

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 50

**Strafmilderungen
des Allgemeinen Teils des StGB
und das Doppelverwertungsverbot**

Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17
Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB

Von

Gerhard Timpe



Duncker & Humblot · Berlin

GERHARD TIMPE

**Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB
und das Doppelverwertungsverbot**

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 50

Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot

Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2,
17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB

Von

Dr. Gerhard Timpe



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Günther Jakobs, Regensburg

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Timpe, Gerhard:

Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und
das Doppelverwertungsverbot: Unters. zu d. §§ 23
Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 u. 46
Abs. 3 StGB / von Gerhard Timpe. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Strafrechtliche Abhandlungen; N.F., Bd. 50)

ISBN 3-428-05397-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05397 4

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Februar 1982 der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation vorgelegen. Herr Prof. Dr. *Jakobs* hat das Thema angeregt und zudem das Entstehen der Arbeit mit Geduld und großem Verständnis gefördert; dafür danke ich ihm herzlich. Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. *Schroeder* für die wohlwollende Befürwortung der Veröffentlichung und Herrn Prof. Dr. *Schmidhäuser* für die Aufnahme der Arbeit in die von ihm herausgegebene Reihe der Strafrechtlichen Abhandlungen.

Die nach dem Abschluß des Manuskripts im Mai 1982 erschienene Literatur ist noch bis zum Herbst 1982 in die Anmerkungen eingearbeitet worden. Bei der Dissertation von *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), Schriften zum Strafrecht, Band 45, wäre es jedoch durch bloße Vermerke im Text und in den Anmerkungen nicht mehr mit der nötigen Klarheit möglich gewesen, die Unterschiede in Ansatz und Ausgestaltung gegenüber der vorliegenden Arbeit herauszustellen. Die Unterschiede sollen deshalb hier kurz dargestellt werden.

Hettinger gelangt zu dem Ergebnis, „die Gesamtwürdigung des konkreten Falls hindert nicht, einzelne Tatsachen innerhalb des gefundenen (milderen) Rahmens nochmals zu verwerten“ (S. 197), so daß der Richter jedenfalls nicht des Doppelverwertungsverbots wegen gehindert sei, „bei der Rahmenwahl . . . alle strafzumessungsrelevanten Umstände . . . zu berücksichtigen“ (S. 187): „Rahmenbildend (sei) die Summe aller berücksichtigten Faktoren, mithin das Gesamtergebnis selbst“ (S. 192), da bei den fakultativen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB, in der Auslegung, die ihnen die Rechtsprechung gegeben habe, erst mittels einer „Gesamtwürdigung“ der „generelle Tattyp“ (S. 197) zu bestimmen sei; dafür sei „zu prüfen, ob im konkreten Fall eine Deliktsschwere erreicht ist, wie sie dem Gesetzgeber bei Schaffung des Regelstrafrahmens vorschwebt“ (S. 191). — Aber nicht die Zulässigkeit einer Doppelverwertung „strafrahmenbildender Umstände“ bei gebotener „Gesamtwürdigung“ von Tat und Täter schon als Voraussetzung der Strafrahmenwahl ist das Problem der fakultativen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB; denn bei gebotener „Gesamtwürdigung“ aber unzulässiger Doppelverwertung der bewerteten Umstände müßte die Strafzumessung nach dem gewählten Strafrahmen

