

# SK-StGB Band II: §§ 38-79b StGB

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Jürgen Wolter

9. Auflage 2016. Buch. Hardcover  
ISBN 978 3 452 28293 4

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Deiters/Hoyer/Jäger/Rogall/Schall/  
Sinn/Stein/Wolter/Wolters/Zöllner

# SK-StGB

Systematischer Kommentar  
zum Strafgesetzbuch

Herausgegeben von  
Jürgen Wolter

**Band II**  
§§ 38–79b StGB

**9., neu bearbeitete Auflage**

des von Hans-Joachim Rudolphi †, Eckhard Horn †,  
Erich Samson † und Hans-Ludwig Schreiber  
begründeten Werkes

**Leseprobe**

Carl Heymanns Verlag 2016

Leseprobe

Leseprobe

auch verschärfen, mildern oder ganz auf sie verzichten. Das gleiche gilt auch im Hinblick auf eine früher gewährte oder versagte Strafaussetzung zur Bewährung, wobei freilich auf § 58 zu achten ist. Basis für die hier oder bei der Verhängung von Maßregeln zu erstellenden **Prognosen** kann jedoch nur der Gesamtkomplex der Umstände sein, wie er sich dem neuen Richter darstellt. Das gilt selbst dann, wenn sich die Umstände seit dem letzten Urteil zum Nachteil des Delinquenten entwickelt haben; eine Abstellung auf die Prognoseumstände, wie sie dem Richter des früheren Urteils vorgelegen haben, wäre gänzlich sinnwidrig.

## § 46 Grundsätze der Strafzumessung<sup>1</sup>

(1) <sup>1</sup>Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. <sup>2</sup>Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.

(2) <sup>1</sup>Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. <sup>2</sup>Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

(3) Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.

Übersicht:	Rdn.		Rdn.
<b>A. Strafzumessung: Begriff und Inhalt.</b>	2	1. »Sinn und Zweck« welcher Strafe? ..	23
I. Die Festsetzung der Strafhöhe nach der überwiegenden Ansicht. ....	5	2. Präventionskriterien zur Festsetzung der Strafhöhe? .....	25
1. Der »Schuldrahmen« .....	7	a) Fehlen von Kriterien .....	26
2. Die Generalprävention .....	9	b) Antinomie der Präventionszwecke .....	31
a) »Positive« (Integrations-)Generalprävention .....	10	III. Die Stellenwert-Theorie .....	33
b) »Negative« (Abschreckungs-)Generalprävention .....	11	1. Darstellung .....	33
3. Die Spezialprävention .....	16	2. Einwände .....	37
a) Allgemeines .....	16	IV. »Tatproportionale« Strafzumessung ....	42
b) Strafhöhenbestimmung im »Schuldrahmen« .....	18	1. Darstellung .....	42
c) Schuldmaßüber- oder -unterschreitung? .....	21	2. Einwände .....	43
II. Einwände gegen die überwiegende Ansicht .....	23	<b>B. Die Begriffe »Schuld« und »Unrecht« in der Strafhöhenbemessung</b> .....	44
		I. Die Strafzumessungs-Schuld .....	44
		II. Das Unrecht .....	49

<sup>1</sup> Die Kommentierung dieser Vorschrift versteht sich überall dort als eine Aktualisierung und behutsame Fortschreibung der systematischen und eigenständigen Ausführungen Eckhard Horns, wo nicht Gesetzesänderungen oder höchstrichterliche Grundsatzentscheidungen eine Über- oder gar Neubearbeitung erforderlich gemacht haben.

	Rdn.		Rdn.
<b>C. Der Strafrahmen</b> .....	51	a) »Innertatbestandliche« Tatfolgen .	119
I. Allgemeines .....	51	b) »Außertatbestandliche« Tatfolgen	121
II. Strafrahmen-Änderung .....	56	c) Speziell: Die Rauschat .....	124
1. Der besonders schwere Fall .....	58	4. Das Maß der Pflichtwidrigkeit .....	125
a) Allgemeines .....	58	5. Die Beweggründe, Ziele und	
b) Gesetzliche Regelbeispiele .....	66	Gesinnung des Täters .....	127
2. Der minder schwere Fall .....	69	a) Speziell: Der Überzeugungs-	
a) Allgemeines .....	69	oder Gewissenstäter .....	129
b) Gesetzlich vertyppte Rahmen-		b) Speziell: Die »Hassdelikte« .....	130
milderungsgründe .....	72	c) Speziell: Der »verführte« Täter ..	134
3. Rahmenmilderungsgründe des		d) Speziell: Der bei der Tat auf-	
Allgemeinen Teils und minder		gewendete Wille (»Kriminelle	
schwerer Fall .....	79	Energie«) .....	135
4. Rahmenmilderungsgründe des		6. Die persönlichen und wirtschaftli-	
Allgemeine Teils und besonders		chen Verhältnisse des Täters .....	136
schwerer Fall .....	81	7. Vortat-Verhalten .....	143
a) Versuch .....	85	a) Das Vorleben des Täters .....	144
aa) Versuchtes Normaldelikt,		b) Vorstrafen .....	145
vollendetes Regelbeispiel ...	86	c) Nicht abgeurteilte Taten .....	151
bb) Vollendetes Normaldelikt,		8. Nachtat- und Prozessverhalten .....	153
»versuchtes« Regelbeispiel ...	87	III. Besondere Umstände mit Relevanz	
cc) Versuchtes Normaldelikt,		für die Senkung der Strafe .....	160
»versuchtes« Regelbeispiel ...	90	1. Straf»ersatz« (»Härteausgleich«) .....	161
b) Beihilfe zu einem minder oder		a) Disziplinarische Folgen .....	162
besonders schweren Fall .....	91	b) Andere Nachteile .....	163
5. Urteilstenor .....	95	c) Unmögliche Gesamtstrafen-	
<b>D. Die Bestimmung der Schuld-</b>		bildung .....	167
<b>und Strafhöhe</b> .....	96	d) »Tätige Reue« .....	169
I. Einordnung in den Strafrahmen .....	96	2. Straf»rabatt« .....	170
1. Der »Regelfall« .....	98	a) Verteidigungsfehler .....	171
2. Der »Fall mittlerer Schwere« .....	104	b) Überlange Verfahrensdauer .....	172
3. Sonderfälle .....	106	c) Der vom polizeilichen Lock-	
a) »Unvertretbar« hohe oder		spitzel Verleitete .....	180
niedrige Strafe .....	106	d) Der »Aufklärungsgehilfe«	
b) Mindest- und Höchststrafe .....	107	nach § 31 BtMG sowie § 46 ....	181
c) Strafhöhenfestsetzung bei		e) Absprachen im Strafprozess .....	182
Mittätern .....	108	<b>E. Das Verbot der »Doppelpver-</b>	
d) Zurückverweisung, Straf-		<b>tung« (Absatz 3)</b> .....	184
rahmenänderung .....	109	I. Merkmale des gesetzlichen Normal-	
e) Tateinheit .....	110	tatbestandes .....	187
II. Umstände mit Relevanz für die Fest-		II. Merkmale eines Sonderstrafrahmens ...	189
setzung der Strafhöhe (Absatz 2) .....	111	1. Obligatorische Strafrahmen-	
1. Die Tat und ihre Ausführung .....	113	verschiebung .....	190
2. Speziell: Das Tatopfer .....	114	2. Fakultative Strafrahmenverschiebung	191
3. Die verschuldeten Auswirkungen		III. Merkmale des Gesamtstrafrahmens ....	194
der Tat .....	117		

**Literatur:**

*Alberts*, Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafrahmenwahl, 1985; *Albrecht*, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 (1985), 831; *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl*, Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, NStZ 2007, 71; *Altenhain/Haimerl*, Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren – eine

verweigerte Reform, JZ 2010, 327; *Andenaes*, Strafzumessung, ZStW 69 (1957), 651; *Appl*, Die strafschärfende Verwertung von nach §§ 154, 154a StPO eingestellten Nebendelikten und ausgeschiedenen Tatteilen bei der Strafzumessung, 1987; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961 (2. Aufl., 1976); *Arthur Kaufmann*, Über die gerechte Strafe, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann (1986), 425; *Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen – Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele, JuS 1972, 385, 515, 576; *Arzt*, Geständnisbereitschaft und Strafrechtssystem, in: Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, (1992), 233; *Arzt*, Viktimologie und Strafrecht, MschrKrim 67 (1984), 105, 125; *Badura*, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337; *Baumann*, Das Verhalten des Täters nach der Tat, NJW 1962, 1793; *Baumann*, Strafzumessung und ihre Auswirkung auf den Vollzug, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann (1986), 513; *Baumann*, Von der Grauzone zur rechtsstaatlichen Regelung, NSTz 1987, 157; *Baurmann*, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, GA 1994, 368; *Berenbrink*, Tatrichter oder Revisionsgericht – Wer bestimmt die Strafe?, GA 2008, 625; *Bergmann*, Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB; *Beukelmann*, Erfahrungen mit der Vollstreckungslösung nach BGHSt 52, 124, StraFo 2011, 321; *Beulke/Stoffer*, Bewährung für den Deal? – Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 19. März 2013 für die Verständigungspraxis in deutschen Gerichtssälen, JZ 2013, 662; *Bianchi*, Ethik des Strafens, 1966; *Bock*, Ideen und Schimären im Strafrecht – Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636; *Bockelmann*, Vom Sinn der Strafe, 1961; *Bockelmann*, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, in: Festschrift für Welzel (1974), 543; *Böttcher/Dahs/Widmaier*, Verständigung im Strafverfahren – eine Zwischenbilanz, NSTz 1993, 375; *Böttcher/Widmaier*, Absprachen im Strafprozeß?, JR 1991, 353; *Braunsteffer*, Strafzumessung bei Zusammentreffen von Regelbeispiel und Milderungsgrund, NJW 1976, 736; *Bringewat*, Straferledigung im Sinne des § 55 StGB und angemessener Höhenausgleich, NSTz 1987, 385; *Broß*, Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, StraFo 2009, 10; *Bruns*, »Gleichmäßige« oder »richtige« Strafzumessungspraxis – aus generalpräventiven Gründen?, JR 1979, 353; *Bruns*, »Stellenwert-Theorie« oder »doppelspurige Strafhohezumessung?«, in: Festschrift für Dreher (1977), 251; *Bruns*, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Festschrift Welzel (1974), 739; *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 1985; *Bruns*, Der »Bestimmtheitsgrad« der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht, NJW 1979, 289; *Bruns*, Die »Generalprävention« als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?, in: Festschrift für v. Weber (1963), 75; *Bruns*, Die Bedeutung des Durchschnitts-, des Regel- und des Normalfalles im Strafzumessungsrecht, JZ 1988, 1053; *Bruns*, Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten, in: Festschrift für Lackner (1987), 439; *Bruns*, Prozessuale »Strafzumessungsverbote« für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachtaten?, NSTz 1981, 81; *Bruns*, Über die »Bewertungsrichtung« negativ formulierter Strafzumessungstatsachen, JR 1987, 98; *Bruns*, Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze aus schuldunabhängigen Strafmilderungsgründen, MDR 1987, 177; *Bruns*, Widerspruchsvolles Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NSTz 1983, 49; *Bruns*, Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, NJW 1956, 241; *Bruns*, Zum Revisionsgrund der – ohne sonstige Rechtsfehler – »ungerecht« bemessenen Strafe, in: Festschrift für Engisch (1969), 708; *Bruns*, Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen), in: Festschrift für Mayer (1966), 353; *Bruns*, Zur Auslegung des § 13 II StGB, in: Festschrift für Tröndle (1989), 125; *Bruns*, Zur Frage der Doppelrelevanz der Tatfolgen im Strafzumessungsrecht, NJW 1974, 1745; *Bruns*, Zur Frage der Folgen tatprovokierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, StV 1984, 388; *Bruns*, Zur Tragweite des Verbots der Doppelverwertung von Strafmilderungsgründen, JR 1980, 226; *Burgstaller*, Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich, ZStW 94 (1982), 131, 229; *Burkhardt*, Die Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in: Schuld und Verantwortung (1983), 51; *Buttel*, Kritik der Figur des Aufklärungshelfen im Betäubungsmittelstrafrecht, 1988; *Callies*, Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht, NJW 1998, 929; *Callies*, Die Rechtsnatur der »besonders schweren Fälle« und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975, 112; *Dahs*, Absprachen im Strafprozeß, NSTz 1988, 153; *Deal*, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545; *Degener*, Strafgesetzliches Regelbeispiel und deliktisches Versuchen, in: Festschrift für Stree/Wessels (1993), 305; *Detter*, Das Alter und das Strafrecht, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat ... (2009), 275; *Detter*, Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts, 2009; *Dolcini*, Probleme der Strafzumessung in Italien, ZStW 94 (1982), 392; *Dölling*, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), 1; *Dölling*, Über die Höhenbemessung bei der Freiheits- und Jugendstrafe, in: Festschrift für Schreiber (2003), 55; *Dölling*, Zur Bedeutung des Nachtatverhaltens des Täters für die Strafzumessung, in: Festschrift für Frisch (2013), 1181; *Doncker/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988; *Dorst*, Das Ermessen des Strafrichters, 1930; *Dreher*, Doppelverwertung von Strafbemessungsgründen, JZ

1957, 155; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *Dreher*, Über Strafrahmen, in: Festschrift für Bruns (1978), 141; *Dreher*, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, 41; *Dutige*, Von Flutwellen, Sümpfen und Wetterzeichen – zu den aktuellen Bestrebungen, Urteilsabsprachen per Gesetz zu »zähmen«, in: Festschrift für Böttcher (2007), 53; *Ebert*, Charakterschuld, in: Festschrift für Kühl (2014), 137; *Ebert*, Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; *Ebert*, Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?, JZ 1983, 633; *Eisele*, Die Regelbeispielmethode: Tatbestands- oder Strafzumessungslösung?, JA 2006, 309; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992; *Fabry*, Der besonders schwere Fall der versuchten Tat, NJW 1986, 15; v. *Feuerbach*, Lehrbuch (1847), 37; *Fezer*, Inquisitionsprozess ohne Ende?, NStZ 2010, 177; *Fischer*, Absprache-Regelung: Problemlösung oder Problem?, StraFo 2009, 177; *Fischer*, Die Deal-Entscheidung – Polemik über die rasselnden Federn der Justiz, in: Festschrift für Kühne (2013), 203; *Fischer*, Ein Jahr Absprache-Regelung – Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf, ZRP 2010, 249; *Foth*, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, 221; *Foth*, Strafschärfung/Strafmilderung – eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung, JR 1985, 397; *Foth*, Bemerkungen zur Generalprävention, NStZ 1990, 219; *Foth*, Dürfen verjährte Taten strafschärfend wirken?, NStZ 1995, 375; *Freund*, Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung, GA 1999, 509; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971; *Frisch*, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321; *Frisch*, Ermessen, unbestimmter Begriff und »Beurteilungsspielraum« im Strafrecht, NJW 1973, 1345; *Frisch*, Das Verhältnis der Milderung nach § 49 Abs. 2 StGB zu den »minder schweren Fällen«, JR 1986, 89; *Frisch*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 und 751; *Frisch*, Über die »Bewertungsrichtung« von Strafzumessungstatsachen – Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, GA 1989, 338; *Frisch*, Die Strafrahmenmilderung beim Versuch, in: Festschrift Spendel (1992), 381; *Frisch*, Straftatsystem und Strafzumessung – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, in: Festschrift für Pötzt (1993), 1; *Frisch*, Gewissenstaten und Strafrecht, in: Festschrift für Schroeder (2009), 11; *Frisch*, Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht (2011), 217; *Frisch*, Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht (2011), 3; *Frisch*, Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung – Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung, GA 2014, 489; *Frisch/Bergmann*, Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen, JZ 1990, 944; *Frommel*, Präventionsmodelle ..., 1987; *Furtner*, Der »schwere«, »besonders schwere« und »minder schwere« Fall im Strafrecht, JR 1969, 11; *Gaede*, Faire Strafzumessung durch Revisionsgerichte nur nach effektiver Verfahrensteilhabe, GA 2008, 394; *Gatzweiler*, Die Verständigung im Strafprozeß – Standortbestimmung eines Strafverteidigers, NJW 1989, 1903; v. *Gerkan*, Prominentenstrafrecht bei Verkehrsdelikten?, MDR 1963, 269; *Giehling*, Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog (1989), 77; *Gillmeister*, Strafzumessung aus verjährten und eingestellten Straftaten, NStZ 2000, 344; *Gössel*, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, in: Festschrift für Pfeiffer (1987), 3; *Gössel*, Die Strafzumessung im System des Strafrechts, in: Festschrift für Tröndle (1989), 357; *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *Grunau*, Strafzumessung und Strafvollzug, in: Festschrift für Krebs (1969), 139; *Grünwald*, Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung?, MDR 1959, 713, 808; *Grünwald*, Menschenrechte im Strafprozeß, StV 1987, 453; *Günther*, Systematische Grundlagen der Strafzumessung, JZ 1989, 1025; *Haag*, Rationale Strafzumessung, 1970; *Haberstroh*, Unschuldvermutung und Rechtsfolgenanspruch, NStZ 1984, 289; *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *Hanack*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967, 297, 329; *Hanack*, Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren?, StV 1987, 500; *Händel*, Berechenbares Strafmaß, NJW 1975, 664; *Hart-Hönig*, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung – Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention, 1992; *Hassemer*, Die theoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens, Gedenkschrift für Radbruch (1968), 281; *Hassemer*, Automatisierte und rationalisierte Strafzumessung, 1972; *Hassemer*, Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 90 (1978), 64; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; *Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *Hassemer/Hippler*, Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens, StV 1986, 360; *Heghmanns*, Strafmilderungen für Geständnis oder Kooperation, in: Festschrift für Dencker (2012), 155; *Heinitz*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), 615; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 57; *Heinz*, Entwicklung, Stand und Struktur der Strafzumessungspraxis, MschrKrim 64 (1981), 148; *Heinz*, Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung, ZStW 94 (1982), 632; *Henkel*, Die »richtige« Strafe, Gedanken zur richterli-

chen Strafzumessung, 1969; *Henkel*, Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe, in: Festschrift für Lange (1970), 179; *Hertz*, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973; *Herzog*, »Dealen« im Strafverfahren – Wahrheit, Schuld – richterliche Berufsethik, GA 2014, 688; *Herzog*, »Deals« zu Lasten Dritter ..., StV 1999, 455; *Herzog*, Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrensbekämpfung, NStZ 1985, 153; *Hettinger*, Abschied von den »unselbständigen« Abwandlungen oder den besonders schweren Fällen oder von beidem?, in: Festschrift für Maiwald (2010), 293; *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982; *Hettinger*, Über den Begriff der minder schweren Fälle – ein Beitrag zu ihrer Entstehungsgeschichte, in: Festschrift für Plötz (1993), 77; *Hettinger*, Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots und zum Begriff des »normalen Erscheinungsbildes«, GA 1993, 1; *Hettinger*, Zur Rationalität heutiger Strafgesetzgebung im Hinblick auf die Rechtsfolgenbestimmung, GA 1995, 399; *Hettinger*, Die Strafrahmen des StGB nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz, in: Festschrift für Küper (2007), 95; *Hettinger*, Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem, JZ 2011, 292; *Hettinger*, Über »Fälle« als Vergleichsfälle und »Umstände« als Ausgangswerte oder Bezugspunkte zur Ermittlung der Bewertungsrichtung bei der Strafzumessung, in: Festschrift für Frisch (2013), 1153; *Hillenkamp*, Zur materiellen Rückfallklausel des § 17 StGB, GA 1974, 208; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *Hillenkamp*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), 746; v. *Hirsch/Jareborg*, Strafaß und Strafgerechtigkeit – Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, 1991; *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, 2004; *Horn*, Wider die »doppelspurige« Strafhöhenbemessung, in: Festschrift für Schaffstein (1975), 241; *Horn*, Zum Stellenwert der »Stellenwert-Theorie«, in: Festschrift für Bruns (1978), 165; *Horn*, Strafschärfung und Strafmilderung – im Verhältnis wozu?, StV 1986, 168; *Horn*, Gesamtwürdigung – Sinn und Unsinn eines Rechtsbegriffs, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (1989), 573; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999; *Hörnle*, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, 1080; *Hörnle*, Die Opferperspektive bei der Strafzumessung, in: Schünemann et al. (Hrsg.), Die Stellung des Opfers ..., 1999; *Hörnle*, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht (2011), 113; *Hörnle/von Hirsch*, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, 261; *Hoyer*, Die Figur des Kronzeugen, JZ 1994, 233; *Ignor/Bertheau*, Die so genannte Vollstreckungslösung des Großen Senats für Strafsachen – wirklich eine »Lösung«, NJW 2008, 2209; *Jaeger*, Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG, 1986; *Jagusch*, Die Praxis der Strafzumessung, 1956; *Jagusch*, Gegen Strafzumessungskartelle im Straßenverkehrsrecht, NJW 1970, 1865; *Jagusch*, Strafzumessungsempfehlungen von Richtern im Bereich der Straßenverkehrgefährdung?, NJW 1970, 401; *Jäger*, Wege einer dogmatischen Behandlung des Strafzumessungsrechts, in: Festschrift für Müller (2008), 297; *Jahn*, Entwicklungen und Tendenzen zwei Jahre nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes, StV 2011, 497; *Jahn/Müller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren ..., NJW 2009, 2625; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Jakobs*, Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, in: Kriminologische Gegenwartfragen, Heft 15, 1982, 127; *Jakobs*, Die Schuld der Fremden, ZStW 118 (2006), 831; *Jung*, Prüfsteine für das strafrechtliche Sanktionensystem, GA 1993, 535; *Jung*, Straffreiheit für den Kronzeugen?, 1974; *Jungbluth*, Irrungen und Wirrungen der »Hasskriminalität« – Zum strafprozessualen Umgang mit dem neuen § 46 Abs. 2 S. 2 StGB, StV 2015, 579; *Kaetzler*, Absprachen im Strafverfahren und Bewährungsauflagen, wistra 1999, 253; *Kaiser*, Was wissen wir von der Strafe? – Zu den Aufgaben, Problemen und Grenzen pönologischer Forschung heute, in: Festschrift für Bockelmann (1979), 923; *Kalf*, Der Umfang revisionsrechtlicher Prüfung bei minder und besonders schweren Fällen, NJW 1996, 1447; *Kargl*, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht, 1995; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Keiser*, Das Rechtsfolgensystem auf dem Prüfstand, GA 2008, 686; *Keiser*, Strafverschärfung bei Hasskriminalität, ZRP 2014, 127; *Keiser*, Unerlässlichkeit zur Verteidigung der Rechtsordnung gegen so genannte Hasskriminalität, ZRP 2010, 46; *Kinzig*, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR ..., StV 1999, 288; *Klug*, Die zentrale Bedeutung des Schuldgedankens für den Zweck der Strafe, 1938; *Knauer/Lickleder*, Die obergerichtliche Rechtsprechung zu Verfahrensabsprachen nach der gesetzlichen Regelung – ein kritischer Überblick, NStZ 2012, 366; *Köberer*, Zur Rechtsfolgenfestsetzungskompetenz des Revisionsgerichts, in: Festschrift für Hamm (2008), 303; *Koch*, Absprachen im Strafprozeß, ZRP 1990, 249; *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtbegründung und Strafzumessung, 1983; *König*, Das Geständnis im postmodernen, konsensualen Strafprozess, NJW 2012, 1915; *Körner*, Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen – die Strafbarkeit der provozierten Tat, StV 1982, 382; *Kraatz*, Die neue »Vollstreckungslösung« und ihre Auswirkungen, JR 2008, 189; *Kraatz*, Gedanken zur Strafzumessungslösung bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung, JR 2006, 403; *Krehl/Eidam*, Die überlange Dauer von Strafverfahren, NStZ 2006, 1;



*Kreuzer/Hürlimann* (Hrsg.), Alte Menschen als Täter und Opfer, 1992; *Krüger/Günter*, Verständigung im Strafverfahren – Pro und Contra, DRiZ 1989, 150; *Kudlich*, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, NStZ 2013, 379; *Kunz*, Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht (2011), 135; *Küper*, Deliktsversuch, Regelbeispiel und Versuch des Regelbeispiels, JZ 1986, 518; *Kutzner*, Bemerkungen zur Vereinbarkeit der sog. Strafzumessungs-Lösung des BGH mit den Grundsätzen des Strafzumessungsrechts, StV 2002, 277; *Lackner*, Strafrechtsreform und Praxis der Strafrechtspflege, JR 1970, 1; *Lackner*, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *Lammer*, Kronzeugenregelung und Strafzumessung, JZ 1992, 510; *Lampe*, Bedingungen richterlicher Strafbemessung, Gedächtnisschrift für Noll (1984), 231; *Landau/Eschelbach*, Absprachen zur strafrechtlichen Hauptverhandlung, NJW 1999, 321; *Landgraf*, Die »verschuldete« verminderte Schuldfähigkeit, 1989; *Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung, GA 1957, 1; *Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), 210; *Leitmeier*, Die fragwürdige Strafschärfung wegen verjährter Taten, StV 2015, 585; *Lieben*, Gleichstellung von »versuchtem« und »vollendetem« Regelbeispiel?, NStZ 1984, 538; *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 36; *Lüdemann*, Rechtsbeugung oder rationale Verfahrenspraxis?, MonKrim 1988, 81; *Lüderssen* (Hrsg.), V-Leute, die Falle im Rechtsstaat, 1985; *Lüderssen*, Die Verständigung im Strafprozeß – Überlebensstrategie oder Paradigmawechsel?, StV 1990, 415; *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, in: Festschrift für Peters (1974), 349; *Maecke*, Opfer und Strafzumessung, 1983; *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und Technik der Regelbeispiele, in: Festschrift Gallas (1973), 137; *Maiwald*, Moderne Entwicklungen der Auffassung vom Zweck der Strafe, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung (1980), 291; *Maiwald*, Zur Problematik der »besonders schweren Fälle« im Strafrecht, NStZ 1984, 433; *Mauer*, Komparative Strafzumessung, 2005; *Meier*, Nachtatverhalten und Strafzumessung, GA 2015, 443; *Meine*, Der Schuldrahmen in der Praxis der Strafzumessung, NStZ 1994, 159; *Meyer-Göfner*, Rechtsprechung durch Staatsanwaltschaft und Angeklagten? – Urteilsabsprachen im Rechtsstaat des Grundgesetzes, NStZ 2007, 425; *Meyer-Göfner*, Was nicht Gesetz werden sollte! – Einige Bemerkungen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verständigung im Strafverfahren, ZRP 2009, 107; *Meyer*, Die faktische Kraft des Normativen – Das BVerfG und die Verständigung im Strafverfahren, NJW 2013, 1850; *Meyer*, Zurück zur gesetzlichen Beweistheorie? ..., ZStW 119 (2007), 633; *Michel*, Zur Bemessung der Strafe, MDR 1994, 341; *Möhlmann*, Vereinbarungen im Strafverfahren, DRiZ 1990, 201; *Montenbruck*, Abwägung und Umwertung, 1989; *Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *Montenbruck*, Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987, 311; *Mroczynski*, Die Wirkung der Unschuldsumutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts, JZ 1978, 255; *Müller-Dietz*, Gewissenfreiheit und Strafrecht, in: Festschrift für Peters (1974), 91; *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; *Müller-Dietz*, Integrationsprävention und Strafrecht, in: Festschrift für Jescheck (1985), 813; *Müller-Dietz*, Probleme der Strafzumessung, 1982; *Müller-Dietz*, Strafvollzug, Tatopfer und Strafzweck, GA 1985, 147; *Müller-Dietz*, Strafzumessung und Behandlungsziel, MDR 1974, 1; *Müller-Dietz*, Strafzumessung und Folgenorientierung, in: Festschrift für Spendel (1992), 413; *Müller-Dietz*, Strafzwecke und Vollzugsziel, 1973; *Naucke*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *Nestler-Tremel*, Der Handel um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, DRiZ 1988, 288; *Nestler-Tremel*, Zivildienstverweigerung aus Gewissensgründen, StV 1985, 343; *Neumann*, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts, in: Festschrift für Spendel (1992), 435; *Niemöller*, Absprachen im Strafprozeß, StV 1990, 34; *Niemöller*, Strafschärfung wegen fehlenden Milderungsgrunds?, GA 2012, 337; *Noll*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), 638; *Noll*, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, Festschrift Mayer (1966), 219; *Nowakowski*, Probleme der Strafzumessung, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1974), 167; *Ostendorf*, Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP 1976, 281; *Ostermeyer*, Die Regelstrafe – Ein Versuch zur Linderung des Unbehagens bei der Strafzumessung, NJW 1966, 2301; *Oswald*, Was wird gemessen bei der Strafzumessung?, GA 1987, 147; *Otto*, Generalprävention, 1982; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; *Pawlik*, Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: Festschrift für Rudolphi (2004), 213; *Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für Mayer (1966), 257; *Pohlitz*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Vollstreckungsmodell, Festschrift für Rissing-van Saan (2011), 453; *Puppe*, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Festschrift für Spendel (1992), 451; *Puppe*, Verführung als Sonderopfer, NStZ 1986, 404; *Radtke*, Notwendigkeiten und Grenzen eigener Strafzumessung durch Revisionsgerichte, in: Festschrift für Maiwald (2010), 643; *Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985, 1; *Reichenbach*, Vollstreckungslösung und lebenslange Freiheitsstrafe beim Mord, NStZ 2009, 120; *Rieß*, Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen?, JR 1985, 45; *Rieß*, Zur Behandlung von Regel-

beispielen im Strafverfahren, GA 2007, 377; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990; *Roxin*, Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Volk (2009), 601; *Imme Roxin*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum überlangen Strafverfahren, in: Festschrift für Volk (2009), 617; *Imme Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988; *Roxin*, »Schuld« und »Verantwortlichkeit« als strafrechtliche Systemkategorien, in: Festschrift für Henkel (1974), 171; *Roxin*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Festschrift für Maihofer (1989), 389; *Roxin*, Prävention und Strafzumessung, in: Festschrift für Bruns (1978) 183; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377; *Roxin*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Festgabe für Schultz (1977), 463; *Roxin*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr. 104 (1987), 356; *Roxin*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Festschrift für Bockelmann (1979), 279; *Rückel*, Verteidigungstaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren, NStZ 1987, 297; *Rudolphi*, Die Bedeutung eines Gewissensentscheids für das Strafrecht, in: Festschrift für Welzel (1974), 605; *Salditt*, Das Letzte Wort des schweigenden Angeklagten, in: Festschrift für Samson, (2010), 699; *Sander*, Strafzumessung in der Revision, StraFo 2010, 365; *Sander*, Verteidigung gegen die Berücksichtigung verjährter oder ausgeschiedener Taten oder Tatteile bei der Strafzumessung, StraFo 2004, 47; *Sauer*, Probleme der richterlichen Strafzumessung, GA 1957, 129; *Schäfer*, Rechtsgespräch und Verständigung im Strafprozeß, DRiZ 1989, 294; *Schäfer*, Zur Individualisierung der Strafzumessung, in: Festschrift für Tröndle (1989), 395; *Schaffstein*, Die Dauer der Freiheitsstrafe bei jungen Straffälligen, in: Festschrift für Würtenberger (1977), 449; *Schaffstein*, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: Festschrift für Gallas (1973), 99; *Scheffler*, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991; *Scheffler*, Systemwechsel ohne System, ZIS 2008, 269; *Schlegel*, Der verführte Dritte, 1985; *Schlothauer*, Die Rechtsprechung zum Verständigungsgesetz – eine Zwischenbilanz, StraFo 2011, 487; *Schlotheim*, Sinn und Zweck des Strafens und der Strafe, MSchrKrim 1967, 1; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971; *Schmidt-Hieber*, Absprachen im Strafprozeß – Privileg des Wohlstandskriminellen?, NJW 1990, 1884; *Schmidt-Hieber*, Absprachen im Strafprozeß, DRiZ 1990, 321; *Schmidt-Hieber*, Beschleunigung des Strafverfahrens durch Kooperation, Festschrift aus Anlaß des 10-jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie (1983), 193; *Schmidt-Hieber*, Der strafprozessuale Vergleich – eine illegale Kungelei?, StV 1986, 355; *Schmidt-Hieber*, Hinweis auf die strafmildernden Wirkungen eines Geständnisses?, in: Festschrift für Wassermann (1985), 995; *Schmidt-Hieber*, Vereinbarungen im Strafverfahren, NJW 1982, 1017; *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren, 1986; *Schmidt*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955), 177; *Schneider* (Hrsg.), Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege, 1982; *Schöch*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Festschrift für Jescheck (1985), 1081; *Schöch*, Grundlage und Wirkungen der Strafe – Zum Realitätsgehalt des § 46 Abs. 1 StGB, in: Festschrift für Schaffstein (1975), 255; *Schöch*, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973; *Schöch*, Zur Wirksamkeit der Generalprävention, in: Frank/Harrer (Hrsg.), Der Sachverständige im Strafrecht (1990), 95; *Schöne*, Die Regelstrafe – Ein Versuch der Linderung des Unbehagens bei der Strafzumessung, NJW 1967, 1118; *Schöneborn*, Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA 1975, 272; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), 682; *Schöneborn*, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW 88 (1976), 349; *Schreiber*, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 280; *Schröder*, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Festschrift für Mezger (1954), 415; *Schroth*, Strafrechtliche und strafprozessuale Konsequenzen aus der Überlänge von Strafverfahren, NJW 1990, 29; *Schüler-Springorum*, Über Viktimologie, in: Festschrift für Honig (1970), 201; *Schumacher*, Gruppendynamik und strafrechtliche Schuldfähigkeit, StV 1993, 549; *Schumann*, Der Handel mit der Gerechtigkeit, 1977; *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989; *Schumann*, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?, JZ 1986, 66; *Schünemann* u.a. (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998; *Schünemann*, Der polizeiliche Lockspitzel – Kontroverse ohne Ende?, StV 1985, 424; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldbegriffs im Präventionsstrafrecht, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (1984), 153; *Schünemann*, Die Verständigung im Strafprozeß – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?, NJW 1989, 1895; *Schünemann*, Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats, ZRP 2009, 104; *Schünemann*, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/Cornils, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 209; *Schünemann*, Prozeßrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozeß, Absprachen im Strafprozeß – ein Handel mit der Gerechtigkeit? (1986), 24; *Schünemann*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 193, 439; *Schünemann*, Zurück zur Generalprävention?, DRiZ 1975, 4; *Seebald*, Das mißverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen, GA 1975, 230; *Seebald*, Zur Harmonisierung des Strafmaßes, DRiZ 1974, 287; *Seelmann*, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95 (1983), 797; *Seier*, Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO, JZ 1988, 683; *Sessar*, Über das Opfer, in: Festschrift für Jescheck (1985), 1137; *Sieg*, Die

staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 636; *Siolek*, Neues zum Thema Verständigung im Strafverfahren, DRiZ 1993, 422; *Siolek*, Verständigung im Strafverfahren – Eine verfassungswidrige Praxis!, DRiZ 1989, 321; *Siolek*, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; *Sotiriadis*, Brauchen wir sanktionenrechtliche Normen, damit Hate Crimes von der Strafjustiz angemessen beurteilt werden?, KJ 2014, 261; *Spendel*, Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, 1758; *Spendel*, Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW 83 (1971), 203; *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954; *Stöckel*, Zur Revisibilität des Strafuntermaßes, NJW 1968, 1862; *Stollenberg*, Verpflichtung der Ermittlung und Berücksichtigung rassistischer Motive bei der Strafzumessung, ZRP 2012, 119; *Strate*, Ende oder Wende des Strafzumessungsrechts? – Zu den Auswirkungen des Gesetzes über die Verständigung im Strafverfahren, NStZ 2010, 362; *Stratenwerth*, Die fakultative Strafmilderung beim Versuch, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag (1963), 247; *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Stratenwerth*, Überlegungen zur Ungleichheit der Beteiligten im Absprache-Verfahren, GA 2013, 111; *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984; *Streng*, Aspekte der Fortentwicklung des Strafzumessungsrechts durch die Gerichte, in: Festschrift Universität Heidelberg (1986), 501; *Streng*, Mittelbare Strafwirkung und Strafzumessung, NStZ 1988, 485; *Streng*, Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte – Ein Beitrag zur Idee und Praxis vergleichender Strafzumessung, NStZ 1989, 393; *Streng*, Die Öffnung der Grenzen und die Grenzen des Strafrechts, JZ 1993, 109; *Streng*, Kultureller Pluralismus und Strafgleichheit, in: Lampe u.a. (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus (1995), 279; *Streng*, Strafrechtliche Folgenorientierung ..., in: Dölling (Hrsg.), Die Täter-Individualprognose (1995), 97; *Streng*, Strafersatz und Paradoxieverbot, in: Festschrift für Jung (2007) 955; *Streng*, Strafzumessung bei Tätern mit hohem Lebensalter, JR 2007, 271; *Streng*, Straf- abschlag oder Anrechnung als Strafersatz?, JZ 2008, 979; *Streng*, Der Eintritt der Regelwirkung in Versuchskonstellationen – Ein Beitrag zum Umgang mit den »besonders schweren Fällen«, in: Festschrift für Puppe (2011), 1025; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012); *Stuckenberg*, Strafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche – doch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung?, StV 2007, 655; *Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?, StV 1984, 178; *Terhorst*, Die Folgen der Tat und ihre Auswirkungen auf den Täter, JR 1989, 184; *Terhorst*, Eingestellte Nebendelikte und ihre Verwertung bei der Strafzumessung, MDR 1979, 17; *Theune*, Gerechte Strafe, in: Festschrift für Pfeiffer (1987), 449; *Theune*, Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung, StV 1985, 162, 205; *Timm*, Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der »Hassdelikte«, JR 2014, 141; *Timpe*, Die Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *Tolmein*, Strafschärfung bei Hasskriminalität, ZRP 2014, 127; *Trumit/Schroth*, Das Beschleunigungsgebot und die Konsequenzen einer überlangen Verfahrensdauer im Strafprozess, StraFo 2005, 358; *Ulsamer*, Art. 6 der Menschenrechtskonvention und die Dauer von Strafverfahren, in: Festschrift für Faller (1984), 373; *Valerius*, Kultur und Strafrecht, 2011; *Vogelgesang*, Verfahrenshindernis der überlangen Verfahrensdauer, NJW 1994, 1845; *Vogler*, Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), in: Festschrift für Kleinknecht (1985), 429; *Volk*, Kronzeugen praeter legem?, NJW 1996, 879; *Volkmer*, Geldentschädigung bei überlanger Verfahrensdauer?, NStZ 2008, 608; *Vonberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, Recht und Staat, Heft 509, 1982; *Wagner/Rönnau*, Die Absprachen im Strafprozeß – Ein Beitrag zur Gesamtreform des Strafverfahrens mit Gesetzesvorschlägen, GA 1990, 387; *Wahle*, Zur strafrechtlichen Problematik »besonders schwerer Fälle«, GA 1969, 161; *Walter*, Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten »kriminellen Energie«, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann (1986), 493; *Walter*, Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten »kriminellen Energie« messen?, GA 1985, 197; *Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; *Wäßmer*, Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im Strafverfahren als Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen, ZStW 118 (2006), 159; *v. Weber*, Die richterliche Strafzumessung, 1956; *Weider*, Die neue Rechtsprechung zum Aufklärungsgelhilfen nach § 31 BtMG, NStZ 1985, 481; *Weider*, Die Strafmilderung für den Aufklärungsgelhilfen nach § 31 Nr. 1 BtMG, NStZ 1984, 391; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989; *Weigend*, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile?, NStZ 1999, 57; *Weigend*, Richtlinien für die Strafzumessung, Festschrift Universität zu Köln (1988), 579; *Wessels*, Zur Indizwirkung der Regelbeispiele, in: Festschrift für Lackner (1987), 423; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele, in: Festschrift Maurach (1972), 295; *Wefblau*, In welche Richtung geht die Reform des Sanktionensystems?, StV 1999, 278; *Widmaier*, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1986, 357; *Widmaier*, Verhandlungs- und Verteidigungsfähigkeit – Verjährung und Strafmaß, NStZ 1995, 361; *Widmaier*, Die Urteilsabsprache im Strafprozess – ein Zukunftsmodell?, NJW 2005, 1985; *Wolff*, Das neuere Verständnis von Generalprävention ..., ZStW 97 (1985), 786; *Wolfs-last*, Absprachen im Strafprozeß, NStZ 1990, 409; *Wölters*, Höchst Lebendiges im sanktionenrechtlichen

Werk Eckhard Horns, GA 2008, 723; Ziegert, Die überlange Verfahrensdauer – Strafzumessungs- vs. Strafvollstreckungslösung, StraFo 2008, 321; Zipf, Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB, in: Festschrift für Tröndle (1989), 439; Zipf, Die Strafzumessung, 1977; Zipf, Strafmaßrevision, 1969; Zschockelt, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, NSStZ 1991, 305.

Die Vorschrift wurde in das Strafgesetzbuch durch das 1. StrRG<sup>2</sup> als § 13 eingeführt und durch das 2. StrRG<sup>3</sup> in § 46 umbenannt. Absatz 2 ist durch das OpferschutzG vom 18. Dezember 1986<sup>4</sup> geändert worden. Zur jüngsten Änderung des Absatzes 2 Satz 2 s. unten Rdn. 130 ff.

## A. Strafzumessung: Begriff und Inhalt

Strafe ist die schmerzhafte Antwort der Gesellschaft auf die schuldhafte Übertretung ihrer Normen,<sup>5</sup> die missbilligende Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht.<sup>6</sup> **Strafzumessung** im Sinne des § 46 **ist der Akt, mit dem das Tatgericht diese Normübertretung gewichtet**, indem es sie in ein bestimmtes Strafmaß umsetzt. Diese Strafzumessung ist mithin **Strafhöhenfestsetzung**. Probleme ihrer Bemessung sind also zunächst immer Probleme der Gewichtung des verschuldeten Unrechts.

