorien auf die Strafzweckantinomie	21
1. Additive Vereinigungstheorie	21
2. Differenzierung nach Deliktsgruppen	22
3. Stellenwerttheorie/Tatproportionalität	22
4. Spielraumtheorie	23
5. Lackner/Frisch/Roxin	24
VI. Die Vorrangdefinition eines Strafzwecks als Ziel der Untersuchung	24
B. Die Strafzweckantinomie bei der Strafrahenwahl	26
I. Gesamtbetrachtung	26
II. Zur Relevanz präventiver Erwägungen bei der Strafrahenwahl	27
1. Kongruenz mit der Strafhöhenbemessung	27
2. Gesetzliche Terminologie	28
3. Gesetzesbegründung	29
4. Strafrahen als Schwereskala	30
5. Fazit	31
C. Die Strafzweckantinomie bei der Strafhöhenbemessung	32
I. Zum Verhältnis von Schuld und Prävention	32
1. Zur Entwicklungsgeschichte der Grundlagenformel	32
a) Große Strafrechtskommission	33
aa) 2. Sitzung, 29. Juni 1954	33
bb) 51. Sitzung, 6. Dezember 1956	35

cc)	52. Sitzung, 7. Dezember 1956	35
dd)	116. Sitzung, 10. März 1959	36
b)	Alternativentwurf	38
c)	Die Beratungen des Sonderausschusses des Bundestags	39
aa)	6. Sitzung, Bonn, 17. Oktober 1963, Beratungen des Sonderaus- schusses „Strafrecht“ in der 4. Wahlperiode	39
bb)	18. Sitzung, Bonn, 27. April 1966 und 19. Sitzung, Bonn, 28. April 1966 in der 5. Wahlperiode	41
cc)	114. Sitzung, Bonn, 7. Oktober 1968 und 115. Sitzung, Bonn, 8. Oktober 1968 in der 5. Wahlperiode	41
d)	Fazit: Die Entwicklungsgeschichte als Grund für Strafzweckantino- mien	42
2.	Zur Nachweisbarkeit präventiver Effekte	43
a)	Spezialprävention	43
aa)	Die Einzelfallprognose	43
(1)	Intuitiv	43
(2)	Klinisch	45
(3)	Statistische Prognose	46
(4)	Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse ..	48
(5)	Künstliche Intelligenz	48
(6)	Zusammenfassung	49
bb)	Zur Umsetzung der Kriminalprognose in eine konkrete Strafgröße	50
cc)	Zusammenfassung	51
b)	Generalprävention	52
aa)	Negative Generalprävention	52
(1)	Zur Abschreckungswirkung der Strafe	52
(2)	Zur Modifikation des Abschreckungseffekts durch Modifi- kation des Strafmaßes	54
(3)	Zur Feststellbarkeit eines Abschreckungsbedürfnisses im Einzelfall	56
(4)	Zur Möglichkeit der Umwandlung eines Abschreckungsbe- dürfnisses in eine Strafgröße	58
bb)	Positive Generalprävention	59
cc)	Zusammenfassung	61
c)	Rechtliche Konsequenzen	62
aa)	In dubio pro reo	62
bb)	Art. 103 II GG	64
d)	Fazit	64
3.	Zur normativen Diskussion	65
a)	Generalprävention	65
aa)	Negative Generalprävention	65