mangels verwertbarer Strafzumessungstatsachen ausfallen — ein nach der Ausgestaltung des positiven Rechts kaum plausibles Ergebnis. Problem der fakultativen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB ist vielmehr, ob eine „Gesamtwürdigung“ von Tat und Täter überhaupt zulässig ist; ein Problem, das *Hettinger* freilich nicht behandelt: „Nicht weiter vertieft werden soll hier, welche Umstände zur Strafraumenwahl herangezogen werden dürfen“, „weil dies ein Problem der ratio der einzelnen Vorschriften (sei), die eine Rahmenmilderung lediglich zulassen“ (S. 188). — Hier setzt die vorliegende Arbeit an, die zu zeigen versucht, daß eine „Gesamtwürdigung“ von Tat und Täter als Voraussetzung der Strafraumenwahl schon deshalb verfehlt ist, weil sie den in der Strafzumessungsdogmatik erreichten Diskussionsstand souverän leugnet: Die „Deliktsschwere“ kann nicht, wie *Hettinger* (S. 191) wohl meint, absolut bestimmt werden, sondern nur relativ zu einem gegebenen Strafsystem. Bei dieser Lage ist aber ein Vorgehen bei der Strafraumenwahl verfehlt, bei dem, wie es bei *Hettinger* (S. 214) heißt, mit der „quantitativen Bewertung der Tat“ über den anzuwendenden Strafraumen entschieden werden soll, obgleich nur anhand eines bekannten — des anzuwendenden — Strafraumens die „Deliktsschwere“ überhaupt erst ermittelt werden kann (vgl. 1. Teil. II. B. 3.). — Statt um eine „Gesamtwürdigung“ von Tat und Täter muß es bei der Strafraumenwahl bei den fakultativen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB deshalb um die Bildung konkretisierender Fallgruppen zu den einzelnen Strafmilderungen gehen, wie sie auch das Gesetz beschrieben hätte, wenn es ihm auf eine rechtssichere Handhabung der Strafraumenwahl in diesen Fällen angekommen wäre. Der Aufgabe, solche konkretisierenden Fallgruppen von Strafmilderungsgründen zu erarbeiten, unterzieht sich die vorliegende Arbeit in ihrem 2. Teil in den Abschnitten 1. - 4.

Regensburg, im März 1983

Gerhard Timpe

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Strafrahmenwahl und Gesamtbetrachtung bei den nach § 49 Abs. 1 StGB zugelassenen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB, den besonders schweren Fällen und den minder schweren Fällen	21
I. Der Meinungsstand	21
A. Die Strafrahmenwahl beim Versuch (§ 23 Abs. 2 StGB)	21
B. Die Strafrahmenwahl bei besonders schweren Fällen	22
C. Die Strafrahmenwahl bei den minder schweren Fällen	27
D. Das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB und die Doppelverwertung „strafrahmenbildender“ Umstände	29
1. Die Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre	29
2. Die Lehre Dreher's	30
II. Zur Kritik einer Gesamtbetrachtung als Voraussetzung der Strafrahmenwahl bei den nach § 49 Abs. 1 StGB zugelassenen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB, den besonders schweren Fällen und den minder schweren Fällen	32
A. Das Verbot der Doppelverwertung und die Gesamtbetrachtungslehren	32
1. Zu den Grundlagen des Doppelverwertungsverbot's des § 46 Abs. 3 StGB	32
a) Das Doppelverwertungsverbot als Ausfluß der „Arbeitsteilung von Gesetz und Richter“	32
b) Zu den Möglichkeiten und den Grenzen einer „Arbeitsteilung von Gesetz und Richter“	35
c) Folgerungen für Geltungsgrund und Geltungsumfang des Doppelverwertungsverbot's	41
2. Die eigene Lösung: Das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB als generalisierender Anwendungsfall der materiell-rechtlichen Pflicht zur Begründung der Strafzumessungsentscheidung	44
a) Prozessualer Begründungszwang (§ 267 Abs. 3 StPO) und materiell-rechtliche Begründungspflicht der Strafzumessungsentscheidung	44
b) Folgerungen für Geltungsgrund und Geltungsumfang des Doppelverwertungsverbot's	45
aa) Das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen	45

bb) Die Modalitäten der Tatbestandsverwirklichung als erlaubte Strafzumessungsgründe	50
cc) Zu den Erweiterungen des Doppelverwertungsverbots über Tatbestandsmerkmale hinaus	54
aaa) Der Meinungsstand	54
bbb) BGH MDR 1953, S. 148	56
ccc) Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung des Zwecks der Strafvorschrift und der Strafzwecke im Rahmen der Strafzumessung	57
3. Zusammenfassung	63
B. Materiell-rechtliche und strafzumessungsmethodische Unzulänglichkeiten der Gesamtbetrachtungslehren	64
1. Die Kritik Arzts an der Gesamtbetrachtung bei den besonders schweren Fällen	65
2. Die Beschränkung der fakultativen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB auf Versuch, Unterlassen usw. und die Gesamtbetrachtungslehren	65
3. Das Verhältnis von Schuldquantifizierung, Gesamtbetrachtung und Strafrahmen	67
4. Rechtssicherheit bei der Strafrahmenwahl und Gesamtbetrachtung; zugleich zu den Bedingungen der Schuldquantifizierung	71
5. Die Überschneidungen von Regel- und Sonderstrahmen und die Gesamtbetrachtungslehren	81
III. Die nach § 49 Abs. 1 StGB zugelassenen fakultativen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB, die besonders schweren Fälle und die minder schweren Fälle als Anordnung einer generellen Strafrahmenerweiterung	82
A. Der Meinungsstand	82
B. Kritik der Lehre von den „Strafrahmenerweiterungen“	83
IV. Zusammenfassung	88