Nach der sanktionenrechtlichen Struktur des Strafgesetzbuchs sind Entscheidungen über Straftat oder Vollstreckungsaussetzung nur innerhalb bestimmter (Freiheits-)Strafhöhen Grenzen möglich (vgl. §§ 47 und 56). Aus dieser gesetzlichen Vorgabe folgt: **Die Festsetzung der Strafhöhe geht jeder anderen Entscheidung logisch vor** (s. aber unten Rdn. 53 und Rdn. 61). Und: Bei der Festsetzung der Strafhöhe **ist »Strafe« immer (hypothetisch zu verbüßende) Freiheitsstrafe**. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof empfohlen, vor der Festlegung der Tagessatzzahl bei der Geldstrafe die »hypothetische Überlegung« anzustellen, »wie viele Tage Freiheitsstrafe die abzuurteilende Tat des Täters »wert« wäre.«<sup>7</sup> Und er hat dem Tatgericht auferlegt, »zunächst die schuldangemessene Strafe zu finden« und erst hernach die Aussetzungsvoraussetzungen zu erfragen.<sup>8</sup> Ob es bei der Strafe in der Straftat »Freiheitsstrafe« schließlich auch bleibt (oder eine gleich hohe Geldstrafe verhängt wird) und ob die verhängte Freiheitsstrafe tatsächlich auch verbüßt werden muss (oder die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und mit anderen Sanktionen verbunden wird), ist keine Frage der Strafhöhe und damit auch keine der Strafzumessung im Sinne des § 46.

In der Literatur und der Rechtsprechung wird der **Begriff »Strafzumessung«** üblicherweise ganz undifferenziert gebraucht. So soll das Gericht<sup>9</sup> »Strafe zumessen« etwa auch dann, wenn es nur die Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung aussetzt oder wenn es gar keine Strafe verhängt, sondern davon absieht, oder wenn es einer Verfahrenseinstellung zustimmt. Eine solche Ausdrucksweise ist missverständlich, ja irreführend. Denn die Bezeichnung

2 BGBl. 1969 I S. 645.

3 BGBl. 1969 I S. 717.

4 BGBl. I S. 2496.

5 Zur jüngsten Diskussion um die (die Strafzumessung im Sinne des § 46 nur am Rande berührende) Unterscheidung von »Bürgerstrafrecht« und »Feindstrafrecht« s. hier nur Jakobs HRRS 2004, 88; Hefendehl StV 2005, 156; Kunz Festschrift Eser (2005), 1375; Hömle GA 2006, 80; Gössel Festschrift Schroeder (2006), 33; Kindhäuser Festschrift Schroeder (2006), 81.

6 BVerfGE 105, 135 (153).

7 BGHSt 27, 70 (72). Vgl. Wolters GA 2008, 723.

8 BGHSt 32, 60 (65); s. auch unten Rdn. 36.

9 Immerhin »im weiteren Sinne« Fischer<sup>62</sup> § 46 Rn. 14; Lackner/Kühl<sup>28</sup> § 46 Rn. 22; Günther JZ 1989, 1025 (1026).

etwa der Strafvollstreckungsaussetzung als einer besonderen Form der »Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe«<sup>10</sup> impliziert die sachwidrige Vorstellung, die Entscheidung über Vollstreckung oder Nichtvollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe habe etwas mit Schuldangemessenheit zu tun.<sup>11</sup> Das gleiche gilt für die schlichte Strafartverschärfung (das Gericht verhängt statt 60 Tagen Geldstrafe zwecks »Verteidigung der Rechtsordnung« zwei Monate Freiheitsstrafe): Sie stellt keine Schuldmaßüberschreitung dar, das Gericht entscheidet sich qua (Schuld- und) Strafmaß für die *gleiche* Strafe (deutlich wird dies, wenn die der Tagessatzzahl entsprechende Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt werden muss). Vor allem aber wird mit diesem Sammelausdruck allzu leicht verwischt, dass die Festsetzung der Strafhöhe *logisch vorrangig* ist vor allen anderen Entscheidungen, welche schließlich zu der komplexen Sanktion führen, die den konkreten Delinquenten dann tatsächlich treffen soll. – Es empfiehlt sich deshalb, im Rahmen einer Kommentierung des § 46 StGB unter »Strafzumessung« **ausschließlich die Bemessung der Höhe der Strafe im Einzelfall** zu verstehen.

### I. Die Festsetzung der Strafhöhe nach der überwiegenden Ansicht

- 5 Für den in der Rechtsprechung und dem Schrifttum heute ganz überwiegend eingenommenen Standpunkt bestimmt sich die Höhe der Strafe nicht allein nach dem Maß des verschuldeten Unrechts. Vielmehr haben dabei auch **Sinn und Zweck der Strafe** »Leitgesichtspunkte« zu sein. Die dafür vorgetragenen Argumente sind im Wesentlichen folgende:<sup>12</sup>
- 6 Strafe rechtfertigt sich nicht schon als gerechte Antwort auf die schuldhaftige Unrechtstat. Sie soll zwar auch, aber nicht nur (so aber die »absoluten Straftheorien«)<sup>13</sup> **Schuld ausgleichen** oder – durch Annahme und Verarbeitung des Übels – Sühne ermöglichen. Strafe muss vielmehr zugleich **Präventionsaufgaben** verschiedener Art erfüllen.<sup>14</sup> In der Strafe soll zum Ausdruck kommen die »Verteidigung der Rechtsordnung«, »die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt«;<sup>15</sup> mit ihr soll ferner bezweckt werden die Abschreckung potentieller Täter von der Begehung von Taten dieser Art (»negative Generalprävention«) sowie, dass der konkrete Delinquent gebessert, vom Rückfall abgeschreckt oder – wenn beides keinen Erfolg verspricht – von der Allgemeinheit abgesondert wird<sup>16</sup> (»Spezialprävention«). – Für die Strafhöhenzumessung sollen diese Gesichtspunkte methodisch in der Weise zu Buche schlagen, dass das Gericht die Strafe zunächst (gedanklich) in einem »Schuldrahmen« festmacht und hernach deren »Feinbestimmung« an den genannten Präventionszwecken ausrichtet. – Im Einzelnen:

#### 1. Der »Schuldrahmen«

- 7 Da Präventionszwecke nur mit einer Strafe verfolgt werden dürfen, die der Höhe nach dem Maß des verschuldeten Unrechts entspricht (unten Rdn. 12, 21), stellt sich zunächst (s. ferner unten Rdn. 160) die Frage nach der **Bestimmung der »reinen« Schuldstrafe**. Kriterium dafür ist – außer dem Strafrahmen (dazu unten Rdn. 51 ff.) – zunächst nichts wesentlich Konkreteres als die Gerechtigkeitsüberzeugung der Gemeinschaft, die sich in der tradierten und zugleich sich wandelnden Praxis der Rechtsprechung manifestiert.<sup>17</sup> Zwar ist keine der Empfeh-

10 Stratenwerth (1972), S. 19; Roxin JuS 1966, 377 (385); Jakobs AT<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 31.

11 Vgl. § 56 Rdn. 31.

12 S. dazu Lackner/Kühl<sup>28</sup> § 46 Rn. 1; LK<sup>12</sup>/Theune Vor § 46 Rn. 2 ff. mit weiteren Nachweisen.

13 S. dazu den Überblick bei Pawlik Festschrift Rudolphi (2004), 213 (228 ff.).

14 Zur Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen s. hier nur Pawlik Festschrift Rudolphi (2004), 213 ff.

15 Jakobs AT<sup>2</sup> Abschnitt 1 Rn. 15: »positive Generalprävention«.

16 Modifizierend wohl Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 4.

17 S. dazu Theune StV 1985, 207; BGH StV 1987, 530.

lungen, diesen Akt mit Hilfe mathematischer Methoden durchsichtiger und berechenbarer zu machen (s. die Nachweise vor Rdn. 96), von der Rechtsprechung angenommen worden. Allerdings ist in den letzten Jahren die zunehmende Tendenz der Revisionsgerichte zu verzeichnen, vorsichtig und tastend Leitprinzipien zu erarbeiten,<sup>18</sup> von denen aus die größten Fehlgriffe vermieden und – wenn auch noch immer sehr breite – Kanäle geschaffen werden sollen (s. dazu unten Rdn. 96 ff., 105 ff.).

Bei der Bestimmung des Maßes des verschuldeten Unrechts (und damit der diesem Maß entsprechenden Strafe) hat das Tatgericht einen **(Beurteilungs-)Spielraum**.<sup>19</sup> Dieser wird »nach unten durch die *schon angemessene* Strafe und nach oben durch die *noch angemessene* Strafe begrenzt«.<sup>20</sup> Jede dieser innerhalb dieses »Schuldrahmens«<sup>21</sup> vom Tatrichter festgesetzten Strafen ist entweder schon materiell (so die »**Spielraumtheorie**«) »richtig« oder aber jedenfalls revisionsrechtlich unangreifbar. Ob es sich bei der richterlichen Schuldquantifizierung in der Form der Strafhöhenfestsetzung um einen Akt des Erkennens oder um einen originären Wertungsakt handelt, ob der genannte Spielraum also nur Ausdruck für die Unschärfe der menschlichen Erkenntnisfähigkeit ist oder bereits den Umfang des zu Erkennenden betrifft,<sup>22</sup> ist eine eher akademische Streitfrage.<sup>23</sup>

## 2. Die Generalprävention

In § 46 ist auf die ausdrückliche Erwähnung der Generalprävention – in welcher Ausprägung auch immer – als Kriterium für die Strafhöhenbestimmung verzichtet worden. Gleichwohl muss dieses Prinzip als **grundsätzlich anerkannt** gelten. Der Versuch einer Systematisierung der vielfältigen, im Schrifttum diskutierten Vorschläge lässt zwei – freilich auch oft miteinander verschränkte, also nicht notwendig gegensätzliche – Grundpositionen erkennen: Aufgabe der Strafe ist es, die Normgeltung zu bestätigen, die Normanerkennung einzuüben (**»positive« Generalprävention**), Aufgabe der Strafe soll es aber auch sein, dritte Personen so zu beeindrucken, dass diese von der Begehung von Taten vergleichbarer Art Abstand nehmen (**»negative« Generalprävention**). Für die – hier allein interessierende – Frage, welche Folgerungen sich aus diesen Ansätzen für die Festsetzung der Strafhöhe ziehen lassen, ergibt sich Folgendes:

### a. »Positive« (Integrations-)Generalprävention

Die Befürworter der positiven Generalprävention (Bestätigung der Normgeltung, Festigung des Vertrauens in den Schutz der Strafrechtsordnung)<sup>24</sup> räumen selbst ein, dass sich von ihrem Ansatz aus bestimmte Strafquanten weder angeben noch begründen lassen; denn dabei geht es – sieht man genauer hin – eigentlich nur um »symbolische Vermittlung rechtstreuen Lebens im Rücken instrumenteller Strafrechtsanwendung«.<sup>25</sup> Immerhin meinen sie, einen »Rahmen« liefern zu können, »der von der schon ernstzunehmenden Reaktion und der noch nicht übertrie-

18 Zur revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit der Strafzumessungsentscheidung des erkennenden Gerichts (»Domäne des Tatrichters«) s. hier nur die Überblicksbeiträge aus jüngerer Zeit von *Berenbrink* GA 2008, 625 ff.; *Frisch* Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung (2011), 217 ff.; *Gaede* GA 2008, 394 ff.; *Radtke* Festschrift Maiwald (2010), 643 ff.; *Köberer* Festschrift Hamm (2008), 303 ff.; *Sander* StraFo 2010, 365 ff.

19 Kritisch *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 14; vgl. *LK<sup>12</sup>/Theune* Vor § 46 Rn. 5 mit weiteren Nachweisen; *Warda* (1962), S. 111 ff.; *Spendel* (1954) S. 189.

20 BGHSt 7, 28 (32).

21 *Maurach/Gössel/Zipf/Dölling* AT/2<sup>8</sup> § 63 Rn. 14.

22 S. dazu *Bruns* NJW 1979, 289.

23 *Theune* StV 1985, 163 f.; vgl. *Neumann* (1992), S. 439; *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 24 ff., 50 mit weiteren Nachweisen.

24 S. dazu Vor § 46 Rdn. 19.

25 *Hassemer* NSTZ 1989, 553 (555).

ben scharfen Reaktion gebildet wird.<sup>26</sup> Das ist die Formel, mit der die Spielraumtheorie (oben Rdn. 8) den »Schuldrahmen« beschreibt. Der Unterschied zwischen beiden Positionen besteht denn auch nur darin, dass für *Jakobs* der Schulbegriff »funktional zu bilden«,<sup>27</sup> nämlich am Strafzweck der positiven Generalprävention inhaltlich auszurichten ist, während die Anhänger des herkömmlichen (»zweckfreien«) Schulbegriffs den »Zweck des Gesellschaftsschutzes« schon und nur durch eine Schuldstrafe erreicht sehen (s. aber auch unten Rdn. 35 und Rdn. 169): Die Schuldstrafe »sichert die Rechtstreue der Bevölkerung«,<sup>28</sup> weil und soweit sie »nach dem Maße des ›Verdienten‹ bemessen wird.«<sup>29</sup> Für die **Bestimmung der Strafhöhe**, bei der es nach allen Ansichten um die Umsetzung der verschuldeten Unrechtstat in ein Strafquantum geht, bleibt es sich jedenfalls im Ergebnis gleich (ist es allenfalls eine Frage der Begründungsplausibilität [s. dazu unten Rdn. 105]), ob man darauf abstellt, dass die Strafe »mit dem zum Gesellschaftsschutz Erforderlichen harmoniert«<sup>30</sup> und deshalb als schuldadäquat gilt oder dass – umgekehrt – die Strafe als gerechte Antwort auf das Maß des verschuldeten Unrechts empfunden wird und damit zugleich als Bestätigung der Normgeltung erscheint.<sup>31</sup>

### b. »Negative« (Abschreckungs-)Generalprävention

- 11 Unter »Generalprävention« wird in erster Linie verstanden die Auffassung, Aufgabe der Strafe sei (auch) die **Abschreckung potentieller Täter**.<sup>32</sup> Während eine entsprechend begründete Strafschärfung (auch nur im »Schuldrahmen«) im strafrechtlichen Schrifttum fast durchweg sehr zurückhaltend behandelt<sup>33</sup> oder gar für unzulässig gehalten wird,<sup>34</sup> hat die Rechtsprechung gegen das Abschreckungsargument als Strafhöhenkriterium **keine grundsätzlichen Bedenken**. Plausibel erscheint es nämlich jedenfalls dort, wo der Täter das Risiko des Erwischt- und Bestraftwerdens nüchtern gegen die Vorteile abzuwägen pflegt, die er sich aus seiner Tat verspricht, also etwa bei geheimdienstlicher Agententätigkeit<sup>35</sup> oder in gewissen Fällen der Rauschgift-, Wirtschafts- und Umweltkriminalität.<sup>36</sup>
- 12 Eine um der Allgemeinabschreckung willen erhöhte Strafe muss sich allerdings **immer »im Rahmen des Schuldangemessenen«**<sup>37</sup> halten. Denn Überschuldstrafe aus generalpräventiven Gründen wäre in jedem Falle verfassungswidrig.<sup>38</sup>
- 13 Der obergerichtlichen Rechtsprechung dürfte allerdings zu entnehmen sein, dass der floskelhafte Gebrauch der Vokabel »Generalprävention« durch die Tatgerichte eingedämmt werden soll dadurch, dass die generalpräventive Strafschärfung an bestimmte Voraussetzungen gebunden und insoweit auch einer Begründungspflicht unterworfen wird. Eine Strafschärfung aus Gründen der allgemeinen Abschreckung muss immer **mit bestimmten besonderen Umständen des konkreten Falles** gerechtfertigt werden.<sup>39</sup>

26 *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 1 Rn. 50.

27 *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 22.

28 S. etwa BGHSt 53, 311 (320).

29 *Roxin* (1978), S. 196; s. auch *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 30.

30 *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 32.

31 *Jescheck/Weigend* Lehrbuch<sup>5</sup> § 8 II 3; s. auch *Hart-Hönig* (1992), S. 137.

32 Vgl. dazu *Pawlik* Festschrift Rudolphi (2004), 213 (215 ff.) mit weiteren Nachweisen.

33 Maurach/Gössel/Zipf/Dölling AT/2<sup>8</sup> § 63 Rn. 100 ff.; *Schöch* Festschrift Jescheck (1985), 1081; zur exemplarischen Abschreckung »reisender Täter« kritisch *Streng* JZ 1993, 109 (115).

34 *Roxin* (1978), S. 196 f.; *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 1 Rn. 29 und 32.

35 BGHSt 28, 318 (327).

36 S. dazu *Maiwald* GA 1983, 49 (57 f.).

37 BGHSt 28, 318 (327).

38 Vgl. *Badura* JZ 1964, 337; *Köhler* JZ 1982, 771 (772); *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 39; vgl. *LK<sup>12</sup>/Theune* § 46 Rn. 25.

39 <sup>31</sup>Vgl. *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 39; *LK<sup>12</sup>/Theune* § 46 Rn. 25.

Das bedeutet vor allem, dass an den zur Stützung der Abschreckungsthese zunehmend verwendeten Gesichtspunkt der **Verbreitungsgefahr** strenge Anforderungen zu stellen sind: Notwendig ist eine »außergewöhnliche Häufung von Straftaten der betreffenden Art in der letzten Zeit oder im Bezirk des Gerichts«. <sup>40</sup> Es genügt also weder der allgemeine Hinweis auf die bloße Häufigkeit von Straftaten <sup>41</sup> noch die Feststellung deutlich zunehmender Kriminalität auf einem kriminologisch anders gearteten Feld. <sup>42</sup> Die die angenommene Verbreitungsgefahr begründenden Umstände müssen im Urteil dargelegt werden, <sup>43</sup> und zwar »mit Hilfe von statistischem Material«. <sup>44</sup> 14

Im Übrigen muss das Tatgericht der in diesem Zusammenhang erfahrungsgemäß besonders großen Versuchung widerstehen, die Strafe nur unter Heranziehung eines bestimmten Tatbestandsmerkmals zu schärfen. <sup>45</sup> Denn damit läuft es Gefahr, gegen das **Doppelverwertungsverbot** (§ 46 Abs. 3 [s. unten Rdn. 184 ff.]) zu verstoßen, weil ja auch schon der Gesetzgeber bei der Festlegung eines bestimmten Strafrahmens für bestimmte Tatbestände Allgemeinabschreckung verfolgt hat. <sup>46</sup> 15

### 3. Die Spezialprävention

#### a. Allgemeines

Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, müssen nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 Satz 2 »berücksichtigt« werden, und zwar schon bei der Strafhöhenbemessung. Das bedeutet zunächst nur, dass die **Intensität der Strafeinwirkung** auf den konkreten Delinquenten **von den jeweils erwarteten Auswirkungen auf ihn abhängig** zu machen ist. <sup>47</sup> So muss eine etwa zu befürchtende Entsozialisierung durch Strafe im Rahmen des Zulässigen möglichst vermieden (s. unten Rdn. 35), aber auch der Umstand berücksichtigt werden, dass die Strafe mit weiteren Belastungen für den Täter (Arbeitsplatzverlust, disziplinarische Folgen) verknüpft ist (s. unten Rdn. 161 ff.). 16

In § 46 Abs. 1 Satz 2 soll aber auch – so das Verständnis der überwiegenden Ansicht – der **Strafzweck der »Spezialprävention«** seinen Ausdruck gefunden haben. <sup>48</sup> Mit dieser Deutung, die jedenfalls vom Gesetzeswortlaut nicht getragen wird, werden die **Akzente deutlich versetzt**: von der (»passiven«) Berücksichtigung der erwarteten Strafwirkung auf die (»aktive«) Erzeugung bestimmter Ergebnisse durch den Einsatz von Strafe. <sup>49</sup> Entsprechend den jeweils sub specie Spezialprävention verfolgten Zielen wird unterschieden danach, ob mit der Strafe im konkreten Einzelfall Besserung (»Re-Sozialisierung«) des devianten oder Abschreckung des angepassten Täters von der Begehung weiterer Straftaten oder schließlich Sicherung der Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter durch dessen zeitweilige Absonderung bezweckt wird. <sup>50</sup> 17

<sup>40</sup> BGHSt 17, 321 (324); BGH NStZ 1992, 275.

<sup>41</sup> BGH StV 1994, 424; vgl. BGH NStZ-RR 2004, 105 (106). Abweichend Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 4, wonach für die Strafschärfung nach diesem Zweck die Feststellung einer erheblichen Zunahme gleichartiger Taten genügt.

<sup>42</sup> BGH NStZ 1986, 358.

<sup>43</sup> Vgl. BayObLG NStZ 1988, 570; s. ferner § 47 Rdn. 38.

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf StV 1992, 232 (233).

<sup>45</sup> Vgl. den Fall BGHSt 17, 321 (324).

<sup>46</sup> BGH StV 1983, 14; OLG Köln StV 1992, 233.

<sup>47</sup> Zustimmung Freund GA 1999, 459 (532); Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 4. Vgl. BGHSt 29, 319 (321); BGH StV 2011, 533. S. zum Ganzen Pawlik Festschrift Rudolphi (2004), 213 (219 ff.).

<sup>48</sup> S. dazu den Überblick bei Roxin Festschrift Volk (2009), 601 (614 ff.).

<sup>49</sup> Vgl. Lackner/Kühn <sup>28</sup> § 46 Rn. 4.

<sup>50</sup> Eingehend zum Strafzweck der Spezialprävention AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 40 ff.



### b. Strafhöhenbestimmung im »Schuldrahmen«

- 18 Nach überwiegender Ansicht ist das Gericht fähig (s. aber unten Rdn. 23 ff.) und gehalten, für die »Feinbestimmung« der Strafhöhe im Schuldrahmen neben der Generalprävention auch die in der vorigen Rdn. genannten Zwecke einzusetzen. Dabei wird grundsätzlich von folgenden – freilich eher trivialpsychologischen – Vorstellungen ausgegangen:
- 19 Strafschärfung, also Strafdauer-Festsetzung bis zum **oberen Rand des Schulrahmens**, ist zulässig und kann geboten sein, wenn der Täter (und soweit er) dieser Strafe »bedarf«, um hinreichend beeindruckt, nämlich von der Begehung von Straftaten für die Zukunft abgeschreckt zu werden.<sup>51</sup> Das gleiche gilt, wenn das Gericht zu der (durch Tatsachen zu begründenden) Erkenntnis gelangt, der Delinquent müsse und könne durch eine längere (aber noch schuldangemessene) Strafe erzieherisch beeinflusst, also überhaupt oder wieder sozialisiert werden. Dabei ist jedoch immer zu bedenken, dass der Staat (das Strafgericht) nicht legitimiert ist, »die sittliche Haltung der Bürger zu optimieren«, sondern allenfalls dazu, »dem Täter legales Verhalten zu erleichtern«.<sup>52</sup> Schließlich soll eine erhöhte (wenn auch gerade noch schuldadäquate) Strafdauer dort zu erwägen sein, wo eine »Einwirkung« auf den Täter durch Strafe aussichtslos erscheint, aber dessen Gefährlichkeit die zeitweilige Absonderung von der Allgemeinheit erforderlich macht.<sup>53</sup>
- 20 Demgegenüber wird das Strafmaß am **unteren Rand des Schulrahmens** festzumachen sein, wenn eine der Schwere der Schuld voll entsprechende Strafe die Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft vereiteln oder unangemessen erschweren würde. Ist der Täter bereits angepasst, so muss das Gericht bei der Festsetzung der Strafe darauf achten, dass diese ihn nicht ohne Not aus der sozialen Ordnung herausreißt (s. ferner unten Rdn. 35 f.).

### c. Schuldmaßüber- oder -unterschreitung?

- 21 Eine **Verlängerung der Strafdauer über das Schuldmaß hinaus** ist auch (s. ferner Rdn. 12) bei der Verfolgung spezialpräventiver Zwecke **unzulässig**.<sup>54</sup> Würde zwecks Absolvierung eines (vielleicht sogar ausnahmsweise aussichtsreichen [s. unten Rdn. 28]) Besserungsprogramms Überschuldstrafe verhängt, so müsste die Tat nur noch als Anlass (und nicht mehr auch als Grund) für eine Bestrafung des Täters erscheinen. Besserung um ihrer selbst willen zu erzwingen ist jedoch nicht Aufgabe des Strafrichters (vgl. § 62 Rdn. 6). Soweit das Bedürfnis der Allgemeinheit nach Sicherung vor dem gefährlichen Täter als durch die Vollstreckung der verhängten schuldangemessenen Strafe nicht hinreichend befriedigt erscheint, ist der Richter auf den Einsatz von Sicherungsmaßregeln verwiesen.<sup>55</sup>
- 22 Die Frage der Zulässigkeit einer **Unterschreitung der dem Schuldmaß entsprechenden Strafhöhe** ist umstritten.<sup>56</sup> Während sie von der Rechtsprechung<sup>57</sup> und der überwiegenden Literatur<sup>58</sup> verneint wird, will ein Teil des Schrifttums »ausnahmsweise« Unterschuldstrafe zulassen, wenn sie als notwendig erscheint, um einer »Entsozialisierung durch überlangen Straf-

51 Maurach/Gössel/Zipf/Dölling AT/2<sup>8</sup> § 63 Rn. 101; s. indes BGH StV 1981, 342.

52 Jakobs AT<sup>2</sup> Abschnitt 1 Rn. 47.

53 Dieser Aspekt darf das Gericht aber nicht dazu verleiten, die Erforderlichkeit des hohen Strafmaßes gerade mit dem Argument zu begründen, es müsse die Anordnung der Sicherungsverwahrung ermöglichen (s. BGH NStZ 2001, 595).

54 Schaffstein Festschrift Gallas (1973), 99 (103); so auch Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 5. Vgl. BVerfG NJW 1977, 1525 (1532).

55 LK<sup>12</sup>/Theune Vor § 46 Rn. 20.

56 S. dazu Günther JZ 1989, 1025 (1029).

57 BGHSt 24, 132 (134); BGH JR 1977, 159 mit Anmerkung Bruns; BGHSt 29, 319 (321) mit Anmerkung Bruns JR 1981, 335; BayObLG NStZ 1988, 408 mit Anmerkung Meine NStZ 1989, 353.

58 Jescheck/Weigend AT<sup>5</sup> § 4 I 3; LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 41 mit weiteren Nachweisen.

vollzug« vorzubeugen.<sup>59</sup> Die Differenzen zwischen beiden Positionen aber sind in der Sache eher marginal. Denn auch die »strenge« Rechtsprechung anerkennt vielfältige Möglichkeiten, einen Teil der schuldangemessenen Strafe mit anderen, den Täter treffenden Nachteilen zu »verrechnen« (s. dazu unten Rdn. 161 ff.), weil sie der Auffassung ist, dass zwar nicht notwendig die Strafe, wohl aber die **Gesamtreaktion dem Schuldmaß entsprechen** muss. Schließlich ist mit allgemeiner Einigkeit bei der Beurteilung von Fällen zu rechnen, in denen sich das vom Gericht verfolgte Ziel (Vermeidung der Entsozialisierung durch Vollzug der Freiheitsstrafe) auch nicht etwa über die §§ 47 oder 56 erreichen lässt (weil es an einer günstigen Prognose fehlt oder das verschuldete Unrecht die jeweiligen Höhenmarken übersteigt): hier kann mit der entsprechend ausgelegten Vorschrift des § 57 geholfen werden; die dort festgelegten Mindestverbüßungszeiten dürften wohl kaum über dem von *Roxin* ins Auge gefassten »generalpräventiven Minimalvorbehalt« (?) liegen.

## II. Einwände gegen die überwiegende Ansicht

### 1. »Sinn und Zweck« welcher Strafe?

Die vorstehend dargelegte Grundauffassung, wonach Sinn und Zweck der Strafe die maßgebenden Leitgesichtspunkte schon für die Strafhöhenzumessung sein sollen, mochte plausibel sein, solange als Strafe allein die ausnahmslos zu verbüßende Freiheitsstrafe in Rede stand; sie ist jedoch heute überholt. Angesichts eines seit vielen Jahren höchst ausdifferenzierten strafrechtlichen Sanktionensystems ist die Frage nach Sinn und Zweck »der« (welcher?) Strafe schon im Ausgang verfehlt. So werden mit einer Geldstrafe, einer Bewährungsstrafe oder einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe **jeweils ganz unterschiedliche Zwecke** verfolgt, von Nebenstrafen wie Fahrverbot oder strafähnlicher Einziehung ganz zu schweigen. Deshalb ist es überhaupt kein Wunder, dass die tatgerichtliche Praxis – entgegen Gesetzessystem und höchstrichterlichem Gebot (oben Rdn. 3) – zunächst nach der Strafart und erst dann nach der Strafhöhe fragt (s. auch noch unten Rdn. 36) und behauptet, die Wahl zwischen Freiheits- und Geldstrafe sei »der logisch erste Schritt«.<sup>60</sup>

Es gibt nur einen einzigen **gemeinsamen Zweck für »das Strafen« schlechthin**: Antwort zu geben auf die Straftat, Reaktion darauf zu sein – und das heißt zunächst: **das verschuldete Unrecht auch in seinem Quantum zu bezeichnen**. Dieser »Urzweck« aber kann und muss erstrebt werden unabhängig davon, in welcher Art die Strafe (Geld-, oder Freiheitsstrafe) schließlich verhängt und wie ihre Vollstreckung ausgestaltet (Bewährungsaussetzung oder nicht) wird. Denn spezielle Zwecküberlegungen, die schon angestellt werden zur Bestimmung der Strafhöhe, ohne dass dabei bereits klar wäre, von welcher Strafart der Täter eigentlich betroffen werden soll, müssen unverbindlich-akademisch bleiben oder ins Floskelhafte geraten. Substanz wächst einem präventiv begründeten Strafzweckargument vielmehr immer erst dann zu, wenn zu entscheiden ist, ob dieser Täter für diese Tat die dem verschuldeten Unrecht entsprechende Strafe als Geldstrafe oder »Bewährungsstrafe« oder zu verbüßende Freiheitsstrafe erfahren soll. Erst diese zeitlich (jedenfalls aber logisch) nachgeordneten Entscheidungen sind einer fruchtbareren und praktisch verwertbaren Besinnung auf »Sinn und Zweck« als »maßgebende Leitgesichtspunkte« zugänglich (zu den Konsequenzen daraus s. unten Rdn. 33 ff.).

### 2. Präventionskriterien zur Festsetzung der Strafhöhe?

Aber selbst dann, wenn man einmal nur diejenigen Fälle ins Auge fasst, in welchen **ausschließlich zu verbüßende Freiheitsstrafe** in Frage kommt (also bei Strafen über zwei Jahre), fällt

<sup>59</sup> *Roxin* Festgabe Schultz (1977), 478; *Lackner* (1978), S. 25; *Matt/Renzikowski/Bußmann* § 46 Rn. 5; *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 54.

<sup>60</sup> Vgl. *LK<sup>10</sup>/Hirsch* § 46 Rn. 1b.

die These der überwiegenden Meinung, Präventionsaspekte taugten zur Bestimmung der Endstrafhöhe im Schuldrahmen, allergrößten Zweifeln anheim.

#### a. Fehlen von Kriterien

- 26 Zunächst ist die Vorstellung gänzlich unbegründet, es sei möglich, eine bestimmte Strafzeit (-dauer, -höhe) an Gesichtspunkten der Prävention – welcher Provenienz auch immer – auszurichten. Auch nur einigermaßen verifizierbare Kriterien hierfür gibt es nämlich nicht.
- 27 aa. **Das gilt zunächst für die Spezialprävention**, und zwar gleichgültig, ob im Einzelfall »Besserung« oder Individualabschreckung verfolgt werden soll. Immer wieder weist die kriminologische Wissenschaft darauf hin, dass der wirklich ernstgenommene Strafzweck der Besserung (aber auch jener der Abschreckung) **als Maßprinzip** für den Ausspruch jedenfalls – und nur darum geht es hier – über die Höhe der zu verbüßenden Strafe **völlig ungeeignet** ist.<sup>61</sup> Die (positive) Wirksamkeit spezialpräventiver Einwirkung auf den Menschen durch zu verbüßende Freiheitsstrafe ist nicht einmal überhaupt und nicht einmal im Gesamtergebnis verbürgt, umso weniger aber, soweit es um die Bestrafung des konkreten Täters geht. Spezialpräventiv intendierte intramurale »Behandlung« ist »ein ideologisches Konstrukt«.<sup>62</sup> Welche Dauer ein etwaiger Behandlungsprozess (»was der Täter braucht«) erfordern wird, ist im Zeitpunkt des Urteilsausspruches ganz unvorhersehbar.
- 28 Zwar mag sich die Sachlage dort anders ausnehmen, wo das Gericht – insbesondere bei **jugendlichen Delinquenten**<sup>63</sup> – Grund hat zu der Annahme, nach Ablauf einer einigermaßen exakt festlegbaren Zeitspanne (etwa die Lehrzeit) werde eine hinreichende Basis für die Feststellung des Zustandes »(Re-)Sozialisierung« gelegt sein. Hier könnte sich die Strafhöhe nach der Dauer des jeweiligen therapeutischen Programms richten.<sup>64</sup> In einem solchen Falle hätte die Straftat mit der dafür verhängten Strafe freilich nur insofern etwas zu tun, als sie lediglich noch als »Auslöser« für eine Zwangsbesserung erschiene – ein Verhältnis, das ernsthaften Rechtszweifeln anheimfallen muss (s.a. oben Rdn. 21).
- 29 Ist dem Gericht eine vernünftige Aussage zur notwendigen »Resozialisierungs-« oder Abschreckungs-Dauer (**»aktive« Prävention**) aus tatsächlichen oder Rechtsgründen in der Regel versagt, so bedeutet das jedoch nicht zugleich, dass es jedenfalls dann, wenn es die gegenwärtige Vollzugswirklichkeit und den Delinquenten gut kennt, nicht wenigstens voraussehen kann, wann der Delinquent **durch den Strafvollzug endgültig entsozialisiert** sein wird (s. auch unten Rdn. 142; zur Geldstrafe s. § 40 Rdn. 15). Ist das der Fall, so lässt sich daraus freilich auch nur ein Negativ-Ergebnis ableiten: Die Strafe sollte diese Höhe möglichst nicht erreichen (**»passive« Prävention**). Die Verwirklichung dieses Ziels findet jedoch ihre Grenze in dem Verbot der Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe (s. oben Rdn. 22).
- 30 bb. Anhaltspunkte fehlen ferner und erst recht dafür, welches Ausmaß an Strafschärfung (im Rahmen der »schuldangemessenen« Strafe) erforderlich ist, um **Wirkungen im Sinne der negativen Generalprävention** zu erzielen (zur »positiven« Generalprävention s. oben Rdn. 10). Ein Gericht, welches das Strafmaß für eine bestimmte Straftat an der Obergrenze des »Schuldrahmens« festmacht, um zu erreichen, dass dadurch andere eher von der Begehung ähnlicher Straftaten abgehalten werden (oben Rdn. 11 ff.), bewegt sich in völlig nebulosen und fiktiven Vorstellungen. Über die generalpräventive Wirkung einzelner Urteile oder einer bestimmten Gerichtspraxis ist praktisch nichts bekannt.<sup>65</sup> Ein Strafzweck aber, von dem niemand so recht sagen kann, ob er denn und wie er eigentlich »wirken« könnte, ist als Maßstab für die Höhe der Strafe – nur darum geht es hier – ungeeignet. Annahmen insbesondere über die abschreckende

61 Kaiser (1993), S. 143.

62 Albrecht ZStW 97 (1985), 831 (838).

63 S. dazu Schaffstein Festschrift Würtenberger (1977), 449.

64 Zur Strafzumessung bei jugendlichen Drogenabhängigen s. Kreuzer NJW 1979, 1241.

65 Vgl. Kaiser (1993) S. 24; s. auch Schöch Festschrift Jescheck (1985), 1081.

Wirkung exemplarischer Strafen können heute nur die **Stringenz von Glaubenssätzen** beanspruchen.

### b. Antinomie der Präventionszwecke

Die Erkenntnis, dass man nicht hinreichend präzise sagen kann, wie viel Strafe notwendig ist, um einen bestimmten Präventionszweck zu erreichen, hindert die überwiegende Meinung freilich nicht, mit entsprechenden Formeln (etwa »Prävention im Rahmen der Repression«) zur Begründung einer bestimmten Strafhöhe gleichwohl zu operieren. Dabei dürfte die Vorstellung vorherrschen, dass mit einem solchen Vorgehen **wenigstens Näherungswerte** erreicht werden könnten. So wird sich ein Tatrichter in der Regel mit der Überzeugung begnügen, dass immerhin »die Richtung stimmt«, wenn er etwa eine Strafe am oberen Rand des Schulrahmens festmacht mit der Begründung, dadurch werde die deutliche Zunahme von Delikten der gerade in Rede stehenden Art im Gerichtsbezirk eingedämmt werden (oben Rdn. 11 ff.).

Aber die Praxis erliegt damit einer Selbsttäuschung. Denn eine Richterin bzw. ein Richter, die bzw. der sich gewissenhaft mit der Aufgabe befasst, die vom Gesetz geforderten Präventionsüberlegungen im Sinne der überwiegenden Meinung zur Festsetzung der Höhe einer Endstrafe zu verwerten, die allen Aspekten wenigstens annäherungsweise und der Tendenz nach gerecht wird, muss sich angesichts der **Gegenläufigkeit der verschiedenen Argumentationsrichtungen** dauernd in Widersprüche verwickeln.<sup>66</sup> Sie bzw. er wird deshalb entweder Kompromisse schließen – und lässt damit die Fragwürdigkeit des ganzen Systems deutlich werden; denn das Kompromiss-Ergebnis kann nicht mehr Ausdruck irgendeiner »Tendenz« sein, weil sich die verschiedenen Gesichtspunkte gegenseitig neutralisiert haben. Oder aber das Gericht wird Prioritäten setzen und den einen oder den anderen Präventionsaspekt in concreto vernachlässigen – ebenfalls ein dubioses Verfahren, weil es an plausiblen Orientierungsmarken für eine solche Auswahl wiederum fehlt. So ist es denn auch nicht weiter verwunderlich, dass Urteilspassagen, in denen Worte vorkommen wie »Einwirkung auf den Täter«, »Abschreckung Dritter«, »Verteidigung der Rechtsordnung« etc. in einem Zusammenhang, der nur die Höhe der Strafe betrifft, sich bei genauerem Besehen grundsätzlich als **Floskeln ohne jeden sachlich begründbaren Gehalt** erweisen. Und selbst, wer sich Mühe gibt, hat letztlich nicht mehr getan, als »über den Daumen gepeilt«.<sup>67</sup>

## III. Die Stellenwert-Theorie

### 1. Darstellung

Dem Wortlaut, dem Sinn und der Systematik des Gesetzes entspricht es am ehesten, die Sanktionenfestsetzung als einen Prozess zu begreifen, der (gedanklich, vielleicht aber auch im Urteil) in **zwei Stufen** aufzuspalten ist: Das Gericht setzt zunächst das Gewicht des verschuldeten Unrechts in ein Strafquantum um, es bestimmt die Dauer, die Höhe der (hypothetisch zu verbüßenden Freiheits-)Strafe (oben Rdn. 3). Überlegungen spezial- und/oder generalpräventiver Provenienz stellt er dabei noch nicht, sondern erst dann an, wenn er – im zweiten Schritt – entscheidet, in welcher Art die schuldangemessene Strafe zu verhängen und ob die verhängte Strafe auch tatsächlich zu vollstrecken ist.

Die Höhe der Strafe ist **zunächst** (s. ferner unten Rdn. 161) **allein am Gewicht des verschuldeten Unrechts** zu orientieren. Hierbei hat das Gericht einen (Beurteilungs-)Spielraum (oben Rdn. 8). Die »Spielraumtheorie« in der von der überwiegenden Literatur vertretenen<sup>68</sup>

66 Für »Präferenz des Schuldausgleichs« Günther JZ 1989, 1025 (1029); anders von Hirsch/Jareborg Strafmaß und Strafgerechtigkeit (1991). Vgl. auch Albrecht (1994), S. 66.

67 Henkel (1969), S. 49.

68 Nachweise bei LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 39; ebenso Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 7; AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 51 ff. Vgl. BGHSt 7, 28 (32).

und von der Rechtsprechung<sup>69</sup> aufgegriffenen Ausformung, wonach der Richter in diesem Schuld-Strafrahmen Prävention zu verfolgen und die Endstrafe entsprechend festzusetzen habe,<sup>70</sup> ist jedoch zu verwerfen. Denn Präventionszwecke kann der Richter mit der Strafe sinnvollerweise erst verfolgen (muss er dann aber auch), wenn er weiß, mit welcher *Strafart* der Delinquent belegt werden soll (s. Rdn. 23); die **Bestimmung der Strafhöhe aber geht der Entscheidung über Strafart und Strafvollstreckung logisch voraus** (oben Rdn. 3). Die Auffassung, es bedürfe der Ausfüllung des Spielraums durch präventive Zielsetzungen, weil andernfalls »nur nach Willkür« entschieden werde, denn »eine exakte Strafgröße, die dem Maß der Schuld entspricht«, gäbe es nicht<sup>71</sup>, greift nicht durch. Denn **Schuldmaß und Strafmaß sind identische Begriffe**, solange niemand sagen kann, wie Schuldmaß anders als in Strafmaßeinheiten auszudrücken wäre. Der »Spielraum« betrifft mithin nicht erst das Strafmaß, sondern bereits das diesem korrespondierende ebenso wenig exakte Maß der Schuld. Im Übrigen fehlen auch nur einigermaßen verifizierbare Kriterien dafür, welche Strafdauer der Täter zur Disposition für künftiges Legalverhalten (oben Rdn. 27) oder die Allgemeinheit zur Normeinübung oder zur Abschreckung »braucht« (oben Rdn. 30), als auch für die Entscheidung, welchem der verschiedenen antinomischen Präventionszwecke der Vorrang gebührt (oben Rdn. 32).