(1) Art. 3 MRK	65
(2) Art. 1 I GG (Instrumentalisierungseinwand)	66
(a) Zum Inhalt des Einwands	66
(b) Ablehnung des Instrumentalisierungseinwands	66
(c) Zusammenfassung	68
(3) Erforderlichkeit	68
(4) Fazit	69
bb) Positive Generalprävention	69
b) Spezialprävention	69
aa) Positive Spezialprävention	69
(1) § 4 Abs. 1 S. 2 StVollzG	69
(2) Autonomieeinwand	70
(a) Den Autonomieeinwand ablehnende Ansichten	71
(b) Stellungnahme	73
bb) Abschreckung des Täters	73
cc) Sicherung des Täters	74
(1) Verifizierbarkeit	74
(2) Verfassungsrechtliche Einwände	74
(3) Vorrang des Maßregelrechts	75
c) Zusammenfassung	75
4. Schuldunterschreitung	76
a) Anwendungsbereich	77
b) Auslegung	77
aa) Wortlaut	77
bb) Entstehungsgeschichte	78
cc) Systematisch	79
(1) Zum allgemeinen Rechtsgedanken	79
(2) Zum Regelungsvakuum	80
dd) Zum Einwand der Normrelativierung	81
ee) Zum Einwand der hohen Kosten	83
c) Stellungnahme	83
5. Fazit	84
II. Antinomien der Präventionszwecke innerhalb des Schuldrahmens	84
1. Das Verhältnis zwischen positiver und (negativ-)positiver Spezialprävention	85
a) Folgen der bisherigen Untersuchung	85
b) Verhältnismäßigkeit	85
aa) Sozialisation durch Strafvollzug	86
bb) Entsozialisierung durch Strafvollzug	87
cc) Austauschbarkeit der Sanktionen	90

dd) Stellungnahme	91
2. Das Verhältnis von negativer und (negativ-)positiver Spezialprävention ..	91
a) Sicherung	92
b) Individuelle Abschreckung	92
c) Stellungnahme	93
3. Das Verhältnis von negativer Generalprävention und (negativ-)positiver Spezialprävention	93
a) Art. 1 I GG	93
b) Geeignetheit	94
c) Verhältnis zur (negativ-)positiven Spezialprävention	94
d) Zusammenfassung	94
4. Fazit	95
III. Abschließende Vorrangdefinition	95
IV. Vertretbarkeit der Lösung de lege lata	95
1. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB	96
2. § 46 Abs. 1 S. 2 StGB	96
3. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB	96
V. Fazit	97
D. Die Strafzweckantinomie bei der Strafzumessung im weiteren Sinne	98
I. Auslegung gemeinsamer Tatbestandsmerkmale	98
1. Verteidigung der Rechtsordnung	98
a) Spezialprävention	98
b) Schuld-Sühne-Gedanke	99
aa) Wortlaut	99
bb) Historie	100
cc) Systematik	101
c) Negative Generalprävention	101
d) Positive Generalprävention	102
2. §§ 56b, 59a Abs. 2 Nr. 1 und 3 StGB: Auflagen	102
3. §§ 56c, 59a Abs. 2 Nr. 4 bis 6 StGB: Weisungen	103
4. §§ 56a Abs. 1 S. 1, 59a Abs. 1 StGB: Dauer der Bewährungszeit	103
II. Die Vorschriften der Strafzumessung im weiteren Sinne	104
1. Geldstrafe	104
a) § 47 StGB	104
b) § 40 Abs. 1 StGB: Anzahl der Tagessätze	104
2. Strafaussetzung	106
a) § 56 StGB	106
b) § 56d StGB	106
3. Strafrestausssetzung, § 57 StGB	106
a) Abs. 1 S. 1 Nr. 2	107

b) Abs. 2	107
aa) Schuldausgleich	108
bb) Generalprävention	108
4. Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB	109
5. Das Absehen von Strafe, § 60 StGB	111
E. Schlussbetrachtung und Zusammenfassung	114
I. Strafraumenwahl	114
II. Strafhöhenbemessung	114
III. Strafzumessung im weiteren Sinne	116
IV. Fazit	117
Literaturverzeichnis	118
Stichwortverzeichnis	135

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

I. Einleitung

Die Fragen, wie Bestrafung gegenüber einem Delinquenten legitimiert werden kann, welche Strafen illegitim sind und an welchen obersten Prinzipien sich die Bestrafung zu orientieren hat, formulieren große Problemstellungen im Rahmen der Strafphilosophie. Sie werden zu einem juristischen Problem im Rahmen der Strafzumessung, weil die heute in Deutschland vorherrschende Vereinigungstheorie¹ die Strafe nur kumulativ durch präventive sowie tatschuldbezogene Erwägungen zu legitimieren vermag. Auf Grund der essentiellen Divergenz präventiver sowie tatschuldbezogener Gesichtspunkte kommt es bei der Strafzumessung zu dem Problem der *Antinomie der Strafzwecke*², da Fälle denkbar sind, in welchen präventive und tatschuldbezogene Gesichtspunkte sich widersprechende strafzumessungsrechtliche Entscheidungen präjudizieren. Insofern kann gegenüber der Strafzumessungsdogmatik der Vorwurf mangelnder Rationalität erhoben werden, wenn keine Regel ersichtlich ist, nach welcher dem einen oder anderen Präjudiz verbindlich zu folgen ist, so dass eine Entscheidung für oder gegen den Vorrang eines Strafzwecks nicht zwingend nachvollzogen werden kann.

