

# Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht

Herausgegeben von  
WOLFGANG FRISCH

*Freiburger  
Rechtswissenschaftliche  
Abhandlungen*

9

---

**Mohr Siebeck**

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 9





# Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht

Herausgegeben von  
Wolfgang Frisch

Mohr Siebeck

*Wolfgang Frisch* ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie an der Universität Freiburg (Direktor der Abt. 1 des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht); auswärtiges wissenschaftliches Mitglied des Max-Planck-Instituts Freiburg und ord. Mitglied der Heidelberger Akademie der Wissenschaften.

ISBN 978-3-16-151684-9 / eISBN 978-3-16-160442-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2021  
ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Dieser Band gibt die Referate wieder, die am 12. und 13. September 2009 auf dem japanisch-deutschen Symposium über „Grundfragen der Strafzumessung“ an der Ritsumeikan-Universität Kyoto gehalten wurden.

Rechtswissenschaftliche Symposien unter Beteiligung japanischer und deutscher Juristen haben eine lange Tradition. Sie werden nicht nur seit vielen Jahren über die einzelnen Teildisziplinen der Rechtswissenschaften hinweg zu aktuellen Problemen und Herausforderungen des Rechts veranstaltet, um auf diese Weise Modelle und Erfahrungen auszutauschen und voneinander zu lernen. Auch innerhalb des Strafrechts hat es derartige Symposien mit dem Ziel wechselseitiger Bereicherung immer wieder gegeben. Gleichwohl bildete das Symposium, über das dieser Sammelband berichtet, in doppelter Hinsicht ein Novum.

Es galt – erstens – thematisch einem Fragenkreis, der im Rahmen des regen gedanklichen Austausches zwischen japanischen und deutschen Strafrechtlern zuvor nur begrenzt Beachtung gefunden hatte, jedenfalls noch nicht ausschließlicher Stoff eines ganzen Symposiums war. Das Symposium sollte den japanisch-deutschen strafrechtlichen Dialog, der sich bisher vor allem auf Fragen der allgemeinen Verbrechenslehre und auf aktuelle kriminalpolitische Fragen konzentriert hatte, um eine wichtige Dimension erweitern und so auf ein weitgehend neues fruchtbares Themenfeld erstrecken. Die Problematik der Strafzumessung ist nicht nur von zentraler praktischer Bedeutung, weil sie sich – anders als manche dogmatische Frage der Verbrechenslehre – fortlaufend stellt. Sie ist auch wissenschaftlich interessant, weil sie die Weiterführung einer wissenschaftlich fundierten Verbrechenslehre in den Bereich des Komparativen und des Quantitativen darstellt. Ihr gerade zu dem gewählten Zeitpunkt nachzugehen, lag nahe, weil mit der Einführung des Schöffengerichtsystems – und damit der Beteiligung der Laien an der Strafzumessung – in Japan die Frage nach den Prinzipien der Strafzumessung und ihrer Vermittelbarkeit (gegenüber Laien) in Japan auch eine höchst aktuelle Bedeutung erlangt hat. Möglicherweise ist der Bericht über die insoweit in Deutschland seit Jahrzehnten gemachten Erfahrungen für Japan von besonderem Interesse.

In gewisser Hinsicht ein Novum und als Experiment gedacht war das Symposium aber auch – zweitens – hinsichtlich des Teilnehmerkreises. Anders als bei den meisten anderen wissenschaftlichen Tagungen wurden im

Rahmen dieses Symposiums nicht nur an den Universitäten tätige Wissenschaftler, sondern auch praktisch tätige Juristen, insbesondere Richter höherer Gerichte, mit Referaten betraut und um Kommentare gebeten. Diese Einbeziehung praktisch tätiger Juristen zielte nicht nur darauf, die gerade auf dem Gebiet der Strafzumessung reiche Erfahrung der juristischen Praxis für die Ausarbeitung des Strafzumessungsrechts fruchtbar zu machen. Mit ihr verbindet sich zugleich die Hoffnung, auch für andere Themenfelder des Strafrechts eine Verstärkung des Dialogs zwischen Wissenschaft und Praxis anregen zu können.