Zweiter Teil

Die fakultativen Strafmilderungen für den Versuch (§ 23 Abs. 2 StGB), das Unterlassen (§ 13 Abs. 2 StGB), das Handeln in vermeidbarer Rechtsunkenntnis (§ 17 Satz 2 StGB) und den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB)	91
--	----

Erster Abschnitt

<i>Die fakultative Strafmilderung beim Versuch (§ 23 Abs. 2 StGB)</i>	91
---	----

I. Die Bedeutung der Erfolglosigkeit für die Strafzumessung beim Versuch	91
--	----

A. Der Meinungsstand	92
1. Die strafmildernde Berücksichtigung der Erfolglosigkeit als „verkappte Zufallshaftung“	92
2. Die Lehren Zielinskis, Armin Kaufmanns und Horns	93
3. Die Erfolglosigkeit des Versuchs als stets strafmildernde Strafzumessungstatsache	95
B. Die eigene Lösung: Die Strafmilderung gilt auch für den beendeten Versuch obligatorisch	99
II. Die Voraussetzungen der Strafrahenwahl beim Versuch	102
A. Der Meinungsstand	102
1. Die Lehren Germanns und Welzels	102
2. Die Lehre Zielinskis und Armin Kaufmanns	105
3. Die Lehre Dreher's von den „versuchsbezogenen“ Strafzumessungsgründen	106
B. Die eigene Lösung: Fallgruppendifferenzierung und Strafrahenwahl beim Versuch	107
1. Grundlagen	107
2. Der „grob unverständige Versuch“ (§ 23 Abs. 3 StGB) und die Strafrahenwahl beim Versuch	109
a) Der „grob unverständige Versuch“ als angefangene (evident) inadäquate Kausalität	109
aa) Der Meinungsstand	109
bb) Adäquanz und Zurechnung beim Versuch	110
b) Der „grob unverständige Versuch“ als (evidenter) nomologischer Irrtum des Täters	118
aa) Der Meinungsstand	118
bb) Zur Kritik dieser Lösung	120
c) Zum Begriff des „grob Unverstandes“ und zur Strafrahenwahl beim Versuch	121
3. Rücktrittsähnliches Verhalten und Strafzumessung beim Versuch	127
a) Grundlagen	127
b) Die Strafrahenwahl beim unbeendeten Versuch; zugleich zum fehlgeschlagenen Versuch	132
c) Die Strafrahenwahl beim beendeten Versuch	142
III. Zusammenfassung	149

Zweiter Abschnitt

<i>Die fakultative Strafmilderung für das Garantenunterlassen</i> (§ 13 Abs. 2 StGB)	152
---	-----