- 35 Dem § 46 Abs. 1 Satz 2 (s. oben Rdn. 17) ist jedoch das Gebot an den Tatrichter zu entnehmen, sich schon bei der Suche nach der Höhe der schuldangemessenen Strafe um »**passive**« (**Spezial**-)Prävention in dem Sinne zu bemühen, dass in jedem Fall diejenige schuldadäquate Strafe festgesetzt wird, die der Wiedereingliederung des Täters »wenigstens nicht abträglich ist«. <sup>72</sup> Das bedeutet, dass der Richter, der Strafvollstreckung in Rechnung stellt<sup>73</sup> und – bei Freiheitsstrafe – sich die Vollzugswirklichkeit vergegenwärtigt, die Strafe immer im Bereich des »schon Schuldangemessenen«, also an der untersten Grenze des »Schuldrahmens« festmacht (vgl. unten Rdn. 142). – Übrigens sollte die Strafzumessungspraxis endlich zur Kenntnis nehmen, was für die empirische Kriminologie längst feststeht: Die verhaltenssteuernde und einstellungsprägende Wirkung des Strafrechts ist so stark, dass eine **deutliche Senkung der Strafhöhen** keine registrierbare Schwächung der »generalpräventiven Kraft des Strafrechts« nach sich ziehen würde.<sup>74</sup>
- 36 Wo sich der Schuldrahmen **mit den in den §§ 47 und 56 gesetzlich festgelegten Höhenmarken überlappt**, können sich dem Richter mit der Festsetzung der Strafe im unteren Schuldbereich neue Sanktionsfelder (Verhängung der schuldangemessenen Strafe als Geldstrafe, Vollstreckungsaussetzung) eröffnen, die seinem Ziel der weitestmöglichen Vermeidung von Entsozialisierung durch Strafvollzug entgegenkommen.<sup>75</sup> Wenn der Tatrichter die Schuld-Höhenentscheidung auch mit der Strafart- bzw. Aussetzungsfrage – rückkoppelnd – verknüpft, so ist dies zwar rechtsfehlerhaft,<sup>76</sup> bleibt aber unter zwei Voraussetzungen **revisionsgerichtlich unbeanstandet**: Das Ergebnis muss »stimmen«, er muss also auf die Schuldangemessenheit der von ihm der Höhe nach festgesetzten Strafe achten<sup>77</sup> – und er muss jedenfalls im schriftlichen Urteil die gesetzlich-logisch gebotene Begründungsreihenfolge einhalten. Wer die gesetzliche Mindeststrafe festsetzt (s. unten Rdn. 107) oder gar ausdrücklich die Strafhöhe damit begründet, dass Vollstreckungsaussetzung habe ermöglicht werden sollen, riskiert eine Aufhebung,<sup>78</sup> wenn

69 Vgl. BGHSt 7, 28 (32); s. ferner *Theune* StV 1985, 205.

70 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 830 f.

71 *Roxin* (1978), S. 191.

72 *Lackner* (1978), S. 29; s. auch *Müller-Dietz* (1992), S. 419.

73 Zu Strafhöhenentscheidungen in Grenzbereichen s. Rdn. 36; s. ferner BGH StV 1991, 513; BGH StV 1992, 462; BGH NStZ 1993, 584.

74 *Schöch* Festschrift Jescheck (1985), 1081 (1104 f.).

75 Vgl. BGH NStZ 1993, 584.

76 Vgl. BGHSt 29, 319 (321) mit Anmerkung *Bruns* JR 1981, 335.

77 BGH NStZ 1992, 489; vgl. damit aber BGH StV 1992, 462.

78 Vgl. BGHSt 32, 60 (65).

er den Verdacht nicht ausräumt, es sei – zwecks Aussetzung – Unterschuldstrafe verhängt worden.

## 2. Einwände

Gegen diese – von *Henkel*<sup>79</sup> ersonnene und so genannte – »Stellenwerttheorie« ist bisher hauptsächlich eingewandt worden, sie entspreche weder den gesetzgeberischen Intentionen noch dem Wortlaut des Gesetzes.<sup>80</sup> 37

Die Berufung auf den angeblichen »Willen des Gesetzgebers« – wenn dieser überhaupt gegen das teleologisch Richtige ausgespielt werden kann – gerade im Hinblick auf den Inhalt des § 46 steht freilich seit den geschichtlichen Analysen von *Stratenwerth*<sup>81</sup> auf tönernen Füßen. Und warum der **Gesetzeswortlaut** (s. oben Rdn. 17) hier eine ausschlaggebende Rolle spielen soll, wo er doch sonst kaum jemanden hindert, auch Generalprävention, von der nun einmal in § 46 keine Rede ist, als Strafhöhen-Element mitzulesen, ist nicht recht nachvollziehbar. 38

Im Übrigen kommt dem § 46 Abs. 1 Satz 2 auch nach der hier vertretenen Auffassung zunächst – was die Strafhöhe angeht – die Funktion zu, den Tatrichter zu Erwägungen im Geiste einer »passiven« Prävention, also zur **Festsetzung der Schuldstrafe mit der geringstmöglichen Entsozialisierungsgefahr** zu verpflichten (oben Rdn. 17, 35). Diese Vorschrift ist ferner zu sehen als eine allgemeine, später in Spezialvorschriften (§§ 47, 56) aufgelöste und präzisierende Regel; damit wird immerhin an zentraler Stelle bekundet, dass der Gedanke der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft ein für die gesamte Strafrechtspflege wesentliches Prinzip darstellt. Schließlich ist § 46 Abs. 1 Satz 2 der Angelpunkt für den Einsatz von Sanktionen, die nicht eigentlich »Strafe« (und auch nicht Maßregel) sind, deren Bemessung mithin auch nicht an der Schuldhöhe festgemacht werden kann: Nur **Präventionsaspekte** vermögen sinnvolle Kriterien abzugeben etwa für die Entscheidung der Frage, ob ein Fahrverbot anzuordnen ist (vgl. § 44 Rdn. 8) oder ob Statusverluste eintreten sollen (§ 45 Rdn. 12). Endlich scheidet die Stellenwerttheorie auch nicht, wenn sie registriert, dass mit der Feststellung des »reinen Schuldgewichts« der Tat nicht notwendig auch schon die endgültige Festsetzung des entspr. Strafmaßes verbunden ist, sondern davon auch noch unter bestimmten Voraussetzungen Abschläge möglich sind, dass also ein Teil der schuldangemessenen Strafe durch andere Nachteile ersetzt werden kann (s. dazu unten Rdn. 161 f.). 39

Nicht getroffen wird die Stellenwerttheorie von dem Einwand, sie könne »das Problem der Rechtfertigung der Strafbemessung überhaupt nicht beantworten.«<sup>82</sup> Denn diese Theorie versteht sich als **Auslegungsvorschlag für das geltende Sanktionenrecht** und nicht als rechtstheoretisches oder kriminalpolitisches Konzept.<sup>83</sup> Angesichts des § 46 Abs. 1 Satz 1 erspart sie sich eine Reflexion darüber und eine Begründung dafür, »warum und wann der Staat berechtigt ist, Schuldstrafe zu verhängen«. Sie will nur das Gebot des Gesetzes, bei der »Strafzumessung« seien sowohl Schuld als auch Prävention zu bedenken, mit einem System erfassen, das allen sanktionen-rechtlichen Aspekten den ihnen jeweils systematisch zukommenden und konkret effektiven Stellenwert zuweist. Und wenn die dementsprechende Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in praktische Rechtsanwendung den Strafrichter instand setzt, **auch bei** 40

79 Die »richtige« Strafe, 1969.

80 Lackner/*Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 27; *Bruns* (1977), S. 263; *Roxin* (1978), S. 186; LK<sup>12</sup>/*Theune* § 46 Rn. 37; *Günther* JZ 1989, 1025 (1027); *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 825; *Tröndle*<sup>48</sup> § 46 Rn. 5; *Erhard* (1992), S. 313; *Dölling* Festschrift Schreiber (2003), 55 (57 f.).

81 *Stratenwerth* (1972), S. 8 ff.

82 *Schreiber* ZStW 94 (1982), 279 (289).

83 *Wolters* GA 2008, 723 (724).

**der Rechtsfolgenfestsetzung klarer zu denken, zu formulieren und zu entscheiden**, so schadet das auch nichts.<sup>84</sup>

- 41 Noch eine Lanze:<sup>85</sup> Obwohl es doch sehr schwer wiegen sollte, dass »diese Auffassung durch ihre Klarheit (besticht)«<sup>86</sup> und »eine verblüffend einfache Lösung der Strafzweck-Antinomie (präsentiert)«,<sup>87</sup> ist ihr beinahe jede Gefolgschaft zumeist schon mit dem Hinweis auf § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB versagt geblieben.<sup>88</sup> Da sich die »Stellenwerttheorie« in das Gesetz aber durchaus plausibel auch dann einpassen lässt,<sup>89</sup> wenn man aus dessen Stellung ableitet, dass er sich nur auf die Strafhöhenfestsetzung beziehen kann (oben Rdn. 39 und Rdn. 40),<sup>90</sup> dürfte der starke Widerstand auf anderem gründen: Die klare Trennung der Strafzwecke bei der Strafzumessungsentscheidung ist wohl vor allem deswegen gefürchtet, weil der amorphen, in der Rechtsprechung aber sehr beliebten »Gesamtwürdigung« bei der Strafhöhenfestsetzung mit der Spezial- und der Generalprävention zwei Elemente genommen werden, mit deren Hilfe der Tatrichter die Schwierigkeiten besonders gut verschleiern kann, »sein von rechtlichen Orientierungsdaten weitgehend alleingelassenes Rechtsgefühl zu verbalisieren«.<sup>91</sup> Dass dieses Strafzumessungssallerlei auch den präventionsorientierten Strafzumessungstheorien widerspricht, dürfte dabei häufig übersehen werden: Wenn nach der »Spielraumtheorie«<sup>92</sup> zwischen der schon und der noch schuldangemessenen Strafe präventive Gesichtspunkte berücksichtigt werden dürfen und nach der »Punktstrafentheorie«<sup>93</sup> von der durch die Schuld gebotenen Strafe aus präventiven Gründen nach oben oder unten abgewichen werden darf, wird erkennbar, dass beim Akt des Bestimmens des Schuldrahmens bzw. der Punktstrafe logisch vorrangig Schuld und Strafe in ein Verhältnis zu setzen sind. Beide Ansätze, die sich letztlich nur dadurch unterscheiden, dass der Spielraum entweder materiellrechtlich oder prozessual eröffnet ist,<sup>94</sup> teilen mithin das Grundanliegen der »Stellenwerttheorie«, die Strafzumessungsentscheidung sachgerecht zu stufen. Da zudem jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, ob Strafhöhenzugaben oder -abschläge für den Normgeltungs- oder Abschreckungseffekt überhaupt angezeigt sind (s. oben Rdn. 10), also davon ausgegangen werden muss, dass schon der Schuldausgleich selbst diesen generalpräventiven Zweck erfüllt (s. bereits oben Rdn. 30),<sup>95</sup> kommt der Deutung des § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB eine Schlüsselstellung zu.<sup>96</sup> Solange er tatsächlich die Berücksichtigung spezialpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafhöhenfestsetzung *gebietet*, wird er auch die Tür zur »Stellenwerttheorie« verschließen. Hierbei dürfte die These, die Vorschrift sei als Pflicht zur Festsetzung der Schuldstrafe mit der geringsten Entsozialisierungsgefahr zu verstehen, vor allem deswegen nicht nachgegangen worden sein, weil die Bezeichnung als »passive Prävention« (Rdn. 39) den »Stel-

84 Vgl. *Wolters GA* 2008, 723 (724).

85 S. das Folgende bereits bei *Wolters GA* 2008, 723 (724 ff.).

86 *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 458.

87 *Roxin Festschrift Bruns* (1978), 183 (185).

88 So etwa *LK<sup>12</sup>/Theune* § 46 Rn. 37; *Streng Strafrechtliche Sanktionen*<sup>3</sup> Rn 487; *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 458.

89 *Horn Festschrift Bruns* (1978), 165 (168 f.).

90 Eingehend begründet von *Roxin Festschrift Bruns* (1978), 183 (187 ff.).

91 *Horn Gedächtnisschrift Armin Kaufmann* (1989), 573 (575). S. schon *Horn Festschrift Schaffstein* (1975), 242 (245); vgl. *Hörnle Tatproportionale Strafzumessung* (1999), S. 35 f.

92 *BGHSt* 7, 28 (32); *Spendel Zur Lehre vom Strafmaß* (1954), S. 176 ff.; *Grünhut ZStW* 71 (1959), 521 (537).

93 *Heinitz ZStW* 70 (1958), 1 (5); *Schneidewin, JZ* 1955, 505 (506 f.); *Bruns Festschrift Engisch* (1969), 708 (716 f.); *Arthur Kaufmann Das Schuldprinzip* (1961), S. 65 f.

94 *Horn Festschrift Bruns* (1978), 165 (169).

95 Eingehend *Roxin Festschrift Bruns* (1978), 183 (197) mit weiteren Nachweisen.

96 Zutreffend sieht *Hörnle* in § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ebenfalls die »Achillesferse für die Anwendbarkeit eines tatproportionalen Strafzumessungskonzepts de lege lata« (Tatproportionale Strafzumessung [1999], S. 329).

lenwert« der Prävention auf dieser Ebene doch anzuerkennen scheint. Sieht man weniger auf Begrifflichkeiten als auf den Kern der These, lässt sich die Vorschrift aber auch durchaus allein als gesetzgeberischer Aufruf verstehen, den *Schuldausgleich* vor allem mit Blick auf die »Wirkungen« beim Delinquenten »gerecht« zu gestalten. Dies bedeutet nun keineswegs, dass das Kriterium der Strafempfindlichkeit<sup>97</sup> als allgemeiner Gesichtspunkt in die Strafhöhenfestsetzung einzubeziehen ist, da über die Art der Strafe und über die Frage ihrer Vollstreckung auf dieser Stufe noch gar nicht befunden werden darf (s. unten Rdn. 142), wohl aber, dass die Strafe in der Summe aller Straftatfolgen eben nur ein Summand (s. unten Rdn. 161) und zudem stets an der untersten Grenze des Schuldrahmens festzumachen ist (s. oben Rdn. 35). Da sich hiernach sogar das Unterschreiten der (an sich) schuldangemessenen Strafe ohne Rückgriff auf spezialpräventive Gesichtspunkte einfügen lässt (s. oben Rdn. 22), kann es zu »kriminalpolitisch besonders bedenklichen Ergebnissen« niemals kommen, einer »spezialpräventiv modifizierten« Stellenwerttheorie<sup>98</sup> (und damit der Aufgabe ihres Grundgedankens) bedarf es mithin auch deswegen nicht. Auf der Grundlage des geltenden Rechts wird die »Stellenwerttheorie« auch der »Theorie der tatproportionalen Strafzumessung«<sup>99</sup> (s. unten Rdn. 42) überlegen sein: Zwar tritt sachgerechterweise auch letztere an, die für die Strafzumessung zu beachtenden Gesichtspunkte auf Schuldgesichtspunkte zu beschränken, der durch die Opferorientierung eingenommene – sehr bedenkenswerte – Perspektivwechsel<sup>100</sup> dürfte sich freilich noch stärker an § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB reiben.<sup>101</sup> Die für die »Stellenwerttheorie« verbleibende Schwierigkeit, den gerechten Schuldausgleich zu *berechnen*, zeigt sich bei allen Strafzumessungstheorien in vergleichbarer Weise. Der Schuldbegriff wird jedenfalls nicht dadurch klarer, dass weitere unklare Kriterien zugefügt werden.<sup>102</sup>

#### IV. »Tatproportionale« Strafzumessung

##### 1. Darstellung

Einen die präventiven Strafzwecke ebenfalls ausblendenden (neueren) Ansatz stellt dar die **Theorie der tatproportionalen Strafzumessung**,<sup>103</sup> welche eine große Bedeutung insbesondere in der Neuorientierung des angloamerikanischen Strafzumessungsrechts erlangt hat.<sup>104</sup> Der auf das deutsche Strafrecht übertragene Grundgedanke der Tatproportionalität will das zu verhängende Strafmaß nicht von – als willkürlich angesehenen – Präventionserwägungen,<sup>105</sup> sondern vielmehr von der **Schwere der Tat** insbesondere hinsichtlich ihres *konkreten* Erfolgsunrechts geprägt wissen, um so einer unaustarierten Strafzumessung durch in Relation gesetzte Rechtsfolgenaussprüche entgegen zu wirken und eine »expressiv kommunikative Funktion«<sup>106</sup> der Strafe zu gewährleisten. Dafür soll das Unrecht insbesondere anhand einer **opferperspektivi-**

97 S. aber die Beispiele aus der Rechtsprechung bei LK<sup>12</sup>/*Theune* § 46 Rn 8; s. darüber hinaus *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 339 ff.

98 *Roxin* Festschrift Bruns (1978), 183 (203 f.).

99 von *Hirsch/Jareborg* Strafmaß und Gerechtigkeit (1991); *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1999); weitere Nachweise bei *Streng* Strafrechtliche Sanktionen<sup>3</sup> Rn. 489 ff.

100 Dazu *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 221 ff.

101 S. aber *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 329 ff.

102 S. aber *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen<sup>3</sup> Rn. 487.

103 S. insbesondere von *Hirsch/Jareborg* Strafmaß und Strafgerechtigkeit (1991); *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999). S. zudem die Beiträge bei *Frisch/von Hirsch/Albrecht* Tatproportionalität (2003).

104 S. dazu nur die Nachweise bei *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 19 f.

105 Vgl. hierzu auch *Hörnle* JZ 1999, 1080 ff.

106 *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 112 ff.



**visch-orientierten Betrachtung**<sup>107</sup> abgewogen werden,<sup>108</sup> indem zur Schwereinschätzung anhand unterschiedlicher Kriterien nach der **eingebüßten »Lebensqualität des Opfers«** gefragt wird.<sup>109</sup> Zur Folge hat dies, dass außerhalb des Geschehens liegende Aspekte weitgehend unberücksichtigt bleiben.<sup>110</sup>

## 2. Einwände

- 43 Mit *Streng*<sup>111</sup> wird der tatproportionalen Strafzumessung zu entgegen sein, dass es bei einem Abstellen auf die eingebüßte Lebensqualität des Opfers an der grundsätzlichen Möglichkeit mangelt, dieses System auf Delikte gegen Kollektivrechtsgüter oder (lediglich) versuchte Delikte zu übertragen.<sup>112</sup> Darüber hinaus verbleibt in einem solchen komparativen System kein Raum für die Berücksichtigung außerhalb des Tatgeschehens liegender Aspekte, wie etwa des Vorlebens des Täters (s. auch schon oben Rdn. 41).<sup>113</sup> Dem Wunsch einer vergleichbaren und damit (mutmaßlich oder vermeintlich) gerechteren Strafzumessung dürfte hiermit ein – kaum hinnehmbarer – Verzicht auf eine »Einzelfallgerechtigkeit« entgegenstehen.<sup>114</sup>

## B. Die Begriffe »Schuld« und »Unrecht« in der Strafhöhen-Bemessung

### I. Die Strafzumessungs-Schuld

- 44 Nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 Satz 1 ist Grundlage für die Zumessung der Höhe der Strafe die Schuld des Täters.<sup>115</sup> **Der Schuldbegriff der allgemeinen Verbrechenslehre** bezeichnet als »Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Tat« die Voraussetzungen, unter denen rechtswidriges Verhalten überhaupt vorgeworfen und dann auch mit Strafe beantwortet werden kann. Als mehr oder weniger große Fähigkeit, sich normgemäß zu motivieren, ist »Schuld« aber auch ein Steigerungsbegriff. (In diesem Sinne lässt sich das »Schuldurteil« am besten veranschaulichen, wenn man es als ein Sieb mit verstellbaren Maschen versteht, das von dem vom Täter verwirklichten Unrecht auf dem Weg in die Strafe passiert werden muss: Je nachdem, ob Unrechtsbewusstsein [»volle« Schuld] vorhanden oder – wenn nicht – wie groß die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht und zu entsprechender Motivation [»verminderte« Schuld] gewesen ist, fällt das

107 Zur Rolle der Opferperspektive s. *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 217 ff. und *Hörnle* JZ 1999, 1080 (1089).

108 Allgemein zur »Rolle des Opfers« *Hörnle* JZ 2006, 950 ff.

109 Vgl. hierzu die Grundansätze von *Hirsch/Jareborg*, Oxford Journal of Legal Studies 1991, S. 1 ff. Dieser Ansatz wird von *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 226 ff. aufgenommen und weiterentwickelt.

110 S. *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 143 ff.

111 NK<sup>4</sup>/Streng § 46 Rn. 111.

112 Bei Delikten gegen Organisationen will *Hörnle* das Erfolgsunrecht anhand der Beeinträchtigung ihrer Arbeitsfähigkeit bewerten (Tatproportionale Strafzumessung [1999], S. 244 f.).

113 So plädiert *Hörnle* für eine Abkehr sowohl von Strafschärfungen wegen Vorstrafen als auch von Milderungen für Ersttäter (Tatproportionale Strafzumessung [1999], S. 159 ff.). Anders dagegen von *Hirsch/Jareborg* Strafmaß und Strafgerechtigkeit (1991), S. 60 f., die für bisher unbestrafte Täter die *menschliche Schwäche* jedenfalls mildernd berücksichtigen wollen.

114 S. zur Kritik NK<sup>4</sup>/Streng § 46 Rn. 112 und MüKo<sup>2</sup>/Radtke § 46 Rn. 64. Für Argumente zur Umsetzbarkeit der tatproportionalen Strafzumessungstheorie s. *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 324 ff.

115 Zur Vorzugswürdigkeit dieses Anknüpfungspunktes s. die Ausführungen von *Frisch* (2011), 3 (7 ff.); vgl. *Frisch* GA 2014, 489 (493 ff.).

gesamte Unrecht oder eben nur ein Teil davon »in die Strafe durch«; bei Schuldunfähigkeit bleibt das gesamte verwirklichte Unrecht im Schuld»sieb« hängen).<sup>116</sup>

Einen Grund dafür, dass unter »**Strafzumessungsschuld**« im Sinne des § 46 etwas anderes verstanden wird als unter »Schuld« im Sinne der allgemeinen Verbrechenslehre, gibt es nicht.<sup>117</sup> Die Gegenmeinung lässt sich weder mit einem Hinweis auf § 46 Abs. 2 noch damit begründen, »dass sich die Strafzumessungslehre zu einer selbständigen wissenschaftlichen Disziplin entwickelt hat«. <sup>118</sup> Vielmehr gilt: Wenn die Quantifizierung von Schuld verlangt wird, so kann das »Schuldmaß« nur – bei »voller« Schuld (Unrechtsbewusstsein und Fähigkeit zu einsichtsentsprechender Motivation) – so groß wie das Unrecht oder – bei verminderter Schuld (etwa vermeidbarem Verbotsirrtum) – geringer sein als das Unrechtsquantum. »Schuldangemessene« Strafe ist also meist – nämlich immer dann, wenn die Schuld nicht vermindert ist – als »unrechtsangemessene« Strafe zu verstehen. So gesehen ist konstitutiv für das Maß der Strafe nur die Schwere des vom Täter verwirklichten Unrechts. Für das Ob der Strafe hat die Schuld eine Konstitutiv-»Schuldprinzip«, für das Maß der Strafe hat die **Schuldhöhe nur eine Begrenzungsfunktion**. Anknüpfungsgröße für die Strafhoheitenbestimmung im Sinne des § 46 Abs. 1 ist danach nicht »die Schuld«, sondern das nach seiner Schwere abstufbare **verschuldete Unrecht**.<sup>119</sup>

Aus der strafmaßkonstitutiven Funktion des Unrechts folgt, dass allein der Begriff der **Tatschuld** für die Strafzumessung verwertet werden kann. »**Lebensführungs-**«, »**Dispositions-**« oder »**Charakterschuld**«<sup>120</sup> müssen nicht nur deshalb ausscheiden (s. auch unten Rdn. 144; zur »Täterschuld« s. Rdn. 78), weil man nicht »zwischen schicksalhaft empfangenem und schuldhaft erworbenem Charakter unterscheiden könnte«, <sup>121</sup> sondern schon aus prinzipiellen Gründen: Schuld setzt Unrecht voraus, es kann aber nicht dargelegt werden, wo das Recht eine bestimmte »Lebensführung« oder »Charakterbildung« geboten oder verboten haben sollte.<sup>122</sup> **Wo Lebensführungsrecht fehlt, kann es auch keine Lebensführungsschuld geben.**<sup>123</sup> Dies spricht indes nicht stets dagegen, dass entsprechende Umstände einmal Rückschlüsse auf den äußeren Unrechtsgehalt zulassen oder Einblicke in die innere Einstellung zur Tat gewähren mögen.<sup>124</sup>

»**Schuldvorwurf**« bedeutet nicht Vorwurf der Schuld, sondern Vorwurf des Unrechts bei Schuld. Deshalb verbietet es sich, als »Schuldfaktoren« für die Strafmaßbestimmung auch solche Elemente mitzuverwerten, die das Problem lösen helfen sollen, mit welcher Maßnahme am ehesten erreicht werden kann, dass der Täter künftig nicht mehr straffällig wird. Für die Strafhöhe »bewertet« wird die Tat, nicht der Täter. Auszuscheiden haben mithin insbesondere »vulgär-moralisierende« (*Brunns*) Urteile über den Täter und dessen »liederlichen Lebenswandel«. <sup>125</sup> Aber auch an sich vernünftige Erwägungen zur »Täterpersönlichkeit« sind im Rahmen der Schuld- und Strafmaßermittlung verfehlt jedenfalls, soweit sie nicht zur Verbesserung der Erkenntnis beitragen, wie groß oder gering die Fähigkeit des Täters zum rechtmäßigen

116 Zustimmend und mit weiteren Nachweisen *Erhard* (1992), 162 (165).

117 Vgl. *Hettinger* (1982), S. 119 mit weiteren Nachweisen; *Frisch ZStW* 99 (1987), 349 (386).

118 So aber *Roxin Festschrift Bockelmann* (1979), 279 (304); *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 575; *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 23 mit weiteren Nachweisen.

119 *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 575, 577; *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 23 (jeweils mit weiteren Nachweisen).

120 Eingehend zu letzterer *Ebert Festschrift Kühl* (2014), 137 ff.

121 *Arthur Kaufmann* (1961), S. 190 ff.

122 *Horn* (1969), S. 141 ff.; s. dazu *Jakobs AT*<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 34 f.; *Erhard* (1992), S. 107 mit weiteren Nachweisen.

123 *Horn* (1969), S. 141 ff.; s. dazu *Jakobs AT*<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 35, *Erhard* (1992), S. 107 mit weiteren Nachweisen.

124 BGH NSStZ-RR 2010, 25; BGH NSStZ-RR 2001, 295.

125 Vgl. BGH StV 1987, 387.

Verhalten gewesen ist. Zulässig und geboten ist eine »Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit« allein sub specie Prävention – einem Akt, der jedoch andere Entscheidungen als die Festsetzung des Schuld-Strafmaßes betrifft.

- 48 Das herkömmliche Verständnis der **Schuld als eines psychisch-normativen Phänomens** (»Andershandelnkönnen«) wird in den letzten Jahren durch Aspekte spezialpräventiver<sup>126</sup> oder generalpräventiver Provenienz<sup>127</sup> angereichert oder gar ersetzt.<sup>128</sup> Überlegungen dieser Art sind sicherlich von Interesse, soweit sie gesetzgeberische oder Auslegungstendenzen bei bestimmten Schuld-minderungs- oder -ausschlussgründen zu erklären versuchen. Der Beweis, dass mit ihrer Hilfe auch Strafhöhenentscheidungen anders ausfallen würden und plausibler zu begründen wären als jene, die auf der Basis einer »zweckfrei« verstandenen Schuld ergehen (s. oben Rdn. 10), steht jedoch noch aus.<sup>129</sup>

## II. Das Unrecht

- 49 Auch der Begriff des Unrechts ist im Bereich der Strafzumessung mit dem **Unrechtsbegriff der allgemeinen Strafrechtsdogmatik** identisch. In dem Streit, ob nur die Handlung als Substrat des Unrechtsbegriffs aufzufassen ist, oder ob dieser auch von Elementen mitbestimmt wird, die sich – wie der tatbestandsmäßige Erfolg – erst nach der Versuchsbeendigung einstellen, wird hier – gegen die weitaus überwiegende Meinung – folgendermaßen Position bezogen:
- 50 Elemente und Faktoren, die das Gesamtbild der Tat ausmachen, sind für die Bestimmung des Unrechtsgewichts im Bereich der Strafzumessung nur insoweit von Bedeutung, wie sie überhaupt einem Menschen zur Schuld vorgeworfen werden können, also: grundsätzlich vermeidbar sind. Daraus folgt: **Unrecht ist Tatunrecht**, Gegenstand des Unrechtsurteils ist allein das rechtswidrige Verhalten. **Verboten und geboten werden können nur (finale) Handlungen**, nicht aber Erfolge. Verboten sind – im Bereich der Begehungsdelikte – Handlungen, die entweder einen Vorsatz- oder einen Sorgfaltswidrigkeits-Bezug auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg aufweisen. In der Vornahme einer solchen Handlung erschöpft sich das Unrecht auch seinem Quantum nach. Der nach Beendigung der Handlung eingetretene tatbestandsmäßige **Erfolg vermag das Unrecht weder zu begründen noch zu erhöhen**. Für das Unrechtsmaß entscheidend ist immer nur, welchen Erfolg (nach Art und Schwere) der Täter in seine Vorstellung und in seinen Willen aufgenommen oder sorgfaltswidrig nicht aufgenommen hat. Allerdings wird durch das Unwertgewicht des in dieser Weise »bezogenen« Erfolges das Maß des Unrechts ebenso mitbestimmt wie durch das Maß der Pflichtwidrigkeit.<sup>130</sup> So kann das Unrecht im Ergebnis »gleichgewichtig« sein angesichts zweier Taten, bei denen die eine ein hohes, aber eben nicht ausreichendes Maß an Sorgfalt gegenüber dem Rechtsgut Leben aufweist, während die andere als grob sorgfaltswidrig bezüglich des (relativ minderen) Rechtsguts Gesundheit erscheint.

126 Arthur Kaufmann JZ 1967, 553.

127 Roxin (1974), S. 171.

128 Jakobs (1976), S. 32: Schuld als »Derivat« der (positiven) Generalprävention; ähnlich Frisch ZStW 99 (1987), 349 (388).

129 S. dazu Grasnick (1987), S. 62.

130 Vgl. auch BGH NStZ-RR 2002, 106 zur Unzulässigkeit der Berücksichtigung des Umstands, »dass die Straftat überhaupt vollendet« wurde; dazu BGH StV 1997, 129.

## C. Der Strafrahmen

### I. Allgemeines

Mit dem Strafrahmen für ein bestimmtes Delikt hat der Gesetzgeber programmatisch die Grenzen für die richterliche Strafe im Einzelfall verbindlich festgelegt. Wenn auch kaum von einem sinnhaften Gesamtkonzept des Besonderen Teils gesprochen werden kann,<sup>131</sup> kennzeichnen die Strafrahmen zugleich **die Bedeutung und den Rang der jeweiligen Verbotsnorm** innerhalb unserer Sozialordnung.<sup>132</sup> Für die einzelnen Delikte sind sie nach deren Unrechtsschwere gestaffelt, womit dem Rechtsanwender eine normative Orientierung an die Hand gegeben wird.<sup>133</sup> Insoweit spiegelt sich die Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative,<sup>134</sup> wobei aber nicht übersehen werden sollte, dass dem Gesetzgeber bei seiner abstrakten Bewertung verfassungsgerichtlich kaum Grenzen gezogen sind.<sup>135</sup> Ein Strafrahmen nimmt das gesamte (leichteste und schwerste) jeweils deliktsspezifische Unrecht auf (zur Höchst- und Mindeststrafe s. unten Rdn. 106).<sup>136</sup> Für besondere Erscheinungsformen des Verbrechen, die dessen Unrecht oder Schuld als vermindert oder erhöht erscheinen lassen, hat der Gesetzgeber jedoch Sonderstrafrahmen eingerichtet (Rdn. 56 ff.).<sup>137</sup>

An die gesetzlichen Strafrahmen und an die damit vom Gesetzgeber **vorgegebene allgemeine Wertung** der Schwere einer Tat ist der Richter **unabdingbar gebunden**. Das bedeutet zunächst: Solange das Strafgesetz mit der Verfassung und anderen übergeordneten Normen übereinstimmt, muss das Gericht – auch der Bundesgerichtshof<sup>138</sup> – seine eigene Wertauffassung jener des Gesetzgebers unterordnen<sup>139</sup> auch dann, wenn es Bedenken hinsichtlich der Verfassungsgemäßheit des Strafrahmens hat.<sup>140</sup> In extremen Fällen ist an Gnade zu denken; Gnade ist aber nicht Sache des dem Gesetz verpflichteten Richters.

Das bedeutet ferner: **Die Bestimmung des Strafrahmens hat logischen Vorrang vor der Festsetzung der Höhe der Strafe innerhalb dieses Rahmens**.<sup>141</sup> Dieser Grundsatz ist vor allem dort zu beachten (und gegen ihn wird am häufigsten verstoßen), wo der Gesetzgeber Sonderstrafrahmen eingerichtet, die Konkretisierung der Voraussetzungen für deren Anwendung aber dem Gericht überlassen hat.<sup>142</sup> Wer – wie die Rechtsprechung (s. dazu unten Rdn. 58, Rdn. 68, Rdn. 79) – die Wahl eines bestimmten Strafrahmens damit zu begründen versucht, dass dieser die Festsetzung der »angemessenen« Strafe für die konkrete Tat ermögliche, stellt die Dinge auf den Kopf; so ist es auch rechtsfehlerhaft, die Wahl zwischen zwei Strafrahmen offen zu lassen mit der Begründung, die in concreto angemessene Strafe liege ohnehin in einem Bereich, der von beiden Rahmen abgedeckt werde (s. dazu unten Rdn. 61). Der Richter hat die **Straf-**

131 S. dazu nur *Hettinger Festschrift Küper* (2007), 95 ff.

132 Vgl. BVerfGE 25, 269 (286). Zur Frage, ob das Sechste Strafrechtsreformgesetz diesen Vorgaben genügt, s. *Hettinger Festschrift Küper* (2007), 95 (99).

133 BVerfGE 105, 135 (164) zur »Vermögensstrafe«.

134 Vgl. BVerfGE 105, 135 (164).

135 Vgl. *Hettinger Festschrift Küper* (2007), 95 (104).

136 Vgl. *Kutzner StV* 2002, 277 (278); *Detter Einführung Rn.* 25.

137 Einen Überblick der verschiedenen Abstufungen der Rahmen zeitiger Freiheitsstrafe gibt *Hettinger Festschrift Küper* (2007), 95 (101 f.).

138 Abweichend BGHSt 30, 105; zur »Unverhältnismäßigkeit« der Strafdrohung des § 29 BtMG s. BVerfG NJW 1994, 1577 mit Besprechung *Nelles/Velten NSTz* 1994, 366.

139 BGHSt 24, 173 (178).

140 *Bruns* (1985), S. 44.

141 Vgl. *Wolters GA* 2008, 723 (726).

142 BGH StV 1987, 531. S. dazu noch unten Rdn. 56 ff.

**rahmenwahl nicht für diesen (konkreten) Fall, sondern für einen solchen Fall** zu treffen.<sup>143</sup>

- 54 Das bedeutet des Weiteren, dass es dem Tatgericht verboten ist, von der allgemeinen gesetzlichen **Vorwertung innerhalb des Strafrahmens** abzuweichen (s. dazu unten Rdn. 96 ff.). Es darf also angesichts eines »Regelfalls« (unten Rdn. 98) die Strafe nicht der arithmetischen Mitte des Strafrahmens entnehmen oder für einen Fall, der jedenfalls nach der gesetzlichen Wertung nicht die gesetzliche Mindeststrafe verdient, deren Verhängung damit begründen, dass die der gesetzlichen Wertung entsprechende Strafe zu hoch ausfallen müsste.<sup>144</sup>
- 55 Da der gesetzliche Strafrahmen immer für das gesamte Unrecht der ihm entsprechenden Straftat gilt, ist es dem Richter, der die konkrete Strafe festsetzt, schließlich auch untersagt, ein Merkmal, das – vom Gesetzgeber oder ihm selbst – bereits verwertet worden ist, um das Unrecht der Tat »abstrakt« (durch die Festlegung eines auf solche Taten gemünzten Strafrahmens) zu gewichten, noch einmal als solches zur Begründung der Unrechtsschwere der konkreten Tat, also für die Bestimmung der Strafhöhe heranzuziehen (»**Doppelverwertungsverbot**«, s. dazu unten Rdn. 184 ff.).

## II. Strafrahmen-Änderung

- 56 Der gesetzliche Strafrahmen für ein bestimmtes Delikt betrifft den vom Gesetzgeber ins Auge gefassten »**Normalfall**«, der auf den **den Tatbestand vollständig erfüllenden, aktiv und mit voller Schuld handelnden** (Allein- oder Mit-)Täter zugeschnitten ist. Für besondere, aber typische Erscheinungsformen des Delikts, die dessen Unrecht und/oder die Schuld des Täters deutlich zu verändern geeignet sind, hat der Gesetzgeber jedoch Sonderstrafrahmen eingerichtet. Abgesenkte Strafrahmens sind vorgesehen im Allgemeinen Teil für die Fälle des Versuchs, der Beihilfe, der verminderten Schuld, der (»unechten«) Unterlassung usw., im Besonderen Teil in den so genannten Privilegierungstatbeständen sowie dort, wo das Gesetz von minder schweren Fällen spricht. Gegenüber dem gesetzlichen Normalrahmen erhöht sind die Strafrahmens der Qualifikations- sowie jener Tatbestände, die als besonders schwere Fälle bezeichnet sind. – Mit den Sonderstrafrahmen ist eine **Vielzahl von Problemen** verbunden, die teilweise noch ungeklärt sind, gelegentlich sogar für unlösbar gehalten werden. So ist etwa – weil der Richter zur Angabe des Sonderstrafrahmens verpflichtet ist, dem er die Strafe entnommen hat – von größter praktischer Bedeutung die Frage, wie sich die vertypten Milderungsgründe des Allgemeinen zu den minder schweren Fällen des Besonderen Teils verhalten (Rdn. 79) sowie wie Kombinationen von minder und besonders schweren Fällen aufzulösen sind (Rdn. 81 ff.). In der Sache wird es nicht einheitlich beurteilt, ob und wann die Strafe einem durch die Sonderstrafrahmen erweiterten Gesamtstrafrahmens zu entnehmen (Rdn. 70), nach welchen Kriterien die besondere oder mindere Schwere eines Falles zu beurteilen (Rdn. 62, Rdn. 69) ist, welche Funktion den Regelbeispielsmerkmalen zukommt (Rdn. 66 ff.) sowie, ob überhaupt und welche Umstände, die den Sonderstrafrahmen auslösen, auch noch für die Festsetzung der Höhe der konkreten Strafe, also »doppelt«, verwertbar sind (unten Rdn. 189). Schließlich bestehen Unklarheiten bei der Tenorierung (Rdn. 95).
- 57 Der nachfolgende Versuch einer Lösung der genannten (und weiterer) Probleme lässt sich von folgenden **Prinzipien** leiten: Die jeweilige Entscheidungsvorgabe muss so einfach wie möglich sein, sollte sich also an bekannte dogmatische Strukturen anlehnen, soweit sich dies nicht aus Sachgründen zwingend verbietet. Sie erstrebt zwar »Richtigkeit«, muss sich aber mit Plausibilität begnügen. Die plausible Lösung muss jedoch – und das ist ganz besonders wichtig – von den Gerichten auch ständig vertreten und damit durchgesetzt werden; nicht eine allseits unanfechtbare, sondern eine klare und einheitliche Rechtsprechung ist jetzt oberstes Gebot, das Re-

143 S. auch Wolters GA 2008, 723 (724).

144 Vgl. BGH NSTZ 1984, 117.

visibilitätsrisiko<sup>145</sup> muss auch im Strafzumessungsbereich (vor allem bei der Anwendung oder Ablehnung von Sonderstrafrahmen) wieder kalkulierbar, die Verwirrung, die der Strafgesetzgeber hier gestiftet hat, muss durch notfalls dezisionistische Auslegung auf ein Minimum reduziert werden. – Im Einzelnen:

## 1. Der besonders schwere Fall

### a. Allgemeines

Der Gesetzgeber setzt die Grenzen des Normalstrafrahmens für ein bestimmtes Delikt im Allgemeinen mit Blick auf die »erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle« fest.<sup>146</sup> Der »besonders schwere Fall«<sup>147</sup> wird dementsprechend vom Bundesgerichtshof seit jeher<sup>148</sup> in der Weise beschrieben, dass »das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit«<sup>149</sup> die für die Bestimmung des Normalstrafrahmens vom Gesetzgeber schon bedachten Fälle »an Strafwürdigkeit so übertrifft«, dass dieser »zur Sühne nicht ausreicht«.<sup>150</sup> 58

Diese Formel hat insbesondere im Hinblick auf einzelne gesetzliche Sonderstrafrahmen **vielfache Kritik** erfahren.<sup>151</sup> Die Haupteinwände gehen dahin, dass schon unklar sei, welche Fälle denn nun vom Gesetzgeber »vorbedacht« seien (welche also – umgekehrt – für den Richter zur Sonderbewertung für den besonders schweren Fall noch übrig bleiben); dass Strafrahmen, die sich teilweise überlappen, insoweit sinnlos seien (weil ein und dieselbe Strafe sowohl im oberen Bereich des Normal- als auch im unteren Teil des Sonderrahmens festgemacht werden könne: welcher Rahmen ist dann mit welcher Begründung zu wählen?); dass Sonderstrafrahmen, bei denen gegenüber dem Normalrahmen nur die Mindeststrafe erhöht, die Höchststrafe aber die gleiche ist, schon gar nicht die Erkenntnis zulassen, in welchen Fällen der Normalrahmen »zur Sühne nicht ausreicht« (weil die schweren Fälle ohnehin nicht im unteren Rahmenbereich angesiedelt sind).<sup>152</sup> 59

Um einem Teil dieser Schwierigkeiten zu entgehen, ist vorgeschlagen worden,<sup>153</sup> von einem **um die Sonderrahmen** für die minder und die besonders schweren Fälle **erweiterten Gesamtstrafrahmen** auszugehen. Damit würde dem Richter jedenfalls die schwierige, oft floskelhafte und für das konkrete Ergebnis sachlich nichts beitragende Begründung dafür erspart, warum er die Strafe dem einen und nicht dem anderen Strafrahmen entnommen hat. 60

Dieser Vorschlag ist jedoch überall dort, wo sich die Normal- und die Sonderrahmen teilweise überschneiden, zu verwerfen. Denn **jede Änderung des Strafrahmens führt zu einer Änderung der Maßeinheiten für die Bestimmung der Tatschuldsschwere im konkreten** 61

145 Dazu *Kalf*/NJW 1996, 1447.

146 Zur Geschichte dieser Formel s. *Maiwald* NStZ 1984, 433 (435); *Hettinger* (1993), S. 82.

147 Übergreifende und eingehend kritische »Überlegungen zum derzeitigen »System« der Strafrahmenänderungen« finden sich bei *Hettinger* Festschrift Maiwald (2010), 293 (297 ff.).

