

Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung

Von Dr. Georgios Giannoulis, LL.M., Frankfurt a.M.*

I. Einleitung

Andreas v. Hirsch gehört zu den wenigen Strafrechtlern und Rechtstheoretikern, die in den letzten Jahrzehnten den Bereich der Strafzumessung auf internationaler Ebene geprägt haben. Ein erheblicher Teil seines Werkes ist von einem mühevollen Kampf um ein rationales und zugleich humanes Strafzumessungsrecht gekennzeichnet. Sowohl mit der Common-Law-Tradition als auch mit dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken vertraut, hat er sich zu einem idealen Vermittler zwischen der angelsächsischen und der deutschen Strafrechtslehre entwickelt.

Trotz der zunehmenden Rationalitätsbemühungen des strafrechtlichen Sanktionenrechts hat sich bisher die Handhabung der Vorstrafenproblematik als die Crux der Strafzumessung erwiesen. Wiederholt wurde dieser umstrittene Strafzumessungsfaktor zu einem Instrument rechtspopulistischer Kriminalpolitik degradiert. Eine derartige institutionelle Missdeutung des staatlichen Umgangs mit vorbestraften Tätern lässt sich etwa hinter dem kalifornischen „Three-Strike-Law“¹ erblicken: „Three strikes and you’re out“, bzw. zwei Vorstrafen für schwere Delikte und dann [...], lebenslange Freiheitsstrafe bei einer weiteren Verurteilung.

Gleichzeitig lässt sich aber eine umgekehrte Tendenz identifizieren, welche die Vorstrafen aus dem Blickwinkel einer toleranten Strafzumessungspolitik sowie eines liberalen Bürger-Staat-Verhältnisses betrachtet. Das Modell,² das *v. Hirsch* für die strafrechtliche Verwertung der Vorstrafen vertritt, ist ohne Zweifel durch Toleranz gekennzeichnet;

darüber hinaus ist es ein intelligentes, dogmatisch raffiniertes Konzept. Es handelt sich um das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung (progressive-loss-of-mitigation model [im Folgenden: PLM-Modell]).³ Nach dem PLM-Modell ist zwar die strafscharfende Wirkung der Rückfälligkeit ausgeschlossen, dennoch wird dem Ersttäter ein allmählich abnehmender Strafabatt eingeräumt. Der Ersttäter soll demgemäß einen Strafnachlass bekommen, der aber graduell abnimmt, sodass nach einer bestimmten Anzahl wiederholter Straffälligkeit die (tatschuldangemessene) Normalstrafe zu verhängen ist. Wird diese Obergrenze z.B. nach drei Verurteilungen erreicht, dann haben Vorstrafen keine Bedeutung mehr; die vierte Straftat des Täters ist – unter dem Aspekt der Vorstrafenbelastung – nicht anders als seine zehnte zu behandeln.

Das PLM-Modell ist in anderen Rechtsordnungen ziemlich einflussreich, indem es die Lehre,⁴ die Rechtsprechung⁵ und die Gesetzgebung⁶ beeinflusst hat, während es in Deutsch-

* Der Verf. ist Habilitand am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt a.M., Lehrbeauftragter für griechisches Strafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der Panton-Universität Athen (Postgraduierten-Programm „Rechtskultur“)

¹ Der Ausdruck kommt aus der Sprache des Baseballs. Dem Schlagmann (batter) sind zwei Fehlversuche (strikes) erlaubt. Nach dem dritten „strike“ muss er das Spielfeld verlassen. Zur ganzen Problematik siehe *Köstler-Loewe*, Strafrecht US-Style: „Three Strikes and You’re Out!“, Baseball, Rückfall und Kriminalpolitik?, 2008, passim. Der Anwendungsbereich des kalifornischen „Drei-Verstöße-Gesetzes“ wurde allerdings im November 2012 dadurch eingegrenzt, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe grundsätzlich nur dann verhängt wird, wenn es sich beim dritten „Verstoß“ um ein schweres oder gewalttätiges Delikt handelt.

² „Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts“ siehe den gleichnamigen Beitrag von *Neumann*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 435; vgl. auch *Kaiafa-Gbandi*, in: Kourakis (Hrsg.), Gedächtnisschrift für N. Chorafas, H. Gafos, K. Gardikas, Bd. 1, 1986, S. 25 (46) (in griechischer Sprache), die vom Modell des „ehrbaren Vorlebens“ spricht (Art. 84 § 2a grStGB).

³ Dazu siehe *v. Hirsch*, in: Schulz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag, 2012, S. 149 (155 ff.); *ders.*, in: Roberts/v. Hirsch (Hrsg.), Previous Convictions at Sentencing, 2010, S. 1 (7 ff.); *ders.*, in: v. Hirsch/Ashworth/Roberts (Hrsg.), Principled Sentencing, 3. Aufl. 2009, S. 158; *ders.*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 47 (72 ff.); *ders.*, Past and Future Crimes, 1985, S. 81 ff.; *ders.*, Minnesota Law Review 65 (1981), 591 (613 ff.).

⁴ *Asp*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 207 (222 f.); *Ashworth*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 83 (91 f.); *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2003, S. 168 f.; *v. Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991, S. 60 ff.; *Wasik*, in: Wasik/Pease (Hrsg.), Sentencing Reform, Guidance or Guidelines?, 1987, S. 105 (118); zur Idee einer allmählich abnehmenden Strafminderung siehe bereits *Thomas*, Principles of Sentencing, 2. Aufl. 1979, S. 41, 197 ff.; zur Mithberücksichtigung und ausführlichen Darstellung des PLM-Modells in aktuellen englischen Lehrbüchern des Strafzumessungsrechts siehe ferner *Piper/Easton*, Sentencing and Punishment, 3. Aufl. 2012, S. 83 ff.; *Ashworth*, Sentencing and Criminal Justice, 5. Aufl. 2010, S. 201 ff.

⁵ Vgl. die Rezeption des PLM-Modells durch das Court of Appeal of England and Wales im Fall „*R v. Queen*“ (1981) 3 Cr App R (S) 245; auch vor der Herausarbeitung des PLM-Modells durch die Lehre wurde es von der engl. Rspr. bereits über Jahrzehnte praktiziert; dazu siehe Ireland, Law Reform Commission, Consultation Paper on Sentencing, 1993, S. 156 m. Fn. 14, unter Verweis auf *Wasik* (Fn. 4), S. 123, und *Walker*, Sentencing Theory, Law and Practice, 1985, S. 441. Zu einer mit dem PLM-Modell übereinstimmenden Interpretation der Rspr. in Südastralien vgl. *Daunten-Fear*, The Adelaide Law Review 7 (1980), 41 (50 f.).

⁶ Vgl. den 1991 Criminal Justice Act in England and Wales, Section 29 (I), aktualisiert durch den 1993 Act, jedoch durch den 2003 Act (Section 143 [2]) praktisch aufgehoben; vgl. auch den Sentencing Act 1995 in Western Australia (Part 2, Division 1, Section 7 [2b]).

land bislang grundsätzlich folgenlos geblieben ist.⁷ Der Ansatz von v. Hirsch verdient m.E. auch im Rahmen der deutschen Strafzumessung besondere Aufmerksamkeit, zumal jetzt, wo das deutsche Strafzumessungsrecht endlich die Phase einer zunehmenden Verwissenschaftlichung erreicht hat.⁸ Dass Strafzumessungsrechtler aus Common-Law-Ländern die Handhabung der Vorstrafen nicht dem Richter und der Einzelfallgerechtigkeit überlassen wollen, sondern gerade für diesen Umstand⁹ der Strafzumessung eine durchdachte Dogmatik entwickelt haben, sollte die „Heimat“ der Strafrechtsdogmatik alarmieren.

Der vorliegende Beitrag verfolgt drei Ziele: Das erste Anliegen dieses Aufsatzes liegt in der Stärkung der Verteidigungslinien des PLM-Modells durch weitere Argumente und in der Abschwächung vorhandener bzw. denkbarer Gegenargumente und Alternativen. Das zweite Ziel der Untersuchung

⁷ Zur Nichtberücksichtigung des PLM-Modells in den deutschen Lehrbüchern des Strafzumessungsrechts siehe *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 639 Fn. 2316, erwähnt zwar im Rahmen einer Fußnote, dass Vertreter der Tatproportionalität wie *Ashworth* und v. *Hirsch* Ersttäter-Strafmilderungen bejahen, was jedoch nur einen Teilaspekt des PLM-Modells ausmacht. Eine Auseinandersetzung mit dem PLM-Modell findet man hingegen bei *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 164 ff., die allerdings die damalige Begründung des Modells ablehnte. Andere Rechtfertigungsansätze für das PLM-Modell sind aber durchaus denkbar und neuerdings hat v. *Hirsch* seinen ursprünglichen Ansatz überarbeitet und ergänzt (siehe unten II. 2. a), b) und c); zur unberechtigten Kritik am PLM-Modell von einem Teil der deutschen (Strafzumessungs-)Lehre vgl. einerseits *Reichert*, Intersubjektivität über Strafzumessungsrichtlinien, 1999, S. 155 f.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 892 Fn. 39, und andererseits unten II. 2. e).

⁸ Zur dogmatischen Verwissenschaftlichung des Strafzumessungsrechts siehe *Sonnen*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1007; *Silva Sánchez*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 625; *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, 363; *Jäger*, in: Jung/Luxenburger/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 297; *Hörnle* (Fn. 7), passim; *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, passim; *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349; *ders.*, ZStW 99 (1987), 751.

⁹ Im Folgenden wird von diesem Terminus wegen seiner Erwähnung in § 46 StGB und seiner breiten Akzeptanz in der Strafzumessungslehre und -praxis Gebrauch gemacht; das ändert natürlich an seiner Bedenklichkeit nichts; dazu siehe *Hettinger*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1153 (1155 f. Fn. 11, 1169 Fn. 87).

beruht in der Verknüpfung des PLM-Modells mit der deutschen Rechtslage und den Besonderheiten des deutschen Strafzumessungsdialogs, z.B. mit dem § 176a Abs. 1 StGB und der Rechtsfigur des normativen Normalfalls. Ein dritter hervorzuhebender Punkt besteht in der verblüffenden Feststellung, dass viele Gesichtspunkte der angelsächsischen Diskussion um die Vorstrafenbelastung auch innerhalb der deutschen Dogmatik in derselben Form zu finden sind, obwohl sie eigenständig – d.h. vom angelsächsischen Dialog unabhängig – formuliert wurden.

II. Die Rechtfertigung des PLM-Modells

Das PLM-Modell ist sowohl auf der Basis einer negativen als auch einer positiven Argumentationsstrategie zu begründen. Als negativ kann man eine argumentative Vorgehensweise bezeichnen, welche die Schlüssigkeit des PLM-Modells indirekt aus dem Ausschluss der Alternativen – im Sinne einer *reductio ad absurdum*¹⁰ – herleitet. Eine positive Begründung des PLM-Modells fokussiert hingegen auf die Argumente, die selbständig für die Tragfähigkeit dieses Modells sprechen und seine Vorteile zur Geltung bringen.

1. Negative Rechtfertigung: Der Ausschluss von drei Alternativen

Im Kontext der negativen Rechtfertigung des PLM-Modells stellt man fest, dass v. *Hirsch* neuerdings zwei denkbare Alternativen in Betracht gezogen hat:¹¹ Die erste Alternative sieht v. *Hirsch* in den Ansätzen von *Roberts*¹² und *Lee*¹³, die von einer strafscharfenden Wirkung der Rückfälligkeit ausgehen. Für eine zweite Alternative hält v. *Hirsch* einen Ansatz, der die Berücksichtigung der Vorstrafen (und der Straffreiheit) aus der Strafzumessung ausschließt.¹⁴ Die Kritik von v. *Hirsch* konzentriert sich auf die erste Alternative, während die zweite lediglich erwähnt wird. Eine dritte Alternative liegt in der Beschränkung der Strafmilderung auf die Ersttäterschaft.¹⁵

a) Rückfallschärfungen (*recidivist sentencing premium*)

aa) Schuldsteigernde Rückfälligkeit?

Roberts hat eine schuldbasierte Erklärung für die strafscharfende Berücksichtigung der Rückfälligkeit vorgeschlagen.¹⁶ Der Rückfall erhöhe die Täterschuld, weil die Vorbestrafung des Täters diesen zum Tatzeitpunkt in die mentale Lage des Bewusstseins seines früheren rechtlichen Tadels versetzt habe bzw. versetzt haben sollte. Zwischen Vorstrafen und

¹⁰ Zur *reductio ad absurdum* in der Jurisprudenz siehe *Diederichsen*, in: Paulus (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 155.