I. Die Diskussion über die Angemessenheit einer fakultativen Strafmilderung für das Garantenunterlassen	152
---	-----

A. Ablehnende Stimmen	152
1. Die Forderung nach einer „doppelten Gleichstellungsprüfung“ als Grund der Gleichwertigkeit von Tun und Garantenunter- lassen	152
a) Der E 1962	152
b) Die Lehre Androulakis	152
c) Kritik der Notwendigkeit einer „zweistufigen“ Gleichstel- lungsprüfung in allen Fällen des Garantenunterlassens	153
2. Die Lehre H. Mayers	155
B. Die Begründungen für die Angemessenheit einer fakultativen Strafmilderung für das Garantenunterlassen	156
1. Die Begründungen in der älteren Lehre	156
2. Die Begründung des 2. StrÄndG	157
3. Die Verhaltensdifferenz von Tun und Unterlassen als Grund minderer Strafwürdigkeit des Garantenunterlassens	158
a) Die Lehre Armin Kaufmanns	158
b) Die Lehre Roxins	159
c) Die Lehre Herzbergs	160
C. Zur Kritik der These, aus der Verhaltensdifferenz von Tun und Unterlassen folge die Notwendigkeit einer fakultativen Strafmil- derung für das Garantenunterlassen; zugleich zu den Verkehrs- pflichten, zur Ingerenz und zu den „fürsorgerischen Garantiever- hältnissen“	161
1. Die Verkehrspflichten	162
2. Die Haftung aus „vorangegangenem gefährdenden Tun“	163
a) Die Lehre Schünemanns	163
b) Zur Kritik der Verbindung von Unterlassung mit Solidarität	169
c) Der Grund der Zurechnung bei der Ingerenz	171
aa) Zurechnung beim Begehen: das Zurechnungssubjekt als System	171
bb) Zurechnung bei den Verkehrspflichten: über Werkzeuge und Hilfsmittel definierte Systeme	174
cc) Zurechnung bei der Ingerenz: über (revozierbare) Hand- lungsfolgen definierte Systeme	176
d) Zum Haftungsumfang bei der Ingerenz	178
aa) Zur Kritik der Adäquanzlösung	178
bb) Die Lehre Pfeleiderers	180
cc) Zur Kritik der Rechtswidrigkeitslösung	181
e) Zusammenfassung	187
3. Die „fürsorgerischen Garantieverhältnisse“	188
a) Zum Haftungsgrund bei den „fürsorgerischen Garantiever- hältnissen“	188
b) Zum Haftungsumfang bei den „fürsorgerischen Garantiever- hältnissen“	190

aa) Die als Garanten verpflichtenden sozialen Sonderbeziehungen	190
bb) Zum Pflichtenumfang der Garanten	194
c) Zusammenfassung	197
II. Die Teilnahmelehre beim Garantenunterlassen und die Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB	197
A. Der „Einheitstäterbegriff“ beim Garantenunterlassen	197
B. Differenzierende Teilnahmelehren beim Garantenunterlassen	201
1. Die Lehre Schröders und Herzbergs	201
2. Kritik und eigene Lösung	203
C. Folgerungen für die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB	206
III. Die Auslegung des § 13 Abs. 2 StGB	206
A. Das begehensgleiche Unterlassen und die Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB	206
B. Zur Strafmilderung bei den „fürsorgerischen Garantieverhältnissen“	207
1. Das Unterlassen der Rettung aus Sonderlagen	207
2. Materialisierung des Garantenbegriffs und Strafmilderung	212
3. Das Mitverschulden des Opfers als Strafmilderungsgrund	214
IV. Zusammenfassung	217

Dritter Abschnitt

Die fakultative Strafmilderung beim Handeln in vermeidbarer Rechtsunkenntnis

222

I. Der Meinungsstand	222
A. Die Lehre Horns: Zugleich zur Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums	222
B. Die Lehre Roxins	227
C. Die Auslegung des § 17 Satz 2 StGB durch Rspr. und h. L.	229
1. Die fakultative Strafmilderung für ein Handeln in vermeidbarer Rechtsunkenntnis im AE und in den Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform	229
2. „Rechtsgleichgültigkeit“	230
3. Die Auslegung des § 17 Satz 2 StGB durch die Rspr.	231
4. Normatives und Psychisches bei der Strafzumessung bei einem Handeln in vermeidbarer Rechtsunkenntnis	232
II. Die eigene Lösung: Bildung von Fallgruppen unterschiedlicher Strafwürdigkeit für die Strafrahmenwahl bei einem Handeln in vermeidbarer Rechtsunkenntnis	238

A. Die Entlastung des in Rechtsunkenntnis Handelnden als Ausfluß der Positivierung des Rechts	238
B. Der Lebenskreis des in Rechtsunkenntnis Handelnden als Anknüpfungspunkt für eine Fallgruppendifferenzierung	242
1. Grundlagen	242
2. Einzelne Fallgruppen	245
a) Der Rechtsirrtum über Angelegenheiten des eigenen Lebenskreises	245
b) Rechtsirrtum und Strafmilderung beim Überschreiten der Grenzen des eigenen Lebenskreises	248
c) Rechtsänderungen, Rechtsirrtum und Strafmilderung	252
III. „Bedingtes Unrechtsbewußtsein“ und Strafmilderung nach § 17 Satz 2 StGB	253
A. Der Meinungsstand	253
B. Zu den Möglichkeiten einer Strafmilderung beim Handeln mit „bedingtem Unrechtsbewußtsein“	255
IV. „Täterschuld“ und Strafzumessung beim Handeln in vermeidbarer Rechtsunkenntnis	260
A. Der Meinungsstand	260
B. „Täterschuld“ als Maßstabsbegriff	264
V. Zusammenfassung	271