Ziel des Symposiums war es, die Grundfragen und wichtige Einzelprobleme, die die Strafzumessung in materiell-rechtlicher und prozessualer Hinsicht aufwirft, aus japanischer und aus deutscher Sicht zu behandeln und auf dieser Basis Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu erfassen und zu diskutieren. In einem ersten thematischen Block wurden deshalb die Fragen nach den grundsätzlichen Richtpunkten der Strafzumessung (Schuld oder Gefährlichkeit?; Ausgleich oder Prävention?) und nach den für die Strafzumessung bedeutsamen empirischen Erkenntnissen behandelt. Dem schlossen sich als zweiter Themenbereich Überlegungen zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung an. Weitere Referate galten den für die Strafzumessung bedeutsamen Umständen, wobei bewusst zwischen den naheliegenderweise besonders bedeutsamen strafzumessungsrelevanten Umständen der Tat und den dogmatisch eher problematischen Umständen jenseits der Tat (Vorleben; Nachtatverhalten usw.) getrennt wurde. Beschlossen wurden die Überlegungen zu den materiell-rechtlichen Problemen der Strafzumessung durch japanische und deutsche Reflexionen darüber, anhand welcher Maßstäbe man aus Aussagen über strafzumessungsrelevante Umstände eines konkreten Falles zu Aussagen über konkrete Strafmaße gelangen kann. Der prozessuale Teil des Symposiums ging zwei Kernfragen nach: der Frage, welche Probleme die Strafzumessung in der Tatsacheninstanz aufwirft, und der Frage, ob und in welchem Ausmaß tatrichterliche Strafzumessungsentscheidungen einer obergerichtlichen Überprüfung zugänglich sind.

Das Symposium, über dessen Referate der vorliegende Sammelband Rechenschaft gibt, ist als ein erster Schritt zu einem gemeinsamen japanisch-deutschen Gespräch über Fragen der Strafzumessung gedacht. Es soll verdeutlichen, was in beiden Ländern das Fundament der Strafzumessung darstellt, wo Probleme und Schwierigkeiten gesehen werden und inwieweit in besonderem Maße Klärungsbedarf besteht und weiter zu diskutieren ist. Es wäre ein Erfolg des Symposiums, wenn es das Bewusstsein vermitteln könnte, dass auch Fragen der Strafzumessung ein Themenfeld bilden, das nicht nur praktisch von zentraler Bedeutung, sondern auch wissenschaftlich interessant ist und sich fruchtbar bearbeiten lässt.

Am Zustandekommen des Symposiums und dieses Sammelbandes haben viele mitgewirkt, denen ich an dieser Stelle danken möchte. Dank für die vorzügliche Organisation der Tagung gebührt Frau Professorin *Okaue* und den Herren Professoren *Asada* und *Matsumiya*, Frau *Okaue* und Herrn Professor *Kuzuhara* auch für die wertvolle Hilfe bei der Übersetzung. Nicht weniger bedanken möchte ich mich bei meinen Mitarbeitern, Frau *Richlich* und den Herren *Müller*, *Pflug*, *Sempere*, *Stahl* und *Stodolski*, Herrn *Kamerling* vom Lehrstuhl meines Erlanger Kollegen *Streng* sowie bei meiner Sekretärin, Frau *Nostadt*. Ohne die unermüdliche Arbeit dieser Mitarbeiter an der Vereinheitlichung und Überarbeitung der Texte und der Erstellung einer druckfertigen Vorlage hätte dieser Band nicht erscheinen können.

Freiburg, im Mai 2011

Wolfgang Frisch





# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
---------------	---

## *Kapitel 1*

### Normative Grundlagen der Strafzumessung

*Wolfgang Frisch*

Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung .....	3
---	---

*Takaaki Matsumiya*

Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention für die Strafzumessung.....	27
--	----

## *Kapitel 2*

### Empirische Grundlagen der Strafzumessung

*Franz Streng*

Forschungen zu Grundlagen und Determinanten der Strafzumessung .....	39
--	----

*Toru Kojima*

Erfahrungsgrundlagen der Strafzumessung: Zur realen Situation in Japan ....	65
---	----

## *Kapitel 3*

### Strukturelle Aspekte

*Dieter Dölling*

Die rechtliche Struktur der Strafzumessungsentscheidung im deutschen Strafrecht .....	85
--	----

*Makoto Ida*

Die Struktur der Strafzumessungsentscheidung nach dem japanischen Strafrecht .....95

#### *Kapitel 4*

##### Die Strafzumessungstatsachen

*Tatjana Hörnle*

Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat ..... 113

*Rikizo Kuzuhara*

Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat .....125

*Karl-Ludwig Kunz*

Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen .....135

*Kazushige Asada*

Umstände vor und nach der Tat als Strafzumessungstatsachen.....151

#### *Kapitel 5*

##### Maßstäbe der Strafbemessung

*Heinz Schöch*

Maßstäbe für Strafart und Strafhöhe in der Bundesrepublik Deutschland ....163

*Masami Okaue*

Maßstäbe für Strafart und Strafhöhe in der japanischen Praxis und Literatur .....175