¹¹ v. *Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 153 f.

¹² Siehe unten II. 1. a) aa).

¹³ Siehe unten II. 1. a) bb) (2).

¹⁴ Siehe unten II. 1. b).

¹⁵ Siehe unten II. 1. c).

¹⁶ *Roberts*, in: v. *Hirsch*/Ashworth/Roberts (Fn. 3), S. 148 (152 ff.); für eine Schuldserhöhung auch *MacPherson*, *Queen's Law Journal* 28 (2002), 177 (197 ff.).

Vorbedacht (premeditation) bestehe eine strukturelle Ähnlichkeit, was den Mentalzustand des Täters betreffe. v. Hirsch hat diese Analogie aber zu Recht bestritten. Denn Vorbedacht impliziert einen Mentalzustand, in dem der Täter etwas bezweckt bzw. plant. Jedoch wird der typische Rückfalltäter nicht unbedingt durch ein solches Motiv bewegt. Vielmehr ist Rückfälligkeit – insbesondere im Bereich der Bagatelldelinquenz – in der Regel durch Impulsivität gekennzeichnet.¹⁷ Der Kritik von v. Hirsch ist hinzuzufügen, dass der Rückgriff auf das Bewusstsein des früheren Tadels für eine Strafschärfung bei nicht einschlägig vorbestraften Tätern fragwürdig erscheint. Außerdem kann der Aspekt des Vorbedachts (im Sinne von Tatplanung) fahrlässige Rückfalltäter nicht erfassen. Wenn schließlich ein vorbestrafter Täter eine *vorbedachte* Tat nicht nur im Sinne des aktuellen Bewusstseins des früheren Tadels, sondern auch im Sinne von minutiöser Tatplanung begeht, dann sollte er nach dem Ansatz von Roberts mit einer doppelten Strafschärfung wegen „vorbedachten Vorbedachts“ rechnen, was absurd scheint.

Für die deutsche Strafzumessungsdogmatik stellt der Ansatz von Roberts kein novum dar. Vielmehr scheint die schuld-erhöhende Heranziehung der Vorstrafen insgesamt die h.M. zu bilden, auch wenn sich kleinere Differenzierungen zwischen den verschiedenen Ansätzen feststellen lassen: z.B. erhöhte Vermeidemacht aufgrund der Warnungsfunktion von früheren Verurteilungen bzw. Schuldhöhung wegen Überwindung von Hemmschwellen,¹⁸ vermehrte verbrecherische Energie,¹⁹ geschärfte Verbotskenntnis²⁰ etc.

Die obigen Annahmen wurden dennoch aus empirischer Sicht alles andere als bestätigt: so wird in vielen Fällen die angeblich gesteigerte Vermeidemacht, die aus der bereits gemachten Erfahrung des Täters mit dem Strafapparat resultiert, nicht nur durch die Impulsivität des Täters relativiert, sondern auch durch Willensschwäche oder Persönlichkeitsdefekte neutralisiert.²¹ Würde außerdem die Erfahrung des Täters mit dem Sanktionsapparat eine qualifizierte Fähigkeit zur Normbefolgung bewirken, dann sollte man eine erhöhte – strafschärfende – Vermeidemacht auch für weitere Personen annehmen, welche dieselbe Erfahrung geteilt haben (Prozessbeteiligte, Justizangestellte, Journalisten usw.), was schwer

akzeptabel scheint.²² Dazu kommt, dass, wenn der „Vorbedacht“ bzw. die kriminelle Energie des Täters keine eindeutige Manifestierung in der Außenwelt aufweisen (z.B. Beobachtung der Gewohnheiten des Opfers),²³ es nahe liegt, dass der Staat nicht nur die tätig-entschlossene Beeinträchtigung der rechtlich-äußeren Freiheit anderer bestraft,²⁴ sondern auch eine moralisierende Sanktionspolitik innerer Einstellungen betreibt. Die Oktroyierung der Gesinnung ist bekanntermaßen keine legitime Aufgabe des Strafrechts.²⁵ Cogitationis poenam nemo patitur.

Gravierend ist schließlich folgender Einwand: Die Schuld kann zwar ausgeschlossen oder gemindert werden, aber die umgekehrte Annahme einer Schuldhöhung lässt sich nicht ohne weiteres vertreten: „Über das volle Können hinaus ist eine Abstufung der Schuld nach oben schwer möglich.“²⁶ Analog zum Deliktsaufbau entfaltet die Schuld in der Strafzumessung eine Begrenzungsfunktion, indem sie die in Betracht kommenden Strafzumessungsumstände wie ein „Sieb“²⁷ filtert. Die Berücksichtigung von Strafzumessungsumständen

²² Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (774); Mir Puig, ZStW 86 (1974), 175 (202).

²³ Dazu Hörnle (Fn. 19), S. 121; dies., JZ 1999, 1080 (1089).

²⁴ So treffend Köhler, NJW 1985, 2389 (2390); in die Richtung auch Berger, Das Gesinnungsmoment im Strafrecht, 2008, S. 192, die auf „eine nach außen erkennbare Handlungsform“ abstellt.

²⁵ An diesen Bedenken ändert die Erwähnung der Gesinnung, die aus der Tat spricht, in § 46 Abs. 2 StGB nichts. Die Verdrängung bzw. Ergänzung der Schuld durch Gesinnungsmerkmale (dazu etwa Gallas, ZStW 67 [1955], 1 [45 f.]; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 172) entstammen einem obsoleten – z.T. nationalsozialistischen – Schuldverständnis und sollten deshalb in einem liberalen Strafrecht keinen Platz mehr haben. Zu Recht fordert also Hörnle die Streichung der Gesinnung aus § 46 Abs. 2 StGB; dies. (Fn. 19), S. 120 f.; dies., JZ 1999, 1080 (1088).

²⁶ Androulakis, ZStW 82 (1970), 492 (508); ebenso Frisch, ZStW 99 (1987), 349 (382); ders., in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 237 (242); Erhard (Fn. 8), S. 161, 166 ff.; Hörnle (Fn. 7), S. 152 ff., 328 f.; dies., JZ 1999, 1080 (1084, 1086 f.); Horn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lfg., Stand: Januar 2001, § 46 Rn. 42; vgl. auch die interessante Bemerkung von Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Bd. 1, Vor § 13 Rn. 7, der zufolge die Schuld der Objektsprache angehöre und der Schwere nach graduierbar sei, während die Vorwerfbarkeit ein metasprachlicher (nicht steigerungsfähiger) Ausdruck sei; zustimmend Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (371). Nach der hier vertretenen Ansicht stellt zwar die Schuld einen komparativen Begriff (Ordnungsbegriff) dar, jedoch ist sie nur begrenzt graduierbar, d.h. nur „nach unten“, in der Form von Schuldmindernungen; zu den komparativen Begriffen siehe Mylonopoulos, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998, S. 29 ff.

²⁷ Die Metapher bei Horn (Fn. 26), § 46 Rn. 41.

¹⁷ v. Hirsch (Fn. 3 – FS Roxin), S. 153; ders. (Fn. 3 – Roberts/v. Hirsch), S. 5.

¹⁸ Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. 1974, S. 581; Horstkotte, JZ 1970, 152 (153); Jescheck/Weigend (Fn. 7), S. 892 f.; BVerfGE 50, 125 (134).

¹⁹ Horstkotte, JZ 1970, 152 (153); BVerfGE 50, 125 (134); krit. Hörnle, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 99 (121); Erhard (Fn. 8), S. 255 ff.; Walter, GA 1985, 197.

²⁰ Hillenkamp, GA 1974, 208 (215); Hacker/Hoffmann, JR 2007, 452 (453): „Umkehrschluss aus § 17 StGB“; ähnlich Meier (Fn. 7), S. 181 f.

²¹ Kunz, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 135 (142 f.); Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (774); Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 16.

auf der Basis der Schuld ist deshalb nur insoweit möglich, als sie Milderungsgründe darstellen.²⁸ Diese These lässt offensichtlich einer schulderhöhenden Berücksichtigung der Vorstrafenbelastung kaum Platz.²⁹

bb) Unrechtssteigernde Rückfälligkeit?

(1) Die Kritik an der Annahme einer schulderhöhenden Rückfälligkeit hat die Frage aufgeworfen, ob der steigerungsfähige Unrechtsbegriff³⁰ zum Ausgangspunkt von Strafschärfungen für Vorbestrafte erhoben werden könnte. Dieser dogmatische (Um-)Weg hat sich aber bisher als ebenso steinig erwiesen wie der Ansatz der Schulderhöhung. Auf der Ebene des Handlungsunrechts³¹ leuchtet es nämlich nicht ein, weshalb die aus der Opferperspektive wahrnehmbare Tatbegehung eines mehrfach vorbestraften Diebes schädlicher ist als die eines Ersttäters. Denn die Vorstrafen – ein Datum aus der Vergangenheit – haben offenbar mit der erneuten Tatbegehung, mit der Art und Weise der Tatausführung, nichts zu tun. Ebenso wenig wird das Erfolgsunrecht durch die Vorbestrafung des Täters modifiziert. Die Rechtsgutsverletzung, die ein Opfer durch einen vorbestraften Dieb erleidet, ist mit der Rechtsgutsverletzung, die ein nicht vorbestrafter Dieb verursacht, identisch, falls Schadenssumme und Tatausführung nicht divergieren. Weder das Eigentum noch der Besitz des Opfers werden in beiden Fällen unterschiedlich tangiert.

Auch die Suche nach einer dogmatischen Zuflucht der strafschärfenden Rückfälligkeit auf einen ideellen Unrechtsbegriff, der am Ausmaß der Rechtsfriedensstörung gemessen wird,³² scheint nicht einwandfrei. Eine derartige kollektivistische

Öffnung des Unrechtsbegriffs kann zumindest bei Delikten gegen individuelle Rechtsgüter nicht überzeugen. Die absolute Emanzipation des Unrechts sowohl von der Opferperspektive als auch von der Empirie³³ und die Verlagerung des Schwerpunkts auf den Bereich der reinen Symbolik hat die Verflüssigung des Unrechtsbegriffs und der Rechtsgutstheorie zur Folge. Während die Quantifizierbarkeit von „fassbaren“ Variablen das Maß für die Strafzumessung bildet, scheint das jeweilige Ausmaß der Rechtsfriedensstörung schwer messbar zu sein. Der Ansatz der Rechtsfriedensstörung begünstigt außerdem zirkuläre Herleitungen von unrechtsschärfenden Strafzumessungsumständen. Ohne dass man ein zirkuläres Vorverständnis auf die Antwort projiziert, kann man in der Tat die Frage nicht sinnvoll beantworten, warum nur die Vorstrafen zur Rechtsfriedensstörung beitragen, während frühere Verfahrenseinstellungen und unsittliches, rechtsfeindliches Vorleben³⁴ den Rechtsfrieden unerschüttert lassen. Solange man sich ausschließlich auf der Ebene der Symbolik bewegt und dem Unrechtsbegriff keine bodenständigen Konturen verleiht, degradiert man das Unrecht zu einer Auffangkategorie. Führt man dem ideellen Unrechtsbegriff keine eingrenzenden Zusatzprämissen hinzu, dann sind letztendlich die Abgrenzungsschwierigkeiten zu entsprechenden generalpräventiven Ansätzen schwer zu erkennen. Diese Überschneidungen mit dem Terrain der Prävention unterstreichen die Distanzierung des ideellen Unrechtsbegriffs von den Schranken der Tatschuld und weisen

²⁸ Hörnle, JZ 1999, 1080 (1084).

²⁹ Vgl. ferner den Vorwurf von Reichert (Fn. 7), S. 159 f., dass die schulderhöhende Berücksichtigung der Vorstrafen mit der Strafmilderung in Widerspruch gerate, die das Institut der Gesamtstrafe vorsehe; zu dieser „Paradoxie“ vgl. auch Reitz, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 137 (138).