Vierter Abschnitt

Die fakultative Strafmilderung für den Verursacher einer Notstandsfrage und für den sonst den Umständen nach zur Gefährdung Verpflichteten (§ 35 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz StGB) 275

I. Zum Grund der Entschuldigung des Notstandstäters und zur Auslegung der fakultativen Strafmilderung des § 35 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz StGB	275
A. Die fakultative Strafmilderung des § 35 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz StGB im E 1962 und im AE	275
B. Die „psychische Drangstärke“ der Notstandsfrage als Grund der Entschuldigung	277
1. Die Lehren Schröders und Braunecks	277
2. Die Lehre Bockelmanns	278
3. Die Lehre Gallas	279
4. Die Lehre Maurachs	279
5. Zur Kritik einer subjektiven Deutung des entschuldigenden Notstandes	280
6. Die Lehre Schmidhäusers	282

C. Das Zusammentreffen einer Unrechtsminderung und einer Minderung der Schuld als Grund der Entschuldigung des Notstandstäters	284
1. Die Lehre Armin Kaufmanns	284
2. Die Lehre Rudolphis	285
3. Die Grenzen des entschuldigenden Notstandes des § 35 Abs. 1, Satz 1 StGB und die fakultative Strafmilderung des § 35 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz StGB in dieser Sicht	286
4. Stellungnahme	289
D. Die normative Deutung des entschuldigenden Notstandes in der Lehre Roxins	294
E. Die eigene Lösung	297
1. Zum Grund der Entlastung des Notstandstäters	297
2. Die Gefahrtragungspflichten des § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB	304
a) Die „besonderen Rechtsverhältnisse“	304
b) Das „Verursachen“ einer Notstandslage	307
aa) Der Begriff des „Verursachens“	307
bb) Zur Strafmilderung für den „Verursacher“ einer Notstandslage	312
c) Die Verpflichtung zur Gefahrtragung sonst nach den Umständen i. S. d. § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB	313
aa) Fallgruppen einer Gefahrtragungspflicht	313
bb) Zur Strafmilderung für den sonst den Umständen nach zur Gefahrtragung Verpflichteten	315
II. Zusammenfassung	317

Dritter Teil

Zusammenfassung	320
------------------------	------------

Literaturverzeichnis	331
-----------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, vorgelegt von Jürgen Baumann u. a., 2. Aufl., Tübingen 1969
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
amtl. Begr.	amtliche Begründung
ÄndG	Änderungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Jahr und Seite)
Art.	Artikel
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (zitiert nach Band und Seite)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge (seit 1950) (zitiert nach Jahr und Seite)
BayZRPf	Bayerische Zeitschrift für Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)
Begr.	Begründung
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (zitiert nach Band, Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BRDrS	Drucksache des Bundesrates
BT	Besonderer Teil
BTDrS	Drucksache des Deutschen Bundestages
BTDrS V/4094	Erster schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode
BTDrS V/4095	Zweiter schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
DAR	Deutsches Autorecht, hrsg. vom Allgemeinen Deutschen Automobil-Club (zitiert nach Jahr und Seite)
DJ	Deutsche Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)