Die richterliche Strafzumessung ist in zweifacher Hinsicht dreigliedrig. Zum einen vollzieht sich ihr Vorgang in drei aufeinanderfolgenden Phasen: Strafrahenwahl, Strafhöhenbemessung und Strafzumessung im weiteren Sinne (§§ 47–60 StGB). Zum anderen liegen ihr nach dem BVerfG³ drei Strafzwecke zu Grunde, nämlich Tatschuldausgleich, Spezialprävention und Generalprävention. Da davon auszugehen ist, dass sich in jeder der drei Phasen der richterlichen Strafzumessung Antinomiefälle ergeben können, soll auf jeder der drei Ebenen der Vorrang eines Strafzwecks im Antinomiefall definiert werden, das heißt, Tatschuldausgleich, Spezialprävention und Generalprävention sind in eine Rangfolge zu ordnen, die mit der gesetzlichen Konzeption vereinbar ist, um so zur Rationalität im Strafzumessungsvorgang beizutragen.

Auf Ebene der Strafrahenwahl ist eine solche Betrachtung bisher absent, die praktizierte Gesamtbetrachtung⁴ regelt den Vorrang eines Strafzwecks m. E. nicht,

¹ Hoyer, Strafrecht AT I (1996), S. 7.

² I.F. auch als „Antinomiefälle“ bezeichnet; s.a. Bruns/Güntge, Strafzumessung (2019), S. 92; Köhler, Strafzumessung (1983).

³ BVerfGE 45, 187 (253).

⁴ S. Kap. B., I.

sondern überlässt es dem Gericht, im Einzelfall über den Vorrang eines Strafzwecks und damit über die Anwendung eines Sonderstrafrahmens zu entscheiden, sodass eine Vorrangdefinition hier insbesondere von Nöten ist.

Auf Ebene der Strafhöhenbemessung ist es Aufgabe der sog. Strafzumessungstheorien, Aussagen über das Verhältnis der Strafzwecke zu treffen. Die heute praktizierte *Spielraumtheorie*⁵ will Aspekte der Spezial- und Generalprävention innerhalb einer schuldangemessenen Strecke berücksichtigen, ohne das Verhältnis beider Präventionsaspekte zueinander auf dieser Strecke zu bestimmen. Deshalb erheben neuere Monographien⁶ den Vorwurf einer mangelnden Rationalität⁷ und fordern in der Folge, die Strafhöhenbemessung allein vom verschuldeten Unrecht abhängig zu machen. Eine solche *einspurige* Lösung ist mit der Anordnung des § 46 Abs. 1 StGB allerdings unvereinbar, welche die Berücksichtigung mehrerer Strafzwecke vorschreibt.⁸ Auf dieser Ebene ist es deshalb Ziel der Arbeit, ein Verhältnis der Strafzwecke zu bestimmen, welches eine einspurige Strafhöhenbemessung erlaubt,⁹ zugleich aber der Grundlagenformel gerecht wird. Dafür soll ausgehend vom Tatschuldausgleich untersucht werden, ob die Schuld aus präventiven Erwägungen über- oder unterschritten werden darf. Danach soll das Verhältnis der Präventionszwecke innerhalb des Schuldrahmens zueinander analysiert und eine entsprechende Vorrangdefinition geleistet werden, bevor die Lösung auf die gesetzgeberische Konzeption zurückgeführt wird.

Auch auf Ebene der Strafzumessung im weiteren Sinne (§§ 47–60)¹⁰ wird untersucht, ob der Tatschuldausgleich in der Lage ist, eine präventiv indizierte Entscheidung zu torpedieren.

Die Gliederung der Arbeit orientiert sich an den drei Phasen der Strafzumessung.