148 BGHSt 2, 181 (181 ff.).

149 BGHSt 29, 319 (322).

150 BGHSt 5, 124 (130).

151 *Maiwald* NStZ 1984, 433 (435); s. ferner *Arzt* JuS 1972, 515 (519), 576 (580); *Hettinger* (1982), S. 219; *Montenbruck* (1983), S. 93; *Frisch/Bergmann* JZ 1990, 944 (947); *Hettinger* Festschrift Maiwald (2010), 293 (313 ff.).

152 Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der »besonders schweren Fälle« zusammenfassend und mit weiteren Nachweisen *Hettinger* Festschrift Maiwald (2010), 293 (307 ff.).

153 *Zipf* (1969), S. 27; modifiziert (»gegliederter Gesamtstrafrahmen«) in *Maurach/Gössel/Zipf/Dölling* AT/28 § 62 Rn. 45, 46; *Streng* NStZ 1989, 393 (398); *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1093 f.

**Fall.**<sup>154</sup> Deshalb geht die Strafraumenbestimmung der Strafhöhenfestsetzung logisch vor.<sup>155</sup> Hat der Richter die Möglichkeit, einen ihm vorliegenden Sachverhalt innerhalb von zwei verschiedenen Strafraumen zu werten, so muss er sich immer zunächst Klarheit über die Kriterien verschaffen, die ihn zur Wahl des einen oder des anderen Rahmens veranlassen;<sup>156</sup> denn der Akt der Strafraumenwahl ist noch nicht »Strafzumessung«, sondern erst einmal Begriffsauslegung (oben Rdn. 53), nämlich Auslegung der gesetzlichen Merkmale (etwa des »besonders schweren Falles«), die – wenn in concreto erfüllt – einen **Sonderrahmen** auslösen, **ohne dass dem Richter insoweit noch ein Ermessen zustände** (vgl. unten Rdn. 71). Zur Angabe dieses Rahmens und zur Darlegung der Gründe für seine Wahl im Urteil ist er auch grundsätzlich<sup>157</sup> verpflichtet. Nur dadurch ist es möglich, für die (unbenannten) besonders schweren Fälle »ein Minimum an rechtsstaatlicher Bestimmtheit zu retten«, »so weit wie möglich Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sicherzustellen und Willkür zu vermeiden«<sup>158</sup> sowie, das tatrichterliche Vorgehen auch revisionsgerichtlich zu kontrollieren. – Man hat sich mithin von dem Gedanken freizumachen, die »gerechte Strafe« lasse sich sozusagen mehr oder weniger freihändig bestimmen, sie müsse nur innerhalb eines der mehreren gesetzlichen Deliktrahmen liegen.<sup>159</sup> Zwar ist die Notwendigkeit einer Wahl zwischen dem Normalfall- und dem Sonderrahmen (also etwa jenem des »einfachen« Betruges nach § 263 Abs. 1 und jenem des besonders schweren Betruges nach § 263 Abs. 3) nicht einfach einzusehen, wenn die dem konkreten Fall angemessene Strafe im Ergebnis im Überlappungsbereich (also zwischen sechs Monaten und fünf Jahren) festgemacht wird.<sup>160</sup> Gleichwohl ist das Bild eines schwerer wiegenden Normalfalles ein anderes als das der weniger gewichtigen Variante eines besonders schweren Falles; die Funktion des Sonderrahmens besteht darin, um der anderen Qualität des besonders schweren Falles willen die Maßstäbe des Normalfallrahmens zu verschieben. Mag auch die Einordnung in den einen oder den anderen Rahmen die Richtigkeit der Entscheidung des jeweiligen konkreten Falles nicht nachweisbar in Zweifel bringen, so ist eine sorgfältig begründete Strafraumenentscheidung gleichwohl geboten, um den Richter grundsätzlich von allen fallspezifischen (und damit für Willkür und Ungleichmäßigkeit anfälligen) Erwägungen abzubringen und dafür zum **Denken in »Tatbildern«, in strafrahmenbezogenen Wertgruppen** zu bewegen.

- 62 Das bedeutet, dass **allgemeine**<sup>161</sup> **Kriterien** dafür gefunden und formuliert werden müssen, wie sich das Tatbild des dem ordentlichen Strafraumen entsprechenden Falles von jenem des besonders schweren, mit dem Sonderrahmen gewichteten Falles unterscheidet. Der dem Richter obliegende Versuch einer Beschreibung der strafrahmenbestimmenden Tatbilder hat davon auszugehen, dass im Normalfallrahmen die »erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden« Fälle erfasst sind (oben Rdn. 58). Die dem Sonderrahmen entsprechende Gruppe muss mithin eine zusätzliche Dimension, eine andere Unrechtsqualität haben,<sup>162</sup> und zwar auch und vor allem dort, wo das Unwertquantum vom Normalfall- und vom Sonderrahmen zugleich abgedeckt wird.<sup>163</sup> Das jeweilige Deliktbild muss um eines besonderen, verallgemeinerungsfähigen Umstandes willen aus dem der »gewöhnlichen Erfahrung«, die den Gesamtbereich des Normalfallrahmens definiert, herausfallen.<sup>164</sup>

154 *Timpe* (1983), S. 71; *Dreher Festschrift Bruns* (1978), 141 (150).

155 Dazu *Grasnick JZ* 1992, 259 (262). Vgl. *Hettinger Festschrift Maiwald* (2010), 293 (299).

156 So aber BGH NStZ 1983, 407.

157 BGH NStZ 1985, 30.

158 *Maiwald NStZ* 1984, 433 (436).

159 OLG Schleswig NStZ 1986, 511.

160 Vgl. *Theune StV* 1985, 168; *Maiwald NStZ* 1984, 433 (436); *Hettinger Festschrift Pötzt* (1993), 110.

161 *Montenbruck* (1983), S. 95: »halbabstrakte«.

162 *Wessels Festschrift Maurach* (1972), 295 (303).

163 Vgl. *Hettinger* (1982), S. 213.

164 Vgl. *Kutzner StV* 2002, 277 (279).

Die Art dieser Besonderheit lässt sich allgemein nur – aber auch immerhin – in der Hinsicht beschreiben, dass sie **das spezifische Unrecht des Normalfalltatbestandes verändern** muss.<sup>165</sup> Damit sind zunächst Umstände für die Strafrahmenerhöhung ausgeschlossen, die allein die etwa erhöhte Schuld im engeren Sinne (oben Rdn. 45) betreffen: Mit dem Hinweis auf die Rückfalltat<sup>166</sup> oder auf den »Bewährungsbruch«<sup>167</sup> kann eine besondere (Unrechts-)Schwere des Falles ebenso wenig wie mit präventiven Gesichtspunkten<sup>168</sup> begründet werden. Auch Umstände, die der Tat nachfolgen (dazu unten Rdn. 117), sind nicht »direkt« verwertbar, sondern allenfalls in der Weise, dass aus ihnen auf das besonders geartete Deliktusbild »zurückgeschlossen« wird (s. dazu Rdn. 153). Nicht hinreichend geklärt ist ferner, ob die besondere Schwere eines Falles damit begründet werden kann, dass die Tat gleichzeitig mehrere Strafgesetze verletzt; die Frage ist zu verneinen, wenn der Unrechtsgehalt der verschiedenen, tateinheitlich verwirklichten Tatbestände »gleichgerichtet«,<sup>169</sup> jedenfalls aber gleichgewichtig ist (s. dazu ferner unten Rdn. 110). – Beispiele: Besondere Umstände für einen Wechsel in den erhöhten Sonderrahmen sind – außer in den gesetzlichen Regelbeispielen (s. dazu unten Rdn. 66) – gesehen worden in einem besonders hohen Schaden,<sup>170</sup> einer ungewöhnlichen Tatmodalität, hervorgehobenen Tatbeteiligung,<sup>171</sup> spezifischen Gesinnung<sup>172</sup> oder Motivation des Täters (aber nicht, »dass der Täter einer Vermögensstrafat deren Früchte bewusst genießt, anstatt sich mit Skrupeln zu plagen«),<sup>173</sup> in der Gewohnheits- und/oder Gewerbsmäßigkeit usw.<sup>174</sup>

Der Sonderstrafrahmen wird immer schon und nur durch das in dieser Weise erst einmal abstrakt bestimmte, besondere Tatbild als Maßstab für die neue Wertgruppe im Ganzen ausgelöst. Die Ausgestaltung der konkreten Tat bestimmt die Strafhöhe in diesem Rahmen. Eine alle Umstände des konkreten Falles verwertende **Gesamtwürdigung, von der bereits die Strafrahmenwahl abhängig gemacht wird, ist unzulässig**,<sup>175</sup> denn sie verwircht den prinzipiellen Vorrang der abstrakten Strafrahmenwahl vor der konkreten Strafhöhenbemessung (oben Rdn. 53, Rdn. 61; zum Zusammentreffen eines besonders schweren Falles mit einem gesetzlich vertypen Milderungsgrund s. unten Rn 71 ff.). – Beispiele: Das Tatbild der (seinerzeit nicht von § 177 erfassten) Ehegattenvergewaltigung unterscheidet sich von jenem der »erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden« Nötigungsfälle in qualitativer Hinsicht, schon damit wird der besonders schwere Fall einer Nötigung zu begründen sein und der Sonderstrafrahmen des § 240 ausgelöst;<sup>176</sup> etwa hinzukommende Umstände, die den konkreten Fall als minder schwer erscheinen lassen mögen, schließen nicht dessen besondere Schwere im Sinne der »anderen Qualität« wieder aus, sondern erlauben nur eine Festsetzung der Strafe im unteren Bereich des Sonderrahmens oder – soweit die entspr. Voraussetzungen vorliegen – eine Senkung des Sonderrahmens über § 49 (s. dazu unten Rdn. 81 ff.). Oder: Für die Bewertung eines Betruges mit einem Millionenschaden mag ceteris paribus auch der Normalfallrahmen des § 263 Abs. 1 ausreichen. Gleichwohl wäre es gut nachvollziehbar, wenn ein Richter in einer solchen Tat angesichts dieses Schadensquantums den »erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden« Betrug

165 Ebenso Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1142; vgl. Kutzner StV 2002, 277 (279).

166 S. dazu unten Rdn. 145 ff. Anders Lackner/Küh<sup>28</sup> § 46 Rn. 14.

167 Vgl. Neuhaus DRiZ 1989, 95 (97).

168 Frisch/Bergmann JZ 1990, 944 (951).

169 BGH NStZ 1993, 537.

170 BGHSt 29, 319 (322).

171 BGHSt 33, 50 (53): »Kopf der Bande«.

172 Vgl. BGH JR 1983, 28 mit Anmerkung Bruns.

173 BGH wistra 1989, 99 (100).

174 S. ferner Wessels Festschrift Maurach (1972), 295 (304) und Montenbruck (1983), S. 98.

175 Anders etwa BGH NStZ 1984, 413; BGH wistra 1989, 305. S. dazu auch Wölters GA 2008, 723 (727 ff.).

176 Vgl. BGH NStZ 1983, 72.



nicht wiedererkennen, sondern hierin ein auch schon qualitativ verändertes Betrugsbild sehen und deshalb einen besonders schweren Fall des Betruges annehmen wollte<sup>177</sup> (s. heute das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2) – auch wenn er die Strafe hernach in dem von beiden Strafraahmen abgedeckten Bereich (also zwischen einem Jahr und 5 Jahren) festmacht.

- 65 Hinsichtlich eines Umstandes, der die besondere Schwere eines Falles begründen (und damit erst einmal den Sonderrahmen auslösen) soll, kann in subjektiver Hinsicht Fahrlässigkeit nicht ausreichen.<sup>178</sup> Denn hier handelt es sich nicht um Strafhöhenfestsetzung mit Rücksicht auf die »verschuldeten Auswirkungen der Tat« (s. dazu Rdn. 120, Rdn. 123). **Strafraahmenbildende Umstände müssen** – soweit das Gesetz schweigt – **immer vom Vorsatz umfasst** sein. Das hat der Bundesgerichtshof für die Merkmale der gesetzlichen Regelbeispiele ausdrücklich festgestellt.<sup>179</sup> Für die Elemente, die der Richter als den Rahmen eines besonders schweren Falles begründende erkennt, kann nichts anderes gelten.<sup>180</sup>

### b. Gesetzliche Regelbeispiele

- 66 In vielen Straftatbeständen ist gesagt, ein besonders schwerer Fall, der mit einem Sonderstrafrahmen verbunden ist, liege unter im Einzelnen festgelegten Voraussetzungen »in der Regel vor« (zu gesetzlich vertypsten Milderungsgründen s. unten Rdn. 74).<sup>181</sup> Diese Voraussetzungen (Beispiel: § 243 Abs. 1 Satz 2) beschreiben Umstände, die dem gesetzlichen Normalfall das »qualitativ« andere Tatbild (oben Rdn. 62) des besonders schweren Falles verleihen; **liegen sie vor, so bedarf die besondere Schwere des Falles keiner weiteren Begründung**<sup>182</sup> – eine Prüfung, ob dieser Strafraahmen »geboten« ist, ist dem Gericht nicht überantwortet.<sup>183</sup> Dass ein besonders schwerer Fall unter den im Gesetz jeweils bestimmten Voraussetzungen »in der Regel« vorliegt, bedeutet nämlich, dass er angesichts dieser Umstände **immer, wenn auch nicht nur** (sonst würde es sich um Qualifikationsmerkmale handeln) anzunehmen ist. Das objektiv (zum »Versuch« s. unten Rdn. 88) und subjektiv (s. oben Rdn. 65) vollständig erfüllte Regelbeispiel löst ohne Weiteres – es sei denn, das Gesetz schreibt (wie in § 243 Abs. 2) etwas anderes vor (s. ferner unten Rdn. 81 ff.) – den entsprechenden Sonderrahmen aus.<sup>184</sup> – Für den unbenannten besonders schweren Fall des betreffenden Delikts haben die gesetzlichen »Regel-Umstände« die Bedeutung von Beispielen; der Richter wird deshalb die Qualität eines »ungeregelten« besonders schweren Falles im Wege der Auslegung an Art und Umfang dieser gesetzlichen Vorgaben zu orientieren haben.<sup>185</sup>
- 67 Eine eindeutige **Zuordnung der Regelbeispielsmerkmale** zum Tatbestand oder zur Strafzumessung ist nicht möglich. Fest steht nur, dass der für besonders schwere Fälle vorgesehene Sonderstrafrahmen für die Einteilung der Straftaten in Verbrechen und Vergehen außer Betracht zu bleiben hat (§ 12 Abs. 3). Die Frage aber, wie der Schuldspruch abzufassen ist (s. dazu unten Rdn. 95), ob beim Übergang zu einem Regelbeispielfall ein Hinweis nach § 265 Abs. 2 StPO erforderlich, zwischen mehreren Regelbeispielen desselben Tatbestandes Wahlfeststellung möglich (s. dazu Anh. zu § 55 Rdn. 62) oder in welchem Umfang das Berufungsgericht bei ei-

177 Vgl. BGH NSTz 1983, 465.

178 Vgl. jedoch *Maiwald* NSTz 1984, 433 (437); *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 8 Rn. 43; § 16 Rdn. 9.

179 BGHSt 26, 176 (182); BGHSt 26, 244 (244 ff.).

180 *Jescheck/Weigend* AT<sup>5</sup> § 29 II 3.

181 Zur Einordnung in den Aufbau der Straftat s. zunächst den Überblick bei *Eisele* JA 2006, 309 (311 ff.).

182 Eingehend zur strafprozessualen Einordnung und Behandlung der Regelbeispiele s. *Rieß* GA 2007, 377.

183 BGH NSTz 2004, 265; so auch *Detter* Einführung Rn. 47.

184 Zur Gegenmeinung s. *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 13 mit weiteren Nachweisen; vgl. unten Rdn. 82 f.

185 Vgl. *Maiwald* NSTz 1984, 428; BGHSt 28, 318 (320): »maßstabbildende Bedeutung«.

ner Strafmaßberufung an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts zu den Regelbeispielsmerkmalen gebunden ist,<sup>186</sup> muss »topisch«<sup>187</sup> gelöst werden.

Für das hier in Rede stehende Problem der Strafrahmenbestimmung ist davon auszugehen, dass dieser Akt mit jenem der Strafrahmenfestsetzung nicht vermergt werden darf; die Strafrahmenwahl geschieht zwar im Hinblick auf Umstände des konkreten Falles, bleibt von diesem aber noch teilweise gelöst. Sie wird getroffen für solche Fälle, nicht sofort für diesen Fall (oben R.dn. 53). **Die Bestimmung des Sonderrahmens ist immer erst einmal Auslegung der spezifischen rahmenbestimmenden Merkmale; Auslegung aber geschieht niemals im Wege der Gesamtwürdigung** aller Umstände des konkreten Falles. Dem widerspricht die ganz überwiegende Meinung,<sup>188</sup> wenn sie dem Richter erlaubt, einen besonders schweren Fall (und damit den Ausgang von dem diesem entsprechenden Sonderrahmen) trotz Erfüllung der gesetzlichen Regelumstände ausnahmsweise, also mit der Begründung zu verneinen, der konkrete Fall stelle trotz der Regelfallumstände keinen besonders schweren Fall dar. Verfehlt ist insbesondere der Hinweis darauf, das Unrecht der konkreten Tat oder die Schuld des Täters müsse sich so deutlich vom Regelfall abheben, »dass die Anwendung des erschwerten Strafrahmens als unangemessen erscheint«.<sup>189</sup> Denn wer nach der »Schuldangemessenheit« des Strafrahmens fragt, stellt die logische Abfolge auf den Kopf:<sup>190</sup> **Schuldangemessenheit betrifft nicht den Rahmen** in Bezug auf eine (nach welchem Maßstab gewichtete?) Tat,<sup>191</sup> **sondern nur die Höhe der Strafe** in Bezug auf den für diese Tat eröffneten gesetzlichen Rahmen. Stehen die jeweiligen Rahmenvoraussetzungen fest, so gibt es keinen Punkt – sieht man von der Verfassung ab –, von dem aus der Tatrichter die »Angemessenheit« des gesetzlichen Rahmens für die Bewertung der konkreten Tat in Frage stellen könnte. Dass etwa in den Fällen des § 176 Abs. 3 das Opfer im Einzelfall keinen nachhaltigen seelischen Schaden erlitten hat, kann deshalb niemals »strafrahmenmildernd« (durch Verneinung des erhöhten Sonderrahmens),<sup>192</sup> sondern nur »strafmildernd« (innerhalb des erhöhten Sonderrahmens) ins Gewicht fallen. Etwas anderes gilt nur für das Zusammentreffen besonders und minder schwerer Fälle (s. dazu unten R.dn. 81 ff.).

## 2. Der minder schwere Fall

### a. Allgemeines

Für die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs häufig verzeichneten<sup>193</sup> minder schweren Fälle<sup>194</sup> gilt mutatis mutandis nichts anderes als das für die besonders schweren Fälle bereits grundsätzlich Ausgeführte (oben R.dn. 62): Der minder schwere Fall beschreibt eine **andere Wertgruppe mit neuen Maßstäben** für die Bewertung des konkreten Falles.<sup>195</sup> Der mit diesem besonderen Deliktusbild verbundene Sonderrahmen wird mithin nicht ausgelöst auf der Basis aller Umstände des konkreten Einzelfalles; eine derartige »**Gesamtwürdigung**« **geschieht erst** danach, nämlich **bei der Festsetzung der Strafhöhe in dem zuvor bestimmten Sonderrahmen**. Der Erkenntnis, dass der konkrete Fall die Voraussetzungen des minder schweren Falles erfüllt (Subsumtion), muss immer vorausgehen die Bestimmung dessen, was einen minder

186 S. dazu *Fabry* NJW 1986, 15 (16) mit weiteren Nachweisen.

187 *Fabry* NJW 1986, 15 (17).

188 Nachweise der älteren Rechtsprechung bei *Horn* sLSK § 46 Rn. 9.

189 BGH NSTz 1987, 222.

190 *Grasnick* JZ 1992, 259 (262).

191 Kritisch aber *Bergmann/Frisch* JZ 1990, 944 (946).

192 Anders BGH StV 1989, 432.

193 Eine Bestandsaufnahme findet sich bei *Hettinger* Festschrift Küper (2007), 95 (109).

194 Zur Entstehungsgeschichte dieser Rechtsfigur s. *Hettinger* (1993), S. 77; aber auch *Schäfer* (1989), S. 404.

195 Vgl. *Kutzner* StV 2002, 277 (280).

schweren Fall des betreffenden Delikts überhaupt (abstrakt-generell) ausmacht (Begriffsauslegung; oben Rdn. 61, 68). Fallkonstellationen, die im Verhältnis zu dem Deliktsbild, das vom Gesetzgeber als Normalfall ins Auge gefasst und mit einem bestimmten Strafraumen gewichtet worden ist, prinzipiell abweichen und als minder schwer erscheinen, sind zunächst im Allgemeinen Teil vor die Klammer gezogen worden (s. dazu unten Rdn. 72 ff.). Im Übrigen wird an Umstände zu denken sein, die das Bild einer solchen (nicht schon der »gesamtwürdigten« konkreten) Tat in einem deutlich milderen Licht erscheinen lassen (s. Rdn. 53). Das werden vorzugsweise **Umstände** sein, **die das Tatunrecht** (keine Vollendung,<sup>196</sup> ungewöhnlich geringer Schaden, Mittäterschaft mit dem »Gewicht einer Beihilfe« [?],<sup>197</sup> subjektive Pflichtverletzung am unteren Rand von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Mitverantwortung des Tatopfers; vgl. § 177 Rdn. 24) **und/oder die Tatschuld** (erheblich verminderte Schuldfähigkeit, vermeidbarer Verbotsirrtum, gerade noch begründbare Steuerungsfähigkeit) **betreffen**.<sup>198</sup>

- 70 Die ganz überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung hängt demgegenüber der Vorstellung an, angesichts der mildereren Schwere eines Falles werde lediglich eine **Strafraumen-Erweiterung** (»nach unten«) ausgelöst, und zwar auf der Basis der **Gesamtwürdigung aller Umstände** dieses konkreten Einzelfalles – gleichgültig, »ob sie der Tat selbst innewohnen und sie begleiten oder ihr vorausgehen oder ihr nachfolgen« (BGHSt 26, 97 [98]).<sup>199</sup> Dem ist mit dem Grundsatz, dass zwischen der abstrakten Strafraumenwahl und der Festsetzung der konkreten Strafhöhe im zuvor festgelegten Strafraumen strengstens zu unterscheiden ist (oben Rdn. 53), **zu widersprechen**. Verfehlt ist insbesondere die Tendenz, die Einrichtung von Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle als »Strafzumessungs-Blankoscheck«<sup>200</sup> zu betrachten, also auch etwa die erwartete Wirkung der (nach Höhe und Art noch offenen) Strafe schon für die Strafraumenbestimmung zu verwerten.<sup>201</sup>
- 71 Stellt der Richter – nach Auslegung des Begriffs des minder schweren Falles und nach Subsumtion des konkreten Falles unter diesen Begriff – fest, dass die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, so hat er keine rechtliche Möglichkeit mehr, von dem damit verbundenen Strafraumen abzuweichen: Der mit dem jeweiligen Begriff des minder schweren Falles gesetzlich verknüpfte Rahmen ist die **obligatorische Rechtsfolge** (vgl. etwa § 249 Abs. 2: »... ist die Strafe ...«). Hier gibt es kein Ermessen, sondern nur einen Beurteilungsspielraum, der allerdings nicht die Strafraumenwahl, sondern nur die Auslegung des Begriffs »minder schwerer Fall« betrifft (oben Rdn. 69). – Methodisch korrekt geht der Richter mithin hier **in gleicher Weise** vor **wie angesichts eines Privilegierungstatbestandes**: Sind die – zunächst durch Auslegung (also »abstrakt«) zu definierenden – Privilegierungsmerkmale auch in concreto erfüllt, so hat der Richter die in Rede stehende Tat innerhalb dieses Sonderrahmens zu gewichten; eine Möglichkeit, im Wege der Gesamtwürdigung gleichwohl den Normalfallrahmen zum Ausgang für die Strafhöhenfestsetzung zu wählen, besteht nicht. Etwas anderes gilt nur für das Zusammentreffen mit einem besonders schweren Fall (unten Rdn. 83) oder mit einem gesetzlichen Rahmenmilderungsgrund (unten Rdn. 79).

196 Vgl. BGHSt 35, 6 (11).

197 Vgl. BGH StV 1983, 332 (333).

198 *Frisch/Bergmann* JZ 1990, 944 (950); *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1109 f.; s. aber auch *Hettinger* (1993), S. 78: untauglicher Versuch, diesen Vorschriften eine »Vernunft« zu unterlegen, »die diese gar nicht beanspruchen können«, und S. 113: Die »Leidensgeschichte« der minder schweren Fälle zeigt, »daß es nicht lohnt, um das rechtlich Richtige zu diskutieren«.

199 S. auch *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1109.

200 *Streng* NSTZ 1988, 485; vgl. auch *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 9; *Neuhaus* DRiZ 1989, 95 (97).

201 S. dazu unten Rdn. 142, 160 ff.; wie hier *Frisch/Bergmann* JZ 1990, 944 (948).

**b. Gesetzlich vertyppte Rahmenmilderungsgründe**

Die Strafrahmen der gesetzlichen Normalfalltatbestände sind in aller Regel auf Täterschaft, 72  
Vollendung, aktives Tun und volle Schuld (also Unrechtsbewusstsein und unverminderte Steuerungs-  
fähigkeit) zugeschnitten. Im Verhältnis dazu stellen sich die gesetzlichen Milderungsgründe  
im Sinne des § 49, also etwa Beihilfe, Versuch, Unterlassung und verminderte Schuldfähig-  
keit, als **Defekt-Varianten** dar, die solche Fälle generell als relativ minder schwer erscheinen  
lassen. Das Gesetz trägt diesem Phänomen dadurch Rechnung, dass es solche Fallgestaltungen  
mit einer obligatorischen (§§ 27 Abs. 2, 28 Abs. 1, 30) oder fakultativen (§§ 13 Abs. 2, 17  
Satz 2, 21, 23 Abs. 2, 35 Abs. 2) **Strafrahmenverschiebung** verknüpft, die sich **nach den  
Milderungsregeln des § 49** bestimmt (zur Konkurrenz mit den minder schweren Fällen s. un-  
ten Rdn. 79). Dass das Gesetz hier häufig – missverständlich – von einer **Milderung »der  
Strafe«** spricht, obwohl zunächst einmal die **Milderung »des Strafrahmens«** gemeint ist, ist  
wohl einer der Gründe dafür, dass in Literatur und Rechtsprechung allzu oft nicht hinreichend  
präzise unterschieden wird zwischen dem Akt der Strafrahmenwahl einerseits und jenem der  
Strafhöhenfestsetzung im zuvor bestimmten Rahmen andererseits.

Die Fälle mit der Folge einer **obligatorischen Strafrahmensenkung** beschreiben in der Sa- 73  
che nichts anderes als (allgemeine) Privilegierungstatbestände. Die Erkenntnis des Richters, dass  
sich der konkrete Fall als Beihilfe (§ 27 Abs. 2), als Fall des § 28 Abs. 1<sup>202</sup> oder als Anstiftungs-  
versuch (§ 30 Abs. 1 Satz 2)<sup>203</sup> darstellt, verpflichtet ihn zur Entnahme der Strafe aus dem da-  
durch gesetzlich ausgelösten Sonderrahmen.<sup>204</sup>

Auch dort, wo das Gesetz eine **fakultative Strafrahmensenkung** vorsieht, muss zunächst ein- 74  
mal der entsprechende gesetzliche Auslöserbegriff (wie »Versuch« oder »erheblich verminderte  
Schuldfähigkeit«) inhaltlich, also durch Auslegung (oben Rdn. 68), festgelegt und sein Vorhan-  
densein im konkreten Falle festgestellt sein. Die gesetzliche Formulierung, wonach unter diesen  
Voraussetzungen »die Strafe gemildert werden kann«, deutet zwar darauf hin, dass dem Richter  
angesichts der feststehenden notwendigen Milderungsvoraussetzungen ein Ermessen darüber  
eingeräumt ist, ob er dann auch tatsächlich den dafür vorgesehenen Milderungs- oder nicht  
vielleicht doch den Normalfallrahmen zum Ausgang für die Festsetzung der konkret schuld-  
angemessenen Strafe macht. Eine Ermessensausübung, deren Ergebnis nicht der gesetzlichen  
Normalfolge entspricht, bedarf jedoch der Begründung, und eine **Begründung erfordert  
Substanz**. Hat der Richter für die konkrete Tat »Versuch« oder »erheblich verminderte  
Schuldfähigkeit« festgestellt, so sind substantielle Kriterien dafür, dass gleichwohl vom (unge-  
milderten) Vollendungs- bzw. dem für volle Schuld vorgesehenen Rahmen auszugehen sei,  
aber nicht ohne weiteres ersichtlich. **Zu verwerfen ist vor allem die von der Rechtspre-  
chung vorgeschlagene Entscheidung auf der Basis gesamtgewürdiger Schuldange-  
messenhaft.**<sup>205</sup> Eine solche – rechtsfehlerhafte – Vermischung von Strafrahmenwahl und Straf-  
höhenfestsetzung (oben Rdn. 61) lässt sich dadurch vermeiden, dass man die gesetzlich vertyppten  
Gründe für eine fakultative Strafrahmensenkung als **gesetzliche Regelbeispiele**<sup>206</sup> **für die  
mindere Schwere des jeweiligen Falles** erkennt (zur Frage, welcher von mehreren möglichen  
Milderungsrahmen zu wählen ist, s. unten Rdn. 79). – Im Einzelnen:<sup>207</sup>

202 S. dazu Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1060 (1065 ff.).

203 S. dazu BGHSt 32, 133.

204 Zur Beihilfe als Spezialfall eines allgemeinen minder schweren Falles s. unten Rdn. 79 sowie § 50  
Rdn. 5; zum Zusammentreffen von Beihilfe mit einem Fall des § 28 Abs. 1 s. BGH StV 1994, 305  
(LS), mit einem minder oder besonders schweren Fall s. unten Rdn. 91 ff.

205 Oben Rdn. 68; s. auch Lackner/Kühl<sup>28</sup> § 49 Rn. 9 mit weiteren Nachweisen.

206 Vgl. dazu oben Rdn. 66; s. auch Frisch Festschrift Spendel (1992), 381 (391) zum Versuch.

207 S. dazu auch Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 935 ff.

- 75 Steht das Gericht vor der Frage, ob es wegen **Versuchs** von einem Milderungsrahmen ausgehen soll, so wird er von der »ständigen Rechtsprechung«<sup>208</sup> dazu angewiesen, »aufgrund einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinne und der Persönlichkeit des Täters zu entscheiden«, wobei zu den »wichtigsten Kriterien für die Einstufung von Handlungs- und Erfolgsunwert (?) einer nur versuchten Tat« die »Nähe der Tatvollendung, Gefährlichkeit des Versuchs und aufgewandte kriminelle Energie« gezählt werden.<sup>209</sup> Diese Kriterien sind selbstverständlich von großer Bedeutung – freilich nicht schon für die Wahl des Versuchs- oder Vollendungsrahmens, sondern erst für die Festsetzung der Strafe innerhalb des jeweils gewählten Rahmens! Methodisch zulässig ist vielmehr allein, die **Strafrahmenwahl »abstrakt«, und zwar mit »versuchsbezogenen Gesichtspunkten«, zu begründen.**<sup>210</sup> Ob als ein solcher Umstand schon die Tatsache ausreicht, dass es – »rein zufällig« – beim Versuch geblieben ist, mag zweifelhaft sein,<sup>211</sup> weil die Erfolglosigkeit der Tat zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für eine Strafrahmensenkung ist.<sup>212</sup> Zu denken ist aber daran, den beendeten Versuch dem vollendeten Delikt gleichzustellen,<sup>213</sup> den Milderungsrahmen also mit Rücksicht auf das hier jedenfalls generell-abstrakt veränderte Tatunrecht auf die Fälle des unbeendeten Versuchs zu beschränken.<sup>214</sup> Dieser Ansatz ist methodisch unanfechtbar, im Ergebnis plausibel und in der Praxis leicht handhabbar – Vorteile, welche die komplizierten Fallgruppendifferenzierungen *Timpe*<sup>215</sup> nicht durchweg für sich verbuchen können.
- 76 Über Anwendung oder Ablehnung des Sonderrahmens in den Fällen des **Garantenunterlassens nach § 13 Abs. 2** soll nach der Rechtsprechung eine »Gesamt abwägung« entscheiden, »bei der auch die für die Bewertung des Unrechtsgehalts der Unterlassung entscheidenden subjektiven Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.«<sup>216</sup> Eine solche Gesamt abwägung aber ist erst zulässig bei der Festsetzung der Strafhöhe innerhalb des Strafrahmens; und über den Strafrahmen ist vorher zu entscheiden. – Kriterium für die Strafrahmenwahl in Unterlassungsfällen kann vielmehr **allein eine »unterlassungsspezifische« Begründung** sein. Sie setzt die Entscheidung voraus, ob (nicht das gesamtgewürdigte konkrete, sondern) ein solches »Unterlassen im Vergleich zur entsprechenden Begehungstat weniger oder gleich schwer wiegt.«<sup>217</sup> Zwar lässt es sich nicht leugnen, dass das Untätigbleiben weniger (also auch weniger kriminelle) Energie erfordert als das aktive Tätigwerden.<sup>218</sup> Daraus lässt sich jedoch keine Wertdifferenz ableiten, die in Fällen einer Garantenunterlassung prinzipiell zur Anwendung des Milderungsrahmens zwänge. So zeigen schon die Verkehrspflichten, dass es in sozialen oder technischen Systemen möglich ist, Tun oder Unterlassen durch schlichte Umstellung der Systemelemente bei identischen Außenerfolgen zu vertauschen; in einem solchen Falle kann der Zufall der Organisation eines bestimmten Lebenskreises auch keinen Milderungsrahmen für den Garanten

208 BGH StV 1986, 379.

209 BGH NSStZ-RR 2003, 72.

210 Vgl. *Dreher* JZ 1968, 209 (213); weitere Nachweise bei *Frisch* Festschrift Spindel (1992), 381 (392); s. auch BGHSt 36, 18.

211 Vgl. aber BGH StV 1984, 246.

212 *Timpe* (1983), S. 107; zur Unzulässigkeit der »Versagung einer Strafmilderung« wegen Versuchs mit der Erwägung, die Nichtvollendung der Tat sei nicht »das Verdienst« des Angeklagten, s. BGH StV 1985, 411.

213 Abweichend BGH StV 1991, 105.

214 Vgl. *Armin Kaufmann* Festschrift Welzel (1974), 393 (403); im Ergebnis ebenso *Frisch* Festschrift Spindel (1992), 381 (407).

215 *Timpe* (1983), S. 107 ff.

216 BGH JR 1982, 464; vgl. auch *Detter* Einführung Rn. 51.

217 *Bruns* JR 1982, 465 (466); *Ebert* Festschrift Spindel (1992), 130.

218 Vgl. den Fall (Verhungernlassen eines Kleinkindes) BGH StV 1987, 527; zum Treubruch durch Unterlassen s. BGHSt 36, 227 (228) mit Anmerkung *Timpe* JR 1990, 428.

begründen, der im konkreten Falle zwar nicht etwas Falsches, aber auch nicht das Richtige tut.<sup>219</sup>

Kriterien für die Entscheidung, dass die Strafe für einen Fall fehlenden Unrechtsbewusstseins, also des (nicht etwa – wie vielfach fälschlich charakterisiert – »verschuldeten«,<sup>220</sup> sondern) **vermeidbaren Verbotsirrtums** (§ 17 Satz 2), nicht – wie regelmäßig (oben Rdn. 74) – dem über § 49 zu ermittelnden bzw. einem minder schweren Fall entsprechenden (s. dazu Rdn. 79) abge- senkten, sondern dem auf die Begehung der Tat mit voller Schuld zugeschnittenen Normalfall- rahmen zu entnehmen sei, werden in praxi in erster Linie aus Gesichtspunkten wie »Rechts- feindschaft« und »Rechtsgleichgültigkeit« bezogen. Dabei muss man sich allerdings darüber klar sein, dass hier vielfach die entsprechende volle Tatschuld nicht wirklich »da ist«, sondern dem Täter zugeschrieben wird. Wer eine Strafrahmensenkung trotz Verbotsirrtums ablehnt, betreibt mithin Kriminalpolitik – mit dem Ziel, den Täter »höchstpersönlich als allein relevante Kon- fliktursache« zu definieren,<sup>221</sup> indem ihm »der Hinweis auf ihm nicht verfügbare Ursachen des Konflikts abgeschnitten«<sup>222</sup> wird.

Auch die Frage, ob die Voraussetzungen der **erheblich verminderten Schuldfähigkeit** im Sinne des § 21 (gleichviel, ob positiv festgestellt oder im Zweifel unterstellt)<sup>223</sup> den entspre- chend gesenkten Strafrahmen nach sich ziehen, oder ob – ausnahmsweise (oben Rdn. 74) – die Strafhöhe im Normalfallrahmen festzusetzen ist, wird in der Praxis im Wege der »Gesamt- würdigung«,<sup>224</sup> und auch nicht psychologisch,<sup>225</sup> sondern »normativ« entschieden: Es interes- siert nicht so sehr »die psychische Verfassung des Subjekts, sondern die Zuständigkeit des Sub- jekts für seine Verfassung«;<sup>226</sup> »**Täterschuld**« **regiert**. Deutlich wird dies, wenn die an sich begründete Strafrahmensenkung unter Hinweis auf »andere erschwerende Umstände«<sup>227</sup> abge- lehnt wird, vor allem aber dort, wo die Rechtsprechung das »**Verschulden**« (?)<sup>228</sup> **hinsicht- lich des Zustandes der erheblich verminderten Schuldfähigkeit** als Begründung dafür heranzieht, dass vom (unverminderten) Normalfallrahmen auszugehen sei.<sup>229</sup> Neuerer Aus- druck dieser uralten Vorstellungen (s.a. § 7 WStG) ist die »**positive Generalprävention**« (oben Rdn. 10), »Schuld« ist nur noch deren »Derivat« (*Jakobs*): Es kommt darauf an, »ob die psychische Verfassung oder der Handlungszusammenhang für den Täter Unglück sind«;<sup>230</sup> ist seine Schuldfähigkeit vermindert, so wird diese Belastung »nur berücksichtigt, wenn sie nicht Angelegenheit des Täters ist«<sup>231</sup>. – Aspekte dieser Art vermögen freilich nicht zu verdecken, dass das Bild einer in voller Schuld begangenen Tat prinzipiell ein anderes ist als das einer Tat,

219 S. dazu ausführlich *Timpe* (1983), S. 161 ff.

220 BayObLG JR 1989, 386 (387).

221 *Timpe* (1983), S. 269.

222 *Timpe* (1983), S. 270.

223 BGH NStZ 1989, 18.

224 Dazu oben Rdn. 69.

225 Zu »Schweregraden« schuldmindernder Persönlichkeitsstörungen s. *Schöch* MSchrKrim 66 (1983), 333; zur »dissozialen Persönlichkeitsstörung« s. BGH NStZ 2000, 191 mit Anmerkung *Winkler/Foerster*; s. dazu auch *Detter* Einführung Rn. 63 ff.; zu »Borderline« s. *Detter* Einführung Rn. 70 f.

226 *Timpe* (1983), S. 326.

227 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1009.

228 S. dazu oben Rdn. 46.

229 Vgl. BGHSt 35, 143 (145) mit Anmerkungen *Blau* JR 1988, 514 und *Frisch* NStZ 1989, 263; zum »verschuldeten« Affekt s. *Frisch* ZStW 101 (1989), 538 sowie *Detter* Einführung Rn. 55 ff.; zur »Be- einträchtigung durch Alkohol und Drogen« *Detter* Einführung Rn. 76 ff.; zu den Konstruktionsver- suchen über die Rechtsfigur der »actio libera in causa« s. *Landgraf* (1989), S. 29. Eine gewisse Distanz klingt – im konkreten Fall indes nicht tragend – an in BGHSt 53, 31 (32).

230 *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 54.

231 *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 17 Rn. 55.

bei deren Begehung sich der Täter in erheblich verminderter Schuldfähigkeit befunden hat.<sup>232</sup> Nur darum aber geht es bei der Entscheidung, ob vom gesenkten Strafrahmen auszugehen ist oder nicht (oben Rdn. 69). Wer hingegen mit der generalpräventiv begründeten »Täterschuld« die Gleichstellung des Belasteten mit dem Unbelasteten schon in abstracto, also hinsichtlich des Strafrahmens und damit des Ausgangsmaßstabes für die Strafhöhenfestsetzung rechtfertigt, leistet dem **Einzug des (mit Sachverständigen-Floskeln verbrämten) »gesunden Volksempfindens«** bereits an einer Stelle Vorschub, wo noch Gesetz und Logik Vorrang haben sollten.<sup>233</sup> Die Frage, ob und wann der psychische Defekt »Unglück« oder »Angelegenheit des Täters« ist, mag allenfalls eingebracht werden in die Begründung der Höhe der Strafe im (abgesenkten) Strafrahmen; sie wird damit Teil der (erst hier zulässigen und gebotenen) »Gesamtwürdigung«.