#### *Kapitel 6*

##### Prozessuale Fragen der Strafzumessung

*Louisa Bartel*

Die Strafzumessungsentscheidung in der Tatsacheninstanz.....187

*Hiroyuki Nakagawa*

Die Strafzumessung in der Tatsacheninstanz .....201

*Wolfgang Frisch*

Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung.....217

*Kunio Harada*

Die Überprüfung der Strafzumessung an japanischen  
Appellationsgerichten.....237

Nachwort .....253

Autorenverzeichnis.....259



*Kapitel 1*

**Normative Grundlagen der Strafzumessung**



# Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung

*Wolfgang Frisch*

Ob die Strafe ihrer Art und ihrem Maß nach an die Schuld des Täters oder an seine Gefährlichkeit anzuknüpfen hat, ist eine der Grund- und Ausgangsfragen der Strafzumessung. Sie ist ebenso elementar wie die offenbar ganz ähnliche Frage, ob wir den Täter bestrafen, weil er eine unwürdige Tat begangen hat, oder deshalb, damit er in Zukunft keine Straftaten mehr begeht. Oder: Ob die Strafe dem Schuldausgleich, der Vergeltung, der Wiederherstellung oder Stabilisierung des Rechts oder der Prävention dient und dementsprechend auch so zu bemessen ist, dass sie dem insoweit richtigen Anspruch gerecht wird.

Doch so ähnlich die Fragen auf den ersten Blick scheinen – zwischen ihnen bestehen Unterschiede. Die Fragen unterscheiden sich dadurch, dass sie auf verschiedenen Ebenen formuliert sind – Ebenen, zwischen denen freilich Zusammenhänge bestehen.

## I. Anknüpfungspunkte und Zwecke der Strafe

### *1. Denkbare Anknüpfungspunkte der Strafe: Schuld und Gefährlichkeit*

Die Begriffe „Schuld“ und „Gefährlichkeit“ bezeichnen denkbare Anknüpfungspunkte und Maßprinzipien der Strafe. Man kann die Strafe so zumessen, dass sie dem Maß der Schuld des Täters entspricht. Man kann den für die Zumessung wegweisenden Anknüpfungspunkt aber auch im Maß der Gefährlichkeit des Täters sehen – und deshalb die Strafe am Maß und der Dauer dieser Gefährlichkeit ausrichten. Ob richtig der eine oder der andere Anknüpfungspunkt der Strafe sei, war die zentrale Frage des in Deutschland erbittert geführten „Schuldenstreits“.<sup>1</sup> In ihm verteidigte die so genannte klassische Schule mit Nachdruck das im 19. Jahrhundert entwickelte Verständnis der Strafe als einer Reaktion, die sich am Ausmaß des Unrechts der Tat und der

---

<sup>1</sup> Zum „Schuldenstreit“ vgl. *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 321 f.; *von Hippel*, ZStW 30 (1910), 871, 905 ff.



Schuld des Täters an diesem Unrecht orientierte.<sup>2</sup> Schuld war dabei mehr und mehr als Vorwerfbarkeit der Tat wegen der Fähigkeit des Täters, rechtlich richtig zu handeln, verstanden worden.<sup>3</sup> Die so genannte moderne oder soziologische Schule kritisierte diese Sichtweise der Strafe im Hinblick auf ständig steigende Rückfallzahlen als kriminalpolitisch verfehlt. Sie forderte stattdessen, die Art und die Dauer der Gefährlichkeit des Täters in den Mittelpunkt der Überlegungen zur richtigen Strafe zu stellen, insbesondere bei Rückfalltättern.<sup>4</sup>

## 2. Denkbare Strafzwecke und ihre Bedeutung für die Strafzumessung

Von der Frage nach dem richtigen Anknüpfungspunkt – oder vielleicht auch Realgrund – der Strafe zu unterscheiden ist die Frage nach ihrem Zweck. Über sie stritten bereits die griechischen und römischen Philosophen.<sup>5</sup> Für die einen – beispielhaft etwa Platon und Seneca, später viele Aufklärer – konnte und kann das Ziel der Strafe vernünftigerweise allein darin liegen, den Täter von erneuten Taten abzuhalten. So ist die Strafe dementsprechend auch zu bemessen: Der besserungsbedürftige und besserungsfähige Täter soll die Strafe erhalten, die erforderlich erscheint, um ihn zu bessern; vor Tätern, die mit den verfügbaren Mitteln nicht zu bessern sind, soll die Gemeinschaft durch die Sicherungsstrafe geschützt werden.