³⁰ Dazu Frisch (Fn. 26 – FS Müller-Dietz), S. 251; Bruns (Fn. 18), S. 394; vgl. aber v. Beling, Die Vergeltungsidee, 1908, S. 6, der auf den klassifikatorischen Charakter der Rechtswidrigkeit hinweist. Dieser Meinung ist insofern zuzustimmen, als die Rechtswidrigkeitsprüfung in der Verbrechenslehre einem binären Schema (ja-nein) folgt. In der Strafzumessung ist hingegen einleuchtend, dass der entsprechende Begriff (das Unrecht) graduierbar ist. In diesem Zusammenhang bemerkt Hörnle (Fn. 7), S. 196 Fn. 4 (unter Verweis auf Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 88 ff.), dass in der Wissenschaftstheorie ein Ordnungsbegriff die Funktionen eines Klassenbegriffs tragen könne; vgl. auch Puppe (Fn. 26), Vor § 13 Rn. 16, die den metasprachlichen Charakter der Rechtswidrigkeit betont, der gegen die Abstufbarkeit dieses Begriffs spreche; im Gegensatz dazu sei das der Objektsprache angehörende Unrecht graduierbar.

³¹ Für eine Erhöhung des Handlungsunwerts BGHSt 25, 64; OLG Oldenburg, Beschl. v. 5.6.2008 – Ss 187/08 = StraFo 2008, 297.

³² So Frisch, ZStW 99 (1987), 349 (379); ders. (Fn. 26 – FS Müller-Dietz), S. 253 f.; ebenso Montenbruck, Abwägung

und Umwertung, 1989, S. 76 ff.; Streng, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 129 (137); Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 92 ff.; Jakobs, in: Joecks u.a. (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 43 (48, 51, 54 Fn. 48); vgl. auch Silva Sánchez, InDret 2/2007, 1 (11); ders. (Fn. 8), S. 633, der versucht, den Kampf zwischen einem empiristisch-viktimologischen und einem ideell-kommunikativen Unrechtsbegriff durch den Begriff eines realen Unrechts zu schlichten.

³³ Auf die Rolle der Opferperspektive und der in der Außenwelt manifestierten Bedrohlichkeit der Tat für die Konkretisierung des Handlungsunrechts hat Hörnle mit besonderem Nachdruck und überzeugender Argumentation hingewiesen; siehe dazu Hörnle (Fn. 7), S. 217 ff., 276; dies., JZ 1999, 1080 (1089).

³⁴ Nach dem Vorverständnis von Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, 226 f., sind an sich rechtmäßige, aber sittlich anstößige frühere Handlungen „als Anzeichen erhöhter Rechtsfeindlichkeit oder verbrecherischer Energie“ zumessungsrelevant, während Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (771), dieses Vorverständnis nicht teilt. Frisch (Fn. 26 – FS Müller-Dietz), S. 253, 257 f., argumentiert ferner auf der Basis der Rechtsfriedensstörung für die Berücksichtigungsfähigkeit der Rückfälligkeit in der Strafzumessung, wobei er der Strafzumessungsrelevanz früherer Verfahrenseinstellungen kritisch gegenüber steht (Frisch, ZStW 99 [1987], 751 [773]), während Bruns (a.a.O.) nicht nur abgeurteilte Vortaten, sondern auch Verfahrenseinstellungen und sogar frühere Freisprüche für zumessungserheblich erklärt.

auf die Notwendigkeit einer näheren Herausarbeitung des ganzen Ansatzes hin.

(2) Ein dogmatisch geschickter Ansatz für die strafscharfende Bewertung der Rückfälligkeit wurde neuerdings von *Y. Lee* entwickelt, der an den Unterlassungsdelikten orientiert ist.³⁵ Nach *Lee* verpflichte der in der Sanktion verkörperte Tadel den Täter, sein Leben entsprechend umzugestalten, sodass er nicht mehr in die Versuchung kommt, wieder straffällig zu werden. Wird der Täter erneut rückfällig, dann begeht er, so *Lee*, eine vorwerfbare Unterlassung von normativ erwarteten Bemühungen um ein „neues“, rechtstreuendes Leben. *v. Hirsch* hat indessen eingewandt, dass *Lees* Modell die Rückfälligkeit auch dann strafscharfend heranzieht, wenn der Täter ernsthafte Maßnahmen ergriffen hat, um „verführerische“ Situationen zu meiden.³⁶ Wird *vice versa* der Täter nicht rückfällig, ohne aber die erforderlichen lebensändernden Maßnahmen getroffen zu haben, dann trägt er überhaupt keine Konsequenz für seine Unterlassung. Würde hingegen ein Täter im Rahmen des vergleichbaren (scil. ebenso zur Lebensänderung mahnenden) Instituts der Bewährungsstrafe seine Rückfallwahrscheinlichkeit nicht reduzieren, dann sollte er mit den entsprechenden Folgen rechnen (z.B. schärfere Weisungen bzw. Auflagen, Bewährungswiderruf), auch wenn er nicht unbedingt rückfällig geworden wäre.³⁷ Außerdem bleibt im Ansatz von *Lee* – anders als in der klassischen Unterlassungsdogmatik – das Unrecht der Unterlassung eines Rückfalltäters schwer konkretisierbar; anders gesagt: Das Umfeld der relevanten Pflichten für die Ausschaltung von „verbrecherischen“ Versuchungen wurde bislang von *Lee* nicht hinreichend konturiert.³⁸ Den bisherigen Einwänden kann man schließlich hinzufügen, dass bei vielen Rückfalltättern bereits die physisch-reale Möglichkeit der zur Erfolgsabwendung erforderlichen Handlung (scil. der rechtstreuen Lebensumgestaltung) als Element der Unterlassung unter Umständen zu verneinen ist; z.B. bei marginalisierten Tätern, die in kriminogenen Strukturen aufgewachsen sind; bei Drogenabhängigen, Obdachlosen und Tätern, die aus Hungernot Bagatelldiebstähle begehen.

Lee versucht zwar den meisten Vorbehalten gegen seinen Ansatz durch die Einführung einer widerlegbaren Hypothese Rechnung zu tragen: Der Rückfalltäter könne im Einzelfall belegen, dass er doch ernsthafte Bemühungen um eine Lebensänderung unternommen habe und dadurch die Vermutung einer strafscharfenden Unterlassung der erforderlichen selbstschützenden Maßnahmen zurückweisen.³⁹ Dennoch scheint eine derartige (der deutschen Strafprozessordnung fremde) Beweislast des Täters selbst für das Strafverfahrensrecht von Common-Law-Ländern grenzwertig, zumal wenn man sich ihre eigenartige „liberale“ Rechtfertigung verge-

genwärtigt: Die Beweislast wird laut *Lee* – und anders als erwartet – nicht dem Staat, sondern dem Angeklagten mit der Begründung auferlegt, dass der Staat die Privatsphäre seiner Bürger zu respektieren hat, indem er ihnen die eigenverantwortliche Wahl bei der Findung des richtigen Weges zur Rechtstreue überlassen soll.⁴⁰ Gelingt es aber dem Angeklagten nicht, die täterbelastende Vermutung zu entkräften, dann wird seine Rückfälligkeit strafscharfend herangezogen, was alles anderes als liberal ist.

Es ist beachtenswert, dass auch im Rahmen der deutschen Strafrechtsdogmatik eine identische Verantwortungsbasis für die strafscharfende Berücksichtigung der Rückfälligkeit bereits in die Diskussion eingebracht wurde. Bekanntermaßen wird im deutschen Strafrecht die Theorie der Garantenstellung als die maßgebliche Pönalisierungsmaxime der unechten Unterlassungsdelikte angesehen (vgl. § 13 StGB). *Erhard* hat in Erwägung gezogen, dass nach der ersten Verurteilung des Täters ihm eine entsprechende Garantenpflicht im Sinne einer gesteigerten Pflicht zur Rechtstreue auferlegt werden kann.⁴¹ Aus dieser Parallelisierung kann man jedoch in der deutschen Unterlassungsdogmatik die strafscharfende Bestrafung des Rückfalls nicht reibungslos herleiten. Denn erstens zielt die Zuteilung von Garantenpflichten auf die Gewährleistung der Rechte von schutzbedürftigen und hilflosen Personen (z.B. Kindern, Patienten), deren Rechtsgüterschutz auf Dritte (z.B. Eltern, Ärzte) wegen der besonderen (sozialen, beruflichen usw.) Rolle der Letzteren angewiesen ist. Hingegen sind Rechtsgüter den Rückfalltättern nicht hilfloser als vergleichbar operierenden Ersttättern ausgeliefert.⁴² Zweitens werden den Garanten klar umrissene – z.B. gesetzlich oder vertraglich fixierte – Rechtspflichten auferlegt. Im Gegensatz dazu kann die Annahme einer Garantenpflicht für vorbestrafte Täter den Ansprüchen des Bestimmtheitsgebots nicht genügen, solange die gebotenen Handlungen, welche die Abwendung eines Rückfalls am sichersten erwarten ließen, nicht näher präzisiert werden. Drittens erweist sich die Bejahung einer gesteigerten Pflicht zur Rechtstreue aus normtheoretischer Sicht als problematisch, wenn nicht als paradox. Denn zum einen hat diese Pflicht einen selbstreferentiellen Charakter, indem Pflichtenträger und schutzbedürftiger Dritter zusammenfallen, sodass der vorbestrafte Täter zu einem fragwürdigen „(Überwacher-) Garant seiner selbst“⁴³ transformiert wird; zum anderen suggeriert eine erhöhte Pflicht zur Rechtstreue, dass die Normstabilisierungsfunktion des Strafrechts nicht durch die gängigen Strafverbote erreicht werden könne, sondern der ergänzenden Stützung durch eine Metapflicht zur Beachtung der existierenden Strafverbote bedürfe. Genau wie ein elftes Gebot „Beachte die zehn Gebote!“ durch ein zwölftes Gebot zu ver-

³⁵ *Y. Lee*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 49 (59 ff.); *ders.*, Texas Law Review 87 (2009), 571 (608 ff.); ähnlich *Bennett*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 73 (82 ff.), der aber die Unterlassungspflicht aus der Idee der Entschuldigung herleitet.

³⁶ *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 154.

³⁷ *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 154.

³⁸ *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 154.

³⁹ *Y. Lee* (Fn. 35 – Roberts/v. Hirsch), S. 65 f.

⁴⁰ *Y. Lee* (Fn. 35 – Roberts/v. Hirsch), S. 65 Fn. 11.

⁴¹ *Erhard* (Fn. 8), S. 265 ff., der allerdings die dogmatischen Implikationen dieses Ansatzes untersucht und zu einem negativen Ergebnis hinsichtlich einer gesteigerten Rechtstreuepflicht kommt.

⁴² *Erhard* (Fn. 8), S. 269.

⁴³ *Erhard* (Fn. 8), S. 266; zit. auch von *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, 363 (371 m. Fn. 81), der aber einige Bedenken von *Erhard* relativiert.

stärken wäre, würde eine Metapflicht zur Normkonformität einen sinnlosen regressus ad infinitum von Metapflichten auslösen. Einen Ausweg aus dem obigen Dilemma versucht *Lee* aus einer vermeintlichen Änderung der Bürger-Staat-Beziehung nach der ersten Verurteilung der Bürger herzuleiten.⁴⁴ Eine solche Stigmatisierung und Segregation der Bürger in zwei Kategorien auf der Basis eines für Vorbestraften ad hoc modifizierten Bürger-Staat-Verhältnisses lässt sich jedoch von totalitären Staatskonzeptionen schwer abgrenzen.⁴⁵ Was speziell die deutsche Strafrechtsdogmatik anbelangt, scheint *Lees* Ansatz die Spaltung des Strafrechts in ein Bürger- und ein Feindstrafrecht⁴⁶ zu fördern. Der Wiederholung einer solchen Spaltung des „Rechtsstaatskerns“ hat sich aber die deutsche Strafrechtswissenschaft fast einhellig widersetzt.⁴⁷ Ein viertes Manko der Konstruktion einer erhöhten Pflicht zur Normloyalität liegt ferner darin, dass es der entsprechenden pflichtbegründeten Norm an faktischer Verifikation mangelt. Während die Mehrheit der Eltern oder Ärzte ihren Garantenpflichten adäquat nachkommt, missachten sehr viele verurteilte Täter ihre „erhöhte“ Rechtstreuepflicht. *Fraser* berichtet, dass die Mehrheit der Verurteilten mindestens einmal vorbestraft ist.⁴⁸ In der BRD ist beim einfachen Diebstahl die Hälfte aller Täter vorbestraft.⁴⁹ Dass gerade jeder zweite Täter dieser Straftat ein gescheiterter Garant von sich selbst ist bzw. den Schutz des Eigentums Dritter nicht garantiert hat, enthüllt das kontrafaktische Ausmaß der vorgeschlagenen normativistischen Begründung einer Garantenpflicht für vorbestrafte Täter. Im Jahr 2009 war sogar mehr als die Hälfte aller männlichen, nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten vorbestraft,⁵⁰ während bis zum 24. Lebensjahr etwa ein Drittel sämtlicher männlichen Personen vorbestraft sein soll.⁵¹

cc) Präventive Rückfallschärfungen?