DJT	Deutscher Juristentag. Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStr	Deutsches Strafrecht, Neue Folge (zitiert nach Jahr und Seite)
E	Entwurf
E 1922	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Entwurf Gustav Radbruch), 1922, Tübingen 1952
E 1925	Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung (Reichsratsvorlage)
E 1960	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bundestagsdrucksache III/2150 vom 3. November 1960
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, Bundestagsdrucksache IV/650 vom 4. Oktober 1962 (= Bundestagsdrucksache V/32 vom 11. November 1965)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (zuvor: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht) (zitiert nach Jahr und Seite)
GA	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Th. Goldammer, 1880 - 1933 (zitiert nach Band und Seite); Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1953 ff. (zitiert nach Jahr und Seite)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949, BGBl. S. 1
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Band und Seite)
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (bis 1927: Die Rechtsprechung, Beilage zur Zeitschrift Juristische Rundschau) (zitiert nach Jahr und Nummer)
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JMBI NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
JRR	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
Lb	Lehrbuch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Lindenmaier-Möhring u. a., 1951 ff. (zitiert nach Nummer und §)
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (zitiert nach Jahr und Seite)
NArchCrim	Neues Archiv des Criminalrechts
Nds.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 1 Bonn 1956, Bd. 2 bis 6 Bonn 1958, Bd. 7 bis 11 Bonn 1959, Bd. 12 bis 14 Bonn 1960
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24. 5. 1968 (BGBl. I S. 481)
Protokolle	Protokolle des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform (zitiert nach Wahlperiode und Seite)
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rdn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz; Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahr und Seite)
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, verfaßt von Rudolphi, Horn, Samson, Schreiber, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Frankfurt 1977; Bd. 2, Besonderer Teil, Lose-Blatt-Ausgabe, 2. Aufl., 1. Lieferung März 1980, verfaßt von Rudolphi, Horn und Samson
sog.	sogenannt
StÄndG	Strafrechtsänderungs-Gesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung i. d. F. v. 7. 1. 1975 (BGBl. I, S. 129)
str.	streitig
StVO	Straßenverkehrsordnung
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Bd. I - VI, 1908
vgl.	vergleiche

VRS	Verkehrsrechtssammlung (zitiert nach Band und Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (zitiert nach Jahr und Seite)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite)

Erster Teil

Strafrahmenwahl und Gesamtbetrachtung bei den nach § 49 Abs. 1 StGB zugelassenen Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB, den besonders schweren Fällen und den minder schweren Fällen

I. Der Meinungsstand

A. Die Strafrahmenwahl beim Versuch (§ 23 Abs. 2 StGB)

1961 entschied der *Bundesgerichtshof*, es müsse „dem Tatrichter überlassen bleiben“, „seine Entscheidung (über die Strafrahmenwahl bei versuchter Tat nach den §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB) aufgrund einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinne sowie der Persönlichkeit des Täters zu treffen, um die versuchte Tat als Ausfluß der Täterpersönlichkeit in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung voll zu erfassen“.¹ Ein Jahr später — 1962 — ist von „tatrichterlichem Ermessen“ bei der Strafzumessung beim Versuch — was die Auswahl der dabei zu berücksichtigenden Strafzumessungsgründe anbelangt — nicht mehr die Rede: „Maßgebend für die Wahl des Strafrahmens wie für die Straffestsetzung (hat) die Gesamtbeurteilung aller wesentlichen Tatumstände und der Täterpersönlichkeit zu sein.“²

Der *Bundesgerichtshof* begründet die Notwendigkeit einer „Gesamtschau“ aller Strafzumessungsgründe als Voraussetzung der Strafrahmenwahl damit, eine „Aufteilung“ der Strafzumessungsgründe sei weder nach brauchbaren, überzeugenden Maßstäben möglich noch sachgemäß noch gerecht noch vom Gesetz geboten. Beim untauglichen oder soeben erst begonnenen, noch durch wenige Besonderheiten gekennzeichneten Versuch verbiete sich eine Trennung schon von selbst. Je mehr der Versuch andererseits der Vollendung näher gerückt sei, um so mehr deckten sich die wesentlichen Strafzumessungstatsachen für

¹ BGHSt. 16, S. 351 ff. (353).

² BGHSt. 17, S. 266 f. (266); ebenso BGH GA 1965, S. 204; BGH MDR 1962, S. 748; aus der Literatur Jagusch, LM § 44 Nr. 10; Fränkel, LM Nr. 8 zu § 44 StGB; Bruns, Strafzumessungsrecht², S. 443 ff.; ders., Leitfaden, S. 146; Busch, in: LK⁹, § 44 Rdn. 4; Maurach, AT⁴, S. 516.

Versuch und Vollendung, so daß eine Unterscheidung der Strafzumessungstatsachen hier schon deshalb unangebracht und sachwidrig sei³.

