

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 96

**Zur Bedeutung
des Regeltatbildes bei
der Bemessung der Strafe**

Von

Christian Fahl



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN FAHL

**Zur Bedeutung des Regeltatbildes
bei der Bemessung der Strafe**

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder

ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 96

Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe

Von

Christian Fahl



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Werner Beulke, Passau

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Fahl, Christian:

Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe /
von Christian Fahl. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 96)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08711-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-08711-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 (∞)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Wintersemester 1994 / 95 als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript ist im Sommer 1994 abgeschlossen worden. Später erschienene Literatur ist, soweit erreichbar, noch in den Fußnoten berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt Prof. Dr. Werner Beulke, der das Thema angeregt und die Entstehung der Arbeit stets gutwillig befördert hat. Dank schulde ich aber auch dem Zweitgutachter Prof. Dr. Martin Fincke, an dessen Lehrstuhl ich während der Zeit, in der diese Arbeit entstand, als Mitarbeiter arbeiten durfte.

Für die Hilfe bei der Erstellung der Reinschrift und der Korrektur bedanke ich mich bei Frau Gabriele Sicklinger, Alexandra Horschitz, Bettina Runge, Bernhard Böllinger und Corinna Wegener sowie bei Bodo Wiegand für die Hilfe bei der Formatierung.

Schließlich habe ich der Konrad-Adenauer-Stiftung für die Aufnahme in die Promotionsförderung zu danken sowie den Professoren Dres. F. - C. Schroeder und Schmidhäuser für die Aufnahme der Arbeit in die von ihnen betreute Reihe. Gewidmet ist die Arbeit meinen lieben Eltern.

Rostock, im Juli 1995

Christian Fahl

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
------------------	----

Erster Teil: Das Regeltatbild in der Strafzumessungslehre

Erstes Kapitel

Vereinbarkeit des Regeltatbildes mit Umfang und Grenzen des DVV nach § 46 Abs. 3 StGB

I. Entstehungsgeschichte	15
II. Geltungsgrund	18
1. Das DVV als Mißgriff des Gesetzgebers	18
2. Das DVV als materiell-rechtliche Konsequenz des Grundsatzes "ne bis in idem"	20
3. Das DVV als Ausfluß der Arbeitsteilung von Gesetzgeber und Richter.....	22
4. Das DVV als "Verstoß gegen die Notwendigkeit individueller Tatschuld- wertung"	23
5. Das DVV als "generalisierender Anwendungsfall der materiell-rechtlichen Begründungspflicht"	24
6. Das DVV des § 46 III StGB als schlichtes logisches Prinzip	27
III. Zur Reichweite des DVV	29
1. Tatbestandsmerkmale und deren Konkretisierungen und Modalitäten	29
2. Exkurs: Ungleichwertige Tatbestandsalternativen	39
3. "Tatbestandsähnliche" Merkmale von (benannten) besonders schweren und minder schweren Fällen	45
4. Die Geltung des DVV bei unbenannten besonders schweren und minder schweren Fällen	48
5. Rechtswidrigkeits- und schuld begründende sowie sonstige unrechts- begründende Merkmale.....	53
6. Gesetzeszweck, kriminalpolitischer Grundgedanke, gesetzgeberische Intentionen und Motive des Gesetzgebers	57
a) Die ältere Rechtsprechung	57

b) Die Entscheidung BGH MDR 1953, 148.....	60
c) Stellungnahme	63
7. Die regelmäßigen oder typischen Begleitumstände und Tatfolgen (Regeltatbild).....	68
a) Bisherige Rechtsprechung.....	68
b) Bisherige Literatur.....	77
c) Das 2. Samenergußurteil	79
d) Die Literatur zur Neubestimmung der Grenzen des DVV.....	84
e) Problemstellung	85
f) Stellungnahme	92
IV. Zusammenfassung	96

Zweites Kapitel

Die Stellung des "Regeltatbildes" in einem mehrphasigen Modell der Strafzumessung