### 3. Rahmenmilderungsgründe des Allgemeinen Teils und minder schwerer Fall

- 79 Der Bundesgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die **mindere Schwere eines Falles auch allein mit den Voraussetzungen eines Milderungsgrundes des Allgemeinen Teils begründet** werden kann.<sup>234</sup> Dem ist schon mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 50 zuzustimmen; denn die Prüfung, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, kann »nicht weniger weit reichen als diejenige nach § 49 StGB«.<sup>235</sup> Damit entsteht jedoch eine **Strafrahmenkonkurrenz** (zur Mehrfachmilderung s. § 50 Rdn. 7; zur Beihilfe s. unten Rdn. 93): Die mindere Schwere kann sich niederschlagen sowohl in dem über § 49 gesenkten Normalfallrahmen als auch in dem entsprechenden Sonderrahmen des BT (**»gleichgerichtete Rahmenkonkurrenz«**). Die Frage, wie diese Alternative aufzulösen ist, beantwortet der Bundesgerichtshof damit, dass er auf die Schuldangemessenheit des jeweiligen Strafrahmens verweist. Die hierbei ständig verwendete Formel lautet, es komme darauf an, ob »das gesamte Tatbild einschließlich der subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit angesichts der verminderten Schuldfähigkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass der – wenn auch nach § 49 StGB gemilderte – Regelstrafrahmen nicht schuldangemessen ist«.<sup>236</sup> Das Orientierungsdatum der Schuldangemessenheit ist jedoch nicht allein schon im Ansatz fehlerhaft (oben Rdn. 68), sondern zur Auflösung der Strafrahmenkonkurrenz auch gänzlich unbrauchbar. Denn kein Tatrichter, der jedenfalls einen der beiden möglichen Sonderrahmen in Erwägung zieht, kann nachvollziehbar **begründen, warum die Tat nur aus dem einen und nicht aus dem anderen Rahmen**, warum also etwa die festgestellte Beihilfe, die jedenfalls einen der beiden gesetzlichen Milderungsrahmen obligatorisch auslöst, aus dem »schuldangemesseneren« (?) Rahmen des § 177 Abs. 5 und nicht jenem der §§ 177 Abs. 1, 49 **zu bestrafen ist**. Deshalb wird vorgeschlagen,<sup>237</sup> **immer den (abstrakt) tätergünstigeren Milderungsrahmen** zu wählen (s. dazu § 50 Rdn. 5).
- 80 Allerdings ist zu bedenken, dass die Milderungsgründe des Allgemeinen Teils Fallgestaltungen betreffen, die – da »vor die Klammer gezogen« – bei jedem Delikt vorkommen können, während die minder schweren Fälle des Besonderen Teils zunächst einmal auf deliktsspezifische Varianten gemünzt sind. Deliktsspezifische strafrahmenbestimmende Umstände aber gehen den allgemeinen Faktoren (mit entsprechender Wirkung) vor. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit

232 S. dazu *Alberts* (1985), S. 135 ff.

233 Kritisch auch *Landgraf* (1989), S. 112 ff.

234 NStZ 1984, 262; StV 1987, 245; s. auch *Hettinger* (1982), S. 241.

235 BGH JR 1986, 336 (337); vgl. auch oben Rdn. 69.

236 BGH NStZ 1985, 546.

237 Vgl. auch BGH StV 1987, 245; BGH StV 1988, 385.

der Einhaltung folgender **Prüfungsreihenfolge**:<sup>238</sup> Zunächst ist die Frage, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, »deliktsspezifisch«, also noch ohne Berücksichtigung der typisierten Milderungsgründe des Allgemeinen Teils zu prüfen; die Verwertung tatsächlicher Umstände »aus dem Umkreis« eines gesetzlichen Milderungsgrundes soll allerdings zulässig sein (s. dazu § 50 Rdn. 7). Wird ein minder schwerer Fall schon auf dieser Basis bejaht, so steht der Sonderrahmen des Besonderen Teils fest; er kann dann seinerseits noch weitere Reduktionen über etwa vorhandene Milderungsgründe des Allgemeinen Teils nach § 49 Abs. 1 erfahren. Wird ein deliktsspezifisch begründeter minder schwerer Fall hingegen verneint, so kann er auf der Basis eines einzigen typisierten Milderungsgrundes des Allgemeinen Teils (etwa § 21) gleichwohl angenommen (s. aber Rdn. 79) und angesichts eines etwa vorhandenen weiteren Milderungsgrundes (etwa Versuch) über § 49 Abs. 1 noch weiter reduziert werden (s. dazu § 50 Rdn. 9).

#### 4. Rahmenmilderungsgründe des Allgemeine Teils und besonders schwerer Fall

Die Konstellation, dass ein besonders schwerer mit einem minder schweren Fall (auch in der Form eines vertypten Milderungsgrundes des Allgemeinen Teils [oben Rdn. 79]) zusammen- 81 trifft (**»gegenläufige Rahmenkonkurrenz«**),<sup>239</sup> tritt sehr häufig auf.<sup>240</sup> Trotz vielfältiger Vorschläge in der Literatur und einer reichhaltigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>241</sup> sind die dabei entstehenden Probleme teilweise noch ungeklärt, teilweise jedenfalls höchst umstritten. Dies hängt zusammen einmal mit der »Zwitterstellung« der minder und der besonders schweren Fälle zwischen Tatbestandsmerkmal und »Strafzumessungsregel«, zum anderen mit der nicht immer eindeutigen Trennung zwischen Strafraumenbestimmung und Strafhöhenfestsetzung, schließlich auch damit, dass Fragen der Strafraumenbestimmung und der Tenorierung nicht hinreichend voneinander abgesetzt werden.

Schon die Alltagskonstellation, dass der vermindert schuldfähige Täter einen (etwaig durch ein 82 Regelbeispiel gesetzlich konkretisierten) besonders schweren Fall verwirklicht (Beispiel: Einbruchsdiebstahl nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 unter den Voraussetzungen des § 21), ist nicht von vornherein eindeutig lösbar. Man könnte zunächst daran denken, dass die durch das eine Kriterium begründete besondere Schwere des Falles durch die sich aus einem anderen Gesichtspunkt (bei je isolierter Betrachtung) ergebende mindere Schwere in der Weise kompensiert wird, dass sich die Sonderrahmen gegenseitig aufheben: Der **minder schwere Fall eines besonders schweren Falles ist der Normalfall**, die Strafe ist dem gesetzlichen Normalfallrahmen zu entnehmen.<sup>242</sup> Der richtige Strafraumen wäre also jener des § 242 (ein Monat bis fünf Jahre). Diese Lösung lässt sich indes vielleicht vertreten dort, wo sowohl die besondere als auch die mindere Schwere eines Falles »deliktsspezifisch« begründet wird (Beispiel: Der besonders schwere Fall einer Tötung [§ 212 Abs. 2] geschieht unter den »tötungsspezifischen« Provokationsvoraussetzungen des § 213 Mod. 1 [also: Strafe aus dem Rahmen des § 212 Abs. 1]).<sup>243</sup>

Auch die besondere Schwere eines Diebstahls wird durch die »diebstahlsspezifische«, in der Geringwertigkeit der Sache begründete mindere Schwere kompensiert [vgl. § 243 Abs. 2: Strafe aus § 242].).

**Diese (»Kompensations-«)Lösung ist jedoch** für alle anderen, nämlich diejenigen Konstel- 83 lationen **zu verwerfen**, in denen ein (seit dem Wegfall der allgemeinen Rückfallvorschrift immer »deliktsspezifisch« begründeter [oben Rdn. 63]) besonders schwerer Fall mit einem all-

238 S. dazu *Theune* StV 1985, 168; BGH StV 1987, 245, BGH StV 1992, 371 f.; ferner *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1153.

239 S. dazu *Horn* Gedächtnisschrift Armin Kaufmann (1989), 591.

240 Zur Frage der Verneinung eines besonders schweren Falls trotz Vorliegens eines Regelbeispiels im Rahmen der »Strafzumessungslösung« (BGHSt 46, 93) s. *Kutzner* StV 2002, 277 (278).

241 Nachweise der älteren Judikatur finden sich bei *Horn* sLSK § 46 Rn. 7.

242 Vgl. BGH StV 1986, 339; s. ferner BayObLG JZ 1992, 259 mit Anmerkung *Grasnick*.

243 S. BGH StV 1987, 296.



gemeinen Grund für eine Strafrahmensenkung zusammentrifft. Denn einmal ist dieser Weg bereits methodisch höchst anfechtbar, weil und soweit er mit der Anweisung verbunden ist, die »strafmildernden Umstände« seien »bereits im Rahmen der Gesamtwürdigung« zu berücksichtigen, »ob ein besonders schwerer Fall« vorliegt.<sup>244</sup> Dadurch werden nämlich unzulässiger Weise strafhöhenrelevante Umstände zur Voraussetzung für die Festlegung des Strafrahmens gemacht, es wird Auslegung (des Begriffs des besonders schweren Falles) mit Subsumtion unter diesen Begriff vermischt (s. oben Rdn. 69). Zum anderen aber und vor allem wird – ohne dogmatisch begründbaren Zwang – für die besonders schweren Fälle eine andere Lösung vorgegeben als jene, die für die Qualifikationstatbestände gilt – obwohl es sich bei der Entscheidung des Gesetzgebers für die eine oder andere Form »mehr um eine formale Frage der Gesetzestechnik« (BGHSt 26, 167 [173]) handelt (so ist etwa die Gewerbsmäßigkeit in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall, in § 260 hingegen Qualifikationsmerkmal), und obwohl es jedenfalls für die Strafrahmenfrage gleichgültig sein muss, ob die hierfür relevanten begrifflichen Voraussetzungen vom Gesetzgeber bereits hinreichend konkret und abschließend beschrieben (Qualifikationstatbestand) oder ob deren Konkretisierung (besonders schwerer Fall) dem Richter übertragen worden ist. So ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, dass der gewerbsmäßig aber in verminderter Schuldfähigkeit handelnde Hehler aus dem über § 49 abgesenkten Qualifikationsrahmen (§ 260), der entsprechend qualifizierte Dieb hingegen aus dem unverminderten Rahmen des Normalfalldelikts (§ 242) zu bestrafen sein soll.

- 84 Für die hier in Rede stehenden Fälle der gegenläufigen Strafrahmenkonkurrenz wird nach alledem folgende **Lösung** vorgeschlagen: Sind die Voraussetzungen für die Annahme gegeben, dass die abzuurteilende Tat – wäre sie nicht (etwa wegen erheblich verminderter Schuldfähigkeit, Versuchs- oder mangels Täterschaft) »defekt« – den Begriff des besonders schweren Falles erfüllen würde, so wird schon damit zunächst einmal der entsprechende **erhöhte Sonderrahmen ausgelöst**; dieser ist **dann über § 49 zu reduzieren**, sofern die hierfür erforderlichen, speziellen Voraussetzungen vorliegen. Es ist also **methodisch nicht anders als bei den Qualifikationstatbeständen** vorzugehen. – Im Folgenden werden zwei Grundfälle (Versuch, Beihilfe) mit ihren jeweils problematischen Abwandlungen behandelt:

#### a. Versuch

- 85 Seitdem § 243 vom Qualifikationstatbestand zu einer mit Regelbeispielen anschaulich gemachten Strafrahmenverschiebungs-Vorschrift gemacht worden ist, sind insbesondere angesichts verschiedener Versuchskonstellationen **mannigfache Probleme** aufgetreten.<sup>245</sup> Im Vordergrund der Diskussion stehen dabei folgende Varianten:

#### aa. Versuchtes Normaldelikt, vollendetes Regelbeispiel

- 86 Trifft der (als Versuch) allgemein minder schwere (oben Rdn. 72) mit einem »deliktsspezifischen« besonders schweren Fall zusammen, so soll nach einer Auffassung<sup>246</sup> eine Gesamtwürdigung darüber entscheiden, ob »die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels durch andere Strafzumessungsfaktoren, die die Regelwirkung entkräften (hier: Versuch), kompensiert« wird mit der Folge, dass die Strafe dem (ungemilderten) Normalfallrahmen zu entnehmen wäre (s. dazu oben Rdn. 83). Ein solches Vorgehen verbietet sich aber vor allem deshalb, weil damit die Höhe der »gerechten« Strafe zur Voraussetzung für die Wahl des Strafrahmens gemacht würde. Wer einen besonders schweren Fall des Diebstahls verneint mit der Begründung, die »Gesamtwürdigung« ergebe, »dass eine Freiheitsstrafe von drei Monaten oder mehr nicht in Betracht

244 BGH StV 1983, 21 (22). Vgl. BGH NStZ-RR 2009, 9.

245 S. dazu Küper JZ 1986, 518; Wessels Festschrift Lackner (1987), 423 (430); Streng Festschrift Puppe (2011), 1025 (1029 ff.).

246 Dreher MDR 1974, 57 (58).

kommt« (*Dreher*), vernachlässigt die Einsicht, dass eine Strafe immer nur innerhalb einer zuvor durch den Strafraumen festgelegten »Messlatte« bestimmt werden kann. – Mit der h.M.<sup>247</sup> ist vielmehr für diese Fallgruppe davon auszugehen, dass die Strafe **dem – über § 49 absenk- baren – Rahmen des besonders schweren Falles** zu entnehmen ist (zum Tenor s. unten Rdn. 95). Die Behauptung, dass § 23 auf »bloße Strafzumessungsregeln« nicht anwendbar sei,<sup>248</sup> ist falsch.<sup>249</sup> Denn der besonders schwere Fall ist – genaugenommen – eine Strafraumenbestimmungsregel (insoweit gleich einem Qualifikationstatbestand; oben Rdn. 83), die – wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind – dem Rahmenmilderungsschlüssel des § 49 ohne weiteres zugänglich ist.

### bb. Vollendetes Normaldelikt, »versuchtes« Regelbeispiel

Diese Konstellation ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>250</sup> und im Schrifttum **noch heftig umstritten**.<sup>251</sup> Die Klarheit der Argumente leidet jedoch vor allem darunter, dass Sachfragen (»Welchem Rahmen ist die Strafe zu entnehmen?«) nicht präzise gestellt und oft mit Bezeichnungsfragen (»Versuch des besonders schweren Falles?«, »besonders schwerer Fall des Versuchs?«; zum Tenor s. unten Rdn. 95), die freilich gänzlich sekundär sind, vernebelt werden. – Entscheidend ist vielmehr, ob der für den besonders schweren Fall vom Gesetz vorgesehene Strafraumen nur dadurch ausgelöst wird, wenn die ihn begrifflich begründenden Umstände auch objektiv vollständig gegeben sind<sup>252</sup>, oder ob insoweit auch »Versuch« im Sinne des § 22 ausreicht.

Zunächst ist davon auszugehen, dass ein (unbenannter) besonders schwerer Fall durchaus auch einmal **mit dem Vorhandensein allein eines subjektiven Elements** – etwa einer bestimmten, die objektiven Merkmale »überschießenden« Absicht des Täters (»Gewinnsucht«) – **begründet** werden kann.<sup>253</sup> Soweit das Gesetz Regelbeispiele anführt, so sind diese zwar – wie alle Strafdrohungen des BT – nach ihrem Wortlaut durchweg auf vollendete Taten zugeschnitten, aber »das berührt die gesetzlich angeordnete Strafbarkeit des Versuchs nicht«.<sup>254</sup> Wird der besonders schwere Fall durch das Gesetz an das Vorhandensein eines bestimmten objektiven Merkmals gebunden, so ist von dem damit verbundenen **Sonderrahmen grundsätzlich schon dann** auszugehen, wenn der Täter insoweit nur – aber auch immerhin – die **Voraussetzungen eines Versuchs nach § 22** erfüllt.<sup>255</sup> Denn dem § 23 Abs. 2 lässt sich »als Wille des Gesetzes« entnehmen, dass die versuchte Tat, sofern sie strafbar ist, grundsätzlich derselben Strafdrohung untersteht wie die vollendete. »Der Strafraumen bestimmt sich insoweit nach dem Tatentschluss« (**BGHSt 33, 370 [374]**). Danach ist auch für die hier in Rede stehende Fallgruppe jene Lösung zu wählen, die von den Qualifikationstatbeständen her bekannt ist und von der auch in den besonders schweren Fällen nicht ohne Not abgewichen werden sollte (vgl. oben Rdn. 57 und 83):<sup>256</sup> Die Strafe ist **dem – über § 49 absenk- baren – Sonderrahmen des**

247 Lackner/*Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 15; Sch/Sch<sup>29</sup>/*Stree/Kinzig* § 50 Rn. 7; weitere Nachweise bei *Fabry* NJW 1986, 15 (18); anders *Degener* Festschrift Wessels/*Stree* (1993), 305 (329).

248 *Dreher* MDR 1974, 57.

249 Vgl. auch *Küper* JZ 1986, 518 (526).

250 Nachweise der älteren Rechtsprechung bei *Horn* sLSK § 46 Rn. 8c.

251 Nachweise bei *Küper* JZ 1986, 518 (521); Streng Festschrift Puppe (2011), 1025 (1029 ff.); Lackner/*Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 14.

252 Vgl. BayObLG 1981, 118 mit Anmerkung *Zipf*; BGH StV 1985, 103 mit Anmerkung *Arzt*.

253 Mit Recht von OLG Köln NSStZ 1991, 585 verneint für die Absicht des Diebes, die Tatbeute zu veräußern.

254 BGHSt 33, 370 (376).

255 Vgl. *Küper* JZ 1986, 518 (523) mit weiteren Nachweisen; kritisch *Degener* Festschrift Wessels/*Stree* (1993), 305 (309); anders Lackner/*Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 15 mit weiteren Nachweisen.

256 S. aber BGHSt 33, 370 (374).

**besonders schweren Falles** zu entnehmen (Die Mindeststrafe des vollendeten Normaldelikts darf aber auch dann nicht unterschritten werden, wenn sie die über § 49 zu erzielende Mindeststrafe des Sonderrahmens übersteigt.).

- 89 Zu verwerfen ist hingegen die Auffassung, in den Fällen des »versuchten besonders schweren Falles« müsse auf den (unverminderten) gesetzlichen Normalfallrahmen entweder grundsätzlich<sup>257</sup> oder könne jedenfalls dann zurückgegangen werden, wenn die **Gesamtwürdigung** der Tat ergibt, dass der Sonderrahmen mit Rücksicht auf den Versuch »unangemessen« (?) ist.<sup>258</sup> Dieser **Kompensationsgedanke** (die gleichen Gründe, die die fakultative Versuchsrahmenvermilderung über § 49 tragen würden, schließen schon die Indizwirkung der Regelbeispiele für den besonders schweren Fall und damit die Anwendung des entsprechenden Sonderrahmens aus; s. dazu oben Rdn. 82) **verbietet sich**, weil damit die Bestimmung der »angemessenen« Strafhöhe fehlerhafterweise zur Voraussetzung für die Festlegung des »angemessenen« Strafrahmens gemacht würde (oben Rdn. 83). – Abzulehnen ist auch der Ersatzvorschlag, mit dem – objektiv defekt gebliebenen – Tatplan könne immerhin der (unverminderte?) Sonderrahmen des **unbenannten besonders schweren Falles** gerechtfertigt werden.<sup>259</sup> Denn es kann nicht darauf ankommen, ob die für die Strafrahmenverschiebung notwendigen Umstände gesetzlich (als Regelbeispiele) ausformuliert sind oder erst vom Richter beschrieben werden müssen: Ob der Regelbeispiels-»Versuch« zur Begründung der besonderen Schwere des Falles und damit zur Auslösung des Sonderrahmens ausreicht, kann nicht einerseits (»benannt«) verneint, andererseits (»unbenannt«) bejaht werden.

#### cc. Versuchtes Normaldelikt, »versuchtes« Regelbeispiel

- 90 Auch in der hier in Rede stehenden Konstellation gilt das in Rdn. 88 erläuterte Ergebnis: Die Strafe ist **dem – über § 49 absenkbar – Sonderrahmen des besonders schweren Falles** zu entnehmen.<sup>260</sup> Der Unterschied, dass dort das Normaldelikt vollendet, hier aber nur versucht ist, wirkt sich mithin auf den Strafrahmen nicht, sondern nur auf die Höhe der in diesem Rahmen festzusetzenden Strafe sowie auf den Tenor (s. dazu Rdn. 95) aus. Dieses Ergebnis entspricht der Lösung in den Qualifikationsfällen (oben Rdn. 83): Auch dort wird die Strafe dem über § 49 (natürlich nur einmal) gesenkten Rahmen des Qualifikationstatbestandes entnommen – gleichviel, ob der jeweilige Grundtatbestand vollendet oder ebenfalls nur versucht ist.

#### b. Beihilfe zu einem minder oder besonders schweren Fall

- 91 Bei der Strafrahmenbestimmung für ein bestimmtes Delikt hat der Gesetzgeber regelmäßig nur die täterschaftliche Verwirklichung der jeweiligen Deliktsmerkmale im Auge. Deshalb ist Beihilfe zu der Deliktsverwirklichung seitens eines anderen im Verhältnis zur Täterschaft ein minder schwerer Fall; § 27 Abs. 2 **beschreibt einen allgemeinen Privilegierungstatbestand** (oben Rdn. 73). Probleme hinsichtlich des auf den Gehilfen anzuwendenden Strafrahmens sind nun aber dadurch entstanden, dass die Rechtsprechung verlangt, bei der Prüfung der Voraussetzungen eines sog. **minder oder besonders schweren Falles der Beihilfe (?)** seien auch diejenigen Gesichtspunkte in die hierfür verlangte Gesamtwürdigung mit einzubeziehen, die erst bei der Bemessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens Berücksichtigung finden.<sup>261</sup> – Dies

257 Vgl. BayObLG JR 1981, 118 (119).

258 Fabry NJW 1986, 15 (19).

259 So aber OLG Düsseldorf NJW 1983, 2712; weitere Nachweise bei Lieben NSTz 1984, 539.

260 Ebenso BGHSt 33, 370 (377) mit Anmerkungen Küper JZ 1986, 518 und Schäfer JR 1986, 517 (520); anders Lackner/Kühl<sup>28</sup> § 46 Rn. 15 mit weiteren Nachweisen.

261 BGH StV 1983, 283 (284).

musste zu **Verwirrungen** führen<sup>262</sup> – und zwar schon in terminologischer Hinsicht. Denn ebenso wenig, wie es von Gesetzes wegen einen minder oder besonders schweren Fall der Beihilfe gibt,<sup>263</sup> kann es darum gehen, ob »die Teilnehmerhandlung als solche« als minder oder besonders schwerer Fall zu werten ist.<sup>264</sup> Vielmehr kommt es in der Sache zunächst darauf an, **in Bezug auf welchen Strafrahmen die obligatorische Strafrahmenmilderung nach den §§ 27 Abs. 2, § 49 vorzunehmen ist**, wenn die Haupttat ihrerseits dem Sonderrahmen eines minder oder besonders schweren Falles unterfällt oder der Gehilfe ein Merkmal aufweist, das die Haupttat zu einem besonders schweren Fall machen würde; die Bezeichnung dieser Beihilfe im Urteilstenor ist dann wieder ein anderes Problem (s. dazu Rdn. 95). Der Versuch der Rechtsprechung, diese Fälle danach zu lösen, ob »die Teilnehmerhandlung als solche« als minder oder besonders schwerer Fall zu werten ist,<sup>265</sup> riskiert vor allem, dass die zunächst notwendige klare Entscheidung des richtigen Strafrahmens vermischt wird mit Fragen, die erst die Festsetzung der Höhe der Strafe innerhalb des Strafrahmens betreffen.<sup>266</sup> Denn der Umstand, dass die konkrete »Teilnehmerhandlung als solche« den Unrechtsgehalt einer »normalen« Beihilfe übersteigen mag, lässt sich zutreffend nur bei der Strafrahmenbemessung, nicht aber schon bei der Strafrahmenbestimmung verwerten.

Klarheit in Terminologie, Einheitlichkeit in den Ergebnissen und Einfachheit in der Begründung ist bei alledem nur dadurch zu erreichen, dass man die Beteiligung an einer Tat, die einem Sonderrahmen unterfällt, nicht anders behandelt als die Beteiligung an einer Tat, die einem Privilegierungs- oder einem Qualifikationstatbestand unterfällt. Es sind also die **Akzessorietätsregeln** (mit ihren Durchbrechungen nach den §§ 28 Abs. 2, § 29) auf die Beteiligung an einer Tat anzuwenden – **gleichgültig, ob der Sonderrahmen für die Tat abstrakt vom Gesetzgeber (Privilegierung, Qualifikation) oder konkret vom Richter (minder oder besonders schwerer Fall) definiert** worden ist.<sup>267</sup> Zwar wird nicht verkannt, dass die Charakterisierung eines rahmenverändernden Umstandes als tat- oder täterbezogen manchmal Schwierigkeiten bereiten mag – was erst recht dann gilt, wenn der betreffende Umstand nicht vom Gesetzgeber, sondern erst vom Richter bestimmt wird, der auf dieser Basis die mindere oder besondere Schwere des Falles einschätzt. Diese Schwierigkeiten aber können kein hinreichender Einwand sein, der bei der Festlegung des Strafrahmens für den Gehilfen zum Fischen in begrifflicher Trübe berechtigt. – Im Einzelnen:

aa. Erfüllt die **Haupttat einen Privilegierungstatbestand**, so bestimmt sich bei tatbezogenen Privilegierungsmerkmalen (etwa ausdrückliche Aufforderung in § 216) der Ausgangsrahmen für eine Reduzierung nach § 49 Abs. 1 nach den Regeln der strengen Akzessorietät, also danach, ob der Gehilfe das Vorhandensein des Privilegierungsmerkmals auf der Haupttäterseite kennt oder auch nur (§ 16 Abs. 2) irrig annimmt (dann: Senkung des Privilegierungsrahmens) oder nicht (dann: Ermäßigung des Normalrahmens). Täterbezogene Privilegierungsmerkmale müssen hingegen gem. § 28 Abs. 2 beim Gehilfen selbst vorliegen, wenn er aus dem (über § 49 dann weiter ermäßigten) Rahmen des Privilegierungstatbestandes bestraft werden soll (in diesem Falle ist die tatsächliche Bewertung der Haupttat ohne Bedeutung). – Stellt sich die **Haupttat als minder schwerer Fall** dar (»gleichgerichtete Rahmenkonkurrenz«; s. dazu oben Rdn. 79), so ist in gleicher Weise vorzugehen: Wird die mindere Schwere der Haupttat mit tatbezogenen Umständen begründet (etwa geringer Schaden einer Brandstiftung nach § 306), so ist – bei Kenntnis des Gehilfen davon – von dem (über § 49 obligatorisch gemilderten) Sonder-

262 Vgl. *Bruns GA* 1988, 339; *Maiwald NSTZ* 1984, 439; *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 1128.

263 Vgl. aber *BGH NSTZ* 1983, 217.

264 S. aber *BGH StV* 1985, 411.

265 *BGH StV* 1981, 549, *BGH StV* 1992, 373.

266 Vgl. *BGH StV* 1983, 283 (284).

267 Ebenso *Frisch Festschrift Pötz* (1993), 1 (9); abweichend *Bruns GA* 1988, 339 (350).

rahmen des minder schweren Falles auszugehen. Erschiene die Haupttat hingegen um täterbezogener Umstände willen als minder schwerer Fall (etwa verminderte Schuldfähigkeit),<sup>268</sup> so muss der Gehilfe das entsprechende Milderungsmerkmal selbst erfüllen, wenn er aus dem (über die §§ 27 Abs. 2, 49 dann weiter abgesenkten) Milderungsrahmen bestraft werden soll; auch hier ist die tatsächliche Einschätzung der Haupttat als minder schwerer oder als Normalfall ohne Bedeutung.

- 94 bb. Erfüllt die **Haupttat einen Qualifikationstatbestand**, so ist die Strafe des Gehilfen dem über § 49 verminderten Sonderrahmen des Qualifikationstatbestandes zu entnehmen unter der Voraussetzung, dass der Gehilfe (auch) die die Tat des Haupttäters qualifizierenden Umstände in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Dies gilt aber nur für die tatbezogenen Merkmale (etwa nicht geringe Menge im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG). Ist das Qualifikationsmerkmal hingegen ein täterbezogenes (etwa die Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 260), so hängt die Anwendung dieses erhöhten (und über § 49 zu vermindernenden) Sonderrahmens auf den Gehilfen davon ab, ob dieser das Qualifikationsmerkmal in eigener Person erfüllt (§ 28 Abs. 2) oder nicht (dann: Senkung des Normalfallrahmens); in diesem Falle ist es ohne Bedeutung, welchem Rahmen die Strafe für die Haupttat entnommen wird. – Die gleichen Rechtsfolgen ergeben sich, wenn sich die **Haupttat als (benannter oder unbenannter) besonders schwerer Fall** darstellt (»gegenläufige Rahmenkonkurrenz«; s. dazu oben Rdn. 81 ff.): Wird die besondere Schwere der Haupttat mit tatbezogenen Umständen (etwa Einbruch im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1) begründet, so ist der Gehilfe unter der Voraussetzung, dass er diese Umstände kennt, aus dem (über § 49 obligatorisch gesenkten) Rahmen des besonders schweren Falles zu bestrafen. Wird die besondere Schwere der Haupttat hingegen mit täterbezogenen Umständen (etwa Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3) begründet, so muss der Gehilfe dieses Merkmal in eigener Person erfüllen, wenn seine Strafe dem (über § 49 verminderten) Rahmen des besonders schweren Falles entnommen werden soll (§ 28 Abs. 2); ist dies nicht der Fall (Kenntnis des Gehilfen vom Vorhandensein des entsprechenden Umstandes beim Haupttäter genügt hier also nicht), so gilt für den Gehilfen der über § 49 abgesenkte Normalfallrahmen. Beispiel: Wer sich an einem Einbruchsdiebstahl als Gehilfe beteiligt, hat Strafe aus dem über § 49 obligatorisch gesenkten Rahmen des § 243 Abs. 1 zu gewärtigen. Für die Beteiligung an einem gewerbsmäßigen Diebstahl gilt das jedoch nur, wenn das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit vom Gehilfen selbst erfüllt wird; fehlt es daran, so ist für den Gehilfen von dem (nach § 49 gemilderten) Rahmen des § 242 auszugehen, gleichgültig, ob dieser die Gewerbsmäßigkeit des Haupttäters kennt oder nicht.

## 5. Urteilstenor

- 95 Von den vertypen Milderungsgründen des Allgemeinen Teils werden nur diejenigen in die Urteilsformel aufgenommen, die schon das äußere Tatbild gegenüber dem gesetzlichen Grundfall deutlich verändern, also Versuch, Beihilfe, (versuchte) Anstiftung, (»unechte«) Unterlassung, nicht aber verminderte Schuldfähigkeit, vermeidbarer Verbotsirrtum, Spezialfälle des entschuldigenden Notstandes. Hinsichtlich der (benannten oder unbenannten) minder und besonders schweren Fälle des Besonderen Teils hat die höchstrichterliche Rechtsprechung geschwankt; ihre Verständnis dürfte heute dahingehen, dass die Aufnahme dieser Charakterisierung in die Urteilsformel **nicht notwendig** ist, aber auch **nichts schadet**.<sup>269</sup> Danach sind auch Bezeichnungen wie »besonders schwerer Fall«, »besonders schwere Beihilfe« oder »Beihilfe zu einem besonders schweren Fall« in der Urteilsformel überflüssig, allenfalls brauchbar zur Erläuterung des Strafrahmens in den Urteilsgründen. Der Tenor lautet immer und unabhängig davon, ob die Strafe dem gesetzlichen Normal- oder einem Sonderrahmen entnommen wird: (etwa) **wegen (versuchten) Diebstahls oder wegen Beihilfe zum Diebstahl**.

<sup>268</sup> Vgl. den Fall BGH StV 1982, 58.

<sup>269</sup> S. die Nachweise bei Fabry NJW 1986, 15 (16).

## D. Die Bestimmung der Schuld- und Strafhöhe

### I. Einordnung in den Strafrahmen

Einen groben Anhaltspunkt für die Bemessung der Höhe der Strafe, die dem konkreten verschuldeten Tatumrecht entspricht, gibt der Strafrahmen, der vom Gesetzgeber für solche Taten zur Verfügung gestellt worden ist. Aufgabe des Gerichts ist es, die Gründe zu *konkretisieren*, die den jeweiligen Strafrahmen rechtfertigen sollen. 96

Der Strafrahmen setzt als solcher nur die äußeren Grenzen, die gesetzliche Strafdrohung will sowohl die denkbar leichtesten als auch die denkbar schwersten Fälle erfassen (unten Rdn. 106). Zu beachten ist aber, dass das **Strafleid mit zunehmender Dauer überproportional ansteigt** (zwei Jahre Freiheitsentzug sind etwa subjektiv mehr als doppelt so viel wie ein Jahr). Deshalb wird sich das Gericht, das die Strafe im »richtigen« Bereich des jeweiligen gesetzlichen Rahmens sucht, bei der Beurteilung der ihm vorliegenden Sache zunächst an Fallgruppen orientieren, in die der – oft allzu weite – Strafrahmen gegliedert wird. Mit anderen Worten: Strafschärfung und Strafmilderung erfolgt intuitiv vergleichend, was denknotwendig nach einem Bezugspunkt oder Ausgangswert verlangt.<sup>270</sup> Hieran dürfte man – schon wegen des in § 46 Abs. 2<sup>271</sup> verwandten Ausdrucks »Abwägung« – auch dann festzuhalten haben, wenn man eine konturscharfe Beschreibung eines »Regelfalles« etc. (dazu sogleich) ablehnt.<sup>272</sup> 97

#### 1. Der »Regelfall«

Seit **BGHSt 27**,<sup>273</sup> ist in die Rechtsprechung<sup>274</sup> der Terminus »Regelfall« eingeführt.<sup>275</sup> Damit wird die Gruppe der erfahrungsgemäß immer wieder vorkommenden, also der **Fälle der »Alltagskriminalität«** bezeichnet. Da die große Mehrzahl der Straftaten nur einen verhältnismäßig geringen Schweregrad aufweist, wird sich das Quantum des den Regelfall kennzeichnenden Unwerts mithin **im unteren Drittel des gesetzlichen Strafrahmens** finden lassen.<sup>276</sup> 98

Eine **Lehre vom Regelfall** könnte dem Tatgericht die Subsumtion der ihm vorliegenden Umstände unter den entsprechend ausgelegten Terminus und damit die Erkenntnis ermöglichen, ob sein konkreter Fall schon im unteren Drittel des ihm zu Gebote stehenden Strafrahmens oder – wegen des Vorhandenseins besonderer oder wegen Fehlens spezifischer Regelfall-Umstände – in einem darüber liegenden Bereich festzumachen ist.<sup>277</sup> Sie steht jedoch noch ganz am Anfang, viele Fragen sind noch nicht einmal gestellt. Die Verständigung, die hier noch wichtiger ist als »Richtigkeit«, leidet noch besonders unter einer **wenig einheitlichen Terminologie**. Außer vom Regelfall ist auch vom »Durchschnitts-« und »Normalfall« oder dem »Fall mittlerer Schwere« die Rede (unten Rdn. 104), wobei aber die entsprechenden Begriffsinhalte häufig urheberspezifisch sind.<sup>278</sup> Hier ist also zunächst einmal sprachliche und definitorische Ordnung geboten. 99

Der Regelfall ist ein (vom Tatrichter unter Überwachung seitens des Revisionsgerichts auszulegenden) **Rechtsbegriff**, dem der konkrete Fall zu subsumieren ist. Er ist mithin dem Beweis 100

270 Vgl. *Hettinger* Festschrift Frisch (2013), 1153 (1158); *Jäger* Festschrift Müller (2008), 297 (298 ff.).

271 Vgl. *Niemöller* GA 2012, 337 (343 f.).

272 Vgl. *Hettinger* Festschrift Frisch (2013), 1153 (1169).

273 Mit Anmerkungen *Bruns* JR 1977, 164 und *Mayer* LM, Nr. 5.

274 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1174.

275 Kritisch *Hettinger* Festschrift Frisch (2013), 1153 (1165 f.).

276 Vgl. *Detter* Einführung Rn. 152; zu einem anderen, spezifisch strafrahmenbezogenen und deshalb komplizierten Modell des »einfachen Falles« s. *Montenbruck* (1983), S. 113 ff.

277 Zustimmung *Bruns* JZ 1988, 1053 (1057), *Günther* JZ 1989, 1025 (1029), *Streng* NStZ 1989, 393 (396); kritisch *Hettinger* (1982), S. 148, *Frisch/Bergmann* JZ 1990, 944 (947).

278 S. den Überblick bei *Maurer* (2005), S. 102 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

(»Statistik«) ebenso wenig zugänglich wie jener der Verteidigung der Rechtsordnung (vgl. § 47 Rdn. 39).

- 101** Die einzelnen Elemente, aus denen sich der Regelfall eines bestimmten Delikts zusammensetzt, bestimmen sich in erster Linie nach der **Erfahrung des Tatrichters** in seiner täglichen Arbeit.<sup>279</sup> Er kann am besten beurteilen, was typische Kriminalität (bei Verkehrsdelikten, Diebstahl, Vergewaltigung, Totschlag, Betäubungsmitteldelikten) ist und welche Umstände den konkreten Fall davon abheben. Bleibt seine entsprechende Einschätzung für mehrere Fälle revisionsrechtlich – was die Strafhöhe angeht – unbeanstandet, so kann er sie auch für die Zukunft zu seiner Richtschnur machen. Allerdings tut er gut daran, auf die höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung zum Verbot der strafschärfenden Verwertung des Fehlens von Strafmilderungsgründen zu achten.<sup>280</sup> Denn hier kann gelegentlich abgelesen werden, welche Art von Umständen nach dem **Urteil der Revisionsrichter zum Regelfall** des jeweiligen Delikts gehören sollen:<sup>281</sup> So kann etwa die Rüge, der Umstand, dass der Diebstahl »nicht aus wirtschaftlicher Not« begangen worden ist,<sup>282</sup> sei rechtsfehlerhaft strafschärfend verwertet worden, bedeuten, dass »wirtschaftliche Not« als Regelfallkriterium des Diebstahls nicht mehr durchweg anerkannt wird (Folge: mit dem Fehlen dieses Umstandes kann auch keine Schärfung über den Regelfall-Rahmen hinaus begründet werden).<sup>283</sup> Ähnliches gilt für die Frage, ob zum Regelfall-Bild einer Untreue die persönliche Bereicherung,<sup>284</sup> einer Vergewaltigung der Samenerguss in die Scheide,<sup>285</sup> eines Betäubungsmitteldelikts die »Abhängigkeit«<sup>286</sup> oder eines Kindesmissbrauchs nach § 176 die psychische Schädigung des Opfers<sup>287</sup> gehört (vgl. auch Rdn. 188). Eine unzweideutige Festlegung hat der Bundesgerichtshof<sup>288</sup> für den Totschlag getroffen: Da sich Tötungen in der Mehrzahl als Taten mit direktem Vorsatz darstellten, seien sie der Regelfall, liege deren tatsächlicher Unwert mithin unter der Mitte des gesetzlichen Strafrahmens. – Weitere allgemeine Hinweise dieser Art wären als **Orientierungsmarken für die Tatrichter** sicherlich hilfreich;<sup>289</sup> dabei kommt es weniger auf deren absolute Unanfechtbarkeit als auf Plausibilität, vor allem aber auf Klarheit und Stetigkeit an. Der tatrichterliche Beurteilungsspielraum für die Festsetzung der unrechts- und schuldangemessenen Strafe würde dadurch nicht beschränkt, sondern kanalisiert.
- 102** Ist – wie in den allermeisten Fällen – für ein bestimmtes Delikt **Geld- und Freiheitsstrafe angedroht**, so kann es für die Bestimmung des Regelfall-Rahmens (»unteres Drittel«) immer nur auf den gesetzlichen Freiheitsstrafrahmen ankommen. Dies folgt aus dem logischen Vorrang, der Strafhöhen- vor der Strafartbestimmung (oben Rdn. 3). So ist es unerheblich, dass 270 Tagessätze eine hohe Geldstrafe bedeuten mögen.<sup>290</sup> Entscheidend ist nur, dass eine Strafe von

279 Vgl. dazu *Theune StV* 1985, 209. Distanziert *Hettinger Festschrift Frisch* (2013), 1153 (1159 Fn. 31).

280 S. dazu *Frisch GA* 1989, 338; *Streng NSTz* 1989, 393 (399); *Hettinger GA* 1993, 1.

281 S. dazu *Horn StV* 1986, 168 (169 f.). Zur Entwicklung der Rechtsprechung bis zur bzw. nach der Entscheidung BGHSt 34, 345 s. *Niemöller GA* 2012, 337 ff.

282 S. dazu BGH NSTz 1987, 119 mit Anmerkungen *Hettinger StV* 1987, 147 und *Bruns JR* 1987, 89; vgl. *Hettinger Festschrift Frisch* (2013), 1153 (1159 ff.). S. ferner BGHSt (GS) 34, 345 mit Anmerkungen *Bruns NSTz* 1987, 450 und *Grasnick JZ* 1988, 155 (157). Zu letzterem s. auch *Hettinger Festschrift Frisch* (2013), 1153 (1161 f.).

283 Vgl. BGH NSTz 1987, 550.

284 BGH StV 1986, 430.

285 BGHSt 37, 153 (156 f.) mit Anmerkungen *Grasnick JZ* 1991, 932 (933), *Neumann StV* 1991, 256, *Wefflau StV* 1991, 259; s. ferner *Hettinger GA* 1993, 1 (7).