Ähnlich hat *Jagusch* für eine „Gesamtschau“ aller Strafzumessungstatsachen, gleich, ob sie der objektiven oder der subjektiven Tatseite zugehörten, geltend gemacht, „das Rechtsgefühl“ sträube sich dagegen, „bei der Wahl des Strafraumens, also bei der Entscheidung über die mildere Strafe von Rechts wegen ignorieren zu müssen, ob der Versuchstäter bereits fünfmal einschlägig vorbestraft ist, oder ob es sich um eine einmalige Entgleisung handelt, die eher einen Denkkzettel rechtfertigt.“ Eine Aufteilung der Strafzumessungstatsachen führe „unvermeidbar zur willkürlichen Zerlegung einheitlicher Persönlichkeits- und Tatbilder“. Sie sei „chemisch rein“ nicht durchzuführen, da „vielfache Umstände objektiver und subjektiver Art ... auf beide Seiten dieser lediglich theoretisch gedachten Zäsur“ gehörten. Allein an die „Erfolglosigkeit“ für die Strafmilderung anzuknüpfen sei verfehlt: „Für sich allein genommen ist dieser Umstand nämlich rein formaler Natur. Er besagt lediglich, daß die Tat unvollendet geblieben ist. ... Bei der ungeheuren Verschiedenheit sämtlicher Versuchsmöglichkeiten und -stadien ist er geradezu sinnentleert“⁴.

B. Die Strafraumenwahl bei den besonders schweren Fällen

Die *Rechtsprechung* zur Strafmilderung beim Versuch ist — was die Berücksichtigung aller strafzumessungsrelevanten Umstände bei der Strafraumenwahl und der Strafzumessung nach dem gewählten Strafraumen anbelangt — keine Einzelerscheinung geblieben.

Auch bei den besonders schweren Fällen⁵ findet der „Grundsatz der Gesamtbewertung“⁶ seine Anwendung⁷. Das Spektrum der zu den be-

³ BGHSt. 17, S. 266 f. (267); zuvor BGHSt. 16, S. 351 ff. (353).

⁴ *Jagusch*, in: LM § 44 Nr. 10; ebenso *Busch*, in: LK⁹, § 44 Rdn. 4; *Bruns*, Strafzumessungsrecht², S. 445 f.

⁵ Die Gesetzgebungstechnik der besonders schweren Fälle und die Regelbeispielstechnik wird durchweg als Versuch begriffen, das Spannungsverhältnis zwischen „Rechtssicherheit“ durch Vertatbestandlichung erschwerender Umstände auf der einen, und „Einzelfallgerechtigkeit“ bei den herkömmlich kasuistisch formulierten Qualifizierungen auf der anderen Seite, aufzulösen: Der Gesetzgeber könne durch Aufnahme zahlreicher erschwerender Umstände als Tatbestandsmerkmale in den Tatbestand enge Strafraumen schaffen, Strafzumessung damit weitgehend antizipieren (dazu *Schröder*, *Mezger-Festschrift*, S. 428); oder es könne allgemeine Tatbestände mit weiten Strafraumen aufstellen und so dem Richter mehr Freiheit bei der Strafzumessung im Einzelfall lassen. Der durch kasuistische Tatbestände erreichbaren Rechtssicherheit korrespondierten die bekannten Nachteile der Kasuistik: Uneinsichtige Grenzziehungen im Einzelfall (dazu *Wach*, VDA VI, S. 38 f.). Der Weite des richterlichen Strafzumessungsermessens bei allgemein gehaltenen Tatbeständen mit weiten Strafraumen korrespondierten dagegen Gefahren für Rechtssicherheit und Gleichmäßigkeit der Bestrafung (dazu

sonders schweren Fällen vorgeschlagenen Begriffsbestimmungen reicht von der häufig gebrauchten Formel, ein besonders schwerer Fall sei gegeben, „wenn die Tat bei Berücksichtigung aller Umstände die erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden und deshalb für den Spielraum des ordentlichen Strafrahmens schon bedachten Fälle an Strafwürdigkeit so übertrifft, daß der ordentliche Strafrahmen zur Sühne nicht aus-