I. Die Strafzumessungsmodelle	100
1. Reale, finale und logische Strafzumessungsgründe.....	100
2. Das Fünfstufen- bzw. Siebenstufenmodell.....	104
3. Kritik am Fünf-Phasen-Modell.....	110
II. Das "Regeltatbild" auf der 3. Stufe	112
1. Die Kategorie der schlicht-relevanten Umstände	112
2. Die Problematik strafzumessungsrechtlicher Relationsbegriffe.....	115
3. Kandidaten für den Ausgangspunkt der Bewertungsrichtung	119
a) Die Extreme: Tatbestandliches Minimum und Maximum.....	119
b) Die Fälle: Normativer Normalfall, Regelfall und Ankerfall.....	121
aa) Regel- und Normalfall	121
bb) Das Konzept der Benutzung von Ankerfällen	130
c) Die Wertung: das Regeltatbild	132
4. Anwendung, Funktion und Grenzen des Regeltatbildes am Beispiel der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere des Samenergußurteils	138
a) Der Umstand der ungeschützten Durchführung des Geschlechts- verkehrs	138
b) Der Samenerguß in die Scheide.....	141
c) Der Streit um die "Vorsatzformen"	150
d) Die Vorstrafenfrage	155
5. Zum Fehlen eines Strafmilderungsgrundes als Strafschärfungsgrund und umgekehrt.....	162

a) Der Grundsatz in Literatur und Rechtsprechung bis zum Jahre 1987.....	162
b) Die Plenarentscheidung des Großen Senats	166
c) Folgen und Reaktionen	170
d) Stellungnahme	172
6. Zum Problem "negativer" Formulierungen	174
III. Das "Regelatbild" auf der 5. Stufe	180
1. Die Rationalität der "Umwertung"	180
2. Die Theorie von der kontinuierlichen ("ungefähren") Schwereskala	182
3. Einwände gegen die Theorie der kontinuierlichen Schwereskala	186
a) Das Problem der Extrempositionen	186
b) Andere Motive für die Aufstellung der Strafrahen	188
c) Überproportionales Ansteigen des Strafleidens mit zunehmender Dauer	189
d) Historischer Wandel	190
e) Änderungen des Strafrahmens	192
f) Strafrahenlogik	193
g) Zirkelhaftigkeit	197
4. Die Suche nach der "Einstiegsstelle"	198
a) Die Entscheidung BGHSt 27, 2 (4)	198
b) Der theoretische (denkmäßige, gedankliche) Durchschnittsfall	203
c) Der praktische (tatsächliche, statistische) Durchschnittsfall	206
d) Das "Regelatbild" als Einstiegsstelle.....	214
5. Stellungnahme zum Streit um die "richtige" Einstiegsstelle	219
a) Zum Wert einer "Einstiegsstelle"	219
b) Ablösung der "Einstiegsstelle" durch Wertgruppen	224
IV. Zusammenfassung	230

Zweiter Teil: Das Regelatbild in der Konkurrenzlehre

Erstes Kapitel

Die Verwandtschaft von Strafzumessungslehre und Konkurrenzentscheidung

I. Strafzumessung und Strafbemessung	238
II. Die Problematik der Mehrfachverwertungen	240
III. Das Grundproblem von Kern- und Randzone	244

*Zweites Kapitel***Die Lehre von der Gesetzeseinheit**

I. Der Begriff	250
II. Generalisierende und individualisierende Theorie	253
III. Einheits- und Differenzierungstheorie	257
IV. Die begriffslogische Struktur	261
1. Heterogenität	261
2. Identität	267
3. Subordination	269
4. Interferenz	278
V. Das ungelöste Problem der Konsumtion	287
1. Die begriffslogische Struktur der Konsumtion	287
2. Das wertende Prinzip in der Konkurrenzlehre	293
3. Vergleich von strafzumessungs- und konkurrenzrechtlichem Regeltatbild	303
4. Konsequenzen für die Systematisierung der Gesetzeskonkurrenz	305
VI. Die Rechtsfolgen der Gesetzeseinheit	308
1. Ausgangspunkt	308
2. Meinungsstand	310
a) Die Lehre von der absoluten Deliktsexklusion	310
b) Die heute h.L. und Rspr.	311
c) Die Meinung von Puppe	314
d) Die Lehre von Geerds	316
e) Der Standpunkt von Maurach	317
f) Der Meinungsstand in Österreich	318
3. Stellungnahme	319
a) Der Einwand der Gleichbehandlung mit der Idealkonkurrenz	319
b) Das "Schlechterstellungsargument"	320
c) Der Einwand des Doppelverwertungsverbot	322
d) Folgerungen aus dem Regeltatbild	328
e) Fazit	330
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	333
Literaturverzeichnis	339

Einleitung

Das "Regeltatbild" ist nicht neu. Seit langem kursieren in der Rechtsprechung eine ganze Reihe ähnlicher Umschreibungen: Regelbild,¹ übliches,² regelmäßiges³ oder typisches Tatbild,⁴ regelmäßiges Erscheinungsbild,⁵ gewöhnliches Bild.⁶ Auch vom normalen Erscheinungsbild,⁷ bzw. dem "Normalbild"⁸ ist die Rede.