Demgegenüber sahen und sehen andere in der Strafe eine Antwort auf die begangene Tat, die ausgleichende oder wiederherstellende Ziele verfolgt. Als solche Ziele wurden und werden vornehmlich die Vergeltung des vorwerfbaren Unrechts, der Ausgleich und die Sühne der Schuld, die Wiederherstellung des durch die Tat verletzten Rechts und die Bekräftigung der Geltung der Rechtsordnung genannt.<sup>6</sup> Auch hier folgen aus diesen Zielannahmen Konsequenzen für die Zumessung der Strafe: Wer gerechte Vergeltung oder

---

<sup>2</sup> Zum Standpunkt der klassischen Schule vor allem *Binding*, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, Band 1, 5. Aufl. 1897, S. 145 ff.; *Birkmeyer*, GA 1901, 72 ff.; *R. Schmidt*, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, 1895, S. 123 ff.

<sup>3</sup> So der Kern des so genannten normativen Schuldbegriffs; zu ihm wegweisend *Frank*, Der Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 3 ff., 11; gute Zusammenfassung der damaligen Diskussion bei *ders.*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 136 ff.

<sup>4</sup> Beispielhaft *Franz von Liszt*, ZStW 3 (1882), 1 ff. (so genanntes Marburger Programm) = *ders.*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Band 1, 1905, S. 126 ff., 152 ff., 157 ff., 163 ff.

<sup>5</sup> Eingehende Darstellung der so genannten Strafzwecktheorien bei *Nagler*, Die Strafe, 1918, passim, insbesondere S. 137 ff., 203 ff., 316 ff.; *von Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882, S. 202–361 und zuletzt *Pawlik*, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 57 ff.; s. auch die Überblicke bei *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 15 ff. u. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 5 ff., 10 ff.

<sup>6</sup> Eingehende Nachweise dazu bei *Frisch*, GA 2009, 385 Fn. 2–6.

Schuldausgleich bezweckt, muss die Strafe so zumessen, dass sie dem Ausmaß der Schuld entspricht. Und wer darauf zielt, die Geltung der Rechtsordnung gegenüber ihrer Infragestellung durch die Tat wiederherzustellen, muss sich am Maß dieser Infragestellung orientieren – wofür das Ausmaß des Unrechts und der Möglichkeit des Täters, dieses zu vermeiden, ebenfalls bedeutungsvolle Faktoren sind.<sup>7</sup>

Das üblicherweise aufgeführte dritte Konzept der Strafe sieht deren Zweck nicht in der Einwirkung nur auf den Täter, sondern in der Wirkung auf die Allgemeinheit: Androhung und Verhängung der Strafe sollen die Allgemeinheit, also insbesondere auch potentielle Straftäter, so beeinflussen, dass die Begehung von Straftaten möglichst eingedämmt wird.<sup>8</sup> Was dieses (meist von der Strafandrohung her gedachte) generalpräventive Strafkonzepkt für die Zumessung der Strafe im Einzelfall bedeutet, ist nicht leicht zu beantworten. Dies nicht nur deshalb, weil es schon grundsätzlich zweifelhaft ist, ob und inwieweit die Strafzumessung in einem Einzelfall Straftaten verhütende Wirkungen in Richtung auf die Allgemeinheit hat. Es fehlen – auch für eine als wirkende Gesamtheit gedachte Strafzumessungspraxis – gesicherte Erkenntnisse darüber, welcher Kurs der Strafzumessungspraxis notwendig ist, um bestimmte Wirkungen bei der Allgemeinheit zu erzielen. Dieses Unwissen hat in der Vergangenheit nicht selten zu drastischen und letztlich nicht mehr akzeptierten Abschreckungsstrafen geführt; denn man hat immer wieder angenommen, dass schärfere Strafen bessere generalpräventive Wirkungen garantieren. Wo die Anhänger der Generalprävention dieser Versuchung nicht erliegen sind, haben sie ihr Konzept meist durch die Verhängung (tat-)proportionaler Strafen ausgefüllt<sup>9</sup> – was rechtspraktisch auf eine präventiv fundierte Begründung der Tat- oder Schuldstrafe hinausläuft. Das trifft letztlich auch auf das heute mit viel Sympathie bedachte Strafkonzepkt der so genannten positiven Generalprävention zu.<sup>10</sup> Für dieses ist die Schuldstrafe zugleich die generalpräventiv richtige Strafe – sie sei am besten geeignet, das durch die Tat erschütterte Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit zu stärken und zu festigen

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu näher *Frisch*, in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 4, 2000, S. 269 ff., 278 f., 286 ff.