Sarstedt, Gutachten zu 41. DJT, Bd. II D 40). Der Gesetzgeber habe zwischen diesen Extremen durch die besonders schweren Fälle einen Kompromiß zu finden versucht: Durch Bindung des richterlichen Strafzumessungsermessens an (relativ) enge Strafrahmen sollte eine Gleichmäßigkeit des Strafens erreicht werden; und durch elastisch formulierte Rechtsvoraussetzungen sollte „Einzelfallgerechtigkeit“ hergestellt, und so sowohl die Nachteile strenger Kasuistik, wie die weiter Strafrahmen vermieden werden (dazu *Dreher*, ZStW 77, S. 230 ff.). Sei es, daß benannte und unbenannte schwere Fälle einer Tatbestandsverwirklichung derart kombiniert wurden, daß „immer aber nicht nur“ wenn ein Beispiel verwirklicht wird, der Sonderstrafrahmen anzuwenden ist (wie bei §§ 292 Abs. 2; 293 Abs. 2 StGB; so *Wessels*, Maurach-Festschrift, S. 296; BGHSt. 5, S. 211 ff. (211); OLG Hamm, NJW 1962, S. 601; anders OLG Koblenz, JZ 1953, S. 278 f. mit zustimmender Anm. von *Maurach*); sei es, daß bei der Regelbeispielstechnik, „unbenannte“ mit „benannten“ erschwerenden Umständen derart kombiniert wurden, daß „nicht immer und auch nicht nur“ bei Vorliegen eines Beispiels auf den Sonderstrafrahmen umzuschalten ist (dazu *Wessels*, Maurach-Festschrift, S. 296); sei es, daß aussch. „unbenannte“ besonders schwere Fälle geschaffen wurden. Zur Bewertung der Regelbeispielstechnik und der Technik der besonders schweren Fälle vgl. *Kohlmann*, JZ 1970, S. 590 f. (: „Kaschierung gesetzgeberischer Unfähigkeit“); *Schönke / Schröder*¹⁷, § 243 Rdn. 1 a; *Maurach*, BT⁵, Nachtrag 1970, S. 17; *Dreher*, ZStW 77, S. 236.

⁶ *Dreher*, ZStW 77, S. 235.

⁷ Eine Gesamtbetrachtung aller für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände soll auch Voraussetzung für die Strafmilderung bei § 21 StGB sein (vgl. BGHSt. 7, S. 28 ff.; BGHSt. 16, S. 351 ff.). Zur Begründung meint der BGH (BGHSt. 7, S. 28 ff.), es gebe für die Strafzumessung bei § 21 StGB nur zwei mögliche Alternativen: Entweder sei der Strafzumessung ein Schuldgehalt der Tat zugrunde zu legen, der sich „allein nach dem Grad der Zurechnungsfähigkeit“ des Täters bestimme (womit aus der fakultativen Strafmilderung des § 21 StGB eine obligatorische würde); oder es sei von einem Schuldgehalt der Tat auszugehen, bei dem es auf die „gesamten Umstände“ ankomme, die „die Tat der Schuldseite nach als mehr oder minder schwer erscheinen“ ließen (BGHSt. 7, S. 28 ff. (31)); lege man diese Auffassung zugrunde, ergebe die fakultative Strafmilderung des § 21 StGB einen Sinn: Dann sei es nämlich durchaus denkbar, „daß die Tat trotz erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit des Täters ihrem Schuldgehalt nach immer noch schwerer wiegt, als der denkbar leichteste Regelfall“ (BGHSt. 7, S. 28 ff. (31)). Den Meinungsstand eingehend darstellend *Bruns*, Strafzumessungsrecht⁸, S. 512 ff.; *ders.*, Leitfaden, S. 119 ff., 174 ff. Gegen eine Gesamtbetrachtung für die Fälle des § 21 StGB aber *Schweling*, MDR 1971, S. 971 ff. — Zum Unterlassen, § 13 Abs. 2 StGB: Für die Strafrahmenwahl maßgebend sei eine „Gesamtschau der tat- und täterbezogenen Umstände“, *G. Hirsch*, in: LK¹⁰, § 46 Rdn. 44; ebenso BGH NJW 1982, S. 393. Für das Handeln in einem vermeidbaren Verbotsirrtum, § 17 Satz 2 StGB: Über die Strafrahmenwahl entscheide eine Gesamtbetrachtung „aller wesentlichen Tatumstände und der Täterpersönlichkeit“, *G. Hirsch*, in: LK¹⁰, vor § 46 Rdn. 41; § 46 Rdn. 74.