Der Begriff "Regeltatbild" taucht zuerst auf bei Holtz.⁹ Begriff und Fundstelle werden in die 2. Auflage des Bruns'schen Leitfadens übernommen, die 1985 erscheint.¹⁰ Anlässlich dieser Entscheidung setzt sich Hettinger kritisch damit auseinander.¹¹ Frisch erhebt es zu einem terminus technicus, zu einem eigenen "Topos".¹² So findet der Begriff auch Eingang in die Kommentarliteratur.¹³ Im selben Jahr wie Frisch diskutiert auch Streng das "Regeltatbild" unter einer Reihe anderer Begriffe, im Ergebnis lehnt er es ab.¹⁴ Dennoch

¹ BGH StV 1982, 70.

² BGH bei *Theune*, NSTZ 1986, 157.

³ *Mösl*, DRiZ 1979, 168.

⁴ BGH bei *Mösl*, NSTZ 1982, 152.

⁵ Z.B. BGH StV 1986, 430; BGH bei *Mösl*, NSTZ 1982, 152; 1983, 164; bei *Theune*, NSTZ 1987, 163; 1987, 495; bei *Detter*, NSTZ 1990, 177.

⁶ OLG Düsseldorf, StV 93, 76.

⁷ Z.B. BGH, NSTZ 1985, 215 = 1. Samenergußurteil.

⁸ OLG Düsseldorf, StV 1993, 76.

⁹ BGH bei *Holtz*, MDR 1978, 985; aus neuerer Zeit z.B. BGH bei *Detter*, NSTZ 1990, 177.

¹⁰ *Bruns*, 1985, S. 133.

¹¹ *Hettinger*, DVV, S. 155; *ders.* später noch einmal abl. zu dem Begriff, StV 1987, 148 u. 149.

¹² *Frisch*, GA 1989, 361 ff.

¹³ *Dreher / Tröndle*, § 46 Rdnr. 36; *Lackner*, § 46 Rdnr. 32; *Schönke / Schröder-Stree*, vor § 38 Rdnr. 42.

¹⁴ *Streng*, NSTZ 1989, 396.

widmet er ihm kurz darauf ein eigenes Unterkapitel in seinem Lehrbuch.¹⁵ Auch Detter trennt neuerdings in seiner Übersicht zum Strafzumessungsrecht, die zweimal jährlich erscheint und die Rechtsprechung auf diesem Gebiet zusammenstellt, auswertet und kommentiert, Doppelverwertungsverbot und "Regeltatbild".¹⁶ Ursprünglich von der Rechtsprechung zur Ausdehnung bzw. Absicherung des Doppelverwertungsverbot (DVV) benutzt, wird es von der Literatur bald auch zur Kennzeichnung bestimmter, mit dem DVV zusammenhängender, aber nicht mehr damit identischer Fragen benutzt. Bevor es aber wirklich zu einem eigenständigen "Topos" werden kann, muß es zu seinem Ursprung zurückverfolgt werden. Bei Neuentwicklungen dieser Art, nicht nur auf dem Gebiet des Strafzumessungsrechts, besteht stets die Gefahr unnützer Verkomplizierung und "Verwissenschaftlichung".¹⁷ Schon deshalb ist es an der Zeit für eine Bestandsaufnahme.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist ein Fall, den der Bundesgerichtshof¹⁸ am 14. 8. 1990 entschieden und der großen Widerhall in der Literatur gefunden hat.¹⁹ Es ging dabei um eine Vergewaltigung (§ 177 Abs. 1 StGB). Die Instanzgerichte hatten dazu festgestellt, daß es zum Samenerguß in die Scheide gekommen war und daß der Täter kein Kondom benutzte. Beide Umstände hat der BGH zu Lasten des Täters als strafscharfend verwertet. Der 1. Senat setzt sich damit von der Rechtsprechung eines anderen Senates ab, der im Jahre 1985 in einem ganz ähnlichen Fall entschieden hatte, daß dieselben Umstände die Strafe nicht schärfen könnten.²⁰ Zur Begründung stellte der 3. Senat damals darauf ab, daß sie "zum normalen Erscheinungsbild" des vom Tatbestand der Vergewaltigung erfaßten Unrechts gehörten und sah in ihrer Verwertung deshalb einen Verstoß gegen das "Doppelverwertungsverbot" (§ 46

¹⁵ *Streng*, Strafrechtl. Sanktionen, S. 206, wo das Regeltatbild sogar gleichrangig neben dem allgemeinen Doppelverwertungsverbot - gemeint ist § 46 Abs. 3 StGB - steht.