<sup>8</sup> Klassisch in diesem Sinne *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, §§ 12, 13 und insbesondere 16.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei *Nagler* (Fn. 5), S. 342 ff. (zur Aufklärung), 385 ff. (zu *Feuerbach*).

<sup>10</sup> Zu diesem statt vieler *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, 2009, insbesondere S. 50 ff., 96 ff., 108 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 1/9 f.; *Roxin*, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 279 ff., 304 f.; *Schünemann*, GA 1986, 293, 349 ff.; siehe auch ergänzend *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998 mit zahlreichen Einzelbeiträgen und die umfassende Darstellung und Analyse von *Kalous*, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, passim.

und so vor zukünftigen Straftaten zu schützen.<sup>11</sup> In einer Gesellschaft, die als Reaktion auf die Tat eine der Schuld entsprechende Strafe erwartet, ist das sicherlich zutreffend. Freilich ist es im *Hegelschen* Sinne nur die Spiegelung des Zustands der Gesellschaft.<sup>12</sup>

### *3. Zusammenhänge zwischen Zwecken und Anknüpfungspunkten der Strafe – Kompatibilität der Schuld mit verschiedenen Strafzwecken*

Die eben angestellten Überlegungen zu den Strafzwecken und dem, worauf es für ihre Verwirklichung im Rahmen der Strafzumessung ankommt, zeigen, dass es zwischen den Strafzwecken und den Anknüpfungssachverhalten der „Schuld“ bzw. der „Gefährlichkeit“ Zusammenhänge gibt. Den Strafzwecken korrespondieren jeweils bestimmte Anknüpfungssachverhalte. Von diesen muss man ausgehen, wenn man einen bestimmten Strafzweck verwirklichen will.

Freilich zeigt sich bei einem Blick auf die Zusammenhänge zwischen den Strafzwecken und den Anknüpfungssachverhalten „Schuld“ bzw. „Gefährlichkeit“ auch ein Weiteres: Auf die Gefährlichkeit des Täters als Anknüpfungssachverhalt kommt es nur an, wenn man das entscheidende Ziel der Strafe in der Verhütung weiterer Taten des straffällig Gewordenen, also der Spezialprävention, sieht. Für alle anderen Strafzwecke steht dagegen die Schuld als Anknüpfungssachverhalt im Mittelpunkt. Auf sie kommt es nicht nur an, wenn man den Zweck der Strafe in der Vergeltung des Unrechts oder der Schuld oder im Schuldausgleich sieht. Auch wer die Strafe als Mittel zur Wiederherstellung des verletzten Rechts oder zur Bekräftigung der Rechtsgeltung versteht, wird auf die Schuld im Sinne des verschuldeten Unrechts abstellen – denn auch das Ausmaß der Infragestellung der Rechtsordnung, auf das die Strafe antwortet, hängt vom Gewicht des Unrechts und der Schuld des Täters an dessen Verwirklichung ab. Selbst für präventive Konzepte scheidet die Schuld als Maßstab der Strafzumessung nicht von vornherein aus, sondern kann im Gegenteil den maßgebenden Anknüpfungssachverhalt bilden, wie vielfältige Aussagen der Anhänger der positiven Generalprävention belegen. Die Schuld ist als Anknüpfungssachverhalt der Strafe von den Strafzwecken her also in ganz anderem Maß gefragt als die Gefährlichkeit.

Dass die Schuld aus der Perspektive der meisten Strafzweckkonzepte als maßgeblicher oder geeigneter Anknüpfungssachverhalt für die Zumessung der Strafe erscheint, konnte und kann für die Realität der Strafe nicht ohne Folgen bleiben. Es verschafft der Schuld oder dem verschuldeten Unrecht fast

---

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Haffke*, MschrKrim 1975, 45, 53 f.; *Müller-Dietz*, Jescheck-Festschrift, 1985, S. 813, 823, 825 f.; *Roxin*, Bockelmann-Festschrift, S. 279, 305; *Schünemann*, GA 1986, 293, 350 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 5), Rn. 14 ff., 22 f., 435; *Zipf*, Bruns-Festschrift, 1978, S. 205, 215.