General- und spezialpräventive Rückfallschärfungen, welche die Proportionalität zwischen Tat- und Strafschwere missachten, geraten mit dem in der Verfassung verankerten Schuld-

prinzip⁵² in Spannung. Im Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass die schuldangemessene Strafe aus präventiven Gründen nicht überschritten werden darf.⁵³ In der Praxis kann allerdings dieses kategorische Verbot relativiert werden, indem man von einem *Spielraum* aus schuldangemessen Strafen ausgeht, innerhalb dessen die strafscharfende-präventive Bewertung der Rückfälligkeit stattfindet. Einen solchen Spielraum postuliert etwa die herrschende Spielraumtheorie, die nach dem Motto „Prävention im Rahmen der Repression“ operiert.⁵⁴ Solange die h.M. ihre Karten nicht offen legt und auf die Mitteilung der Schuldrahmengrenzen verzichtet,⁵⁵ kann die Spielraumtheorie zu einem undurchsichtigen Apparat für die Umgehung des Schuldprinzips degradiert werden. Denn ohne Angabe von Schuldrahmengrenzen kann man den Bereich des Schuldangemessenen ad hoc ausdehnen, um präventive Rückfallschärfungen für „schuldangemessen“ zu erklären.

Dementsprechend stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von präventiven Rückfallschärfungen auf eine sinnvolle und transparente Weise nur für denjenigen Tatrichter, der die anspruchsvolle Aufgabe unternimmt, Schuldrahmengrenzen anzugeben. Wie kann man nun einen derartig fleißigen Richter beraten? Was die Spezialprävention angeht, spricht zwar der Gesichtspunkt der Abschreckung des Rückfalltäters für eine strafscharfende Orientierung an der mitgeteilten Obergrenze des Schuldrahmens, jedoch kann diese Tendenz durch einen anderen spezialpräventiven Aspekt, durch die Vermeidung der Täterentsozialisierung, kompensiert werden.⁵⁶ Dabei könnte die Resultante der entgegengesetzten Kräfte nicht nur eine gegenseitige Neutralisierung beider Tendenzen widerspiegeln, sondern vielmehr eine Platzierung des Endstraf-

⁴⁴ *Y. Lee* (Fn. 35 – Roberts/v. Hirsch), S. 61.

⁴⁵ Ähnlich *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 464 ff.; *Hörnle* (Fn. 7), S. 162; *Reichert* (Fn. 7), S. 154; *Tonry*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 91 (104 f.).

⁴⁶ Dazu *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (783); *ders.*, HRRS 2004, 88.

⁴⁷ Zur Ablehnung des Feindstrafrechts siehe statt vieler die Sammelbände: Vormbaum (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, 2009; Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), „Bitte bewahren Sie Ruhe“, *Leben im Feindrechtsstaat*, 2006.

⁴⁸ *Fraser*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 117 (133).

⁴⁹ Vgl. bereits *Götting*, *Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis*, 1997, S. 142 f.

⁵⁰ Der Hinweis bei *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 647, unter Verweis auf das Statistische Bundesamt.

⁵¹ *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 647, unter Verweis auf *Eisenberg*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2005, § 44 Rn. 29.

⁵² Zur verfassungsrechtlichen Ableitung des Schuldprinzips siehe *Hörnle*, in: Schumann (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, S. 105 (107 ff.).

⁵³ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (366 f.); *Bruns* (Fn. 34), S. 91 f.; *Androulakis*, in: Spinellis (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2005, Art. 79 grStGB Rn. 23 (in griechischer Sprache); vgl. auch *Duff*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 23 (40 f.).

⁵⁴ Zur Spielraumtheorie siehe BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266 f.); 24, 132 (133 f.); 29, 319 (321); *Meier* (Fn. 7), S. 146 ff.; *Detter*, *Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts*, 2009, S. 4 f.; *Streng*, in: Britz (Fn. 26), S. 875 (884 ff.); *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 880 f.; *Bruns* (Fn. 18), S. 263 ff.; *Spendel*, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, S. 176 ff.

⁵⁵ Die Angabe der Schuldgrenzen abl. *Schaffstein*, in: Lackner/Leferenz (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, 1973, S. 99 (107); *Bruns* (Fn. 34), S. 109; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 833 m.w.N.; krit. *Grasnick*, JA 1990, 81 (84); *Lackner*, *Über neuere Entwicklungen in der Strafzumessungslehre*, 1978, S. 14, 30; aus Sicht des Verwaltungs- und des Zivilrechts vgl. *Lazaratos*, ΘΠΑΔ, 2011, 769 (in griechischer Sprache), der die Angabe der Spielraumgrenzen einer angemessenen Entschädigung fordert.

⁵⁶ Vgl. *Hörnle* (Fn. 52), S. 115.

maßes am untersten Strafraumenextrem gebieten.⁵⁷ Denn Konflikte zwischen Abschreckungspolitik und Entsozialisierungsgefahr sind in einem Sozialstaat zu Gunsten des betroffenen Bürgers zu lösen, zumal wenn man die Aporien bedenkt, die den Abschreckungsstrategien immanent sind. Z.B. schärfere Bestrafung auf der Basis von unsicheren Rückfallprognosen, die widerlegt werden können; unnötige Abschreckung der Wiederholungstäter, die sich nicht mehr abschrecken lassen, bzw. der Täter, die keiner Abschreckung bedürfen, weil sie alters- oder krankheitsbedingt keine weiteren Straftaten begehen werden. Eine Orientierung an der Schuldrahmenuntergrenze liegt außerdem auch unter Mitberücksichtigung der Abschreckungsprävention nahe, wenn man sich der Meinung anschließt, welche die Auflösung des Schuldprinzips (nach unten) bejaht, um der Entsozialisierung des Täters entgegenzuwirken.⁵⁸ Darüber hinaus spricht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – unter dem Aspekt der Erforderlichkeit bzw. des kleinsten Übels – wiederum für die Anknüpfung des Endstrafmaßes an die schuldangemessene Untergrenze.⁵⁹ Schließlich erübrigt es sich, das strafscharfende Potenzial der Besserungs- und Sicherungsprävention eingehend zu untersuchen. Denn Täterbesserung qua Strafschärfung mutet nicht nur paradox an, sondern vielmehr stellt sie ein problematisches Strafziel innerhalb einer liberalen Gesellschaft dar. Die Sicherungsprävention dürfte hingegen im aktuellen Strafrecht keinen Fremdkörper darstellen, allerdings liegt ihre *sedes materiae* im Maßregelrecht.

Generalpräventive Rückfallschärfungen sind – selbst innerhalb der Grenzen der Schuldangemessenheit – ebenfalls mit Skepsis zu betrachten. Der ethisch anfällige Ausgangspunkt von generalpräventiven Ansätzen wird traditionsgemäß in der Instrumentalisierung des Täters zum Zweck der allgemeinen Abschreckung bzw. der kollektiven Verstärkung des Normbewusstseins gesehen. Was speziell die negative Generalprävention anbelangt, wird zusätzlich der Einwand der Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (unter dem Aspekt der Geeignetheit) erhoben.⁶⁰ Es hat sich gezeigt, dass nur drakonische bzw. schuldüberschreitende Strafschärfun-

gen geeignet sind, die erwünschten Abschreckungseffekte zu entfalten.⁶¹ Ähnlich sind normvalidierende Rückfallschärfungen zusätzlichen Vorbehalten ausgesetzt. Das durch eine Rückfallschärfung erreichte Ausmaß an Normvalidierung lässt sich schwer verifizieren. Vice versa kann man aus einem nicht messbaren Normbestätigungsbedürfnis kein Maß für eine entsprechende Rückfallschärfung gewinnen. Nicht zufällig wurde der empirische Engpass der positiven Generalprävention für einen normativen Ausweg verlassen: Eine Strafe trägt den Normbestätigungsbedürfnissen am besten Rechnung, wenn sie einen gerechten Schuldausgleich gewährleistet.⁶² Diese Konvergenz von Tatschuld- und Normbestätigungsaspekten bedeutet aber, dass eine normvalidierende Rückfallschärfung zu einer Doppelbestrafung führen würde; genauer gesagt würde es sich um eine Doppelverwertung derselben Gerechtigkeitsaspekte handeln.⁶³

dd) Einführung von speziellen Rückfallvorschriften nach dem Vorbild des § 176a Abs. 1 StGB?

An den obigen Einwänden vermag die Einführung einer speziellen Rückfallvorschrift in Form des § 176a Abs. 1 StGB nichts zu ändern. Denn aus dem bisher Gesagten lässt sich leicht ableiten, dass etwaige Versuche einer Harmonisierung der oben genannten Vorschrift mit einem Tatschuldstrafrecht aus dogmatisch-systematischer Sicht nicht vielversprechend sein können. § 176a Abs. 1 StGB löst einen anachronistischen Systembruch aus, der noch eklatanter erscheint, wenn man die Abschaffung der allgemeinen Rückfallvorschrift (§ 48 StGB a.F.) mitberücksichtigt. Es scheint deshalb konsequenter, die präventiven Erwägungen, die in § 176a Abs. 1 StGB ihren tatbestandlichen Niederschlag gefunden haben, explizit zuzugeben. Tatsächlich ist in den Bundestagsdrucksachen nicht nur vom erhöhten Unrecht, sondern auch vom „Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“⁶⁴ die Rede. Dieses Bekenntnis lenkt die

⁵⁷ In die Richtung die „passive Spezialprävention“ von Horn (Fn. 26), § 46 Rn. 35.

⁵⁸ Eine Schuldunterschreitung bejahend Hörnle (Fn. 52), S. 127; Frisch, ZStW 99 (1987), 349 (368); Roxin, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 183 (197); Androulakis (Fn. 53), Art. 79 grStGB Rn. 24.

⁵⁹ Streng (Fn. 54), S. 894 m. Fn. 50 m.w.N. („asymmetrische Spielraumtheorie“); Roxin (Fn. 58), S. 191 f.; Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, S. 149; Androulakis (Fn. 53), Art. 79 grStGB Rn. 5; Hörnle (Fn. 52), S. 116, 136, mit normativer Begründung; für eine normative Rechtfertigung vgl. auch Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, i.E., 1. Kap. III. 1. 2iv, wo die konkretisierende Kraft des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den in dubio pro mitiore-Satz verstärkt wird, der auf der Ebene der Strafzumessung einen berechtigten Anwendungsbereich finden könnte (vgl. § 196 Abs. 3 GVG).

⁶⁰ Hörnle (Fn. 52), S. 118, 136.

⁶¹ Hörnle (Fn. 52), S. 117.

⁶² Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1991, S. 98 ff.; Neumann, ZStW 99 (1987), 567 (591); Streng, NSTZ 1989, 393 (394).

⁶³ Auf den Aspekt der Doppelbestrafung eines Rückfalltäters hinweisend v. Hirsch (Fn. 3 – 1981), S. 615; Bagaric, Criminal Justice Ethics 19 (2000), 10 (16); für eine normvalidierende Rückfallschärfung aber Streng, ZStW 92 (1980), 637 (663 ff.), obwohl er die Extension des Doppelverwertungsverbotes auf bereits berücksichtigte Argumente aus dem Entstehungszusammenhang der Norm bejaht (ders. [Fn. 7], Rn. 705); ähnlich, wenngleich einschränkend Erhard (Fn. 8), S. 163 f. (mäßige Strafschärfungen innerhalb des Schuldrahmens), obwohl er eine unrechtmäßig erhöhende Rückfallschärfung gerade im Hinblick auf den ne bis in idem-Satz für bedenklich hält (Erhard, a.a.O., S. 267 f.); zur Extension des Doppelverwertungsverbotes (§ 46 Abs. 3 StGB) auf nicht tatbestandlich vertyppte Umstände vgl. unten Fn. 109.