286 OLG Düsseldorf StV 1994, 23.

287 Vgl. BGH StV 1986, 149; 1987, 146.

288 BGH StV 1984, 114.

289 Nachweise der älteren Rechtsprechung bei *Horn sLSK* § 46 Rn. 10.

290 Verkannt von OLG Koblenz *wistra* 1985, 121.

9 Monaten (= 270 Tagessätzen) noch im Regelfallbereich derjenigen Strafen liegt, die etwa für einen Diebstahl angedroht sind.

Noch gänzlich ungeklärt ist, ob der Regelfall (mit dementsprechendem »Rahmen«: unteres Drittel des gesetzlichen Strafrahmens) nur denkbar ist als Ausschnitt aus dem jeweiligen Delikt in der Form, wie es der Gesetzgeber im Besonderen Teil als Grundnorm ausformuliert hat, oder ob sich **Regelfälle auch für Deliktsmodifikationen** (also solche mit veränderten Strafrahmen) bilden lassen. Man kann es für möglich und sinnvoll halten, auch nach dem Regelfall eines durch Regelbeispiele zu einem Quasi-Qualifikationstatbestand verstärkten besonders schweren Falles (etwa nach dem Regelfall eines Einbruchsdiebstahls) oder nach dem Regelfall eines durch Milderungsgründe des Allgemeinen Teils konkretisierten minder schweren Falles zu fragen (etwa nach dem Regelfall einer Diebstahlsbeihilfe oder eines Mordes in verminderter Schuldfähigkeit).<sup>291</sup> Wohl kaum aber dürfte der Regelfall eines unbenannten minder oder besonders schweren Falles (etwa der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 2 einerseits, des Betruges nach § 263 Abs. 3 andererseits) formulierbar sein.

## 2. Der »Fall mittlerer Schwere«

Die Rechtsprechung<sup>292</sup> unterscheidet vom Regelfall (Rdn. 98 ff.) den »gedanklichen Durchschnittsfall«,<sup>293</sup> der als »Fall mittlerer Schwere« seine Entsprechung etwa in der mathematischen Mitte des Strafrahmens<sup>294</sup> finden soll.<sup>295</sup> Der **gedankliche Durchschnittsfall** ist in der Sache offenbar auch gemeint, wenn bei *Theune* vom »gesetzlichen«, »normativen« und »dogmatischen« (im Unterschied zum »faktischen«) Normalfall,<sup>296</sup> bei *Mösl* von einem »gedachten Grundmaß der Strafe«,<sup>297</sup> bei *Frisch* vom »Regelatbild«,<sup>298</sup> bei *Schäfer*<sup>299</sup> vom »Gesamtbild« oder bei *Foth* von einem »mittleren« oder »normalen Ausgangswert« – dessen Existenz er freilich bestreitet<sup>300</sup> – die Rede ist.

Die vorstehend beschriebenen Vorschläge wollen durchweg Wege dafür aufzeigen, wie der **konkrete verschuldete Normbruch in einen bestimmten, gesetzlich vorgegebenen Strafrahmen eingeordnet** werden kann. Hierzu ist folgendes zu sagen: Das verschuldete Unrecht lässt sich gewichten (leicht, schwer) oder quantifizieren (gering, hoch); das jeweilige Gewicht oder Quantum ist in der Maßeinheit »Dauer einer Freiheitsstrafe« (bei der Geldstrafe in der entsprechenden Zahl von Tagessätzen (vgl. § 40 Rdn. 5), bei der Geldauflage (§ 56b Rdn. 12) teilweise in einer Geldsumme) auszudrücken. Mit dem vom Gesetzgeber festgelegten (und vom Richter gegebenenfalls modifizierten) Strafrahmen für eine solche Tat ist abschließend bestimmt, mit welchem Sanktionsmaß die denkbar leichteste oder schwerste Tat dieser Art zu bewerten ist. Das Sanktionsmaß kann allerdings nicht – entsprechend der Zunahme des Gewichts des konkreten verschuldeten Normbruchs – linear ansteigen, es gibt in diesem Sinne keine »kontinuierliche Schwere skala«.<sup>301</sup> Angesichts des empirisch begründeten Phänomens, dass sich das Gewicht des Strafübels mit zunehmender Dauer oder Höhe überproportional vergrößert (oben Rdn. 97), verbietet sich eine Lozierung des (vom Schuldgewicht her definierten)

291 S. aber BGHSt 34, 355 (360); dazu auch *Mayer* NStZ 1988, 87.

292 BGHSt 27, 1 (2) mit Anmerkung *Frank* NJW 1977, 686.

293 Deutlich ablehnend *Hettinger* Festschrift *Frisch* (2013), 1153 (1165).

294 Vgl. aber BGH StV 2008, 175; BGH StV 2010, 480.

295 S. dazu *Hettinger* (1982), S. 139.

296 *Theune* StV 1985, 205; s. auch *Neumann* (1992), 445; *Grasnick* JZ 1991, 932 (933); *Hettinger* GA 1993, 1.

297 *Mösl* NStZ 1981, 133.

298 *Frisch* GA 1989, 338 (361). Eingehend dazu *Hettinger* Festschrift *Frisch* (2013), 1153 (1167 ff.).

299 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 1176 f.

300 *Foth* JR 1985, 397.

301 So aber *Dreher* Festschrift *Bruns* (1978), 141 (150).



»mittelschweren Falles« in der Straffrahmenmitte.<sup>302</sup> Daraus folgt, dass der »gedankliche Durchschnittsfall« nicht nur gänzlich blutleer<sup>303</sup> und als Orientierungsmarke für die Einordnung des konkreten Falles in den gesetzlichen Straffrahmen unbrauchbar ist, sondern auch zu Verwechslungen mit dem »praktischen Regelfall« (oben R.dn. 101) führen kann, dessen Gewicht weit unterhalb der Straffrahmenmitte (oben R.dn. 98) liegt.<sup>304</sup> Aber auch alle anderen (oben unter R.dn. 104 angegebenen) Vorschläge zur Einfügung des konkreten verschuldeten Unrechts in den gesetzlichen Straffrahmen riskieren, nicht nur die Fähigkeiten der zunehmend zu besonderem Scharfsinn aufgerufenen Tatrichter zu überfordern, sondern auch, die Bedürfnisse einer wirksamen und zugleich rechtsstaatlichen Strafrechtspflege zu überschätzen. Es scheint vielmehr, als reichte aus, was tatsächlich schon immer geschieht: **Der Tatrichter quantifiziert das verschuldete Unrecht zunächst nach seinem Rechtsgefühl**, das er in erster Linie an Vergleichsfällen orientiert,<sup>305</sup> die bereits durch ihn selbst oder andere in einem bestimmten Sanktionsmaß gewichtet worden und unangefochten geblieben sind.<sup>306</sup> Modifikationen nach der einen oder anderen Richtung erfährt das Ergebnis dann bei signifikanten Abweichungen des konkreten Falles von dem bewerteten Vergleichsfall,<sup>307</sup> im Übrigen dadurch, dass der Tatrichter verpflichtet ist, **das jeweilige Ergebnis dem Delinquenten, der Allgemeinheit und notfalls auch seinem Revisionsgericht gegenüber zu plausibilisieren**. Wenn Strafhöhenentscheidungen vom Verurteilten bekämpft, von der Allgemeinheit nicht verstanden oder vom Revisionsgericht aufgehoben werden, so liegt das oft nicht am Ergebnis, sondern an dessen Begründung, am Ergebnis nur, wenn es nicht hinreichend begründet ist, weil ihm Rechtsgründe (freilich meist solche schlicht logischer Provenienz) entgegenstehen oder Argumente (etwa wegen Schlamperei oder mangels hinreichender Beherrschung der deutschen Sprache) fehlen. **Falsch** wäre mithin die **Vorstellung, dass mit einer theoretischen Strukturierung des Strafhöhenfestsetzungsprozesses irgendetwas von Substanz beigetragen werden könne zur Erzielung des »richtigen« Ergebnisses**, also etwa der »gerechten« Strafe. Alle einschlägigen Äußerungen dazu sind allenfalls brauchbar entweder zur Verbalisierung des Rechtsgefühls, mit dessen Hilfe das Ergebnis längst gefunden ist, oder zu dessen nachträglicher Kontrolle, im Ganzen also nur zu dessen Begründung.

### 3. Sonderfälle

#### a. »Unvertretbar« hohe oder niedrige Strafe

- 106 Die Richtigkeit der vorstehenden Darlegungen lässt sich mit einer Vielzahl von Entscheidungen belegen, in denen die richterliche Strafhöhenfestsetzung aufgehoben worden ist mit der Begründung, die jeweils erkannte Strafe sei rechtsfehlerhaft, weil »unvertretbar« hoch oder niedrig bestimmt worden.<sup>308</sup> Die vom Revisionsgericht, das die Strafhöhenummessung des Tatrichters bis zur »Grenze des Vertretbaren«<sup>309</sup> hinzunehmen gewohnt ist,<sup>310</sup> gelegentlich empfundene **Unvertretbarkeit** wird in den letzten Jahren zunehmend damit begründet, dass es

302 Vgl. *Montenbruck* (1983), S. 30; *Timpe* (1983), S. 74.

303 *Neumann* (1992), S. 446: »geisterhafte Blässe«.

304 *Dreher Festschrift Bruns* (1978), 141 (150).

305 Zur »komparativen« Strafzumessung s. *Terhorst JR* 1988, 272; *Streng NSTz* 1989, 393 (398); *Frisch* (1993), S. 28.

306 *Frisch* (1993), S. 37: »konsentierter Vergleichsmaßstab«.

307 Vgl. BGH NSTz 1992, 381 mit Anmerkung *Pauli NSTz* 1993, 233, StV 2000, 298.

308 Nachweise bei *Horn sLSK* § 46 Rn. 1.

309 Vgl. schon BGHSt 5, 59.

310 Zur revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit der Strafzumessungsentscheidung im Allgemeinen s. *Benrenbrink GA* 2008, 625 ff.; *Frisch* Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung (2011), 217 ff., *Gaede GA* 2008, 394 ff.; *Radtke Festschrift Maiwald* (2010), 643 ff.; *Köberer Festschrift Hamm* (2008), 303 ff.; *Sander StraFo* 2010, 365 ff.

dem Tatrichter nicht gelungen sei, »die Abweichung vom Üblichen an den Besonderheiten des Falles verständlich« zu machen oder, »dass sich die verhängte Strafe weit von den vom Senat in ähnlich schweren Fällen der vorgeworfenen Straftat bestätigten Strafen nach oben löst.«<sup>311</sup> Gelegentlich wird die Rüge auch noch darauf gestützt, dass der Tatrichter den ihm »bei der Strafzumessung eingeräumten Spielraum« unter- oder überschritten habe. – An dieser Rechtsprechung ist **problematisch**, dass die Aufhebungsbegründung des Revisionsgerichts dem Tatrichter oft nur Steine statt Brot gibt; und sollte bezweckt sein, auf diese Weise ein etwa bestehendes Strafgefälle zwischen einzelnen Instanzgerichten auszugleichen, so steht die revisionsgerichtliche Kompetenz hierfür in Frage.

### b. Mindest- und Höchststrafe

Der gesetzliche Strafrahmen deckt sowohl die denkbar leichtesten als auch die denkbar schwersten Fälle des jeweiligen Delikts ab.<sup>312</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass die jeweilige Mindest- oder Höchststrafe nur dann verhängt werden kann, wenn sich ein leichter oder schwerer Fall als der abzuurteilende überhaupt nicht mehr denken ließe. Andernfalls wären Mindest- und Höchststrafen nur noch theoretisch möglich, denn weitere Steigerungen in der einen oder anderen Richtung lassen sich immer denken. Hypothesen dieser Art aber entziehen sich »jedenfalls praktischer Fassbarkeit« und scheiden deshalb »für die Rechtspraxis« aus.<sup>313</sup> Die Festsetzung der Strafe an der Ober- oder Untergrenze des gesetzlichen Rahmens kommt mithin auch und schon dann in Betracht, wenn das Gesamtgewicht des konkreten verschuldeten Unrechts die Tat (im Vergleich mit den tatsächlich vorkommenden Fällen) in die **unmittelbare Nähe einer solchen Grenze** rückt.<sup>314</sup> So ist etwa die Verhängung der Mindeststrafe auch bei Vorliegen mehrerer Strafschärfungsgründe,<sup>315</sup> im Falle von Tateinheit<sup>316</sup> sowie allgemein dann möglich, wenn die strafmildernden Umstände so deutlich überwiegen, dass vorhandene Strafschärfungsgründe nicht mehr ins Gewicht fallen.<sup>317</sup> – Bei der Verhängung der Mindest- oder Höchststrafe muss der Tatrichter jedoch immer mit besonderer **Skepsis der Revisionsgerichte** rechnen.<sup>318</sup> Je mehr sich die Strafe dem Höchstmaß nähert, desto ausführlicher müssen die Strafzumessungserwägungen sein,<sup>319</sup> desto notwendiger ist es, »die Abweichung vom Üblichen« plausibel, an den Besonderheiten des Falles verständlich zu machen.<sup>320</sup> Das gilt auch dort, wo die Gesamtstrafe nur knapp unter der Summe der Einzelstrafen bleibt.<sup>321</sup> Die Festsetzung der Mindeststrafe fällt leicht dem Verdacht anheim, dass sie – um als Geldstrafe verhängt oder zur Bewährung ausgesetzt werden zu können – gegen das Verbot der Verhängung von Unterschuldstrafe verstößt (oben Rdn. 36);<sup>322</sup> jedenfalls ist hier eine hinreichend abwägende Begründung erforderlich, die auch die schärfenden Umstände nicht übergeht.<sup>323</sup>

311 BGH StV 1987, 530; kritisch *Meine* NStZ 1989, 353; *Schäfer* MDR 1992, 399; *Pauli* NStZ 1993, 233.

312 BGHSt 27, 2 (3).

313 BGH NStZ 1984, 359 mit Anmerkung *Zipf*.

314 Zur Entscheidung durch das Revisionsgericht in solchen Fällen s. BGH StV 1993, 62 mit Anmerkung *Hanack*; s. auch BGH NStZ 1992, 297 mit Anmerkung *Scheffler*.

315 BGH StV 1988, 487.

316 BGH NStZ 1987, 70; s. aber auch unten Rdn. 110.

317 BGH NStZ 1982, 163.

318 S. dazu die Nachweise der älteren Rechtsprechung bei *Horn* sLSK § 46 Rn. 1d.

319 BGH StV 1984, 152.

320 BGH StV 1986, 57; BGH NStZ-RR 2011, 5.

321 BGH StV 1983, 237.

322 Vgl. BGH NStZ 1984, 117: zwei Jahre mit Vollstreckungsaussetzung für einen (Vergewaltigungs-)»Fall mittlerer Schwere«.

323 BGH NStZ-RR 2010, 237.

### c. Strafhöhenfestsetzung bei Mittätern

- 108 Es versteht sich von selbst, dass jedermann allein entsprechend dem von ihm selbst verschuldeten Unrecht zu bestrafen ist.<sup>324</sup> Gegen **Tatbeteiligte**, insbesondere Mittäter verhängte Strafen **müssen** also **unterschiedlich ausfallen**, nämlich eben je nach den Besonderheiten, von denen der einzelne Tatbeitrag oder Täter geprägt ist.<sup>325</sup> Die neuere Rechtsprechung verlangt aber auch die Beachtung des – von ihr allerdings bislang noch nicht rechtlich begründeten<sup>326</sup> – Gesichtspunkts, dass **gegen Mittäter verhängte Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander** stehen sollen,<sup>327</sup> und zwar selbst dann, wenn der eine Täter nach Jugend-, der andere nach Erwachsenenrecht verurteilt wird.<sup>328</sup> Besonders schwierig, wenn nicht unmöglich erscheint dies in Fällen, in denen Mittäter von verschiedenen Gerichten abgeurteilt werden.<sup>329</sup> Das Erfordernis eines »gerechten« Verhältnis darf indes nicht dergestalt missverstanden werden, dass eine an sich schuldangemessene Strafe nur deswegen herabgesetzt wird, weil gegen einen Mittäter eine niedrigere Strafe verhängt worden ist.<sup>330</sup> Schlägt ein Umstand hingegen bei einem Mittäter zu seinen Gunsten aus, muss dieser auch bei dem anderen Erwähnung finden.<sup>331</sup> Umgekehrt bedarf es aber auch der sorgfältigen Begründung, wenn gegen Mittäter signifikant abweichende Strafen verhängt werden.<sup>332</sup> Allenfalls mit Aspekten der positiven Generalprävention (»die Kleinen hängt man ...«) begründbar ist die Erwartung, dass das Tatgericht in die Begründung seiner Strafzumessungsentscheidung den – wohl als Strafmilderungsgrund zu verwertenden – Umstand aufzunehmen hat, dass der »eigentliche« Haupttäter, die »Führungsebene«, der »Funktionsträger« mit dem größeren Einfluss und weitergehenden wirtschaftlichen Interessen, hier nicht vor Gericht steht<sup>333</sup> oder wegen Verhandlungsunfähigkeit aus dem Verfahren ausgeschieden ist.<sup>334</sup>

### d. Zurückverweisung, Strafraumenänderung

- 109 Geht man von der hier (oben Rdn. 61, 72) vertretenen Auffassung aus, dass sich das Bild jeder Tat mit dem dieser Tat entsprechenden Strafraumen ändert, dann liegt auf der Hand, dass der Tatrichter, der – als Berufungsgericht oder nach Zurückverweisung der Sache – zur **Neufestsetzung der Strafe innerhalb eines** dann aber (aus tatsächlichen oder Rechtsgründen) **verschobenen Strafraumens** aufgerufen ist, nicht erneut auf die gleiche Strafe erkennen kann; in der Sache nichts anderes ist gemeint, wenn in solchen Fällen nur eine »eingehende Begründung« für die Beibehaltung der Rechtsfolgenentscheidung verlangt wird.<sup>335</sup>

324 BGHSt 56, 262 (264); BGH NStZ-RR 2002, 105; BGH NStZ-RR 2009, 71 (72).

325 S. dazu BGH StV 1994, 375 (376); so auch *Detter* Einführung Rn. 181.

326 Eher Verdunkelung bringen die Ausführungen in BGHSt 56, 262 (264 ff.); zurecht kritisch *Hörnle* HRRS 2011, 511.

327 BGH StV 1987, 435; BGH NStZ-RR 2002, 105; BGH NStZ-RR 2009, 71 (72); BGH NStZ-RR 2009, 382 (383).

328 BGH StV 1991, 557. Vgl. BGH NStZ-RR 2009, 382 (383).

329 Vgl. BGHSt 56, 262 (264) mit Anmerkungen von *Hörnle* HRRS 2011, 511 und *Streng* JR 2012, 252.

330 BGH NStZ-RR 2002, 105.

331 BGH StV 2008, 298 (zur gerechten Berücksichtigung der Ausweisung ausländischer Angeklagter von Gesetzes wegen); vgl. BGH StV 2009, 677 (678).

332 BGH NStZ-RR 2009, 71 (72) zu besonderen Anforderungen bei einem Unterschied von zweieinhalb Jahren Freiheitsstrafe; vgl. BGH StV 2009, 677 (678).

333 BGH StV 1993, 310.

334 BGH StV 1993, 520; OLG Zweibrücken StV 1992, 469.

335 OLG Zweibrücken StV 1992, 469 (470).

### e. Tateinheit

Verkörpert das tateinheitlich begangene Delikt nicht nur »gleichgerichtetes«,<sup>336</sup> sondern **selbständiges Unrecht**, das von der nach § 52 Abs. 3 Satz 1 den Strafraumen bestimmenden Norm nicht erfasst wird (Beispiel: schwerer Raub nach § 250 nach räuberischem Angriff auf Kraftfahrer nach § 316a,<sup>337</sup> sexueller Missbrauch von Kindern nach § 176 in Tateinheit mit homosexuellen Handlungen nach § 175 a.F.),<sup>338</sup> dann ist dieses zusätzliche Unrecht innerhalb des Rahmens<sup>339</sup> der insoweit bestimmenden Norm strafehöhend zu verwerten.<sup>340</sup> Denn der Umstand, dass der Täter das unterschiedliche Unrecht in Tateinheit und nicht in Tatmehrheit verwirklicht hat, kann nicht dazu führen, dass es seine Relevanz für die Strafhöhenbestimmung verliert;<sup>341</sup> dies wird deutlich, wenn das im konkreten Falle verschuldete Unrecht im Rahmen des Gesetzes, von dem nach Maßgabe des § 52 Abs. 2 Satz 1 auszugehen ist, nur gering, das verdrängte Gesetz hingegen erheblich verletzt worden ist (Beispiel:<sup>342</sup> Beim tateinheitlichen Zusammentreffen einer »massiven Verleumdung« [§ 187: Höchststrafe zwei Jahre] mit einem »minimalen Betrug« [§ 263: Höchststrafe fünf Jahre] ist die Strafe zwar aus dem Rahmen des Betrugs, »aber nicht allein und nicht einmal primär wegen des Betrugs« zuzumessen).

## II. Umstände mit Relevanz für die Festsetzung der Strafhöhe (Absatz 2)

In Absatz 2 sind beispielhaft (»namentlich«) Umstände aufgeführt, die das Gericht für die Ermittlung des **Maßes des Unrechts der konkreten Tat** zu berücksichtigen hat (s. ferner unten Rdn. 160 ff.). Zum anderen gibt der Katalog des Absatzes 2 Hinweise auf Umstände, welche die **Höhe der Tatschuld** betreffen, also bedeutsam sein können für die Frage, »wie fähig« der Täter gewesen ist, das Unrecht seiner Tat zu erkennen und sich entsprechend zu motivieren (oben Rdn. 45). Hieraus folgt auch, dass etwaige Tatmodalitäten oder Tatmotive nur in dem Umfang Berücksichtigung finden dürfen, wie sie dem Täter vorwerfbar sind; hat er etwa in einem Zustand geistig-seelischer Beeinträchtigung gehandelt, haben solche Umstände bei der Strafzumessung außer Ansatz zu bleiben, die unverschuldete Folgen dieses Zustands sind.<sup>343</sup> Schließlich sind aber auch Faktoren vermerkt, die für die Bewertung des Gewichts von Unrecht und Schuld (und damit für die Festsetzung der Höhe der Strafe) weniger oder gar keine Bedeutung haben, eine solche aber entfalten (auch) bei der **Diagnostizierung des Präventionsbildes**, also dann, wenn es um die Bestimmung der richtigen Strafart oder um die Frage geht, ob die verhängte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann oder nicht (dazu oben Rdn. 35, Rdn. 39). Insoweit strahlt § 46 Abs. 2 aus auch auf die Auslegung der §§ 47 und 56.

### 1. Die Tat und ihre Ausführung

Die **Erscheinungsform der Tat** ist der erste – weil augenfälligste – Ansatzpunkt für die Gewichtung des Unrechts, die Einschätzung des Maßes der kriminellen Energie des Täters (s. dazu unten Rdn. 135) und damit für die Bestimmung der konkreten Strafhöhe. Deshalb ist es wichtig zu wissen, welches **Tatmittel** sich der Täter bedient hat, ob sich **mehrere Personen**

336 BGH NStZ 1993, 537; BGH VRS 80, 126.

337 BGH VRS 80, 126.

338 BGH NStZ 1993, 591.

339 Zur Frage der Berücksichtigung der unterschiedlichen Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses (Tateinheit statt Tatmehrheit) bei »Schuldspruchänderung« s. BGH NStZ-RR 2005, 199 (200).

340 Anders BGH NStZ 1987, 70 zur Vergewaltigung nach § 177 und Entführung nach § 237 a.F.

341 *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 33 Rn. 4; im Ergebnis ebenso *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 910.

342 Bei *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 33 Rn. 4.

343 BGH StV 2005, 495; BGH NStZ-RR 2003, 104.

zur Durchführung der Tat zusammengetan (zum Vergleich mit anderen Tatbeteiligten s. oben Rdn. 108), wie sich dabei **andere Personen** verhalten haben (zum Tatopfer s. unten Rdn. 114), ob die Tat an einem **besonderen Ort** oder zu einer **außergewöhnlichen Zeit**<sup>344</sup> begangen worden ist, und vieles andere mehr.<sup>345</sup> – Der Komplex der die Tat charakterisierenden Umstände ist allerdings eine **Domäne des Doppelverwertungsverbots**<sup>346</sup> nach Absatz 3 (s. unten Rdn. 187 f.). Denn soweit Umstände der aufgezeigten Art bereits abstrakt als Tatbestandsmerkmale vom Gesetzgeber verwertet worden sind (oben Rdn. 55), kann die Tatsache, dass ein solcher Umstand im konkreten Falle verwirklicht worden ist, nicht mehr für die Festlegung der Strafhöhe in Anspruch genommen werden. Zulässig ist nur, etwa vorhandene Besonderheiten solcher Umstände für die Bemessung des Unrechtsgewichts zu verwerten. So wäre es etwa fehlerhaft, angesichts des Raubtatbestandes dem Angeklagten anzukreiden, dass er Gewalt angewendet hat; nichts einzuwenden wäre jedoch, wenn das Gericht die besondere Brutalität der Gewaltanwendung (als größeres Raubunrecht) für eine Strafmaßerhöhung gegenüber dem Normalfall zu Buche schlagen ließe. – Das Gericht ist allerdings insoweit stets gehalten, »neutrale« Worte zu wählen: So haben moralisierende oder persönlich engagierte Formulierungen (wie »erschreckend«, »beängstigend« oder »kaltblütig«) zu unterbleiben. Zudem tut es gut daran, Ausdrücke, welche ein besonderes Gewicht der Tatausführung beschreiben (etwa »massiv« oder »brutal«), nur dann zu verwenden, wenn dies auch in den Gründen dargelegt ist.<sup>347</sup>

## 2. Speziell: Das Tatopfer

- 114 Zur Art der Ausführung der Tat gehören auch besondere Umstände auf der Seite des Verletzten. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Opfers (ob es sich also etwa um einen »Reichen« oder um einen »Armen« handelt) sind bei Eigentums- und Vermögensdelikten seit jeher von großer Bedeutung für die Gewichtung des konkreten Tatunrechts (zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters s. unten Rdn. 141): die **Beeinträchtigung des wirtschaftlich Schwächeren** wird herkömmlicherweise als größeres Unrecht empfunden (zu den entsprechenden subjektiven Voraussetzungen s. unten Rdn. 120). Gleiches gilt für eine besondere körperliche Konstitution bei Körperverletzungs- oder Sexualdelikten (Schwerbehinderter, Geistesschwache etc.). Bei Tötungen verstößt zwar die Strafschärfung allein wegen des jugendlichen Alters des Opfers (oder eine Milderung wegen seines hohen Alters) gegen Art. 3 GG<sup>348</sup> und den allgemeinen Gleichheitsgedanken; verwertbar ist dieser Umstand jedoch, wenn dadurch die Größe des Verlusts für die Angehörigen (»Ernährerin«) gekennzeichnet werden soll. Zweifelhaft ist hingegen, ob die »immaterielle Genugtuung des Tatopfers«<sup>349</sup> als Straferhöhungsgrund akzeptiert werden kann. – Zur Frage, ob bzw. wie der Umstand, dass das Opfer ein »Repräsentant des Staates« ist, berücksichtigt werden darf, s. *Isfen* HRRS 2014, 88 ff.
- 115 Auch persönliche Beziehungen zwischen Täter und Opfer können eine Rolle spielen. So wird sich das Unrecht etwa eines Diebstahls als (gegenüber einem »Regelfall«) vergrößert erkennen lassen dann, wenn dabei ein besonderes **Vertrauen des Tatopfers ausgenutzt** worden ist.<sup>350</sup> Allerdings ist auch denkbar, dass mit der Vertrauensseligkeit des Eigentümers (oder dessen sorglosem oder nachlässigem Verhalten)<sup>351</sup> die natürlichen Hindernisse der Täterpsyche abgebaut werden und deshalb festzustellen ist, dass der Täter größere Schwierigkeiten gehabt hat, seine

344 Zur Nachtzeit s. BGH StV 1986, 58.

345 S. dazu LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 126 ff.

346 Ebenso AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 70.

347 Vgl. BGH NSTz 2006, 96.

348 OLG Frankfurt JR 1980, 76 mit Anmerkung Bruns.

349 OLG Hamburg NSTz 1989, 226 mit Anmerkungen Hillenkamp StV 1989, 532 (533), Grasnack JZ 1990, 703 (704) und Weigend JR 1990, 29.

350 Vgl. AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 104.

351 BGH StV 1983, 326 f.

rechtsfeindlichen Antriebe angesichts der so leicht zu erlangenden Beute zu zügeln. Das würde ceteris paribus geringere Motivationsfähigkeit und damit nicht mit dem Unrecht gleichermaßen steigende Schuld (also auch keine höhere Strafe [oben Rdn. 44]) bedeuten.

Erwägungen dieser Art sind insbesondere geboten angesichts eines **mitwirkenden »Verschuldens«** (aber auch schon beim bloßen Mitverursachen des Erfolges seitens) des Tatopfers (insbesondere bei Verkehrsunfällen, aber auch beim Diebstahl im Selbstbedienungsladen [zum »verführten« Täter s. unten Rdn. 134] oder bei einer sexuellen Nötigung [vgl. dazu § 177 Rdn. 24])<sup>352</sup> oder dritter Personen.<sup>353</sup> Auch hier ist immer zunächst zu prüfen, ob das Gewicht des nur dem Täter zuzuschreibenden Tatunrechts-Teils (meist im Rahmen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit oder Vorhersehbarkeit) nicht – im Vergleich mit Fällen ohne eine solche Drittmithilfe – verringert ist, oder nicht wenigstens die Fähigkeit des Täters, sich im Sinne der Rechtsordnung zu verhalten, (also die Schuld) als gemindert angesehen werden kann.<sup>354</sup>

### 3. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat

Wird – wie hier (s. oben Rdn. 50) – davon ausgegangen, dass als Elemente schon des Unrechts alle Faktoren auszuschneiden haben, die nicht wenigstens grundsätzlich auch vorgeworfen werden können, so verbietet es sich, »Auswirkungen« der Tat, also vor allem den **Tatschaden**, für sich gesehen – über das Unrecht – in die Strafhoheitbestimmung durchschlagen zu lassen. Als Unrecht vorgeworfen werden vielmehr allein Handlungen, die einen Vorsatz- oder Sorgfaltswidrigkeitsbezug auf (von der Handlung aus gesehen: mögliche) Auswirkungen (»Erfolge«) aufweisen. Dogmatisch erweist sich deshalb das Merkmal der »verschuldeten Auswirkungen der Tat« als Spezialfall des ebenfalls genannten »Maßes der Pflichtwidrigkeit« (Rdn. 125).

Zu unterscheiden ist jedoch – was das »**Verschulden**« angeht – zwischen den vom Täter verursachten (zur Zurechnung s. unten Rdn. 119, Rdn. 123) Folgen einer Handlung, die ausdrücklich in den jeweiligen Deliktstatbestand aufgenommen worden sind<sup>355</sup> und solchen, die zwar ebenfalls aus der Handlung resultieren, aber außerhalb des zur Aburteilung stehenden Tatbestandes liegen.<sup>356</sup> Denn nur in den erstgenannten Fällen wird die Unrechtsrelevanz des jeweiligen objektiven Umstandes schon von der allgemeinen Verbrechenslehre (Tatvorsatz, Fahrlässigkeit) bestimmt; in den anderen Fällen ist eine spezifische Strafzumessungslösung geboten. – Im Einzelnen:

#### a. »Innertatbestandliche« Tatfolgen

Unproblematisch sind die Fälle, in denen dem Täter ein **Fahrlässigkeitsdelikt** vorgeworfen wird und ihm auch Quantität (mehrere Opfer, Größe des Schadens, Intensität der konkreten Gefahr) und Qualität (besondere Eigenschaften des Verletzten) des jeweils tatbestandsmäßigen Erfolges vorhersehbar gewesen und nach allgemeinen Regeln (s. dazu Vor § 1 Rdn. 60 ff.) zurechenbar sind: Mit der Größe des Schadens steigt auch das Unrechtsquantum der sorgfaltswidrigen Handlung – allerdings immer nur im Umfang des Vorhersehbaren (zur Unterscheidung zwischen »bewusster« und »unbewusster« Fahrlässigkeit s. unten Rdn. 125).

Steht die Verurteilung wegen eines **Vorsatzdelikts** in Rede, so kommt es darauf an, ob das Gesetz insoweit auch Fahrlässigkeitshaftung vorsieht.<sup>357</sup> Ist dies nicht der Fall, so müssen ent-

352 Vgl. BGH StV 2004, 479; BGH NStZ 2009, 207.

353 Zum »mitwirkenden Verschulden« des Staates s. unten Rdn. 170 ff.; zum Unterlassen von Kontrollen seitens des Geschädigten s. einerseits BGH StV 1988, 253 (254), andererseits BGH NStZ 1989, 318.

354 S. dazu ausführlich *Hillenkamp* (1981), S. 294 ff.

355 Zum Schadensumfang beim Betrug s. BGH StV 1989, 105; zum Kompensationsverbot (§ 370 Abs. 4 AO) s. BGH wistra 1988, 109, OLG Düsseldorf wistra 1988, 118, BayObLG wistra 1990, 112.

356 *Bruns* (1985), S. 151; kritisch *Frisch* ZStW 99 (1987), 751 (753).

357 Mit beachtlichen Gründen abweichend *Puppe* (1992), S. 464.

sprechend § 16 Abs. 1 auch die besondere Quantität und Qualität des tatbestandsmäßigen Erfolges vom Täter ins Auge gefasst und »gewollt« worden sein (zu den Vorsatzformen s. unten Rdn. 125), wenn solche Umstände für die Gewichtung des Tatunrechts verwertbar sein sollen. Zu Buche schlagen kann (muss aber auch) das objektive Geschehen hier grundsätzlich (s. aber unten) nur in dem Umfang und Ausmaß, wie es auch von der Möglichkeitsvorstellung (und dem »Willen«) des Täters umfasst gewesen ist (vgl. § 16 Abs. 2). Glaubt er etwa, einen Krösus zu bestehen, so ist das Diebstahlsunrecht entsprechend dieser Vorstellung (also geringer [Rdn. 114]) zu gewichten auch dann, wenn in Wahrheit eine »arme Rentnerin« das Tatopfer ist.<sup>358</sup> Im umgekehrten Falle (der Täter hält den tatsächlichen Schaden irrig für größer) kann die »überschießende« rechtsfeindliche Absicht allerdings unter dem Gesichtspunkt der »Gesinnung« (unten Rdn. 127) nachteilig zu Buche schlagen. – Erkennbarkeit der tatsächlichen Umstände reicht hingegen zur Unrechts- und Schulderrhöhung im Hinblick auf die Strafe wegen eines Vorsatzdelikts aus, **wenn insoweit auch Fahrlässigkeitshaftung angedroht** ist (vgl. § 223 Rdn. 24).<sup>359</sup> So kann etwa die vorsätzliche Verletzung einer schwerbehinderten Person in ein erhöhtes Strafmaß umgesetzt werden auch dann, wenn sich die Vorstellung des Täters nicht auf diese besondere Eigenschaft des Tatopfers erstreckt hat, ihm diese also nur erkennbar gewesen ist.<sup>360</sup> – Es versteht sich, dass bei der Feststellung des konkreten Unrechts die Quantifizierung des Taterfolgs – auch bei Vermögensdelikten<sup>361</sup> – nicht schematisch (»quasi »tarifmäßig«<sup>362</sup>) erfolgen kann.

### b. »Außertatbestandliche« Tatfolgen

- 121** Ob für die Bestimmung der Strafhöhe auch Schäden verwertet werden dürfen, die zwar aus einem bestimmten deliktischen Verhalten erwachsen, aber außerhalb des jeweils in Rede stehenden Tatbestandes liegen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.<sup>363</sup> Beispiel: Infolge eines Meineides wird ein Unschuldiger eingesperrt. Kann die Meineidsstrafe mit Rücksicht auf die verursachte Freiheitsberaubung erhöht werden?
- 122** Die Auffassung, dass auch **nicht voraussehbare Tatfolgen** bei der Festsetzung der Strafhöhe zu Buche schlagen können,<sup>364</sup> ist schon früher im Schrifttum bekämpft worden und heute mit § 46 Abs. 2 (»verschuldete« Auswirkungen) nicht mehr vereinbar.<sup>365</sup> »Entweder hat das pflichtwidrige Verhalten des Täters ein Ausmaß erreicht, dass ihm der Vorwurf des § 222 gemacht werden kann, oder der Tötungserfolg ist – auch für die Strafzumessung (scil.: im Rahmen einer Nötigung) – tabu.«<sup>366</sup> Zur Rauschat als nicht voraussehbare Berauschungsfolge s. unten Rdn. 124.
- 123** Nach der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung<sup>367</sup> kann das Unrecht auch einer Vorsatztat schon dann als erhöht angesehen werden, wenn sich der Täter bezüglich »außertatbestandlicher« Folgen nur, aber auch **mindestens sorgfaltswidrig** verhalten hat.<sup>368</sup> Dieser Auf-

358 Vgl. den Fall BGH StV 1992, 270. S. auch BGH NStZ-RR 2004 (281) zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in größerer als der vorgestellten Menge.

359 Vgl. BGH NStZ-RR 2006, 372; BGH NStZ 2005, 156 (157).

360 Zur strafschärfenden Verwertung unvorsätzlicher, aber voraussehbarer Grausamkeit innerhalb der Mordstrafe s. BGH NStZ 1993, 385. Vgl. auch BGH NStZ-RR 2010, 170.

361 Zur Praxis der Strafzumessung bei Steuerstrafsachen s. *Bilsdorfer* NJW 2009, 476.

362 BGHSt 53, 71 (81) zur Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung; s. dazu *Bilsdorfer* NJW 2009, 476 (477); *Joecks* JZ 2009, 531 (532). Vgl. BGHSt 57, 123 (128 ff.).

363 S. dazu *Bruns* (1985), S. 158; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 594 ff.; *Hörnle* Strafzumessungsrelevante Umstände (2011), 113 (118 f.).

364 BGH (GS) 10, 259.

365 LK<sup>12</sup>/*Theune* § 46 Rn. 157 mit weiteren Nachweisen.

366 *Zipf* (1969), S. 90; vgl. auch BGH StV 1991, 262.

367 LK<sup>12</sup>/*Theune* § 46 Rn. 160 mit weiteren Nachweisen.

368 BGH NStZ 1986, 85 mit Anmerkung *Berz*.

fassung ist zuzustimmen (zu besonderen »innertatbestandlichen« Folgen s. aber oben Rdn. 120, zu den Voraussetzungen für die Eröffnung eines erhöhten Sonderrahmens s. oben Rdn. 65), jedoch mit folgender Modifikation: Für die Unrechtsgewichtung einer bestimmten tatbestandsmäßigen Tat kann nicht jedes mit dieser Handlung verbundene sorgfaltswidrige Verursachen einer Rechtsgutsverletzung mitverwertet werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob Handlungen wie die jeweils in Rede stehende verboten worden sind auch, um Rechtsgüter wie das in concreto sorgfaltswidrig Verletzte zu schützen. Das verletzte Rechtsgut muss mit anderen Worten in den **Schutzbereich der Norm** fallen, deren Übertretung dem Täter angelastet wird.<sup>369</sup> So kann beispielsweise das Unrecht einer räuberischen Erpressung, die von einer Prostituierten gelegentlich eines Geschlechtsverkehrs begangen wird, nicht dadurch erhöht sein (höhere Erpressungsstrafe kann also nicht damit begründet werden), dass das sittliche Wohl der in der gleichen Wohnung befindlichen Kinder angesichts des sexuellen Treibens (bewusst oder vorhersehbar) gefährdet worden ist.<sup>370</sup> Der Richter, der nicht nur das Ob, sondern auch das »Wieviel« des Unrechts einer Handlung feststellen will, muss deshalb prüfen, ob der Gesetzgeber mit der Aufstellung der in concreto übertretenen Norm auch das tatsächlich beeinträchtigte Rechtsgut hat schützen wollen. **Nur von dem jeweiligen Tatbestand »mitgeschützte« Güter,**<sup>371</sup> die – zumindest vorhersehbar – verletzt worden sind, **dürfen für eine Straferhöhung verwertet werden.**<sup>372</sup> – Danach wäre die Verschärfung einer Meineidsstrafe unzulässig, sofern sie damit begründet würde, dass der Meineid (fahrlässig) zur Freiheitsberaubung eines Unschuldigen geführt habe – wenn die allgemeine Auffassung zutrifft, mit den §§ 153 ff. sei nur der »Schutz der Rechtspflege« bezweckt (Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der »verschuldeten Auswirkungen der Tat« ist deshalb auch das strafehöhend verwertete Argument fehlerhaft loziert, dass das Bestehen der Bundesbank durch einen ihrer Beamten »das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Deutschen Bundesbank als Hüterin der Währung«<sup>373</sup> beeinträchtigte, oder dass der Bandendiebstahl des ausländischen Täters zur »Diskreditierung der Asylbewerber«<sup>374</sup> beigetragen habe: Auswirkungen dieser Art will das Diebstahlsverbot mit Sicherheit nicht auch noch verhüten.). – Auch die Zulässigkeit einer Verschärfung der Strafe nach § 29 BtMG mit Rücksicht darauf, dass der **Tod des Abhängigen unter den Voraussetzungen der bewussten, eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung** eingetreten ist und der daran beteiligte Dritte hierfür nicht wegen eines Tötungsdelikts haftet,<sup>375</sup> hängt davon ab, ob das Schutzgut des BtMG auch oder in erster Linie das Leben und die Gesundheit des einzelnen sind. Dies wird von **BGHSt 37, 179**<sup>376</sup> verneint (abstraktes Gefährdungsdelikt mit dem Schutzgut »Volksgesundheit« [182]) mit der Konsequenz, dass der Selbstgefährdungsaspekt eine Straf(rahmen)verschärfung insoweit nicht ausschließen soll. Diese Rechtsprechung hat im Schrifttum Zustimmung,<sup>377</sup> aber auch berechtigte und ernstzunehmende Kritik<sup>378</sup> erfahren. – Umgekehrt gilt: Bleiben bestimmte typischerweise eintretende außertatbestandliche Folgen aus-

369 Jäger Festschrift Müller (2008), 297 (302 ff.); Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 598; Frisch GA 1972, 321 (333); Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 18. Vgl. OLG Düsseldorf StV 2001, 233. S. auch Wolters StV 2002, 76 (77 f.) mit weiteren Nachweisen.