<sup>12</sup> Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 218 (Zusatz).

zwangsläufig, und in vielen Staaten beobachtbar, einen Vorrang als maßgebendem Anknüpfungssachverhalt der Strafe. Das gilt umso mehr, als die Entscheidung für die Schuld als Anknüpfungssachverhalt für die Zumessung der Strafe noch einen weiteren kaum überschätzbaren Vorteil hat: Sie eröffnet die Möglichkeit, sich durch die Anknüpfung an die Schuld über die rechtspraktischen Grundlinien der Strafzumessung zu verständigen, ohne dass man sich auf einen gemeinsamen strafzwecktheoretischen Hintergrund einigen müsste – jedenfalls für den Regelfall. Sie ermöglicht damit eine von gemeinsamer Überzeugung getragene Strafzumessung, ohne ein ganz bestimmtes Strafzweckkonzept aufzuzwingen. Die Frage nach dem richtigen, mit der Schuld kompatiblen Strafzweckkonzept ist allenfalls noch für gewisse Ausnahmesachverhalte relevant (und lässt sich möglicherweise auch insoweit konsensfähig beantworten).<sup>13</sup> Wie attraktiv dieses Abstellen allein auf den *Anknüpfungssachverhalt* der Strafzumessung und die Ausblendung der Frage nach dem richtigen *Strafzweckkonzept* ist, zeigt die Akzeptanz verschiedener in dieser Weise verfahrenender Strafrechtsordnungen – nicht zuletzt der deutschen (in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB).<sup>14</sup>

Natürlich gewährleistet diese Kompatibilität der Schuld mit den meisten Strafzweckkonzeptionen noch nicht automatisch die *Richtigkeit* einer an die Schuld anknüpfenden Strafzumessung. Indessen gibt es auch einsichtige *Sachgründe* dafür, die Zumessung der Strafe prinzipiell an der Schuld und nicht etwa an der Gefährlichkeit des Täters auszurichten.

## II. Zur prinzipiellen Vorzugswürdigkeit der Schuld als Anknüpfungspunkt und Grundlage für die Strafzumessung

### 1. Formale Vorzüge der Schuldstrafe: generelle Tauglichkeit des Kriteriums

Für die Anknüpfung an die Schuld und nicht die Gefährlichkeit als prinzipielles Kriterium der Strafzumessung spricht zunächst schon eine formale Überlegung: Das prinzipielle Kriterium der Strafzumessung muss die Zumessung der Strafe in jedem Fall ermöglichen, in dem Strafe verhängt werden soll. Diese Bedingung wird vom Kriterium der Schuld, nicht aber von dem der Gefährlichkeit erfüllt.

---

<sup>13</sup> Siehe dazu noch näher unten IV. 2. und 3.

<sup>14</sup> § 46 Abs. 1 S. 1 StGB lautet: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.“ In der Technik – nicht in jeder Hinsicht inhaltlich – ähnlich das schwedische Strafgesetzbuch in Kapitel 29 § 1 Abs. 1: Festsetzung der Strafe nach dem „Strafwert der Straftat“, der dann in Abs. 2 durch die objektiven und subjektiven Momente der Straftat erläutert wird. Siehe ferner § 80 Abs. 1 des dänischen StGB; Art. 132-24 des französischen Code pénal; Art. 66 des spanischen Código penal; Art. 47 Abs. 1 und 2 des schweizerischen StGB; Art. 29 des türkischen StGB.

Nach dem Kriterium der Schuld kann Strafe in allen Fällen zugemessen werden, in denen der Täter Schuld auf sich geladen hat. Dabei schließt die prinzipielle Anknüpfung an das Maß der Schuld es nicht aus, dass in gewissen Fällen trotz vorhandener Schuld auf die Zumessung einer Strafe verzichtet wird oder zur Schuld ergänzend noch ein weiteres Zumessungskriterium hinzutritt. Man braucht für solche Fälle nur zusätzliche, ihrerseits einsichtige Regeln (dazu unten IV.). Nicht möglich ist die Zumessung der Strafe nach dem Kriterium der Schuld nur, wenn der Täter ohne Schuld gehandelt hat. Hier wird freilich auch kaum jemand – selbst bei Gefährlichkeit des Täters – wirklich *strafen* wollen. Und selbst wenn dies jemand wollte, stünde dem – in Deutschland verfassungsrechtlich verankert – das Schuldprinzip entgegen.<sup>15</sup> Die Schuld des Täters bildet somit ein für alle Fälle in Betracht kommender Bestrafung prinzipiell geeignetes Grundkriterium für die Strafzumessung.