⁶⁴ BT-Drs. 13/8587, S. 58; ähnlich Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Bd. 2, § 176a Rn. 9; krit. Hörnle, in: Lauf-

Aufmerksamkeit auf die Frage, ob die Präventionsgesichtspunkte des § 176a Abs. 1 StGB eine verfassungswidrige Durchbrechung des Schuldprinzips bewirken, was nahe liegt. Denn der Perspektivwechsel von einer richterlichen zu einer gesetzlichen Rückfallschärfung reicht nicht aus, um eine erhebliche Distanzierung vom Schuldprinzip (Einstufung der Tat als Verbrechen mithilfe von tatfremden Erwägungen) zu rechtfertigen. Das Schuld- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind ebenso vom Gesetzgeber – auf der Ebene der Strafandrohung – zu beachten.⁶⁵ Ansonsten wäre der Strafgesetzgeber anlässlich der jeweils herrschenden kriminalpolitischen Strömungen imstande, Rechte aufzuheben, die aus nicht änderbaren Artikeln des Grundgesetzes hergeleitet werden. Der Satz „Erlaubt ist, was Sicherheit verspricht“, ist mit den strafbegrenzenden Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafrechts inkompatibel.⁶⁶

Außerdem verfehlt die oben genannte spezielle Rückfallvorschrift das Ziel der Generalprävention, wenn es sich um einen minder schweren Fall gem. § 176a Abs. 4 StGB handelt. Während im Bereich der Strafandrohung generalpräventive Zweckmäßigkeiten vornehmlich durch die Anhebung von Strafraumenuntergrenzen erreicht werden,⁶⁷ fällt die

Untergrenze eines minder schweren Falls des § 176a Abs. 1 (i.V.m. Abs. 4) StGB um drei Monate niedriger aus als das gesetzliche Minimum der entsprechenden Grundtatbestände (§ 176 Abs. 1 und 2 StGB: sechs Monate). Seitdem aber bei den Grundtatbeständen der niedrigere Strafraumen für minder schwere Fälle durch das SexualdelÄndG v. 27.12.2003 abgeschafft wurde, haben vorbestrafte Täter von geringfügigen Übergriffen einen gesetzlichen Anspruch auf mildere Bestrafung im Vergleich zu Ersttätern.⁶⁸ Insofern werden vorbestrafte Täter durch die Strafandrohung des § 176a Abs. 1 StGB nicht mehr abgeschreckt, sondern zum Rückfall angespornt!

Eine mit der Doppelspurigkeit des deutschen Strafrechts konsistentere Alternative zum § 176a Abs. 1 StGB würde sich aus der Beschränkung der oben genannten Präventionsgesichtspunkte auf die Ebene der Maßregeln ergeben. Damit ist aber nicht nur eine dogmatisch akzeptable Erledigung des Problems qua Verschiebung gemeint. Neue Wege eines effizienten und im Vergleich zum Gefängnis humaneren Umgangs mit der gesteigerten Gefährlichkeit rückfälliger Sexualstraftäter sind ernster in Erwägung zu nehmen, wie z.B. der elektronisch überwachte Hausarrest.

hütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 176a Rn. 4.

⁶⁵ Die Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Strafraumen zum begangenen Tatumrecht ist eine zentrale These der tatproportionalen Strafzumessung, weshalb auch ihre Vertreter die Überprüfung der deutschen Strafraumen unter diesem Gesichtspunkt fordern; vgl. dazu v. Hirsch/Jareborg (Fn. 4), S. 53; zur Verfassungswidrigkeit des § 176a StGB wegen Unvereinbarkeit mit dem Tatschuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe v. Danwitz, KritV 2005, 255 (262 f.); zur Verfassungswidrigkeit der griechischen Rückfallvorschriften vgl. Charalambakis, Synopsis des Strafrechts, Bd. 2, 2012, S. 252 (in griechischer Sprache); Kaiafa-Gbandi, in: Kaiafa-Gbandi/Bitzilekis/Kastanidou (Hrsg.), Das Recht der strafrechtlichen Sanktionen, 2008, S. 124 f. (in griechischer Sprache); Dimitratos, in: Spinellis (Fn. 53), Vor Art. 88 ff. grStGB Rn. 3 (in griechischer Sprache); Androulakis, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1991, S. 89 f. (in griechischer Sprache). Zur These, dass weder das Tatschuld- noch das Verhältnismäßigkeits-„prinzip“ Prinzipien im Sinne von Alexy, sondern Regeln sind, siehe Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (365 Fn. 19), unter Verweis auf Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 100 Fn. 84, und Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 26), Vor § 32 Rn. 207; Grosse-Wilde (a.a.O.), m.w.N., bemerkt treffend, dass das Tatschuld-„prinzip“ hinsichtlich der Strafobergrenze die normativ stärkere Regel ist, da auch die Maßregeln durch das Verhältnismäßigkeits-„prinzip“ begrenzt werden.

⁶⁶ Neumann, in: Kotsalis u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaften, Theorie und Praxis, Festschrift für Anna Benakis, 2008, S. 409 (409 f.), der die Regelungen des SexualdelÄndG v. 27.12.2003 als ein Indiz für die Distanzierung des Strafrechts von rechtsstaatlichen Begrenzungen erachtet.

⁶⁷ Paraskevopoulos, in: Margaritis/Paraskevopoulos (Hrsg.), Pönologie, 7. Aufl. 2005, S. 35 (in griechischer Sprache).

b) Ausschluss der Vorstrafen aus der Strafzumessung (*exclusionary model – flat-rate sentencing*)

Die strafschärfende Verwertung der Vorstrafen hat sich – wie gezeigt – als wenig überzeugend entpuppt. Wie sieht aber die Lage mit der zweiten Alternative zum PLM-Modell aus, die die Strafzumessungsrelevanz des Umstands „Vorstrafenbelastung“ in toto ausschließt (Vorstrafenausschlussmodell [*exclusionary model*])⁶⁹? Hinsichtlich des Proportionalitätspostulats zwischen Tat- und Strafschwere handelt es sich um den konsequentesten Ansatz. Jedoch sind diesmal eher pragmatische Erwägungen maßgeblich, die gegen die Durchsetzung der zweiten Alternative zum PLM-Modell sprechen.

Laut der Kritik von Streng an tatproportionalen Ansätzen konterkariere die Ausschaltung täterspezifischer Umstände das allgemeine Rechtsgefühl und wirke der normstabilisierenden Aufgabe des Strafrechts entgegen.⁷⁰ Auch wenn man diesen Vorwurf für überspitzt hält, sollte man zugeben, dass das Vorstrafenausschlussmodell einen praxisfernen Ansatz par excellence bildet. Denn der Ausschluss der Vorstrafen aus der Strafzumessung wird durch die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und die aktuelle Strafrechtspraxis emphatisch dementiert.

Entscheidender ist indes ein zweiter Einwand, der vornehmlich rein tatproportionale Ansätze betrifft, die nicht nur den Umstand der Vorstrafenbelastung, sondern auch die

⁶⁸ Vgl. Hörnle (Fn. 64), § 176a Rn. 18.

⁶⁹ Für eine Nichtberücksichtigung der Vorstrafen (sowie ihres Fehlens) in der Strafzumessung Höfer, Sanktionskarrieren, 2003, S. 154 f.; Bagaric (Fn. 63), S. 21 ff.; Hörnle (Fn. 7), S. 166 (anders aber jetzt dies. [Fn. 52], S. 127); Durham, Journal of Criminal Law and Criminology 78 (1987), 614; Singer, Just Deserts, 1979, S. 68 ff.; Fletcher (Fn. 45), S. 464 ff.

⁷⁰ Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 26), § 46 Rn. 112.

Rolle der Prävention aus der Strafzumessung ausschließen. Es liegt aus heuristischen Gründen nahe, dass die Berücksichtigung der Vorstrafen zumindest bei der Strafortentscheidung unausweichlich ist. Z.B. Tatschweren, die im Prinzip aussetzungsfähig sind, können nicht in allen Fällen selbstreflexiv bzw. unter Anwendung desselben Kriteriums (scil. Tatschwere) hinlänglich operationalisiert werden, um die Wahl zwischen bedingter und unbedingter Freiheitsstrafe zuverlässig zu steuern. Bei Tatschweren, deren schuldangemessene Ahndung die Frage der knappen Über- bzw. Unterschreitung von grenzwertigen Strafmaßen für die Verhängung unterschiedlicher Straforten aufwirft (z.B. 180 Tagessätze [§ 59 Abs. 1 StGB], zwei Jahre Freiheitsstrafe [§ 56 Abs. 2 StGB]), vermag die Tatschwere per se nicht die optimale Sanktion zu determinieren. Man braucht hier einen externen, außerhalb der Tatschwere liegenden Anhaltspunkt, um weiterzukommen, es sei denn, dass man wie Baron von Münchhausen jegliche Hilfe verweigern würde, um sich „an den eigenen Haaren“ aus einer schwierigen Lage zu ziehen. Andere, außerhalb der Tatschwere liegende Umstände (z.B. schwerwiegende Eigentatfolgen) können nicht dieselbe heuristische Funktion für den Strafmodus entfalten wie die Vorstrafen, da sie nur ausnahmsweise vorkommen. Im Gegensatz dazu begleitet der Umstand der Vorstrafenbelastung alle Täter und kann insofern die Strafortentscheidung bei allen Straftaten mit beeinflussen.⁷¹

c) Beschränkung der Strafmilderung auf Ersttäter

Durch die Ablehnung von Rückfallschärfungen und vom Vorstrafenausschlussmodell haben wir keinen vollständigen indirekten *Beweis* der Überlegenheit des PLM-Modells erreicht. Es bleibt noch eine Alternative: Ein Ansatz, der das Strafregister nur strafmildernd verwertet, jedoch anders als das PLM-Modell den Strafabatt strikt auf Ersttäter beschränkt. Es wird sich zeigen, dass die positive Rechtfertigung eines solchen Ansatzes leichter als die entsprechende des PLM-Modells ausfallen würde.⁷² Dennoch legitimiert sich das PLM-Modell nicht nur durch eine vertretbare Erstreckung der positiven Rechtfertigung des Ersttäter-Modells auf leicht vorbestrafte Täter, sondern es weist im Vergleich zum Ersttäter-Modell beachtenswerte Vorteile auf. Erstens besitzt das PLM-Modell ein relativ hohes Steuerungspotenzial der Strafmodusentscheidung, wie es oben vorweggenommen

wurde. Hingegen ist in diesem Bereich das konkurrierende Modell aufgrund seiner Ersttäter-Sperre weniger heuristisch, was erhebliche Entscheidungsschwierigkeiten nicht ausschließt. Zweitens ist das PLM-Modell imstande, folgende Aspekte zu berücksichtigen, auf die die Kriminologie hingewiesen hat. Ein in der Praxis oft vorkommender Tätertypus bemüht sich erst nach einigen Verurteilungen um eine Einstellung seiner kriminellen Laufbahn.⁷³ Während das Ersttäter-Modell einem solchen Straftäter keine zweite Chance gibt, bietet ihm der allmählich entzogene Strafabatt des PLM-Modells einen anhaltenden moralischen Anreiz zur Lebensänderung. Parallel dazu hat sich gezeigt, dass die kriminelle Aktivität mit zunehmendem Alter abnimmt. Indem das PLM-Modell dem Straftäter mehrmals die Chance gibt, den moralischen Appell der Strafe wahrzunehmen, bevor er mit dem vollen Ausmaß der Sanktion konfrontiert wird, ist es möglich, dass seine Neigung zur Kriminalität bis zum Zeitpunkt der „vollen Sanktion“ ohnehin schon nachgelassen haben wird. Die Berücksichtigung der letzten Aspekte vom PLM-Modell bedeutet nicht unbedingt einen Rückgang zu einer spezialpräventiven Resozialisierbarkeit. Dadurch wird eher ein legitimer Gesichtspunkt der Rehabilitation aufgegriffen:⁷⁴ Nach v. Hirsch und Jareborg gehe es nicht mehr um eine zukunftsorientierte Unterscheidung von ansprechbaren und unverbesserlichen Tätern; vielmehr werde durch den Strafabatt die Verbesserungsfähigkeit der Täter verdienstorientiert und retrospektiv honoriert.⁷⁵

2. Positive Rechtfertigung des PLM-Modells

a) Toleranz, menschliche Fehlbarkeit und Willensanstrengung zur Unterlassung von Straftaten

v. Hirsch hat grundsätzlich zwei Prämissen eingeführt, um das PLM-Modell zu verteidigen:⁷⁶

- Strafmilderungen für Erst- bzw. leicht vorbestrafte Täter seien Ausdruck einer gewissen Toleranz für die menschliche Fehlbarkeit, bzw. Zeichen von Sympathie gegenüber der menschlichen Schwäche und Gebrechlichkeit.
- Durch eine (abnehmende) Strafmilderung werde die Fähigkeit einer Person anerkannt, über den in der Strafe enthaltenen Tadel reflektieren und entsprechend reagieren zu können.