370 Vgl. Frisch GA 1972, 321 (344). S. den vergleichbaren Fall ThürOLG StV 2007, 109 (Diebstahl in Anwesenheit eigener Kinder).

371 Zum Selbsttötungsversuch des Vergewaltigungsopfers s. BGH StV 1987, 100.

372 Abweichend BGH NStZ 2002, 645.

373 BGHSt 29, 319 (323).

374 S. den Fall BGH NStZ 1993, 337.

375 BGHSt 32, 262 (266 f.).

376 S. ferner BGH JR 1993, 418 mit Anmerkung Helgerth.

377 Rudolphi JZ 1991, 571 (572); Beulke/Schröder NStZ 1991, 393; Otto Jura 1991, 443.

378 Nestler-Tremel StV 1992, 273 (275 f.); s. auch BGH MDR 1991, 75; Hoyer StV 1993, 128.



nahmsweise aus, kann dies auch strafmindernde Berücksichtigung finden.<sup>379</sup> – Unter den vor genannten Voraussetzungen können auch psychische Folgen für das Tatopfer Berücksichtigung finden, die unmittelbar erst aus dem Strafverfahren rühren.<sup>380</sup>

### c. Speziell: Die Rauschtat

- 124 Die Rauschtat im Sinne des § 323a gilt als »objektive Strafbarkeitsbedingung« des Vollrauschs; auf deren Begehung bezieht sich mithin weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit des sich Berauschen den (§ 323a Rdn. 7). Die Rauschtat selbst ist daher eine »außertatbestandliche« Folge der schuldhaften Berauschung; da sie »unverschuldet« ist, verstieße ihre unmittelbare Verwertung für die **Gewichtung des Berauschungsunrechts** gegen das Schuldprinzip (§ 323a Rdn. 23). Art und Ausmaß der rechtswidrigen Rauschtat kann jedoch – ebenso wie jedes andere »außertatbestandliche« Geschehen (s. dazu unten Rdn. 153) – **Rückschlüsse ermöglichen** auf den Grad der Gefährlichkeit und der kriminellen Energie (s. dazu Rdn. 135) des sich Berauschen den und damit mittelbar die Begründung größeren oder geringeren Berauschungsunrechts tragen.<sup>381</sup> Die Feststellung des Tatrichters, die Rauschtat zeige »zielbewußtes Vorgehen« oder »nachhaltiges Verfolgen eines verbrecherischen Planes«, mag zwar die Schuldunfähigkeit des Täters bei der Rauschtat (und damit dessen Strafbarkeit nur aus § 323a) als zweifelhaft erscheinen lassen,<sup>382</sup> kann aber als Indiz für die Gefährlichkeit schon des Berauschungsakts durchaus verwertbar sein.<sup>383</sup>

### 4. Das Maß der Pflichtwidrigkeit

- 125 Dieses Merkmal hat den Inhalt »**Gewicht des Handlungsunrechts**«<sup>384</sup> (Rdn. 50) und ist deshalb Oberbegriff sowohl für die »verschuldeten Auswirkungen der Tat« (oben Rdn. 117 ff.) als auch die das persönliche Maß des Unrechts bestimmenden Faktoren (unten Rdn. 138).<sup>385</sup> – Die »Normalform« des Vorsatzes ist der *dolus directus*;<sup>386</sup> folglich ist der Eventualvorsatz die minder schwere Vorsatzform.<sup>387</sup> Deshalb kann mit der Feststellung, der Täter habe den Erfolg »sicher vorausgesehen«, oder, er habe dessen Eintritt zwar nur für möglich gehalten, aber »bezweckt«, allein keine Strafschärfung begründet werden. Das gilt nicht nur, wenn schon der jeweilige Deliktstatbestand »Absicht«<sup>388</sup> verlangt, sondern auch dort, wo im Gesetz nur von »Vorsatz« die Rede ist.<sup>389</sup> – Das Unrechtsgewicht der objektiven Sorgfaltswidrigkeit wird durch Attribute wie »grobe« und »leichte« Fahrlässigkeit oder Begriffe wie »Leichtfertigkeit« bestimmt. Keine unterschiedliche Unrechtshöhe wird demgegenüber mit dem Begriffspaar »bewusste« und »unbewusste« Fahrlässigkeit bezeichnet: das Maß der objektiven Sorgfaltswidrigkeit ist in beiden Fällen *ceteris paribus* gleich. Bewusste Fahrlässigkeit ist vielmehr ein Fall rechtswidrigen (sorgfaltswidrigen) Verhaltens mit Unrechtsbewusstsein, also mit »voller« Schuld, während unbewusste Fahrlässigkeit den Fall rechtswidrigen Verhaltens ohne Unrechtskenntnis, also im Verbotsirrtum dar-

379 S. etwa BGH StV 2006, 523 zu nachgewiesenen ausgebliebenen seelischen Schäden beim sexuellen Missbrauch.

380 BGH StV 2002, 75 mit Anmerkung *Wölters*.

381 BGHSt 38, 356 (361): »tatbezogene Merkmale«, nämlich Art, Umfang, Schwere, Gefährlichkeit, Folgen der Rauschtat sind die »wichtigsten Gesichtspunkte für die Beurteilung der Schwere« der Selbstberauschung; s. auch BGH NStZ 1994, 131 mit Anmerkung *Kusch*.

382 Vgl. BGH bei *Holtz* MDR 1982, 808 (811).

383 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1975, 1936; kritisch *Bruns* (1987), S. 449; *Theune* StV 1985, 163.

384 S. dazu auch den Überblick bei *Hörnle* Strafzumessungsrelevante Umstände (2011), 113 (118 f.).

385 Zu den Pflichten eines Ausländers s. unten Rdn. 139.

386 Vgl. BGH StV 1984, 114.

387 S. dazu Lackner/*Kühlp* § 46 Rn. 33 mit weiteren Nachweisen.

388 Wie hinsichtlich des Nötigungserfolges bei § 240 (s. § 240 Rdn. 7).

389 Zu § 212 s. BGH StV 1990, 304; zu § 353b s. OLG Düsseldorf MDR 1990, 564.

stellt, so dass es insoweit gem. § 17 für die Schuldhöhe auf den Grad der Vermeidbarkeit dieses Irrtums ankommt.<sup>390</sup>

Fragen zur **Schuldhöhe im engeren Sinne** sind hier allenfalls insofern einschlägig, als allein das Maß des individuellen Verschuldetseins in Strafe umgesetzt werden darf (oben Rdn. 44). Vor allem wäre es verfehlt, außer dem Unrecht auch die Schuld von »Pflichtelementen mitkomponiert zu sehen: Schuld hat nichts mehr mit Sollen, sondern nur noch etwas mit Können zu tun.<sup>391</sup> Die Frage kann auch bei der Bestimmung der »verschuldeten Pflichtwidrigkeit« immer nur sein, **wie fähig der Täter gewesen ist, sich gegen die Vornahme seiner objektiv pflichtwidrigen Tat zu motivieren.** 126

### 5. Die Beweggründe, Ziele und Gesinnung des Täters

Die Auffassung, das Gericht habe die Qualität der Motive des Täters zu werten und »je nach ihrem sozialetischen Wert auf die Plus- oder Minusseite der Strafzumessung zu setzen«,<sup>392</sup> beschreibt sicherlich zutreffend die gängige tatgerichtliche Praxis. Gleichwohl ist hier insbesondere, soweit damit Aussagen über das Gewicht des verschuldeten Tatunrechts verbunden werden, **Vorsicht angebracht.**<sup>393</sup> Zunächst tut das Gericht gut daran, seine eigene Einschätzung über den »sozialetischen Wert« oder Unwert der Gesinnung, der Motive oder des Charakters eines anderen nicht zu verabsolutieren, sondern immer wieder selbstkritisch zu überdenken. Stichworte wie »Uneinsichtigkeit«, »Starrsinn« oder Hinweise darauf, dass der Angeklagte »jegliche Einsicht und Reue vermissen lässt«, können ferner leicht, nämlich dann der revisionsgerichtlichen Aufhebung verfallen,<sup>394</sup> wenn der Tatrichter die entsprechenden Faktoren nur aus seinem Eindruck von dem Angeklagten in der Hauptverhandlung bezieht. Denn einmal kommt es für die Gewichtung des verschuldeten Unrechts allein auf das Vorhandensein der Tatmotive und der Tätergesinnung zum **Zeitpunkt der Tat** an; nachträgliche Befunde können insoweit allenfalls als Indizien fungieren.<sup>395</sup> Des Weiteren lässt sich das Prozessverhalten (Rdn. 155) überhaupt nur (noch) in seltenen Fällen für eine Strafmaßerhöhung verwerten. Zudem riskiert der Tatrichter hier in ganz besonderem Umfang Verstöße gegen das Verbot der Doppelverwertung nach Absatz 3.<sup>396</sup> Und endlich handelt es sich bei den hier erörterten oft gar nicht um Umstände, die das Maß des verschuldeten Unrechts und damit die Strafhöhe betreffen, als vielmehr um solche, die **bedeutsam sub specie Prävention** und deshalb erst für die Entscheidung nach den §§ 47, 56 und 59 wichtig sind. 127

Unabhängig von der Frage, ob »nachvollziehbare« oder »verständliche« Motive strafhöhenmindernd wirken (dazu noch im Folgenden), wird jedenfalls das Fehlen eines Motivs (»grundloses Vorgehen« oder »keinerlei Anlass zur Tat«) nicht strafschärfend zu Buche schlagen dürfen.<sup>397</sup> Ebenso vermag der nicht näher dargelegte Umstand des »Nichtvorliegens einer Verzweifelungstat« für sich genommen nicht zu tragen.<sup>398</sup> 128

390 Ähnlich § 17 Rdn. 19, 20.

391 So zutreffend – gegen die vielfach gedankenlose Redeweise vom »verschuldeten« statt vom vermeidbaren Verbotsirrtum – BayObLG JR 1989, 386 (387); s. auch oben Rdn. 46.

392 Sch/Sch<sup>29</sup>/Stree/Kinzig § 46 Rn. 13. S. auch den Überblick bei Hömle Strafzumessungsrelevante Umstände (2011), 113 (118 f.).

393 Vgl. auch Frisch ZStW 99 (1987), 751 (766); dazu Bruns (1988), S. 55.

394 Vgl. BGH NStZ 1987, 405.

395 Zur Situation nach rechtskräftigem Schuldspruch s. BGH StV 1994, 125.

396 BGH NJW 1980, 1344 zur »Gewinnsucht« beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; s. allgemein Rdn. 184 ff.

397 BGH NStZ 2014, 512 (514) mit Anmerkung Isfen HRRS 2014, 88; OLG Hamm NStZ-RR 2013, 108.

398 BGH NStZ-RR 2009, 231.

### a. Speziell: Der Überzeugungs- oder Gewissenstäter

- 129 Sowie das Gericht bei der Strafzumessung moralische Verdammungsurteile als Unrechts- oder Schuldquantifizierungsfaktoren verbrämen darf, so wenig ist es auch zulässig, die Strafhöhe davon beeinflussen zu lassen, dass man die Gesinnung sogenannter Überzeugungs- oder Gewissenstäter<sup>399</sup> »als achtenswert« erkennt.<sup>400</sup> Zunächst ist nicht zu bezweifeln,<sup>401</sup> dass das Strafrecht auch vom Überzeugungstäter die Respektierung seiner Ge- und Verbote überhaupt verlangen kann und muss.<sup>402</sup> Aber auch das **Gewicht der rechtswidrigen Tat** kann nicht schon deshalb geringer veranschlagt werden, weil sich der Täter dem Befehl des Staates – möglicherweise mit plausiblen Gründen – verweigert (vgl. oben Rdn. 52). Das vom Bundesverfassungsgericht aus dem Grundrecht der Gewissensfreiheit abgeleitete »Wohllollensgebot« gegenüber Gewissenstätern<sup>403</sup> stellt sich strafrechtlich lediglich dar als das Verbot, general- oder spezialpräventive (Abschreckungs-)Aspekte strafschärfend zu verwerten.<sup>404</sup> Die Frage kann vielmehr immer nur sein, ob die **Schuld des Überzeugungstäters** diesem Unrecht voll entspricht (Unrechtsbewusstsein ist grundsätzlich vorhanden [s. § 17 Rdn. 4]) oder aus Gründen, welche die Steuerungsfähigkeit, also die »voluntative« Komponente der Schuld betreffen (deshalb scheidet eine Strafmensenkung über § 17 aus!), vermindert oder ausgeschlossen<sup>405</sup> ist.<sup>406</sup> Für die Festsetzung der Strafhöhe kommt es mithin vor allem darauf an, wie leicht oder schwer sich der Überzeugungstäter zu dem rechtsordnungsgemäßen – wenn auch überzeugungswidrigen – Verhalten hätte entschließen können. – Die Gesinnung, von der der Überzeugungstäter beherrscht (gewesen) ist, wird das Persönlichkeitsbild entscheidend mitprägen und daher vor allem für **prognostische Erwägungen** im Rahmen der §§ 57, 56, 59 zu Buche schlagen.

### b. Speziell: Die »Hassdelikte«

- 130 Durch das am 1. August 2015 in Kraft getretene »Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages« vom 12. Juni 2015<sup>407</sup> ist Absatz 2 Satz 2 der Vorschrift dergestalt verändert worden, dass bei den »namentlich in Betracht« kommenden Umständen der ersten Gruppe (»die Beweggründe und die Ziele des Täters«) eine Erläuterung hinzugefügt wurde, nach der »rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende« Tendenzen eine Hervorhebung (»besonders«) erfahren. Die Neufassung bil-

399 Zu dieser Differenzierung s. *Peters* (1966), S. 257. Eingehend *Frisch* Festschrift Schroeder (2009), 11 ff.

400 So aber BGHSt 8, 162 (163); Sch/Sch<sup>29</sup>/Stree/Kinzig § 46 Rn. 15; s. auch LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 106 f.; *Roxin* AT I<sup>4</sup> § 22 Rn. 109 ff.; *Jakobs* AT<sup>2</sup> Abschnitt 20 Rn. 20 ff.; *Matt/Renzikowski/Bußmann* § 46 Rn. 14; vgl. auch BayObLG NJW 1980, 2424 (2425); OLG Stuttgart NJW 1992, 3251; *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 65, der kulturelle oder religiöse Hintergründe des Täters oder der Tat nur ausnahmsweise dann berücksichtigen will, wenn sie im Einklang mit der fremden Rechtsordnung stehen. Zur Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen bei der Rechtsfolgenfestsetzung s. eingehend *Valerius* (2011), S. 286 ff.

401 Eingehend *Frisch* Festschrift Schroeder (2009), 11 (18 ff.).

402 Zum Ersatzdienstverweigerer s. LG Aachen StV 1986, 344.

403 BVerfGE 23, 127 (134). Vgl. BVerfGE 32, 98; dazu *Frisch* Festschrift Schroeder (2009), 11 (24 ff.).

404 Vgl. auch BayObLG JR 1981, 171 (172) mit Anmerkung *Peters* und OLG Stuttgart MDR 1988, 1080 zur Strafzumessung bei Zivildienstflucht eines Zeugen Jehovas; gegen eine »Verhältnismäßigkeit« von Strafdauer und Zivildienstzeit zutreffend OLG Hamm NJW 1980, 2425.

405 S. dazu *Nestler-Tremel* StV 1985, 343.

406 Zur Gewissenstat als »Entschuldigungsgrund« s. Vor § 19 Rdn. 7 mit weiteren Nachweisen; als »Strafbefreiungsgrund« s. *Roxin* (1989), S. 389. S. eingehend *Frisch* Festschrift Schroeder (2009), 11 (22 ff.).

407 BGBl. I S. 925.

det den legislativen Abschluss einer vieljährigen Diskussion, die ihren Ausgang im angloamerikanischen Rechtskreis (»hate crimes«)<sup>408</sup> genommen hat.<sup>409</sup>

Nach der Satzstellung bezieht sich die Hervorhebung sowohl auf die Beweggründe als auch die Ziele. Die rassistischen, fremdenfeindlichen oder sonstigen menschenverachtenden Beweggründe und Ziele sind vor allem deswegen ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen worden, um »die Bedeutung dieser Umstände für die gerichtliche Strafzumessung noch stärker hervorheben«.<sup>410</sup> Zudem soll hierdurch die Aufgabe des Strafrechts widerspiegelt werden, »insbesondere zu Zwecken der positiven Generalprävention, für das Gemeinwesen grundlegende Wertungen zu dokumentieren und zu bekräftigen«.<sup>411</sup> Wie schon aus dem Titel des Gesetzes erkennbar wird,<sup>412</sup> tritt es auch an, um Wirkungen für künftige Ermittlungsverfahren zu entfalten: So soll durch die ausdrückliche Erwähnung unterstrichen werden, dass die Staatsanwaltschaft schon im frühen Stadium derartige für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat bedeutensame Motive aufzuklären hat.<sup>413</sup> Da dies nach § 160 Abs. 3 StPO schon zuvor hinsichtlich des Oberbegriffs der »Beweggründe und Ziele« galt,<sup>414</sup> wird kaum davon zu sprechen sein, dass der (weitere) Zweck der »pädagogischen Einwirkung und Anleitung staatlicher Behörden« und der »Disziplinierung der staatlichen Institutionen« die Neufassung sub specie Schuldgrundsatz verfassungswidrig erscheinen lässt.<sup>415</sup> Wenn nämlich Motive bei der Strafzumessung überhaupt Eingang finden dürfen, wird der Gesetzgeber besonders verächtliche betonen dürfen;<sup>416</sup> entscheidend ist hernach nicht die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verwertung *dieser* Motive, sondern diejenige nach der generellen Zulässigkeit der Berücksichtigung von Zielen und Beweggründen (Gesinnungsstrafrecht?).<sup>417</sup>

Das in dem eingefügten Text zu findende zusätzliche Wort »auch« ist sprachlich überflüssig, da bereits der Ausdruck »besonders« zeigt, dass der Katalog nicht abschließend ist.<sup>418</sup> Es mag insoweit als Hinweis zu verstehen sein, dass das Gericht, das sich an sich moralischer Wertungen enthalten möchte, nun doch aufgerufen ist, *bestimmte* Einstellungen zur Tat (ausnahmsweise) doch zu verwerten. Gesetzestechisch bilden die menschenverachtenden Beweggründe und Ziele den Oberbegriff (»sonstige«). Die übrigen Beispiele sollen der Rechtsprechung Anhaltspunkte für die Auslegung des weiten Begriffs »menschenverachtend« geben.<sup>419</sup> – Durch die Änderung des Normtextes werden erstmals auch *erschwerende* Umstände hervorgehoben. Zwar trifft es zu, dass der »Grundton« des Absatzes 2 Satz 2 ein neutraler ist, jedoch finden sich schon bisher wertende Formulierungen (wie das »Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen«). Dass nunmehr auch »gegen den Täter sprechende« Umstände (vgl. Absatz 2 Satz 1) eine besondere Hervorhebung erfahren, ist demnach durchaus »ein Novum in der bisherigen Regelungstechnik«, ein »systematischer Bruch« dürfte sich dadurch aber kaum zeigen.<sup>420</sup> – Eine andere Frage ist, ob die Regelung angezeigt und sinnvoll ist.<sup>421</sup> Gesetzestechisch notwendig ist sie je-

408 Zur Kriminologie s. *Sotiriadis* KJ 2014, 261 (263 ff.).

409 Dazu eingehend *Timm* JR 2014, 141; *Sotiriadis* KJ 2014, 261 ff.

410 BT-Drs. 18/3007, S. 7.

411 BT-Drs. 18/3007, S. 7.

412 Zu den Empfehlungen des Untersuchungsausschusses s. *Jungbluth* StV 2015, 579 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

413 BT-Drs. 18/3007, S. 7. Zustimmung *Tolmein* ZRP 2014, 127; *Stoltenberg* ZRP 2012, 119 (122). Kritisch *Jungbluth* StV 2015, 579 (582).

414 Vgl. *Keiser* ZRP 2010, 46 (47).

415 So aber *Jungbluth* StV 2015, 579 (582 f.).

416 Zur Lozierung der erhöhten Strafzumessungsschuld s. *Sotiriadis* KJ 2014, 261 (265 ff.).

417 Kritisch *Timm* JR 2014, 141 (145 f.).

418 Vgl. BT-Drs. 18/3007, S. 16.

419 BT-Drs. 18/3007, S. 14.

420 Abweichend *Jungbluth* StV 2015, 579 (581).

421 Eingehend dazu *Sotiriadis* KJ 2014, 261 (271 ff.).

denfalls nicht, da entsprechende Tattendenzen auch nach zuvor geltendem Recht berücksichtigt werden konnten und berücksichtigt worden sind.<sup>422</sup>

- 133 Die Begriffe »rassistisch« und »fremdenfeindlich« sind vom Gesetzgeber mit Blick auf Artikel 4 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI<sup>423</sup> gewählt worden, in welchem Straftaten umschrieben werden, die sich gegen eine nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe richten.<sup>424</sup> Beide Ausdrücke überschneiden, decken sich aber nicht. Während der Begriff des »Rassismus« vor allem einen – vermeintlich – biologischen bzw. phänotypischen Hintergrund hat und auf einem entsprechenden (verqueren) Weltbild beruht, wird der Begriff der »Fremdenfeindlichkeit« in einem weiteren Sinne zu verstehen sein. Mit der »Fremdenfeindlichkeit« möchte der Gesetzgeber ein Verhalten umschreiben, »bei dem Menschen aufgrund bestimmter Kriterien wie Aussehen, Herkunft, Sprache oder sonstiger sozialer Verhaltensweisen als »fremd« stigmatisiert werden, wobei diese Kriterien normalerweise kulturalistisch begründet werden. Fremdenfeindlichkeit wohnt daher weniger das Erfordernis eines »ideologischen« Weltbildes inne und kann sich auch in einer diffusen, durch Vorurteile geprägten Ablehnung von Fremdheit jedweder Form äußern.<sup>425</sup> Gemeinsam soll Rassismus und Fremdenfeindlichkeit sein, dass vom Täter das eigene Weltbild bzw. die eigenen Vorurteile als Rechtfertigung missbraucht werden, um die universelle Geltung der Menschenrechte zu negieren und die Menschenwürde des Opfers zu verletzen.<sup>426</sup> Durch das Merkmal »oder sonstige menschenverachtende« Beweggründe und Ziele sollen darüber hinaus weitere anerkannte Diskriminierungsverbote erfasst und der Strafzumessungspraxis der notwendige Raum gegeben werden, um alle Formen der Hass- und Vorurteilkriminalität sachgerecht beurteilen zu können.<sup>427</sup> Vor Augen standen dem Gesetzgeber dabei »antisemitische, gegen die religiöse Orientierung, gegen eine Behinderung, gegen den gesellschaftlichen Status oder gegen die sexuelle Orientierung gerichtete Beweggründe und Ziele«.<sup>428</sup>

### c. Speziell: Der »verführte« Täter

- 134 Es kommt häufiger vor, dass der Delinquent in seinen Motiven und Zielen (auch) »fremdbestimmt« ist. Hierbei ist jedoch **zu unterscheiden**: Wo die »Reizung« oder Veranlassung zur (oder die Erleichterung der) Tat ersichtlich von demjenigen ausgeht, der über das angegriffene Rechtsgut zu verfügen berechtigt ist (Warenhaus-Arrangements; aufreizende Werbung; Provokation), rückt das Verhalten des »Verführers« in die Nähe der Einwilligung.<sup>429</sup> Diese Art der Delikts-Mitverursachung (s. oben Rdn. 116) vermag das **Tatunrecht als weniger gewichtig** (und mit ihm Schuld und Strafe entsprechend vermindert) erscheinen zu lassen. Das Unrecht der Täterschaft sinkt jedoch dort nicht, wo der Anstifter – jedenfalls in den Augen des Täters – vom angegriffenen Rechtsgut ebenso weit entfernt ist wie der Täter selbst. Deshalb bleibt das Gewicht des Unrechts ungeschmälert, wenn der Täter von einem beliebigen Dritten oder von einem polizeilichen Lockspitzel oder Agent provocateur zur Tat motiviert worden ist. Dass sich die Rechtsprechung zu einer Strafsenkung in den letztgenannten Fällen veranlasst sieht, hat ande-

422 Eingehend *Sotiriadis* KJ 2014, 261 (267 ff.). Vgl. *Timm* JR 2014, 141 (143 und 148); *Keiser* ZRP 2014, 127; *Stoltenberg* ZRP 2012, 119 (122).

423 S. dazu auch *Keiser* ZRP 2010, 46 (47).

424 BT-Drs. 18/3007, S. 14.

425 BT-Drs. 18/3007, S. 15.

426 BT-Drs. 18/3007, S. 15.

427 BT-Drs. 18/3007, S. 15.

428 BT-Drs. 18/3007, S. 15.

429 Vgl. *Ebert* JZ 1983, 633 (639) mit weiteren Nachweisen; zur rechtlichen Relevanz des »ungewöhnlichen« Verhaltens einer später vergewaltigten Frau s. BGH StV 1986, 149 mit aufschlussreicher Anmerkung von *Hillenkamp*.

re Gründe (s. dazu unten Rdn. 180). – Gemindert sein kann allerdings die **Schuld im engeren Sinne** (also die Motivationsfähigkeit) entsprechend der Intensität, mit der auf den Täter zwecks Tatbegehung eingewirkt wird;<sup>430</sup> bei Nötigungsnotstand (§ 35) kann die Schuld ganz entfallen.

#### d. Speziell: Der bei der Tat aufgewendete Wille («Kriminelle Energie«)

Der Begriff der »kriminellen Energie« hat in der praktischen Anwendung die Funktion, viele **verschiedene Einzelaspekte** bei der Quantifizierung des verschuldeten Unrechts **zu bündeln**, aber auch mit Gefährlichkeits-, also prognostischen Gesichtspunkten zu vermischen.<sup>431</sup> Die Stärke des verbrecherischen Willens ist dogmatisch in erster Linie festzumachen an der – in § 17 nicht, sondern nur in den §§ 20, 21 angezogenen – »voluntativen Komponente« der Schuld, also an der mehr oder minder großen Fähigkeit, sich im Sinne der dem Täter bekannten oder ihm erkennbaren Rechtsordnung auch zu motivieren. Die Rechtsprechung misst die Stärke des bei der Tat aufgewendeten Willens daran, ob der konkrete Täter mehr oder weniger Energie aufwenden musste, um Hemmungen zu überwinden, die einen rechtstreuen Bürger von der Begehung der rechtswidrigen Tat abgehalten hätten.<sup>432</sup> So wird eine geringere kriminelle Energie angenommen, wo der Täter einem gruppenspezifischen Zwang oder der Verführung durch Dritte erliegt (Rdn. 129, 134). Als Barrieren, die mit besonderer Willenskraft überwinden werden müssen, gelten demgegenüber bestimmte hervorgehobene soziale Positionen (Rdn. 138) und mehr oder weniger einschlägige Vorerfahrungen (Rdn. 145). Angesichts der »empirischen Ignoranz«<sup>433</sup> der Strafrichter bei der Feststellung und Verwertung entsprechender Befunde lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass die kriminelle Energie des Täters in Wahrheit generalpräventiv (oben Rdn. 10) bestimmt, nämlich daran gemessen wird, »bei wieviel Strafe sich die Menschen zu beruhigen scheinen«.<sup>434</sup>

#### 6. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters

a. **Persönliche Umstände des Täters** wie Familienstand und Beruf, Gesundheit,<sup>435</sup> Alter,<sup>436</sup> soziale Herkunft (zum Ausländer s. unten Rdn. 139), Kindheit, Bildungsstand usw.<sup>437</sup> lassen zwar das Unrecht der konkreten Tat grundsätzlich unberührt (zur »Strafempfindlichkeit« s. unten Rdn. 142 unten 139a), vermögen jedoch Aufschluss zu geben über das **Maß der Schuld**, also darüber, wie sehr oder wie wenig fähig der Täter gewesen ist, (nicht den Verbotsirrtum<sup>438</sup> oder die Schuldminderung [oben Rdn. 78] zu vermeiden, sondern) die Rechtswidrigkeit der Tat zu erkennen und/oder den Antrieben zur rechtswidrigen Tat zu widerstehen. Solche Fakten geben wichtige Gründe dafür an, in welchem Umfang das Gewicht der rechtswidrigen Tat in ein schuldadäquates Strafmaß umzusetzen ist; deren fehlende oder unzureichende Erörterung ist deshalb grundsätzlich ein Sachmangel.<sup>439</sup> – Zu beachten ist, dass solche Umstände für die Bestimmung des Maßes der Tatschuld immer nur dann von unmittelbarer Bedeutung sein können, wenn sie (spätestens) zum Zeitpunkt der Tat vorhanden gewesen sind. Nachträgliche (po-

430 BGH StV 1986, 101, dazu *Puppe* NStZ 1986, 404; zur Berücksichtigung gruppenspezifischer Prozesse s. BGH StV 1993, 520, dazu *Schumacher* StV 1993, 549 ff.

431 S. dazu *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 619.

432 Vgl. BGH NStZ-RR 2015, 239 zur sorgfältig geplanten Vermeidung bzw. Beseitigung von Tatpu-  
ren.

433 *Walter* (1986), S. 509.

434 *Walter* (1986), S. 511.

435 Zur Betäubungsmittelabhängigkeit s. BGH StV 2012, 289.

436 BGH StV 2003, 222.

437 S. dazu LK<sup>12</sup>/*Theune* § 46 Rn 183 f.

438 BayObLG JR 1989, 386 (387).

439 BGH JR 1977, 162 mit Anmerkung *Bruns*; BGH NStZ 1991, 231; BGH StV 1992, 463.

sitive oder negative) Veränderungen können allenfalls Rückschlüsse ermöglichen auf tatschuld- und damit strafhöhenrelevante Faktoren (unten Rdn. 153).

- 137 Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sind ferner von großer Bedeutung für die **Diagnostizierung des Präventionsbildes** zum Zwecke der Festlegung der richtigen Sanktionsart (§§ 47, 56, 59). Hierfür ist eine Beschränkung auf die »Tatzeitbezogenheit« der einzelnen Elemente der Täterpersönlichkeit allerdings nicht mehr geboten, sondern geradezu verfehlt; entscheidend sind die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich dem Tatrichter in der (Berufungs-) Hauptverhandlung darstellen (vgl. § 56 Rdn. 22). – Im Einzelnen:
- 138 Besonders problematisch und umstritten ist die Frage, ob eine **gehobene soziale Stellung** oder ein bestimmter Beruf des Täters eine Erhöhung des Maßes der Pflichtwidrigkeit und damit der Strafe zu begründen vermag.<sup>441</sup> Zunächst wird sich nicht sagen lassen,<sup>442</sup> Beamte hätten schlechthin eine besondere Pflicht zu straffreiem Verhalten. Zu fordern ist vielmehr eine unmittelbare,<sup>443</sup> eine innere Beziehung zwischen dem beruflichen Pflichtenkreis und der Straftat.<sup>444</sup> Eine solche Beziehung kann gegeben sein, wenn der Täter gerade seine berufliche Stellung zu strafbaren Handlungen missbraucht (ein Notar veruntreut Mandantengelder), nicht aber schon, weil aus der besonderen sozialen oder beruflichen Stellung des Täters von der Allgemeinheit bestimmte Konsequenzen gezogen oder damit bestimmte Erwartungen verbunden werden. An einer inneren Beziehung zwischen Beruf und Straftat, die für eine Erhöhung der Strafe verwertet werden könnte, fehlt es deshalb etwa angesichts eines Verkehrsdelikts auch dann, wenn dieses von einem Verkehrspolizeibeamten, Verkehrsrichter oder Fahrlehrer begangen worden ist. Die Sorgfaltspflichten im Verkehr treffen alle im gleichen Maße. Der Verkehrsrichter hat anderen Verkehrsteilnehmern nicht als Vorbild zu dienen, ihm wird kein »besonderes Maß an Verantwortungsbewusstsein« bei der Erfüllung seiner Verkehrspflichten abverlangt<sup>445</sup> – jedenfalls nicht von Rechts wegen. Die Tatsache allein, dass »der Bürger« derartige Erwartungen hegt, vermag das Unrecht der Tat nicht zu steigern. – Die Erwartungen Dritter an Personen in besonders exponierter Stellung mögen sich aber unter dem Gesichtspunkt der »**Verteidigung der Rechtsordnung**«, und zwar dort verwerten lassen, wo das Gesetz dies zulässt oder vorschreibt: bei der Frage, welche Sanktionsart für diese schuldhaftige Tat festzusetzen ist. So kann sowohl die Entscheidung, ob statt Geldstrafe eine (gleichhohe) Freiheitsstrafe zu verhängen ist (s. § 47 Rdn. 43), als auch, ob die verhängte Freiheitsstrafe trotz günstiger Prognose vollstreckt werden muss, davon abhängig gemacht werden, ob ein Vertrauensschaden zu befürchten wäre (s. § 56 Rdn. 34).
- 139 Das Unrecht einer bestimmten Tat kann nicht als höher oder geringer (als das vergleichbarer Taten) eingeschätzt werden mit der Begründung, der Täter sei ein **Ausländer**.<sup>446</sup> Die Rechtsprechung lässt hier zwar eine *Strafschärfung* aus generalpräventiven Gründen zu (»Verbreitungsgefahr« [s. oben Rdn. 14]), wenn sie kriminalpolitisch begründet wird.<sup>447</sup> Hinweise auf den

440 S. dazu OLG Stuttgart StV 1991, 340.

441 S. dazu LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 185.

442 Entgegen OLG Hamm NJW 1957, 1003.

443 Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 627.

444 BGH NStZ 1988, 175; s. auch Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 36.

445 So aber OLG Hamburg BA 1977, 428; s. auch die Nachweise der älteren Rechtsprechung bei Theune StV 1985, 206.

446 BGH StV 1993, 358. Vgl. BGH NStZ 2006, 35: »Der Ausländerstatus rechtfertigt nur bei Vorliegen besonderer Umstände eine Strafmilderung«; BGH NStZ-RR 2010, 337. Den Blick weitend Jakobs ZStW 118 (2006), 831.

447 BGH bei Dallinger MDR 1973, 727 (728) (»besorgniserregende Zunahme der Totschlagsdelikte durch ausländische Messerstecher«) mit Anmerkungen Wolfsast NStZ 1982, 112 und Köhler/Hilger JZ 1982, 771.

Missbrauch des »deutschen Gastrechts« führen jedoch durchweg zur Aufhebung.<sup>448</sup> – Vermindert sein kann in diesen Fällen jedoch die spezifische Tat-Schuld.<sup>449</sup> So kann bei Ausländern im seltenen Ausnahmefall sogar das Vorhandensein des Unrechtsbewusstseins zweifelhaft sein (Folge: Strafrahmensenkung nach § 17) vor allem, wenn die konkrete Tat im Heimatland des Täters nicht strafbar ist (was sehr selten sein dürfte)<sup>450</sup> oder von den dort geltenden Ehrauffassungen gar gefordert wird. Auch mag im Einzelfall eine »Zerrissenheit« zwischen zwei Kulturkreisen<sup>451</sup> dazu führen, dass es einer Person schwerer als anderen fällt, sich normgerecht zu verhalten oder sie aufgrund der Wertvorstellung ihres Kulturkreises eine geringere Hemmschwelle zu überwinden hat.<sup>452</sup> Wird diesbezüglich »volle« Schuld in intellektueller Hinsicht (also Unrechtsbewusstsein) bejaht, so kann sie jedoch sub specie Steuerungsfähigkeit vermindert sein.<sup>453</sup>

Dagegen wird der Umstand, der Täter habe ein hohes **Lebensalter**,<sup>454</sup> nicht per se einen »Strafrabatt« – und schon gar keine Strafrahmensenkung<sup>455</sup> – nach sich ziehen.<sup>456</sup> So ist etwa der Satz, eine Strafe müsse darauf abgestimmt sein, eine Entlassung aus dem Strafvollzug erleben zu können, nicht aufzustellen.<sup>457</sup> Auch sind diesbezügliche Überlegungen zur Strafempfindlichkeit (dazu im Allgemeinen noch unten Rdn. 142) hier mit besonderen Zweifeln behaftet,<sup>458</sup> da die Aussage, der Strafvollzug treffe Menschen am Ende ihres Lebens härter, schon deswegen angreifbar ist, weil man vergleichbar gewichtige Gesichtspunkte auch bei anderen Altersgruppen beschreiben mag.<sup>459</sup> – Im Übrigen wird der Umstand des Älterseins auch durchaus gegenläufig zu Buche schlagen, wenn man betont, dass die größere Lebenserfahrung die Fähigkeit stärken sollte, sich im Sinne der Norm zu motivieren.<sup>460</sup> Diesem Phänomen mag wiederum ein abge- senktes Hemmungsvermögen wegen »Altersabbau« entgegenstehen.<sup>461</sup> – Demgegenüber treten general- und spezialpräventive Aspekte (wenn sie sich mit der überwiegenden Meinung bei der Strafzumessungsentscheidung niederschlagen) bei älteren Tätern deutlich in den Hintergrund,<sup>462</sup> wobei die Altersdelinquenz angesichts des gesellschaftlichen Wandels zunehmen dürfte.<sup>463</sup>

b. Das Gewicht des Tat-Unrechts hängt zwar auch ab von den **wirtschaftlichen Verhältnissen** des Opfers der Tat (s. oben Rdn. 114). Soweit die wirtschaftlichen Verhältnisse **des Täters**

448 BGH StV 1993, 358 (359) mit weiteren Nachweisen. Vgl. BGH StV 1991, 557; BGH StV 1991, 105; OLG Bremen StV 1994, 130; Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 32. S. auch OLG Düsseldorf StV 1995, 526 [527]]; AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 83.

449 Vgl. BGH StV 1997, 183; Streng StV 1993, 115.

450 Vgl. BGH NStZ 2009, 689; Jakobs ZStW 118 (2006), 831 (836 ff.) mit weiteren Nachweisen.

451 BGH NStZ-RR 137 (138): »Erwartungsdruck« seiner Familie«. Vgl. demgegenüber BGH NStZ 2007, 697.

452 Vgl. BGH NStZ-RR 1997, 1; BGH StV 2002, 20; BGH NStZ-RR 2007, 137 (138); Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 32.

453 Vgl. Jakobs ZStW 118 (2006), 831 (847 f.).

454 Zur schwierigen Definition s. Nobis NStZ 2006, 489 (490); Detter Festschrift DAV (2009), 275 (277 ff.).

455 Zweifelhaft daher Detter Festschrift DAV (2009), 275 (283 [zur Strafrahmenswahl] und 284 [zur lebenslangen Freiheitsstrafe]).

456 Eine (kriminologische) Bestandsaufnahme der »Alterskriminalität« findet sich bei Detter Festschrift DAV (2009), 275 ff.

457 BGH NStZ 2006, 500 (501). Vgl. Detter Festschrift DAV (2009), 275 (285 f.) mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung und Literatur.

458 Nachweise der Rechtsprechung bei Detter Festschrift DAV (2009), 275 (281 ff.).

459 Eingehend Streng JR 2007, 271 (272).

460 Streng JR 2007, 271 (274).

461 Detter Festschrift DAV (2009), 275 (276).

462 Streng JR 2007, 271 (275).

463 Vgl. Nobis NStZ 2006, 489.



(zur Tatzeit) in Rede stehen, wird man aber kaum begründen können, dass das Eigentums- oder Vermögensdelikt eines wirtschaftlich Armen »weniger unrecht« sei als das eines Reichen, der des rechtswidrigen Gewinns eigentlich nicht bedarf.<sup>464</sup> Verständnis für ein »aus Not« begangenes Delikt findet seine zutreffende dogmatische Lozierung vielmehr wiederum in der – da es am Unrechtsbewusstsein selten fehlen dürfte – »voluntativen« Komponente der Schuld, also dort, wo der Richter zu fragen hat nach dem Grad der Fähigkeit des in Not Befindlichen, sich für rechtsordnungsgemäßes Verhalten zu entscheiden.<sup>465</sup> Zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters zur Urteilszeit s. § 40 Rdn. 14, 21.

- 142 c. Die **Strafempfindlichkeit** des Täters kann kein allgemeiner Gesichtspunkt für die Gewichtung der Strafe (und schon gar nicht für die Bestimmung des Strafrahmens)<sup>466</sup> schon deshalb sein, weil im Stadium der an dem Maß des verschuldeten Unrechts auszurichtenden Festsetzung der Strafhöhe grundsätzlich noch gar nicht darüber entschieden ist, mit welcher Art Strafe der Angeklagte eigentlich tatsächlich belastet werden soll. Die Frage der spezifischen Strafempfindlichkeit lässt sich mithin sinnvoll erst anlässlich und im Rahmen der Entscheidungen über Strafart (§ 47) und Strafaussetzung (§ 56) stellen (s. oben Rdn. 23; so hat der Richter die Empfindlichkeit gegenüber einer Geldstrafe im Rahmen der Bestimmung der Tagessatzhöhe zu taxieren [Rdn. 15]). Kommt hingegen im konkreten Falle von vornherein nur die Verhängung von (zunächst einmal) zu verbüßender Freiheitsstrafe in Betracht, so wirkt sich das Gebot der möglichen Vermeidung der Entsozialisierung durch den Strafvollzug (Abs. 1 Satz 2; s. dazu oben Rdn. 35 f.) auch auf die Festsetzung der Strafe im Schuldrahmen aus.<sup>467</sup> Zu den Fällen, in denen den Täter auch die schon **schuldangemessene Strafe zusammen mit anderen Nachteilen** überrnormal hart träge, in denen deshalb die Strafe zurückgeführt werden muss auf ein Maß, das erst in der Zusammenfassung mit diesen anderen Belastungen dem Gewicht des verschuldeten Tatunrechts entspricht, s. unten Rdn. 164.