Ganz anders die Gefährlichkeit des Täters. Sie droht nicht nur in die Irre zu führen, wenn ein gefährlicher Täter schuldlos gehandelt hat. Sie gibt auch nur in einem Teil der Fälle schuldhaften Handelns eine taugliche Richtlinie für die Strafzumessung ab – nämlich in Bezug auf wirklich gefährliche (oder so erscheinende) Täter. Sie enthält dagegen keine Antwort auf die Frage, wie die Strafe zu bemessen ist, wenn keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine zukünftige Gefährlichkeit bestehen oder der Täter sogar ersichtlich ungefährlich ist. Der Kreis dieser Fälle ist aber nun durchaus erheblich, es dürfte sich sogar um die überwiegende Zahl der Fälle handeln. Sachlich bedeutet das, dass eine auf die Gefährlichkeit des Täters abstellende Strafzumessung für einen erheblichen Teil der praktisch relevanten Sachverhalte ein weiteres, anderes Kriterium der Strafzumessung benötigt. Die Gefährlichkeit des Täters kommt damit für die Strafzumessung nur als partiell bedeutsames Kriterium und damit bei anzunehmender Notwendigkeit eines einheitlichen, generell tauglichen Kriteriums nur als ergänzendes Kriterium in Betracht. Doch selbst insoweit sollte man ihre Brauchbarkeit als leitendes Kriterium der Strafzumessung nicht überschätzen. Denn empirisch abgesicherte Aussagen über die Höhe und Länge der Strafe lassen sich unter dem Aspekt des spezialpräventiv Erforderlichen nur in sehr bescheidenem Umfang machen.<sup>16</sup> Auch hier liegt ein sehr deutlicher Unterschied zur schuldorientierten Strafzumessung: Diese ermöglicht im Wege des Fallvergleichs und der – z. B. traditionsgestützten – wertenden Zuordnung von Strafgrößen eine ausdifferenzierte Antwort auf die Frage nach der angemessenen Strafe (oder Strafhöhe) in praktisch allen Fällen.

<sup>15</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Schuldprinzips („keine Strafe ohne Schuld“) vgl. z. B. BVerfGE 6, 389, 439; 50, 205, 214 f.; 80, 244, 255; 123, 267, 413 und Urteil v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. Rn. 104 f.; eingehende weitere Nachweise und Darstellung der Rechtsprechung und Literatur bei *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 109 ff., 517 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 367 ff. und zuletzt *Hörnle*, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz (Fn. 5), S. 105, 107 ff.

<sup>16</sup> Vgl. dazu statt vieler *Schöch*, Schaffstein-Festschrift, 1975, S. 255, 257, 262 ff., 266.

Freilich sind es nicht nur derartige mehr formale Erwägungen, die es nahelegen, zum Maßstab der Strafzumessung nicht – in erster Linie – die Gefährlichkeit des Täters, sondern ein Kriterium wie die Schuld zu machen. Auch materiale Erwägungen weisen sehr deutlich in diese Richtung.

## 2. Materiale Vorzüge der Anknüpfung an die Schuld

Die Bemessung der Strafe primär nach der Schuld des Täters harmoniert mit dem überzeitlichen und völkerübergreifenden Verständnis der Strafe. Sie entspricht auch – besser – Gerechtigkeits- und Gerechtigkeitserwartungen und Gerechtigkeitsprinzipien und dem in der Gemeinschaft lebendigen Menschenbild. Und sie hat, obwohl nicht präventiv entworfen, selbst unter präventivem Aspekt Vorzüge.

### a) Übereinstimmung mit überkommenem Verständnis der Strafe und mit Gerechtigkeitsvorstellungen

Strafe ist, seit sie von Menschen reflektierend eingesetzt wird, als Reaktion auf ein unwürdiges Handeln und Geschehen verstanden worden. Nagler hat das in seiner monumentalen historischen und vergleichenden Untersuchung zur Strafe eindrucksvoll dargelegt,<sup>17</sup> und selbst ein so überzeugter Anhänger der Spezialprävention wie Franz von Liszt hat nie bestritten, dass die Strafe über Jahrhunderte hinweg so verstanden worden ist.<sup>18</sup> Als Antwort auf ein unwürdiges (verbotenes) Geschehen bringt die Strafe die Missbilligung dieses Geschehens und des Täters wegen dieses Geschehens zum Ausdruck. Und das Maß der Strafe zeigt, wie sehr die Gemeinschaft das, was an Unwürdigem geschehen ist, missbilligt.<sup>19</sup>