Das Potenzial der lapsus-Argumentation für die Rechtfertigung des PLM-Modells wurde indes in Frage gestellt: Die Straftat eines Ersttäters kann auch das Ergebnis einer kaltblütigen Kalkulation (z.B. Terroristenanschlag) sein; vice versa kann man bei einem schwer vorbestraften Täter eine momen-

⁷¹ Sofern natürlich die Strafort noch offen steht und sie nicht durch die besondere Schwere der Tat (im Sinne des Freiheitsentzugs) bereits bestimmt wurde. Der oben formulierte Einwand betrifft u.U. auch ein Vorstrafenausschlussmodell, das präventive Gesichtspunkte für die Bestimmung der Straftat heranziehen würde; denn aussagekräftige Präventionsaspekte lassen sich nicht in jedem Einzelfall feststellen. Außerdem wäre ein solches Modell gewissermaßen widersprüchlich: Berücksichtigung der Prävention auf der Ebene der Strafortentscheidung einerseits, Nichtberücksichtigung der Vorstrafenbelastung andererseits.

⁷² Dazu siehe unten II. 2. b) und insb. c); für eine Beschränkung der Strafmilderung auf Ersttäter Roberts, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 17 (19 ff.).

⁷³ Dazu und zum Folgenden v. Hirsch (Fn. 3 – FS Roxin), S. 158 ff.

⁷⁴ Vgl. v. Hirsch/Jareborg (Fn. 4), S. 61.

⁷⁵ v. Hirsch/Jareborg (Fn. 4), S. 61.

⁷⁶ v. Hirsch, Minnesota Law Review 65 (1981), 591 (602 ff.); ders. (Fn. 3 – 1985), S. 84 f.

tane Schwäche nicht ausschließen.⁷⁷ Es dürfte kein Zufall sein, dass v. Hirsch seinen ursprünglichen Ansatz neuerdings überarbeitet hat, wobei er diesmal eher die zweite Prämisse des PLM-Modells in den Vordergrund rückte und sie weiter konkretisierte.⁷⁸ Nach der aktualisierten Rechtfertigung des PLM-Modells sei die abnehmende Strafmilderung ein Anerkennungszeichen (token of recognition) für die mutmaßliche Fähigkeit des Täters, eine Willensanstrengung zu unternehmen, um weitere Straftaten zu unterlassen.⁷⁹ Das PLM-Modell gebe dem Täter die Chance, die erforderliche Willensanstrengung zu unternehmen. Es ist festzustellen, dass durch die Herausarbeitung der zweiten Prämisse des PLM-Modells der Schwerpunkt auf eine mutmaßliche Fähigkeit des Täters gelegt wird, die grundsätzlich die Zeit nach der Strafverhängung und unter Umständen nach der Strafvollstreckung betrifft („assumed capacity to make an effort of will to desist from further offending“). Man kann aber auch versuchen, die positive Rechtfertigung des PLM-Modells durch weitere Anhaltspunkte zu ergänzen, die einen stärkeren retrospektiven bzw. verdienstorientierten Charakter haben. Diese Gesichtspunkte betreffen zum einen die Zeit vor der Straftatbegehung (Gesetzestreue) und zum anderen den Zeitpunkt der Strafverhängung sowie die Zeitspanne der Strafvollstreckung (Strafempfindlichkeit).⁸⁰

⁷⁷ Vgl. Hörnle (Fn. 7), S. 166; zur Kritik an der ersten Prämisse des PLM-Modells siehe ferner Roberts (Fn. 72), S. 25 ff.; Ryberg, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 37 (40 ff.); Bagaric (Fn. 63), S. 14 f.

⁷⁸ Zur Kritik an der zweiten Prämisse vor ihrer Überarbeitung siehe Ryberg, *The Ethics of Proportionate Punishment*, 2004, S. 78 ff.

⁷⁹ Dazu und zum Folgenden v. Hirsch (Fn. 3 – FS Roxin), S. 157 f.; ders. (Fn. 3 – Roberts/v. Hirsch), S. 10.

⁸⁰ Der Wortlaut des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB („Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind“) erlaubt eine zukunftsorientierte Deutung der Strafempfindlichkeit (orientiert an der Zeitspanne nach der Strafvollstreckung). Jedoch sollte man nach der hier vertretenen Ansicht (im Anschluss an Hörnle [Fn. 7], S. 339) „auf die Wirkungen der Strafvollstreckung als solche ab[...]stellen, unabhängig von prognostizierten Auswirkungen auf die Zeit danach“ (*Hervorhebungen* im Original), was sich auch mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren lässt. Zur präventionsunabhängigen Deutung der Strafempfindlichkeit siehe auch die im Text folgenden Ausführungen. Außerdem bezieht sich die Strafempfindlichkeit nicht nur auf die Zeitspanne der Strafvollstreckung, sondern sie ist auch als aktuelle Disposition des Täters zum Zeitpunkt der Strafverhängung maßgeblich; vgl. auch die Bemerkung von v. Hirsch (Fn. 3 – 1985), S. 83, unter Verweis auf *Hampshire*, in: Hampshire (Hrsg.), *Freedom of Mind and other Essays*, 1972, S. 34 ff., dass Täterdispositionen nicht nur eine prognostische Funktion haben, sondern auch dem retrospektiven Zweck der Unterstützung von verdienstorientierten Urteilen dienen. Zur strafrechtlichen Rezeption der wissenschaftstheoretischen Debatte um die Dispositionsbegriffe siehe Mylonopoulos (Fn. 26), S. 77 ff.; Hassemer, *Einfüh-*

b) Strafempfindlichkeit und Billigkeit

Die Ansicht, dass die erhöhte Strafempfindlichkeit von nicht bzw. leicht vorbestraften Tätern eine Strafmilderung zu begründen vermag, wurde bereits von der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertreten: Ersttäter und Erstverbrecher (zu den zweiten zählen auch vorbestrafte Täter!) werden härter als die „Strafgerichtserfahrenen“ von der Strafe getroffen.⁸¹ Ein ähnliches Argument findet sich in der schwedischen Lehre ausgerechnet zur Verteidigung des PLM-Modells: Strafmilderungen für Erst- bzw. Zweitverbrecher usw. lassen sich u.a. auf die schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs zurückführen.⁸²

Es bedarf der Hervorhebung, dass die Strafempfindlichkeit einen tatschuldunabhängigen Umstand bildet, da die Wahrnehmung einer Strafe keinen schuldrelevanten Einfluss auf das bereits begangene Unrecht haben kann.⁸³ Diese Erkenntnis zwingt aber nicht dazu, eine präventive Deutung der Strafempfindlichkeit⁸⁴ zu übernehmen. Denn der Straferlass sollte nach dem hier vertretenen Konzept nicht von der empirischen Diagnose bzw. Prognose einer Härte im Rahmen jedes einzelnen Falls fehlender oder leichter Vorstrafenbelastung abhängig gemacht werden.⁸⁵ Die Abhängigkeit der Strafzumessungsrelevanz der Vorstrafenbelastung von Persönlichkeitsdiagnosen, unsicheren Prognosen und dem tatrichterlichen Ermessen würde die Ansprüche auf Systematik und Vorhersehbarkeit der Strafzumessung aufheben und zudem mit dem Gleichheitssatz⁸⁶ und den Schweigerechten des Beschuldigten⁸⁷ in Spannung geraten. Stattdessen sollte der Ausgleich der Strafempfindlichkeit einen allmählich abnehmenden Strafrabatt für alle Täter mit keiner bzw. niedriger Vorbestrafung begründen, damit die oben genannten normativen Gesichtspunkte und insbesondere der Gleichheitssatz in vollem Umfang respektiert werden können. Jeder Straftäter sollte im Rahmen des PLM-Modells genau denselben Strafrabatt erhalten, den alle Täter einer ähnlichen Straftat mit

rung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 183 ff.; *Kindhäuser*, *Intentionale Handlung*, 1980, S. 98 ff.

⁸¹ Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 7), Rn. 719; zu den Erstverbrechern vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.2005 – 3 StR 500/04 = BeckRS 2005, 02848 (BGH).

⁸² Asp (Fn. 4), S. 207 (222 m. Fn. 6).

⁸³ Dazu vgl. Hörnle (Fn. 7), S. 341 ff., 352; gegen eine Schuldrelevanz der Strafempfindlichkeit auch Jescheck/Weigend (Fn. 7), S. 890.

⁸⁴ Zur Unterscheidung zwischen schuldrelevanter Strafempfindlichkeit und präventionsrelevanter Strafempfänglichkeit grundlegend Henkel, in: Kuchinke (Hrsg.), *Rechtswahrung und Rechtswicklung*, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, 25.3.1970, 1970, S. 179 ff.; vgl. auch Zipf, *Die Strafmaßrevision*, 1969, S. 119.

⁸⁵ Ebenso Asp (Fn. 4), S. 222 Fn. 6.

⁸⁶ Vgl. Grosse-Wilde, in: Ast u.a. (Hrsg.), *Gleichheit und Universalität*, ARSP-Beiheft Nr. 128 (2012), S. 45 (53), der die durch Einzelfallentscheidungen perpetuierte Rechtswungleichheit und -unsicherheit in der Strafzumessung moniert.

⁸⁷ Vgl. Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (368 Fn. 47).

einer ähnlichen Vorstrafenbelastung bekommen.⁸⁸ Durch die Gleichbehandlung aller Straftäter trägt das PLM-Modell zur Generalisierbarkeit, Überprüfbarkeit und Vorhersehbarkeit von Strafzumessungsentscheidungen bei und erfüllt insofern besser die Voraussetzungen einer juristischen Rationalität als die präventionsorientierten Modelle.⁸⁹

Der Aspekt eines Härteausgleichs aufgrund erhöhter Strafempfindlichkeit ist sowohl aus Sicht des Strafrechts als auch des Grundgesetzes von Interesse, indem er sich auf die Maxime der *Billigkeit* zurückführen lässt. Im Bereich des Strafrechts stellt man fest, dass die Billigkeit den Ausgangspunkt für die systematische Erfassung der tatschuldunabhängigen Umstände im schwedStGB und in der einschlägigen Lehre liefert, wo diese Umstände unter dem Stichwort „Billigkeitsgründe“ (*billighetshänsyn*) zusammengefasst werden.⁹⁰ Auch v. Hirsch und Ashworth konzipieren die tatschuldunabhängigen Umstände (einschließlich der Strafempfindlichkeit) als „equity factors“.⁹¹ Der Gesichtspunkt der Billigkeit hinter der Strafzumessungsrelevanz von schuld- und präventionsunabhängigen Umständen wurde ebenso – wenn auch nur gelegentlich – von der deutschen Rechtsprechung und Lehre (an-)erkannt.⁹² Die Billigkeit eignet sich

besonders gut für die Rechtfertigung der strafmildernden Wirkung von tatschuldunabhängigen Umständen, da sie bereits aus begriffslogischer Sicht Strafschärfungen auszuschließen scheint. Diese Folgerung ist für eine tatproportionale Strafzumessungslehre von besonderem Interesse, da diese Lehre die strafscharfende Verwertung von tatschuldunabhängigen Umständen abweist, jedoch ihre strafmildernde Wirkung zulässt.⁹³

Die hier vorgeschlagene – tatschuld- und präventionsunabhängige – Ergänzung der Rechtfertigung des PLM-Modells durch die Maxime der Billigkeit harmonisiert mit einer in den letzten Jahren registrierten Verschiebung der Rechtfertigung der Strafzumessungsrelevanz von tatschuld-unabhängigen Umständen in Richtung allgemeiner Gerechtigkeitsgründe und verfassungsrechtlicher Aspekte.⁹⁴ Allerdings besteht die Gefahr, dass eine unkritische Berufung auf allgemeine Gerechtigkeitsgründe zu einer zirkulären Herleitung von zumessungsrelevanten Umständen führen würde. Eine am Härteausgleich orientierte Billigkeitsdefinition⁹⁵ weist hingegen den Vorteil auf, dass sie sowohl mit einer heuristischen Funktion als auch mit einer angemessenen Filterungskraft ausgestattet ist. Sie ist imstande, eine vertretbare Anzahl von tatschuldunabhängigen Strafzumessungsumständen salonfähig zu machen: Z.B. werden aus der Sicht eines rechtsstaatskonformen Härteausgleichs die überlange Verfahrensdauer, die staatliche Tatprovokation, die schwerwiegenden Eigentatfolgen, das Verstreichen langer Zeit nach der Tat in Extremfällen, die erhöhte Strafempfindlichkeit und (unter dem Aspekt der Strafempfindlichkeit) die fehlende bzw. geringe Vorstrafenbelastung zumessungsrelevant.⁹⁶

⁸⁸ Der Aspekt der Gleichbehandlung erklärt übrigens, warum hier die Strafempfindlichkeit der Erst- bzw. leicht vorbestraften Täter nicht unter äußerst restriktiven Voraussetzungen bejaht wird; vgl. Hörnle (Fn. 7), S. 343: „krasse Ausnahmefälle“, „gravierende Umstände“, „augenfällige Unterschiede“. Besonders anspruchsvolle Kriterien für die Bejahung der Strafempfindlichkeit sind erforderlich, wenn es sich um die Rechtfertigung der privilegierten Behandlung einer Täterkategorie handelt, die gleichzeitig die Ungleichbehandlung einer anderen Täterkategorie zur Folge hat. Im Gegensatz dazu genießen alle Täter die „Privilegien“ des PLM-Modells.