¹⁶ *Detter*, NSTZ 1990, 177; 1991, 274; 1991, 475 - inzwischen allerdings bereits wieder aufgegeben.

¹⁷ So der Vorwurf von *Bruns*, JR 1985, 174 an eine Arbeit, die sich ebenfalls mit dem Doppelverwertungsverbot befaßte.

¹⁸ BGHSt 37, 153 = MDR 1990, 1127; NJW 1991, 185; NSTZ 1991, 33; StV 1991, 225.

¹⁹ BGH bei *Detter*, NSTZ 1991, 274; bei *Miebach*, NSTZ 1993, 225; Anm. *Neumann*, StV 1991, 255; Anm. *Weßlau*, StV 1991, 259; Anm. *Grasnick*, JZ 1991, 933; *Schall / Schirrmacher*, Jura 1992, 514 u. 624.

²⁰ BGH NSTZ 1985, 215 = MDR 1985, 284.

Abs. 3 StGB). Der § 46 Abs. 3 StGB verbietet, "Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind" bei der Strafzumessung (doppelt) zu berücksichtigen. Man sagt, sie würden "doppelt" berücksichtigt, weil der Gesetzgeber sie bereits einmal berücksichtigt hat, als er einen Strafrahmen dafür vorgab, zum Beispiel bei der fahrlässigen Tötung von einem Monat bis zu fünf Jahren (§§ 222, 38 Abs. 2 StGB). Darum wäre es falsch, straferschwerend zu berücksichtigen, daß der Täter "ein Menschenleben" ausgelöscht hat, denn das ist ja schon Tatbestandsvoraussetzung. In dem dem Samenergußurteil zugrunde liegenden Fall ist das freilich nicht so eindeutig: Nach dem Wortlaut des Tatbestandes ist der Samenerguß nicht vorausgesetzt. Hingegen das Doppelverwertungsverbot davon ab, was der Wortlaut als Tatbestandsmerkmal nennt, dann fielen der Samenerguß nicht darunter. Noch schlechter sieht es aus, wenn man die Auslegung der Tatbestandsmerkmale durch die Rechtsprechung heranzieht. Nach ständiger, aber umstrittener Rechtsprechung soll dafür nicht einmal erforderlich sein, daß das männliche Glied auch wirklich in die Scheide eindringt, sondern ausreichen, daß das Glied nur den sog. Scheidenvorhof penetriert.²¹

Legte man diese Auslegung dem DVV zugrunde, dann stünde § 46 Abs. 3 StGB nicht entgegen. Nur wenn man das "regelmäßige, typische Erscheinungsbild", das gewöhnliche, normale "Tatbild" der Vergewaltigung miteinbezieht, dann greift das von § 46 Abs. 3 StGB aufgestellte Verbot Platz. Die Vorschrift ist deshalb daraufhin zu untersuchen, ob sie über das Minimum dessen hinaus, was gerade schon zur Verwirklichung des Tatbestandes ausreicht, auch die Verwertung von Umständen verbietet, die "normalerweise" oder "typischerweise" mitverwirklicht werden und auf diese Weise zum "Regeltatbild" eines Delikts gehören.

Dabei wird sich zeigen, daß wir es mit einer Konstellation zu tun haben, deren Besonderheit darin besteht, daß nicht rein logische Erwägungen zum Ziel führen, sondern - ähnlich wie bei der Gesetzeskonkurrenz mit der Konsumtion - wertende Betrachtungen angestellt werden müssen, die es zwar nicht ausgeschlossen aber doch unbillig erscheinen lassen, eine schärfere Strafe daran zu knüpfen, daß der Täter ein Delikt nicht nur begangen, sondern dabei Umstände verwirklicht hat, die dem "Regeltatbild" dieses Delikts entsprechen.

²¹ Seit BGHSt 16, 175 ständige Rspr. und h.M., vgl. nur LK-Dippel, § 173 Rdnr. 9; krit. dazu jedoch Schönke / Schröder-Lenckner, § 173 Rdnr. 3.