Die Ausrichtung von Art und Maß der Strafe am Maß der Schuld des Täters fügt sich nahtlos in dieses Grundverständnis der Strafe: In die Schuldstrafe geht als eine erste wichtige Komponente das Gewicht des vom Täter verwirklichten Unrechts ein. Damit wird (wenn auch relativiert durch Schuld-erwägungen) deutlich, wie sehr das vom Täter verwirklichte Verhalten und Geschehen im Blick auf seine Schädlichkeit für die Rechtsgüter anderer und der Allgemeinheit missbilligt wird. Freilich bleibt die Schuldstrafe bei dieser güterbezogenen Betrachtung nicht stehen. Sie interessiert sich auch dafür, ob und inwieweit der Täter für das von ihm verwirklichte Unrecht etwas kann. Also: Inwieweit er (nach Einsichten der praktischen Vernunft) fähig war, dem Recht entsprechend zu handeln und sein unrechtes Verhalten zu unterlassen –

---

<sup>17</sup> Vgl. Nagler, Die Strafe (Fn. 5), passim, insbesondere S. 508 ff.

<sup>18</sup> Vgl. nur Franz von Liszt, Strafrechtliche Vorträge (Fn. 4), S. 126, 133 ff., 145 ff., 151 ff.

<sup>19</sup> Zu dieser historischen Bedeutung der Strafe als Missbilligung vor allem von Bar, Geschichte (Fn. 5), S. 360 f. m. w. N; daneben auch Nagler, Die Strafe (Fn. 5), passim, insbesondere S. 508 ff. mit Betonung weitergehender Momente auf S. 565.

ob und inwieweit dem rechtlichen Handeln situative und personale Erschwerungen oder Hindernisse entgegenstanden oder nicht, usw. Auch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein solcher Erschwerungen beeinflusst die Schuldstrafe und konkretisiert damit das in der Strafe liegende Maß der (personalen) Missbilligung.

Indem die Schuldstrafe auch solche Aspekte der mehr oder weniger großen Fähigkeit zu richtigem Handeln berücksichtigt, trägt sie elementaren Gerechtigkeitsprinzipien Rechnung. Diese wurden schon in der Zeit des Vernunftrechts klar erkannt<sup>20</sup> und gehören inzwischen zum festen Bestandteil dessen, was bei der Beurteilung und Missbilligung menschlichen Handelns zu beachten ist. Und da diese Gerechtigkeitsprinzipien als Vorstellungen gerechter Behandlung längst auch in der Rechtsgemeinschaft lebendig sind, straft die Schuldstrafe damit – sozialpsychologisch – zugleich im Einklang mit vorhandenen Gerechtigkeitsvorstellungen.

Von all dem könnte bei einer Anknüpfung der Strafe an die Gefährlichkeit und deren Maß keine Rede sein. Die Gefährlichkeit und ihr Maß bilden schon im Ansatz keine Kriterien, nach denen sich Geschehenes sachgerecht als personale Fehlleistung des Täters missbilligen und diese Missbilligung (über die Höhe der Strafe) weiter graduieren lässt. Das wird am deutlichsten an dem Täter, von dem erhebliche Gefahren ausgehen, der aber mangels Schuld wegen einer Tat gerechterweise nicht missbilligt und getadelt werden kann. „Gefährlichkeit“ und „Maß der Gefährlichkeit“ sind eben mit einer ganz anderen Art staatlicher Tätigkeit als der bewertenden Missbilligung von Geschehenem als personaler Fehlleistung verbunden. Sie sind Schlüsselbegriffe der staatlichen Gefahrenabwehr, die es nicht mit der Bewertung von Handlungen oder Leistungen, sondern mit der realen Gewährleistung bestimmter Zustände zu tun hat. Wer die Strafe nach (dem Maß) der Gefährlichkeit bestimmt, verwendet damit entweder ein sachwidriges Kriterium – nämlich dann, wenn er gleichwohl das traditionelle Grundverständnis der Strafe als Missbilligung und Tadel beibehält. Oder er gibt unter irreführender Inanspruchnahme des Wortes „Strafe“ schlichte Gefahrenabwehr als Strafe aus, was mit dem herkömmlichen Verständnis von Strafe außer der Anknüpfung an eine unrechte Tat wenig zu tun hat. Dass durch ein solches sachwidriges oder irreführendes Vorgehen überdies Gerechtigkeitsprinzipien verletzt und Legitimationen erschlichen zu werden drohen, sei bei dieser Sachlage nur noch ergänzend erwähnt.

---

<sup>20</sup> Vgl. etwa *Pufendorf*, *De officio hominis et civis*, 1673, Liber I Cap. 1 zu den Prinzipien gerechter Zurechnung; siehe dazu ergänzend *Hardwig*, *Die Zurechnung*, 1957, S. 35 ff.; *Hruschka*, *ZStW* 96 (1984), 661, 679 ff. sowie *Frisch*, *GA* 2007, 250, 256 f.