⁵ BGHSt 7, 28.

⁶ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1999); *Hart-Hönig*, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung (1992).

⁷ Doppelspurige Strafhöhenbemessung erhebe „die Inkonsequenz zum Prinzip“, *Bockelmann*, Niederschr. Band XII, S. 53; das Gericht, welches alle Präventionszwecke würdigen will, „muss sich angesichts der Gegenläufigkeit der verschiedenen Argumentationsrichtlinien dauernd in Widersprüche verwickeln“. *Horn/Wolters*, in: SK-StGB, § 46 Rn. 32; *Köhler*, Strafzumessung (1983), S. 16.

⁸ *Roxin*, FS-Bruns (1978), S. 183 (186 f.).

⁹ Bereits *Nagler*, Die Strafe (1918), S. 635: „Es bleibt nur die Wahl, dem einen oder anderen Grundgedanken die Vorrangstellung einzuräumen. Da dies nicht von Fall zu Fall nach Belieben geschehen darf, so drängt die praktische Anwendung zur endgültigen Klärung des Verhältnisses zwischen den konkurrierenden Grundsätzen.“

¹⁰ I. F. auch „Strafzumessung i. w. S.“.

II. Die Trigonometrie der Strafzwecke

Für die Untersuchung ist es zunächst von Nöten, die für das Strafzumessungsrecht relevanten Strafzwecke darzustellen.

1. Die Strafzumessungsschuld

Nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist die „Schuld“ Grundlage für die Strafzumessung. Gemeint ist nicht die Strafbegründungsschuld aus dem allgemeinen Deliktsaufbau, sondern allein die davon zu unterscheidende Strafzumessungsschuld. Die Strafbegründungsschuld hat die *Vorwerfbarkeit* zum Wesen, die Frage danach, ob der Delinquent sich hätte anders verhalten und damit das tatbestandsmäßige Unrecht hätte verhindern können;¹¹ die Strafzumessungsschuld dagegen erfasst das *Maß an Vorwerfbarkeit* bei der Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Unrechts.¹² Aus der Staffelung der gesetzlichen Strafraumen des besonderen Teils des Strafgesetzbuchs ergibt sich,¹³ dass die Strafzumessungsschuld aus zwei Elementen besteht: dem Handlungs- und dem Erfolgsonrecht.¹⁴ Beide Elemente dürfen nicht unabhängig voneinander betrachtet werden; die Handlungs- darf gegenüber der Erfolgskomponente nicht überbewertet werden und anders herum.¹⁵

2. Spezialprävention

„Der Zweck der Strafe kann [...] kein anderer als der sein, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern abermals Schaden zuzufügen [...]“.¹⁶ So beschreibt Beccaria 1766 das Wesen der Spezialprävention: Der Täter soll durch die Bestrafung – also durch die Erfahrung der aus der Strafvollstreckung folgenden Konsequenzen – von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten werden.¹⁷

¹¹ Schäfer/Sander/Van Gemmeren, Strafzumessung (2017), Rn. 574.

¹² Schäfer/Sander/Van Gemmeren, Strafzumessung (2017), Rn. 574; erstmals Achenbach, Schuldlehre (1974), S. 4, der die Strafzumessungsschuld als „Anknüpfungstatbestand für die richterliche Strafzumessung“, verstanden als „Inbegriff der Momente, die für die Strafhöhe im konkreten Fall von Bedeutung sind“, definiert.

¹³ Zipf/Dölling, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT (2014), § 63 Rn. 20; s. a. Kap. B., II., 4.

¹⁴ BGH NStZ 1986, 162; Horn/Wolters, in: SK-StGB, § 46 Rn. 45; Schäfer/Sander/Van Gemmeren, Strafzumessung (2017), Rn. 575; Klahr, Schuld und Strafmaß (2022), S. 302 meint, über die Kategorie des *verschuldeten Unrechts* werde eine Diskrepanz zwischen Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld überwunden.

¹⁵ Schäfer/Sander/Van Gemmeren, Strafzumessung (2017), Rn. 578.

¹⁶ Beccaria, Über Verbrechen und Strafen (1766), S. 84.

¹⁷ Meier, Sanktionen (2015), S. 24.