⁸⁹ Zu den Komponenten des juristischen Rationalitätsbegriffes siehe Aarnio/Alexy/Peczenik, in: Krawietz/Alexy (Hrsg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, 1983, S. 9 (46 ff.); Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983, S. 189 ff.; Livos, NoB 39 (1991), 1034 (1047 ff.) (in griechischer Sprache).

⁹⁰ Dazu siehe Kap. 29 § 5 schwedStGB; v. Hirsch/Jareborg (Fn. 4), S. 36 mit Fn. 95; Cornils/Jareborg, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch*, 2000, S. 34.

⁹¹ Dazu siehe v. Hirsch/Ashworth, *Proportionate Sentencing*, 2005, S. 165 ff., wobei die Autoren auch die Vorstrafenproblematik jenseits des verschuldeten Unrechts konzipieren (v. Hirsch/Ashworth, a.a.O., S. 151 ff.), jedoch diesen Umstand nicht zusammen mit den anderen Billigkeitsumständen analysieren. Zur These, dass die Ersttäterschaft weder die Einsichts- noch die Steuerungsfähigkeit mindert vgl. Hörnle (Fn. 7), S. 165; Erhard (Fn. 8), S. 301 f.

⁹² BHGSt 4, 326 stuft § 60 StGB (Eigentatfolgen) als eine Billigkeitsvorschrift ein; BGHSt 31, 104 begründet eine Strafmilderung für die nicht mehr mögliche Gesamtstrafenbildung anhand von Billigkeitserwägungen; vgl. auch Streng, JZ 2008, 979 (985), der den Strafabschlag der überlangen Verfahrensdauer auf Billigkeitserwägungen zurückführt. Nach Strengs Meinung seien aber solche Billigkeitserwägun-

gen innerhalb der Strafzumessung systemfremd – eine These, die zumindest § 60 StGB übersieht.

⁹³ Hörnle (Fn. 7), S. 165.

⁹⁴ Frisch, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 1 (15 Fn. 61); Nemitz, *Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, 2002, S. 210, 219; für eine „Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes“ siehe den gleichnamigen Beitrag von Hörnle (Fn. 52), 105 ff. Auch das BVerfG hält die Strafzumessung für angewandtes bzw. konkretisiertes Verfassungsrecht; dazu siehe Schlösser, StV 2010, 157 (159 Fn. 31), unter Verweis auf BVerfGE 50, 205 (214); 86, 288 (313) = StV 1992, 470 (472). Instrukтив für eine Anknüpfung der Billigkeitserwägungen an das Grundgesetz ist die Habilitationsschrift von Pernice, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht*, 1991, S. 306 ff., 447 ff., 538 (Rechtsstaatsprinzip, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Vertrauensschutz, Gleichheitssatz, Fairness und Menschenwürde als konstituierende Bestandteile des verfassungsrechtlichen Kerns der Billigkeit).

⁹⁵ In die Richtung Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, S. 269; Marcic, *Rechtsphilosophie*, 1969, S. 186; zur Verbindung der Umstände jenseits des verschuldeten Unrechts mit der ausgleichenden Gerechtigkeit siehe Ashworth (Fn. 4 – Frisch/v. Hirsch/Albrecht), S. 93 f.

⁹⁶ Dazu siehe näher Giannoulis (Fn. 59), 2. Kap., II. 4.4.2. Die für die überlange Verfahrensdauer entwickelte Vollstreckungslösung vermag nicht in allen Fällen einen angemessenen Härteausgleich zu garantieren, weshalb dieser Umstand

Es bedarf hier nochmals der Hervorhebung, dass, wenn ein Härtefall vorliegt, sein Ausgleich nicht von der Disposition des jeweiligen Richters abhängig sein darf; vielmehr muss der Richter eine Strafmilderung unter Rückgriff auf die Billigkeit gewähren.⁹⁷ Übrigens ist die hier vertretene Ansicht nicht dem Vorwurf einer – vom BGH abgewiesenen – präventiven Schuldunterschreitung ausgesetzt. Während der BGH eine präventive Unterschreitung der Schuld ablehnt, schließt er die Durchbrechung der Schulduntergrenze aus rechtsstaatlichen Gründen für einen angemessenen Härteausgleich nicht aus. Vielmehr gebietet nach dem BGH ein rechtsstaatskonformer Härteausgleich die Schuldunterschreitung im Falle einer staatlichen Tatprovokation und einer überlangen Verfahrensdauer.⁹⁸

c) Gesetzestreue und geminderte Strafwürdigkeit

Es leuchtet ein, dass die Rechtfertigung des PLM-Modells im Rahmen eines verdienstorientierten Ansatzes auch typische retrospektive Momente mit einbeziehen muss. Aus diesem Grund könnte man die bisherige Rechtfertigung des PLM-Modells durch den Aspekt der retrospektiven Belohnung eines Täterverdienstes verstärken: durch die Honorierung der Gesetzestreue („Credit for a History of Compliance with the Law“⁹⁹). Ein wichtiger Anhaltspunkt für die Honorierung des Gesetzeskonformität kann der Argumentation des BGH entnommen werden: „Nach der feststehenden Rechtsprechung des BGH ist es nicht zulässig, die straffreie Lebensführung eines Täters mit der Begründung als Milderungsgrund unberücksichtigt zu lassen, daß Straffreiheit kein Verdienst, sondern Selbstverständlichkeit sei“.¹⁰⁰ Die strafmildernde Rele-

vanz der Gesetzestreue wird sowohl vom deutschen als auch vom englischen Schrifttum anerkannt.¹⁰¹

Es wurde angedeutet, dass der Aspekt der Strafeempfindlichkeit einen abnehmenden Strafabatt im Sinne des PLM-Modells rechtfertigen kann, der über die Kategorie der Ersttäterschaft hinausgeht und auch vorbestrafte Täter (z.B. Erstverbüßer) umfasst. Ebenfalls muss der Aspekt der Rechtstreue nicht unbedingt nach der Ersttäterschaft vollkommen negiert werden, falls diese Hemmschwelle überschritten wird. Viele vorbestrafte Täter verhalten sich über einen längeren Zeitraum hinweg wieder rechtstreu, was man – in einem bescheideneren Umfang – strafmildernd berücksichtigen könnte. Bedeutet denn eine einzige Verurteilung für ein Bagatelldelikt, welches vor vielen Jahren begangen wurde, dass es sich um keinen rechtstreuen Bürger mehr handelt? Eine instruktive Antwort auf diese Frage hat der Griechische Oberste Gerichtshof durch seine Entscheidung „Areopag 1091/2002“ gegeben. In jenem Urteil wurde dem Täter eines Totschlags der Strafmilderungsgrund des „ehrbaren Vorlebens“ zuerkannt, obwohl es sich insgesamt um seine dritte Straftat handelte. Die Begründung für die Zulassung des Strafmilderungsgrunds war folgende: Die zwei Vorstrafen des Täters seien, so das Gericht, außerstande, das „ehrbare Vorleben“ des Täters aufzuheben. Die erste Vorstrafe (fünfmonatige, zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe wegen Diebstahls) habe nämlich nach dem erfolgreichen Abschluss der dreijährigen Bewährungszeit keinen Bestand, während die zweite Vorstrafe (40 Tage Freiheitsstrafe wegen der unterlassenen Zahlung von Versicherungsbeiträgen) von sekundärer Bedeutung sei. Daraus folgt, dass nicht nur die absolut rechtstreuen Bürger eine Strafmilderung verdienen, sondern auch diejenigen, die sich in ihrem Leben grundsätzlich an der Gesetzeskonformität orientieren, bzw. sich vom Ideal der Rechtstreue noch nicht erheblich distanziert haben. In diesem Sinne wird von einem „progressiv loss of credit for a good [criminal] record“¹⁰² gesprochen.

Aus systematischen Gründen stellt sich wiederum die Frage, inwiefern sich die strafmildernde Wirkung der bisherigen Rechtstreue des Täters auf strafrechtliche Kategorien und Verfassungsprinzipien zurückführen lässt. Wenn man – wie hier – eine engere Definition der Billigkeit im Sinne von Härteausgleich vertritt, um die Strafzumessungsrelevanz der Umstände jenseits des verschuldeten Unrechts einzugrenzen, dann kann eine solche Billigkeitsauffassung nicht den Aspekt der Belohnung einer „Täterleistung“ (z.B. Gesetzestreue, Wiedergutmachung) erfassen.¹⁰³ Sub certis reservationibus

(auch) zumessungserheblich bleiben muss (vgl. BGHSt [GS] 52, 124 [145 Rn. 52]); dasselbe gilt ebenso für eine eventuelle Erstreckung der Vollstreckungslösung auf andere tatschuldunabhängige Umstände. Der Ausschluss dieser Umstände aus der Strafzumessung und insb. aus der Entscheidung über die Strafart würde in vielen Fällen zu einem unvollkommenen Härteausgleich führen; siehe dazu *Giannoulis* (a.a.O.), 2. Kap. II. 4.4.3.

⁹⁷ Ebenso v. *Hirsch/Ashworth* (Fn. 91), S. 169, mit krit. Anm. zum Court of Appeal of England and Wales, Fall „R v. Bernard“ [1997] 1 Cr App R (S) 135; vgl. die Auswertung von 168 BGH-Leitsatzbegründungen mit Billigkeitsargumenten durch *E. v. Savigny*, in: Neumann/Rahlf/v. Savigny (Hrsg.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, S. 60 (62). In 165 Fällen wurde im Sinne von Billigkeitsgründen entschieden!

⁹⁸ Zur staatlichen Tatprovokation siehe BGHSt 45, 321 (339); 47, 44 (52); zur überlangen Verfahrensdauer und insb. zur Beibehaltung einiger schuldrelevanten Kompensationsmöglichkeiten nach dem Entwurf der „Vollstreckungslösung“ siehe BGHSt (GS) 52, 124 (145 Rn. 52).

⁹⁹ *Roberts* (Fn. 72), S. 20.

¹⁰⁰ BGH, NStZ 1982, 376; BGH StV 1983, 237; BGH StV 1984, 71; BGH NStZ 1988, 70.

¹⁰¹ *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 647; *Roberts* (Fn. 72), S. 20 f.; *Thomas* (Fn. 4), S. 197.

¹⁰² *Daunten-Fear* (Fn. 5), S. 50, unter Verweis auf *Thomas* (Fn. 4), S. 197; krit., obgleich nicht kategorisch abl. *Roberts* (Fn. 72), S. 21.

¹⁰³ Teilweise anders das Kap. 29 § 5 schwedStGB: Aus den sieben Billigkeitsgründen sind fünf auf einen angemessenen Härteausgleich und zwei auf die Belohnung von Täterleistungen (Wiedergutmachung, Erscheinen bei der Polizei) zurückzuführen. Der Rückgriff auf die Billigkeit bzw. die geminder-

bietet sich hingegen die „Kategorie“ der (geminderten) Strafwürdigkeit an, um die strafmildernde Bewertung von Täterleistungen strafrechtsdogmatisch zu rechtfertigen.¹⁰⁴

d) PLM-Modell und positives Recht

Es bedarf der Hervorhebung, dass selbst das dtStGB über Vorschriften verfügt, die sich unter Umständen mit dem PLM-Modell vereinbaren lassen: Mit dem PLM-Modell harmonisiert z.B. die neue Fassung des § 59 StGB. Durch eine Gesetzesänderung wurde die bis zum 31.12.2006 geltende Ersttäterregelung abgeschafft und die Verwarnung mit Strafvorbehalt im Einklang mit dem PLM-Modell auf vorbestrafte Täter erstreckt. Nach § 59 Abs. 2 StGB a.F. war eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Regel ausgeschlossen, wenn der Täter während der letzten drei Jahre vor der Tat mit Strafvorbehalt verwarnt oder zu Strafe verurteilt worden war.

Auch das Privileg des § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird nicht unbedingt den Ersttätern, sondern den Erstverbüßern einer Freiheitsstrafe zuteil. Es liegt nahe, dass Erstverbüßer den obigen Strafrabatt u.a. wegen ihrer erhöhten Strafempfindlichkeit erhalten und weil sie sich – zumindest unter dem Aspekt der Vorstrafenschwere – noch nicht erheblich von der Rechtsstreue distanzieren haben. Immerhin handelt es sich hier nur um eine partielle Übereinstimmung mit dem PLM-Modell,

te Strafwürdigkeit des Täters wird überflüssig, sofern eine Wiedergutmachung das Tatunrecht modifizieren kann.

¹⁰⁴ Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Verwertung dieser umstrittenen Kategorie in der Strafzumessung siehe *Giannoulis* (Fn. 59), 2. Kap. II. 4.2 und 4.3, wo u.a. die Relevanz der Strafwürdigkeit für die Tatbestandslehre, ihr Verhältnis zur Billigkeit, ihre inhaltliche Präzisierung, ihre Eingrenzungskriterien und die fragwürdige Strafzumessungsrelevanz vieler „Täterleistungen“ diskutiert werden. Zur Verbindung der Vorstrafen mit der Strafwürdigkeit des Täters siehe *v. Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 60 mit Fn. 157; zur Relevanz der Strafwürdigkeit für die Umstände jenseits des verschuldeten Unrechts siehe *Silva Sánchez*, *Indret* 2/2007, 1 (9); *Cornils/Jareborg* (Fn. 90), S. 34; *v. Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 36 mit Fn. 95; *Schmidhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 1975, 2/14; vgl. auch *Langer*, *Die Sonderstrafat*, 2007, S. 143 Fn. 10, der die Vernachlässigung dieser Kategorie in der Strafzumessung moniert; zum Versuch der Etablierung der Strafwürdigkeit als vierte Deliktsstufe siehe *Langer* (a.a.O.), *passim*; *Schmidhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Studienbuch, 1984, 9/4 ff.; *Schünemann*, *ZschwR* 97 (1978), 131 (147 ff.); *Sax*, *JZ* 1976, 9; vgl. auch *Androulakis*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 2006, S. 341 ff. (in griechischer Sprache), der aber zugleich die Relevanz der Strafwürdigkeit für die Schuld und die Rechtswidrigkeit betont; zur Rolle der Strafwürdigkeit als Pönalisierungs- und Auslegungsmaxime für den gesamten Anwendungsbereich des Strafrechts siehe *Altpeter*, *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, 1990, S. 287; ähnlich *Alwart*, *Strafwürdiges Versuchen*, 1982, S. 48; *H.-L. Günther*, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, S. 89 ff.; *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 503 f.; zu den verfassungsrechtlichen Kriterien der Strafwürdigkeit siehe *Altpeter* (a.a.O.), S. 169 ff.

da die o.g. Vorschrift einen breiteren Anwendungsbereich als das PLM-Modell besitzt. Denn die Strafmilderung des § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB kann theoretisch auch einen zehnmal vorbestraften Erstverbüßer erfassen, obwohl eine solche Kombination (scil. erhebliche Vorstrafenanzahl und kein Freiheitsentzug) in der Praxis eher selten vorkommt. Hingegen sind die bescheidenen Strafrabatte des PLM-Modells grundsätzlich auf zwei bis fünf Vorstrafen beschränkt. Dazu kommt, dass gem. § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB Erst- und Mehrfachtäter dieselbe Strafmilderung erhalten, was dem PLM-Modell widerspricht.

e) PLM-Modell und normativer Normalfall

Die Behauptung der Vertreter des PLM-Modells, dass nach einer gewissen Vorstrafenanzahl, die grundsätzlich zwischen zwei und fünf Verurteilungen liegt,¹⁰⁵ die Sanktion weder gemildert noch geschärft wird, verweist aus der Perspektive der deutschen Strafzumessungsdogmatik auf die Kategorie der neutralen bzw. normalen oder schlicht zumessungsrelevanten Umstände.¹⁰⁶ Nach dem PLM-Modell stellt folglich die Vorstrafenbelastung nach ca. drei oder vier Verurteilungen einen neutralen Strafzumessungsumstand dar. Wenn außerdem *v. Hirsch* das PLM-Modell gegen den ungerechtfertigten Vorwurf verteidigt, dass eine Strafmilderung für Ersttäter zwangsläufig eine Strafschärfung für Mehrfachtäter impliziere,¹⁰⁷ macht er – wiederum aus Sicht der deutschen Dogmatik – von einem alten Grundsatz Gebrauch: Das bloße Fehlen eines Milderungsgrundes (hier: Ersttäterschaft bzw. leichte Vorstrafenbelastung) darf nicht strafscharfend bewer-

¹⁰⁵ *Wasik* (Fn. 4), S. 118; fünf; *v. Hirsch* (Fn. 3 – *v. Hirsch/Ashworth/Roberts*), S. 160, unter Verweis auf das schwedische Paradigma: vier; *Ashworth* (Fn. 4 – *Frisch/v. Hirsch/Albrecht*), S. 92: zwei oder drei; *Duff* (Fn. 4), S. 169: zwei. Natürlich handelt es sich um dezisionistische Festlegungen – eine magische Zahl gibt es nicht. Außerdem kommt es nicht nur auf die Anzahl der Vorstrafen, sondern auch auf andere Kriterien an; z.B. die Vorstrafenschwere, den Zeitverlauf seit der letzten Vorstrafe. Es ist erwähnenswert, dass nach einer Ansicht das PLM-Modell auf den obersten Bereich der Tatschwere überhaupt keine Anwendung finden sollte (z.B. Kapital- und Sexualverbrechen), da das Verhältnis der Tatschwere zur Toleranz umgekehrt proportional sei; dazu *Roberts* (Fn. 16), S. 150 f., 157 Fn. 4; vgl. § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB: „[wenn die] Freiheitsstrafe [...] zwei Jahre nicht übersteigt“.

¹⁰⁶ Dazu *Dreher*, in: *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Heft 3, 1977, S. 37 (39); *Bruns* (Fn. 34), S. 250; vgl. *Niemöller*, *GA* 2012, 337 (352 Fn. 89): „Gemeint sind potenziell erhebliche Umstände, die im jeweiligen Fall aber aktuell wertneutral bleiben.“

¹⁰⁷ Zum Vorwurf siehe *Fletcher* (Fn. 45), S. 460 ff.; *Singer* (Fn. 69), S. 67; *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 892 Fn. 39; *Reichert* (Fn. 7), S. 155 f.; zu seiner Widerlegung *v. Hirsch*, *Minnesota Law Review* 65 (1981), 591 (615, insb. S. 623 Abb. III.).

tet werden.¹⁰⁸ Dieser Grundsatz wird z.T. mit dem Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) und der Rechtsfigur des normativen Normalfalls in Verbindung gebracht.¹⁰⁹ Bejaht man – anders als der *Große Strafsenat* des BGH – die Rechtsfigur des normativen Normalfalls im Sinne einer (normativen) Neutralausprägung von einzelnen Strafzumessungsumständen,¹¹⁰ dann stellt man fest, dass gemäß den Vorgaben des PLM-Modells der normative Normalfall der Vorstrafenbelastung erst nach ca. drei oder vier Verurteilungen erreicht wird.¹¹¹

¹⁰⁸ Zur verbreiteten Akzeptanz dieses Grundsatzes (und seiner Umkehrung) in der Theorie und Praxis bis zum Ur. BGHSt (GS) 34, 345 siehe eingehend *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 162 ff. m.w.N.; dem Grundsatz zustimmend *Niemöller*, GA 2012, 337 (345); *Frisch*, GA 1989, 338 (366); abl. *Foth*, JR 1985, 397 (398); BGHSt (GS) 34, 345 (348 f.); einschränkend hinsichtlich Reichweite und praktischer Relevanz *Hettinger* (Fn. 9), S. 1157, 1161, 1179 Fn. 145.

¹⁰⁹ Zur Verbindung des Grundsatzes mit dem Doppelverwertungsverbot *Weßlau*, StV 1991, 259 (260); BGH JR 1980, 335; abl. *Fahl* (Fn. 108), S. 164; zur Verbindung des Grundsatzes mit einem „Normalfall als Ausgangswert“ BGHSt (GS) 34, 345 (348); zur Herleitung des normativen Normalfalls (bzw. des Regeltatbildes) aus einer Extension des Doppelverwertungsverbotes siehe *Streng* (Fn. 7), Rn. 705; die extensive Anwendung des § 46 Abs. 3 StGB auf nicht tatbestandlich vertyppte aber regelmäßig mit der Verwirklichung eines Tatbestandes verbundene Umstände bejahend *Neumann*, StV 1991, 256 (257 f.); abl. *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1992, S. 155.

¹¹⁰ Den normativen Normalfall im Sinne einer neutralen Ausprägung von einzelnen Strafzumessungsumständen akzeptieren sogar Autoren, die dem normativen Normalfall als Kombination von mehreren neutral ausgeprägten Strafzumessungsumständen (und einer diesem neutralen Komplex angemessenen Normalstrafe) kritisch gegenüber stehen; so z.B. *Hörnle* (Fn. 7), S. 367, 380; ähnlich *Frisch*, GA 1989, 338 (355), der vom Regeltatbild spricht (*Frisch*, GA 1989, 338 [361]); zustimmend *Fahl* (Fn. 108), S. 129, 161 ff.; der *Große Senat* des BGH hat allerdings beide Auffassungen des normativen Normalfalls zurückgewiesen (BGHSt [GS] 34, 345 [349 ff.]); zu einer aktuellen und kritischen Bestandsaufnahme der ganzen Diskussion um neutrale Bezugspunkte der Strafzumessung siehe *Hettinger* (Fn. 9), S. 1153.

¹¹¹ Nach der Kohortenstudie von *Höfer* findet eine Übereinstimmung zwischen Delikts- und Sanktionsschwere erst bei der dritten bzw. vierten Registrierung einer Straftat in das Bundeszentralregister statt (*ders.* [Fn. 69], S. 132, Abb. 28 [im Bereich der mittleren Delikts- und Sanktionsquanten]); insofern erfüllt das PLM-Modell das Postulat des „Bodenkontaktes“ des normativen Normalfalls zur sozialen Wirklichkeit; zu diesem Postulat siehe *Grasnick*, JZ 1988, 157 (158); zustimmend *Neumann* (Fn. 2), S. 448; allerdings handelt es sich nur um eine partielle Deckung mit dem PLM-Modell, da *Höfer* über der Grenze der vier Registrierungen auch erhebliche Strafschärfungen feststellte. Die Ansicht des

III. Schlusswort

Sowohl die negative als auch die positive Rechtfertigung des PLM-Modells haben die Stärken dieses Ansatzes zur Geltung gebracht. Das durch *Andreas v. Hirsch* geprägte PLM-Modell sollte auch und gerade in der deutschen Strafzumessungswissenschaft Beachtung finden. In der Hoffnung und in der Überzeugung, dass dies in den kommenden Jahren der Fall sein wird, widme ich dem verehrten Jubilar und meinem zweiten Dissertationsbetreuer den vorliegenden Beitrag.

1. *Senats* des BGH (BGH StV 1988, 60), dass die Straffreiheit den gesetzlichen Normalfall der Vorstrafenbelastung bilde, weil sie von jedem Bürger erwartet werde, verkennt hingegen den Streitgegenstand, da sie nur eine triviale Umschreibung der Gesamtheit aller primären Verhaltensnormen darstellt; siehe näher *Giannoulis* (Fn. 59), 4. Kap. I. 8.2.2.1; ebenso wenig liegt aus statistischer Sicht das regelmäßige Erscheinungsbild aller Straftaten in der Ersttäterschaft; dazu siehe oben II. 1. a) bb) (2) a.E.; dem 1. *Senat* im Ergebnis zustimmend *Frisch*, GA 1989, 338 (358 Fn. 82); *Erhard* (Fn. 8), S. 301; *Ahlers-Grzibek*, Der normative Normalfall in der Strafzumessung, 2003, S. 155 ff.; krit. *Hörnle*, HRRS 2006, 75 (77).