## 7. Vortat-Verhalten

- 143 Das Unrecht der einzelnen Straftat kann nicht allein deswegen als erhöht angesehen werden, weil der Täter die gleiche oder eine **ähnliche Tat bereits öfter begangen** hat. – Im Einzelnen:

### a. Das Vorleben des Täters

- 144 Die Rechtsprechung weist immer wieder darauf hin, dass die **Art der Lebensführung** des Angeklagten die Höhe des Einzeltatunrechts (zur Bildung der Gesamtstrafe vgl. § 47 Rdn. 6) nur mitbestimmen kann, wenn und soweit sie eine **Beziehung zur abgeurteilten Tat** hat.<sup>468</sup> Das Vortatverhalten ist nur als Indiz für die kriminelle Energie des Täters (und damit auch für die Gewichtung des jeweils in Frage stehenden verschuldeten Tatunrechts) verwertbar.<sup>469</sup> Aus dem gleichen Grund kann auch der Umstand, dass sich der Täter bislang straffrei (»unfallfrei«) verhalten hat, eine mildere schuldangemessene Strafe rechtfertigen.<sup>470</sup> Der Hinweis darauf, bisheriges Legalverhalten sei »kein Verdienst, sondern eine Selbstverständlichkeit«, wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht akzeptiert.<sup>471</sup> – Die Gefahr, dass die Beziehung der

464 Anders Matt/Renzikowski/*Bußmann* § 46 Rn. 35, der vor allem im Bereich von Vermögens- und Steuerdelikten die Verhältnisse zur Tatzeit dann für relevant erachtet, soweit eine schlechte wirtschaftliche Lage als Auslöser für strafbare Handlungen in Betracht kommt.

465 Vgl. dazu ausführlich die Ausführungen in *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 87; zum Handeln »ohne Not« s. oben Rdn. 101.

466 S. oben Rdn. 71; anders BGH StV 1989, 152.

467 Zur schwangeren Angeklagten vgl. BGHSt 44, 125 mit Anmerkung *Laubenthal* JR 1999, 161.

468 BGH StV 1982, 567; BayObLG NStZ 1982, 288 mit Anmerkung *Brunns*; BGH NStZ 1984, 358 (359).

469 BGH NStZ 1984, 259.

470 BGH NStZ 1988, 70; s. dazu *Frisch* GA 1989, 338 (358).

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

verwerteten Umstände zur abgeurteilten Tat so locker gesehen wird, dass der Täter letztlich eben doch nicht mehr für die Tat, sondern für sein Sosein, seine Lebensführung (oben Rdn. 46) bestraft wird, ist besonders groß dort, wo das »Verschuldetein« der verminderten Schuldfähigkeit in Rede steht.<sup>472</sup>

## b. Vorstrafen

Der Gesichtspunkt des **Vorbestrafteins** spielt in der *Praxis* der Strafzumessung eine große Rolle;<sup>473</sup> dabei wird es auch nach der Streichung der speziellen Rückfallrahmenvorschrift (§ 48) bleiben.<sup>474</sup> Zwar ist denkbar, dass einem Täter durch Vorverurteilungen, die mit der konkreten Tat in einem (nicht nur dogmatischen [»einschlägig«], sondern) »kriminologischen Zusammenhang« stehen, bereits eindringlich klargemacht worden ist, dass die Rechtsordnung Taten dieser Art nicht hinzunehmen gewillt ist, und dass er deshalb bei Begehung der zur Aburteilung anstehenden Tat größere Hemmungen hat überwinden müssen, als wenn er diese Tat zum ersten Mal begangen hätte.<sup>475</sup> Daraus könnte – bei gleichgewichtigem Unrecht – ein **höheres Maß** (an Fähigkeit zu normgemäßer Motivation und damit) **an Schuld** bei Begehung dieser Tat als bei Begehung der Ersttat erschlossen werden.<sup>476</sup> Es ist jedoch eindringlich davor zu warnen, diesen Gesichtspunkt – etwa im Sinne von »Lebensführungsschuld« (s. dazu oben Rdn. 46) – zu pauschalieren. Denn auch die entgegengesetzte Feststellung ist denkbar, nämlich, dass er unfähig ist, einschlägige Erfahrungen angemessen zu verarbeiten und in überlegte, abgewogene Entscheidungen umzusetzen.<sup>477</sup> Geboten ist deshalb die **Prüfung in jedem einzelnen Falle**<sup>478</sup> (und deutlich wird dies insbesondere bei Verurteilung von Mittätern, die zwar das gleiche Unrecht verwirklicht, aber nicht die gleiche Vorstrafenliste aufzuweisen haben), ob die Vorstrafen tatsächlich eine solche größere (und dann schließlich doch überwundene) Hemmungswirkung gehabt haben oder nicht. – Im Einzelnen:

Impulse, die einen Verurteilten von der Begehung weiterer Straftaten abhalten könnten, gehen nicht von jeder Verurteilung aus. Ein Warneffekt, der eine Schuld- und Strafmaßsteigerung hinsichtlich der konkreten Tat plausibel macht, ist vielmehr nur im Angesicht von Vorverurteilungen wegen solcher Straftaten in Betracht zu ziehen, die unter sich und **mit der konkret abzuurteilenden Tat in einem gewissen Zusammenhang** stehen<sup>479</sup>. Das ist unproblematisch bei »gleichartigem« Rückfall.<sup>480</sup> Ein solcher Zusammenhang kann aber auch bestehen bei ungleichartigen Straftaten,<sup>481</sup> wobei freilich keine Einigkeit darüber besteht, nach welchen Kriterien ein tertium comparationis zu bestimmen sein soll. Die verschiedenen Auffassungen zu

472 So schon oben Rdn. 78.

473 S. den Überblick bei *Kunz* (2011), 135 (140 f.).

474 Zu den auch nach neuem Recht notwendigen Angaben s. OLG Frankfurt StV 1989, 155; zu Vorstrafen in der DDR s. BGHSt 38, 71.

475 So AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 76.

476 S. dazu *Frisch* ZStW 99 (1987), 751 (800); *Erhard* (1992), S. 303; *Kunz* (2011), 135 (141 ff.).

477 *Stratenwerth* (1972), S. 16.

478 Vgl. AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 76 »Jeweils muss genau die Relevanz für die Strafzumessung festgestellt und im Urteil dargelegt werden, eine undifferenzierte straferschwerende Berücksichtigung ist fehlerhaft.«.

479 *Schäfer/Sander/van Gemmeren* *Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 655.

480 S. dazu OLG Karlsruhe MDR 1980, 867; zum Verhältnis zwischen Vollrausch und Rauschtat s. OLG Hamm NJW 1975, 548; zwischen Diebstahl und räuberischer Erpressung s. BGH GA 1978, 12.

481 Zum Verhältnis zwischen Körperverletzung und Verletzung der Unterhaltungspflicht s. BayObLG JR 1982, 163 mit Anmerkung *Horn*.

dem früheren § 48<sup>482</sup> sind von *Hillenkamp*<sup>483</sup> temperamentvoll in Zweifel gezogen und durch den »tatschuldrelevanten Zusammenhang« ersetzt worden. Danach soll es darauf ankommen, ob dem Gericht in der abzuurteilenden Tat Elemente begegnen, »die auch den Tatschuldvorwurf der Vorverurteilungen allein oder doch wesentlich mitgetragen haben«, etwa immer wieder Bereicherungsabsicht,<sup>484</sup> Missbrauch einer besonderen Pflichtenstellung, gleiches gefährliches Tatwerkzeug.<sup>485</sup>

- 147 Sind Momente, die für eine Schuld- und Strafmaßerhöhung sprechen, gegeben, so ist des Weiteren notwendig die Feststellung, dass der Täter diese besonderen, eine rechtsordnungsgemäße Motivation ermöglichenden **Faktoren auch gekannt und verstanden** hat.<sup>486</sup> Die irri- ge Annahme, eine Vorstrafe im Zentralregister sei gelöscht, schließt diese Kenntnis nicht von vorn- herein aus, kann aber Anlass sein zu besonders eingehender Prüfung, ob auch das »voluntative« Element der Schuld- und Strafmaßerhöhung vorgelegen hat (s. Rdn. 148). Notwendig ist, dass diese Vorstel- lung beim Täter gerade im Augenblick der Begehung der abzuurteilenden Tat (sei es auch nur »sachgedanklich«) vorhanden gewesen ist. Daran kann es fehlen bei Affekttagen, die dem Täter keine Zeit gelassen haben, sich die Warnfaktoren bewusst werden zu lassen.
- 148 Neben der intellektuellen bedarf es – damit die Tatschuld gegenüber der eines Ersttäters erhöht ist – schließlich auch und vor allem der **voluntativen Komponente** der Schuld: Der Täter muss in besonderer Weise fähig gewesen sein, sich im Sinne und zugunsten der ihn treffenden Rechtspflichten zu motivieren und zu steuern. An dieser »besonderen« Motivationsfähigkeit kann es fehlen, wenn die Rückfälligkeit auf sozialer Hilflosigkeit oder Willensschwäche be- ruht.<sup>487</sup>
- 149 Je größer der **Zeitraum zwischen den Vortaten und der in Rede stehenden Tat** ist, desto geringer ist der Anlass, nach der (möglicherweise schuldsteigernden) Hemmungswirkung der früheren Verurteilungen zu fragen.<sup>488</sup> Die frühere »**Rückfallverjährung**« (fünf Jahre) kann hier als Regel für eine Begründungssperre fungieren. Als Argument in dieser Hinsicht gänzlich aus- scheiden müssen Taten<sup>489</sup> und Verurteilungen, die **im Bundeszentralregister getilgt** worden **oder zu tilgen** sind (§ 51 Abs. 1 [früher: § 49 Abs. 1] BZRG);<sup>490</sup> Entsprechendes gilt für Ein- tragungen im Erziehungsregister nach Vollendung des 24. Lebensjahres.<sup>491</sup> Für den Ablauf der Tilgungsfrist kommt es nicht an auf den Zeitpunkt der neuen Tat, sondern auf das Ende der Hauptverhandlung in der Tatsacheninstanz.<sup>492</sup> – Auch Verurteilungen durch ausländische Ge- richte können – entsprechend obigen Grundsätzen – Berücksichtigung finden, soweit die Tat

482 *Horstkotte* JZ 1970, 152 (153): Taten mit einer »bestimmten kriminellen Kontinuität«; *Geerds* JZ 1969, 339 (341): innerer »kriminologisch fassbarer Zusammenhang«.

483 *Hillenkamp* GA 1974, 208 mit weiteren Nachweisen.

484 Vgl. aber OLG Hamm NJW 1980, 1762, zur »Veranlagung« des Täters »sich rücksichtslos auf Kosten anderer zum eigenen Vorteil durchzusetzen«.

485 Ähnlich *Stratenwerth* (1972), S. 28 ff.; vgl. ferner *Frosch* (1976), S. 84 ff.

486 Vgl. BGHSt 43, 106 mit Anmerkung *Loos* JR 1988, 116 (117).

487 *Horstkotte* JZ 1970, 152 (153); OLG Celle StV 1983, 242 f.; zu Tätern mit langjähriger »Drogenkar- riere« s. OLG Schleswig MDR 1980, 334; mit jahrelangem Alkoholmissbrauch s. OLG Hamburg StV 1983, 152.

488 Vgl. OLG Düsseldorf JMBL NW 1988, 68: Keine »uneingeschränkte« Strafschärfung; BGH StV 1992, 255: Besondere Umstände müssen »besorgen lassen, dass der Angeklagte zu eingetübter strafbarer Be- tätigung zurückgekehrt ist«.

489 BGH StV 1985, 322 (323).

490 BGHSt 24, 378 (380); BGH StV 1998, 18. Vgl. zur entsprechenden Tilgungsreife bei mehreren Ver- urteilungen BGH NStZ-RR 2011, 286 (287).

491 Vgl. BGH StV 2004, 652.

492 BGH NStZ 1983, 30.

nach deutschem Recht strafbar wäre;<sup>493</sup> hier ist stets sorgfältig zu prüfen, ob das Urteil – hypothetisch im Inland gesprochen – tilgungsreif wäre.<sup>494</sup>

Kann sich aus dem Vorleben und den Vortaten des Täters eine »Schuldsteigerung« (gegenüber einem das gleiche Unrecht begehenden Ersttäter) im Einzelfalle nicht ausmachen lassen, so sind solche Umstände jedoch in besonderer Weise geeignet, (zwar nicht die Strafhöhe zu beeinflussen, wohl aber) die Prognosenbasis zu komplettieren und zur **Entscheidung über Strafart und Vollstreckungsaussetzung** wichtige Gesichtspunkte beizutragen (s. § 47 Rdn. 30 und § 56 Rdn. 27). Dabei wäre es wiederum und erst recht verfehlt, in dem Sinne schematisch vorzugehen, dass einschlägige Vorstrafen als grundsätzlich belastend, nicht einschlägige als indifferent behandelt werden. Sollte etwa der rückfällige Delinquent längerer sozialisierender Bemühungen bedürfen, so ist immer noch die Frage zu erörtern, ob solche Bemühungen nicht doch mehr Erfolg mit Hilfe ambulanter Maßnahmen (wie Auflagen, Weisungen, Bewährungshilfe) versprechen oder ob es zur Abschreckung tatsächlich der Vollstreckung der verhängten (schuldadäquaten) Strafe (oder vielleicht »nur« der Entziehung der Fahrerlaubnis) bedarf.

### c. Nicht abgeurteilte Taten

Taten, die als nicht beträchtlich ins Gewicht fallend **von der Verfolgung ausgenommen** worden sind (§ 154a Abs. 2 StPO) oder hinsichtlich deren das **Verfahren** (gem. § 154 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 StPO) **vorläufig eingestellt** worden ist, dürfen grundsätzlich nicht strafschärfend verwertet werden.<sup>495</sup> Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Angeklagte darauf hingewiesen wird, dass der ausgeschiedene Tatteil aber möglicherweise strafschärfend verwertet werde.<sup>496</sup>

Als **Indizien** für eine besondere Gefährlichkeit und/oder eine erhöhte Schuld hinsichtlich der neuen Tat<sup>497</sup> sind demgegenüber im Grundsatz uneingeschränkt (aber stets unter Beachtung der Beziehung zur konkreten Schuld [oben Rdn. 148])<sup>498</sup> verwertbar **amnestierte** und **verjährte**<sup>499</sup> sowie solche **Taten**, die mangels eines **Strafantrages** nicht verfolgt worden sind;<sup>500</sup> jedenfalls bedarf es hier prozessordnungsgemäßer hinreichend bestimmter Feststellungen,<sup>501</sup> bloße Verdachtsmomente vermögen schon den wesentlichen Unrechtsgehalt nicht abzuschätzen, genügen mithin niemals für eine Verwertung.<sup>502</sup> – Demgegenüber bedenklich dürfte – vor

493 BGH StV 2012, 149 mit weiteren Nachweisen. Vgl. BGH JR 2010, 166 (167) zum »Härteausgleich«.

494 BGH StV 2012, 149 (149 f.).

495 Zum Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung im Sinne des Art. 6 Abs. 2 EMRK s. *Vögler* (1985), S. 436, BGHSt 34, 209 (210 f.); differenzierend *Matt/Renzikowski/Bußmann* § 46 Rn. 29, wonach gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedene Taten strafschärfend berücksichtigt werden dürfen, wenn sie in der Hauptverhandlung prozessordnungsgemäß festgestellt worden sind; vgl. BGH NStZ 2000, 594.

496 BGHSt 30, 147 (147 f.) und BGHSt 30, 165 (165 f.) mit Anmerkungen *Bruns* StV 1982, 17 und *Terhorst* JR 1982, 247; BGHSt 31, 302 (302 f.) mit Anmerkung *Terhorst* JR 1984, 170 (171); BGHSt 32, 84 (84 f.) mit Anmerkungen *Bruns* NStZ 1984, 129 und *Maiwald* JR 1984, 478; s. ferner *Theune* StV 1985, 162 (166); BGH StV 2000, 656.

497 Zur Verwertbarkeit von nicht rechtskräftig festgestellten Taten s. den Überblick bei *Stuckenberg* StV 2007, 655 (656 f.).

498 S. BGH NStZ 2014, 202 (203) mit weiteren Nachweisen.

499 S. aber BGH StV 1994, 423, *Foth* NStZ 1995, 375 mit weiteren Nachweisen; s. auch Rdn. 149. Eingehend kritisch zum Ganzen s. *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 80 und *Leitmeier* StV 2015, 585 ff. S. zu diesbezüglichen Verteidigungsaspekten *Sander* StraFo 2004, 47 (48 ff.).

500 *Fischer*<sup>62</sup> § 46 Rn. 38c; *Bruns* (1985), S. 225.

501 BGH NStZ 2014, 202 (203) mit weiteren Nachweisen; BGH NStZ-RR 2009, 306.

502 BGH NStZ 2015, 450.

allem sub specie Unschuldsumutung<sup>503</sup> – die Verwertung solcher Taten sein, die aus sachlichen Gründen nicht zu einer Verurteilung geführt haben, und zwar unabhängig davon, ob das Verfahren durch Einstellung (etwa nach den §§ 170 Abs. 2<sup>504</sup> oder 204 Abs. 1 StPO) oder durch Freispruch<sup>505</sup> abgeschlossen worden ist.

## 8. Nachtat- und Prozessverhalten

- 153** Mit der Vollendung der Tat stehen die beiden strafmaßbestimmenden Größen **Unrecht und Schuld** für immer fest, sie **können sich später nicht mehr ändern**.<sup>506</sup> Das Verhalten nach der Tat kann mithin das Strafmaß nicht ebenso mitbestimmen wie Tatschuld und Tatunrecht.<sup>507</sup> Entsprechende Umstände können jedoch in dreierlei Hinsicht an Bedeutung gewinnen: Sie können einmal als **Indizien** fungieren für die **Einschätzung der kriminellen Energie** des Täters (s. dazu bereits oben Rdn. 135) bei Begehung der jetzt in Rede stehenden Tat und damit der Bestimmung der hierfür angemessenen Strafhöhe.<sup>508</sup> Nachtatumstände können ferner unter bestimmten Voraussetzungen als eine Art **vorweggenommener Ersatz** (eines Teils) der schuldangemessenen Strafe angesehen und für eine Strafhöhenenkung verwertet werden (s. dazu unten Rdn. 161 ff.). Einbringen lassen sich solche Umstände schließlich und vor allem in die **Auswahl** der für diesen Täter **richtigen Sanktionsart**, für die Entscheidung also etwa, ob der auch noch zur Urteilszeit »verstockte« oder bis dahin erneut straffällig gewordene Täter nur durch Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe »zur Einsicht gebracht« werden kann, oder ob der jetzt »reue« Täter einer Vollstreckungseinwirkung nicht mehr (sondern vielleicht nur noch einer entsprechenden Geldstrafe) bedarf.<sup>509</sup>
- 154** Soweit ein **tatbezogenes** Nachtatverhalten bei Delikten, deren formelle Vollendung bereits vor Eintritt einer Rechtsgutverletzung gegeben ist, nicht bereits sachlichrechtliche Wirkung entfaltet, insbesondere die Voraussetzungen einer Vorschrift der tätigen Reue erfüllt, kann es jedenfalls dann Berücksichtigung finden, wenn das Reueverhalten die **materielle Vollendung verhindert** (zur »tätigen Reue« im weiteren Sinne s. Rdn. 169).
- 155** Bei der nachteiligen Verwertung des **Prozessverhaltens** des Angeklagten ist die neuere Rechtsprechung deutlich zurückhaltender geworden.<sup>510</sup> Die Verteidigungsposition des Angeklagten – auch nach bereits rechtskräftigem Schuldspruch – wird immer mehr zu einem Tabu. Dabei wird die Unzulässigkeit der strafschärfenden Verwertung des Verwischens der Tatspuren<sup>511</sup> sowie des Schweigens, Bestreitens und Leugnens<sup>512</sup> heute im Wesentlichen jedenfalls

503 Dazu eingehend *Stuckenberg StV* 2007, 655 (657 ff.) mit zahlreichen weiteren Nachweisen auch zur Rechtsprechung des EGMR.

504 Nachweise bei *Stuckenberg StV* 2007, 655 (657).

505 In der Sache zweifelnd und im Ergebnis ebenso BGH NStZ 2006, 620 mit weiteren Nachweisen. S. auch den Überblick bei *Stuckenberg StV* 2007, 655 (657).

506 Vgl. (jeweils mit weiteren Nachweisen) *Meier GA* 2015, 443 (444 ff.); *Dölling Festschrift Frisch* (2013), 1181 (1182 f.); *Heghmanns Festschrift Dencker* (2012), 155 (157 f.).

507 Zum »Nachtrunk« s. *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 672; *Bruns* (1985), S. 239.

508 BGH NStZ 1998, 404. Kritisch *Frisch ZStW* 99 (1987), 751 (780); *Meier GA* 2015, 443 (445 ff.).

509 Eingehend *Dölling Festschrift Frisch* (2013), 1181 (1183 f); *Heghmanns Festschrift Dencker* (2012), 155 (159 f).

510 Vgl. BGH JR 1980, 335 mit Anmerkung *Bruns*; *Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung*<sup>5</sup> Rn. 673 ff.

511 BGH StV 1989, 12 mit Anmerkung *Weider*, 1990, 259; BGH StV 1991, 106; BGH StV 1995, 131 (selbst bei »Kaltblütigkeit«); BGH StraFo 2004, 278; BGH NStZ 2011, 512 (513). Vgl. *Dölling Festschrift Frisch* (2013), 1181 (1187). S. ferner ausführlich zur Beseitigung von Tatspuren *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 89.

512 BGH NStZ 1987, 171; BGH StV 2003, 444.

dann außer Streit sein, wenn durch dieses Verhalten kein neues Unrecht in die Welt gesetzt wird.<sup>513</sup> Auch die Benachteiligung von Zeugen kann – wenn auch nicht ohne Einschränkung<sup>514</sup> – in Kauf genommen werden.<sup>515</sup> Es dürfte sich im Übrigen als zweifelhaft erweisen, solchen Umständen (sei es auch nur ausnahmsweise, wie in der Rechtsprechung anklingend) immerhin **indizielle Bedeutung** für die »Rechtsfeindschaft oder Gefährlichkeit des Täters«<sup>516</sup> beizumessen.<sup>517</sup>

Wenn das Bestreiten der Tat grundsätzlich strafzumessungsneutral wirkt, so versteht es sich, dass auch das hiermit zwangsläufig verbundene Fehlen von Mitgefühl, Schuldeinsicht, Reue oder Entschuldigungsbereitschaft entsprechend zu behandeln sind.<sup>518</sup> Wie die mangelnde Mitwirkung an der Sachaufklärung ist auch ein **zulässiges Prozessverhalten** (einschließlich des – leugnenden oder auch nur verharmlosenden<sup>519</sup> – wahrheitswidrigen Vorbringens<sup>520</sup> [etwa durch Zuschieben der Schuld auf einen Mitangeklagten,<sup>521</sup> das Widersprechen eines Belastungszeugen<sup>522</sup> bzw. schlichte Dulden einer Falschaussage<sup>523</sup> oder – insbesondere bei Sexualdelikten – der Behauptung des Einverständnisses des Opfers<sup>524</sup> bzw. einer rechtfertigenden Situation<sup>525</sup>] und der Weigerung, eine konsensuale Erledigung zu finden<sup>526</sup>) selbst dann generell nicht zum Nachteil gereichend,<sup>527</sup> wenn das Opfer hierdurch zusätzliche Belastungen erfährt;<sup>528</sup> eine andere Beurteilung mag sich ausnahmsweise dann ergeben, wenn sich das Verhalten gegenüber dem Opfer<sup>529</sup> oder Zeugen<sup>530</sup> als ehrverletzend erweist<sup>531</sup> oder die Handlung eines Prozessbeteiligten (wie die Falschaussage) vom Angeklagten veranlasst worden ist.<sup>532</sup> Entsprechend dem zu der verfahrensgegenständlichen Tat Ausgeführten darf den Angeklagten auch das Leugnen etc. einer Vortat nicht belasten.<sup>533</sup> – Fraglich ist, ob die **Weigerung, den Schaden wieder gutzumachen**,<sup>534</sup> negativ zu Buche schlagen darf. Hier ist eine Verwertung jedenfalls solange ausgeschlossen, wie die entsprechende Weigerung Ausfluss einer Verteidigungsposition (insbesondere bei Leugnung der Tat) ist; demgegenüber dürfte sie zulässig sein, wenn die Wei-

156

513 Vgl. BGH NStZ 2011, 512 (513).

514 S. den Fall BGH NStZ 1991, 181; bei Holtz MDR 1994, 1069 (1070); s. auch AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 90: »Berücksichtigungsfähig soll aber die besondere Herabwürdigung des Zeugen bei Überschreitung der Grenzen des § 193 sein.« (dort: BGH StV 1994; 424).

515 BGH StV 1985, 455; BGH StV 1986, 430.

516 BGH StV 1981, 276 (277); s. auch BGH NStZ 2014, 396 (397).

517 Vgl. BGHSt 32, 140 (145) mit Anmerkung Völk NStZ 1984, 377. S. dazu eingehend Dölling Festschrift Frisch (2013), 1181 (1184 f.) und Heghmanns Festschrift Dencker (2012), 155 (157 ff.).

518 Vgl. BGH NStZ 2014, 396 (397); BGH NStZ 2012, 626; BGH NStZ-RR 2011, 306; BGH NStZ-RR 2009, 148; BGH StV 1989, 199 (jeweils mit weiteren Nachweisen).

519 Vgl. BGH StV 2002, 74. S. auch BGH StV 2002, 74 (75) zu »Verschwörungstheorien«.

520 Vgl. BGH StV 2002, 74.

521 BGH NStZ 2007, 463; OLG München StV 2012, 290.

522 BGH NStZ 2004, 616 (617).

523 BGH StV 2004, 480.

524 BGH NStZ 2001, 419 (420).

525 BGH NStZ 2010, 692.

526 S. OLG Hamm NStZ 2006, 520 zur Diversion im Jugendstrafverfahren.

527 BGH StV 2013, 697.

528 BGH NStZ 2012, 626.

529 Vgl. BGH NStZ 2010, 692.

530 Vgl. BVerfG NJW 1991, 2074 (2076).

531 Kunz (2011), 135 (148).

532 BGH StV 2004, 480.

533 BGH StV 2002, 74.

534 Vgl. BGH StV 1993, 242 (243), BGH NStZ 1993, 77; s. auch oben Rdn. 101.

gerung gerade darauf fußt, die rechtswidrig erlangten Früchte nach der Strafvollstreckung zu genießen,<sup>535</sup> was aber sorgfältig zu begründen ist.<sup>536</sup>

- 157 Gegenüber dem in der vorherigen Randnummer Gesagten vermag ein Prozessverhalten auch **positiv** zu Buche zu schlagen: Allem voran ist hier das **Geständnis**<sup>537</sup> zu nennen.<sup>538</sup> Zu achten ist insoweit aber darauf, dass der Umstand, mit ihm die Sachaufklärung zu beschleunigen, keine strafzumessungsrelevante Auswirkung haben darf, da jeder Bezug zum Unrecht fehlt.<sup>539</sup> So wie ein Bestreiten nicht belastet, vermag auch ein rein formales Zugestehen (vor allem aus »prozesstaktischen« Gründen<sup>540</sup>) nicht per se zu entlasten:<sup>541</sup> So wird es grundsätzlich nicht genügen, dass schlicht zugestanden wird, was nach der Beweisaufnahme ohnehin schon zur Überzeugung des Gerichts feststeht.<sup>542</sup> Vielmehr wird es jedenfalls entweder (wenn schon keiner »aufrichtigen Reue« so doch) einer gewissen **Anerkennung der Schuld** bedürfen,<sup>543</sup> oder das Geständnis muss immerhin bewirken, dass das **Opfer** nicht (erneut) durch seine Prozesseinbeziehung **Belastungen** erfährt.<sup>544</sup> Ähnliches gilt dann, wenn erst das Geständnis die Sache (umfanglich) aufzuklären geeignet ist;<sup>545</sup> ob dies auch anzunehmen ist, wenn durch es andere Straftaten verhindert werden, ist zweifelhaft, da der Tatbezug – vergleichbar den Einwänden gegen § 46b – fehlt.<sup>546</sup> – Von besonderer Bedeutung sind diese Aspekte in Fällen der **Verfahrensabsprache** (unten Rdn. 182 f.), die insoweit besonders fehleranfällig sind.<sup>547</sup> – Hinsichtlich anderer Prozesshandlungen (wie dem Rechtsmittelverzicht<sup>548</sup> oder einer »kapitulierenden« Erklärung im »letzten Wort«<sup>549</sup>) gilt das soeben Gesagte entsprechend.

- 158 **Neue Straftaten**, die der Täter nach der jetzt zur Aburteilung stehenden Straftat begangen hat (zur Rauschtat s. oben Rdn. 124), sollen strafscharfend verwertet werden können,<sup>550</sup> »wenn dadurch nur seine Einstellung zur abzuurteilenden Tat beleuchtet wird«.<sup>551</sup> Darauf, ob die neue Straftat bereits (rechtskräftig) abgeurteilt ist, kommt es hier so viel und so wenig an<sup>552</sup> wie für den Aussetzungswiderruf bei einem »Bewährungsbruch« (s. dazu § 56f Rdn. 10 ff.). Der zur Aburteilung der durch ihn selbst festgestellten Tat aufgerufene Richter tut aber immer besser daran, die Bewertung der noch nicht förmlich feststehenden Umstände hinsichtlich der ande-

535 S. BGH NStZ-RR 2005, 168 (169).

536 Vgl. BGH NStZ 2003, 199.

537 Dazu allgemein *Sickor* Das Geständnis (2014). Die Bezüge zu den Strafzwecken herstellend *Hönig* Strafmildernde Wirkung (2004), S. 113 ff.

538 S. dazu zunächst *Dencker* ZStW 102 (1990), 51 ff.; *Kunz* (2011), 135 (145); vgl. bereits *Wimmer* ZStW 50 (1930), 538 (542). Weitere Nachweise bei *Hönig* Strafmildernde Wirkung (2004), S. 68 ff.

539 *Meier* GA 2015, 443 (447); *Heghmanns* Festschrift Dencker (2012), 155 (167 f.); weitere Nachweise bei *Kunz* (2011), 135 (145 f.).

540 Dazu *Kunz* (2011), 135 (145 ff.).

541 So im Ergebnis auch BGH NStZ-RR 2014, 10. S. auch *Kunz* (2011), 135 (147 f.).

542 BGH NStZ-RR 2014, 106; anders wohl BGH NStZ-RR 2014, 10.

543 *Meier* GA 2015, 443 (450).

544 *Meier* GA 2015, 443 (451). Kritisch *Kunz* (2011), 135 (148).

545 Vgl. *Dölling* Festschrift Frisch (2013), 1181 (1186). Zweifelhafte BGHSt 43, 195 (209); BGH NStZ 2014, 169.

546 So auch *Heghmanns* Festschrift Dencker (2012), 155 (159). Anders *Dölling* Festschrift Frisch (2013), 1181 (1187); *Kunz* (2011), 135 (146 f.).

547 Wie BGHSt 43, 195 (209) und BGH NStZ 2014, 169 zeigen.

548 Vgl. OLG Jena NStZ-RR 2014, 204.

549 Vgl. *Salditt* Festschrift Samson (2010), 699 (701).

550 Zur strafscharfenden Verwertung des Vortäuschens mehrerer Suizidversuche s. BGH StV 1988, 340.

551 BGH NStZ-RR 2010, 8; OLG Schleswig MDR 1976, 1036; vgl. auch BGH bei *Theune* NStZ 1986, 153 (158).

552 Vgl. aber BGHSt 34, 209 (210) mit Anmerkung *Vögler* NStZ 1987, 127; ferner OLG Saarbrücken JR 1975, 468 mit Anmerkung *Zipf*; *Haberstroh* NStZ 1984, 292.

ren Tat seinem (zuständigen) Nachfolger zu überlassen, der dann seinerseits zu einer (dann völlig korrekten) »Gesamtschau« Gelegenheit nehmen wird – wenn er kann (und nicht freispricht oder einstellt).

Auch **positive Umstände**, die nach der Tat eintreten,<sup>553</sup> können zwar nicht zu einer nachträglichen Verminderung des verschuldeten Unrechts führen, wohl aber Indizien sein für geringere kriminelle Energie (dazu oben Rdn. 135) bei Begehung der Tat, und bedeutsame Kriterien für eine **jetzt günstige Prognose**, die sich auf die **Wahl der Strafart** auswirken wird. – Zu denken ist hier aber auch und vor allem daran, dass Nachtatumstände, die den Täter belasten, sich als eine Art »**vorwegverbüßte**« **Strafe** erkennen lassen und deshalb eine entsprechende Reduktion der schuldangemessenen Strafe rechtfertigen können (s. dazu unten Rdn. 161 ff. und 169).

### III. Besondere Umstände mit Relevanz für die Senkung der Strafe

In den letzten Jahren haben sich in der Rechtsprechung einzelne Fallgruppen herausgeschält, die sich dadurch auszeichnen, dass bestimmte Umstände für die Senkung der Höhe der zunächst an der Schuldangemessenheit ausgerichteten Strafe verwertet werden, obwohl sie mit dem verschuldeten Unrecht der begangenen Tat nur ganz entfernt oder gar nichts zu tun haben.<sup>554</sup> Diese Umstände lassen sich in **zwei Gruppen** einteilen: Sie stellen sich einmal dar als **Straftat-Folgen, die den Täter selbst treffen** in einer Weise, dass man sagen kann, sie wirken auf diesen wie eine Art Strafe (Rdn. 161 ff.). Das die andere Gruppe verbindende Element dürfte sich darin finden lassen, dass bestimmte **Fehler, die der Justiz bei der Verfolgung der Straftat anzulasten sind**, dem Delinquenten (auch) bei der Festsetzung der Strafhöhe »gutgeschrieben« werden (Rdn. 170 ff.).

#### 1. Straf»ersatz« (»Härteausgleich«)

Die Tendenz der Rechtsprechung geht dahin, bei der Einschätzung der »angemessenen« Antwort auf die Straftat nicht allein die Strafe selbst, sondern auch **weitere Straftatfolgen** für den Täter zu berücksichtigen. Diese Gesamtbetrachtung<sup>555</sup> (**die Summe aller Nachteile muss schuldadäquat sein**) hat ihren gesetzlichen Anknüpfungspunkt nicht nur in § 46 Abs. 1 Satz 2 (»Wirkungen der Strafe«),<sup>556</sup> sondern auch in § 60 und vollzieht sich methodisch dergestalt, dass von der zunächst (gedanklich) in der Höhe der Schuldangemessenheit bestimmten Strafe (Rdn. 34) hernach ein gewisser, nämlich jener Teil abgezogen (also wie Untersuchungshaft gemäß § 51 auf die schuldangemessene Strafe »angerechnet«)<sup>557</sup> wird, der in etwa dem vom Täter bereits erlittenen oder erst noch in Zukunft zu erduldenen Straf-Surrogat entspricht. – Im Einzelnen:

553 Zur straflosen Lebensführung s. OLG Düsseldorf StV 1993, 310 (311); zum Geständnis vgl. aber unten Rdn. 182; s. ferner *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 679 mit weiteren Nachweisen; zur Wiedergutmachung des angerichteten Schadens s. Rdn. 169; s. ferner § 46a; zur Mitwirkung bei der Verbrechensaufklärung s. Rdn. 181; zur Teilnahme an einem Nachschulungskurs für Alkohol- Mehrfachtäter s. AG Homburg BA 1984, 187 mit Anmerkung *Zabel*.

554 S. dazu *Frisch* (1993), S. 15.

555 S. dazu *Schäfer* (1989), S. 400; *Térhorst* JR 1989, 184.

556 Dazu *Streng* Festschrift Jung (2007), 959 (960 f.).

557 Vgl. *Schäfer* (1989), S. 402.



### a. Disziplinarische Folgen

- 162 Die Rechtsprechung<sup>558</sup> ist sich seit längerer Zeit einig darin, dass zwingend vorgeschriebene beamtenrechtliche Folgen<sup>559</sup> oder soldatenrechtliche Nachteile,<sup>560</sup> die sich aus der Bestrafung ergeben, bei der Strafhöhenfestsetzung berücksichtigt werden müssen;<sup>561</sup> sie sollen etwa auch den Sonderrahmen für einen minder schweren Fall (oben Rdn. 70) begründen können.<sup>562</sup> Aber auch Maßnahmen, die nicht zwingend vorgeschrieben, sondern nur eine mögliche Konsequenz von Straftat und Bestrafung sind, sollen zum Anlass für eine Strafmilderung genommen werden können.<sup>563</sup> – Gegen diese Tendenzen der Rechtsprechung sind – auch bei Beachtung des Absatzes 1 Satz 2 – mit Recht schwerwiegende Einwände vorgetragen worden:<sup>564</sup> Zunächst ist überhaupt nicht einzusehen, warum die Strafhöhe ohne Rücksicht darauf festgesetzt werden muss, ob die Strafe vollstreckt oder zur Bewährung ausgesetzt wird (oben Rdn. 3, Rdn. 36), hingegen abhängig sein soll von disziplinarischen, also nur mittelbaren Straftatkonsequenzen; es kann nicht richtig sein, dass ein auf 11 Monate Freiheitsstrafe lautendes Urteil der Aufhebung verfällt, wenn es allein damit begründet wird, dem Angeklagten habe »die Rechtswohlthat der Strafaussetzung zur Bewährung verschafft«<sup>565</sup> werden sollen, jedoch unbeanstandet bleibt, wenn die gleiche Strafe mit dem Bestreben begründet wird, dem Beamten den Verlust der Beamtenrechte nach § 24 BeamStG zu ersparen.<sup>566</sup> Zu bedenken ist des Weiteren, dass die strafrichterliche Vorwegberücksichtigung der (vorgeschriebenen oder erwarteten) Disziplinarfolge **den Delinquenten doppelt begünstigen** kann: die (schuldangemessene!) Strafe wird gesenkt, damit die (schwere) disziplinarische Konsequenz ausbleiben kann. Endlich ist nach der Kompetenz des Strafrichters zu fragen, Regelungen des Beamtenrechts, die schließlich auch vom Gesetzgeber gewollt gewesen sind und ihren Sinn haben mögen, »zu entschärfen oder gar auszuhebeln«.<sup>567</sup>

### b. Andere Nachteile

- 163 Es liegt auf der Hand, dass für die Berücksichtigung anderer Nachteile, die dem (nichtbeamteten) Täter **unmittelbar aus seiner Tat oder mittelbar durch die Bestrafung** erwachsen<sup>568</sup>, jedenfalls im Prinzip nichts anderes gelten kann. Die **Gesamtheit aller den Täter belastenden Straftatfolgen muss dem Unrechts- und Schuldgewicht der Tat entsprechen**;<sup>569</sup>

558 Ausführliche Nachweise der älteren Rechtsprechung bei *Horn* sLSK § 46 Rn. 2.

559 Vgl. BGH NStZ 1985, 215; BGH NStZ 2006, 393; BGH NStZ-RR 2010, 39.

560 BGHSt 32, 79; s. auch BGH StV 1985, 454 (455).

561 BGH NStZ 1982, 507; BGH NStZ 2006, 393 (394); BGH NStZ-RR 2010, 39.

562 BGHSt 35, 148 (149 f.) mit Besprechung *Bruns* JZ 1988, 466 (467) und *Streng* NStZ 1988, 485; kritisch *Lackner/Kühl*<sup>28</sup> § 46 Rn. 9.

563 BGH wistra 1982, 225.

564 *Bruns* JZ 1988, 466 (467); *Streng* NStZ 1988, 485; zurückhaltend aber *Müller-Dietz* (1992), S. 429, *Terhorst* JR 1989, 186.

565 BGHSt 29, 319 (321 f.).

566 Vgl. jedoch BGH StV 1987, 63.

567 *Streng* NStZ 1988, 485 (487).

568 Arbeitsplatzverlust (OLG Frankfurt StV 1994, 131 [132]; s. aber *Terhorst* JR 1989, 184 [187]), Amts- oder Mandatsverlust nach § 45 (dazu *Nelles* JZ 1991, 17 [20]), Gehalts-, Gewinn-, Statureinbußen (zum Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft s. BGH NStZ 1987, 550; zum Apotheker s. BGH StV 1991, 157; zum Steuerberater s. BGH StV 1987, 529, wistra 1991, 300); Verlust der Gesundheit oder von Sachwerten bei Verkehrsunfällen oder Brandstiftung (vgl. § 60 Rdn. 9); Vollstreckungswiderruf in anderer Sache (BayObLG StV 1987, 537); Auslandsverurteilung wegen derselben Sache (BGH StV 1986, 292); Vorverurteilung durch die Presse (BGH StV 1990, 65); Verlust der Abfindung wegen unehrenhafter Entlassung aus der Bundeswehr (BGH StV 1991, 106 [107]).

569 Vgl. BGH NStZ 1983, 408.

die schuldadäquate Strafe muss unter diesem Aspekt reduziert (von ihr kann sogar unter den Voraussetzungen der §§ 46a oder 60 abgesehen) werden. Dass sich der Täter diese Folgen »schließlich selbst zuzuschreiben«<sup>570</sup> oder bei seiner Tat mit ihnen habe rechnen müssen, wäre kein durchschlagendes Argument gegen die (strafhöhensenkende) Mitverwertung solcher Umstände.<sup>571</sup> – Der Umstand allein, dass **Untersuchungshaft** erlitten worden ist, vermag sich auf die Strafhöhe nicht auszuwirken, da insoweit eine gesetzliche Anrechnung zu erfolgen hat;<sup>572</sup> durchaus berücksichtigungsfähig mögen aber besondere beschwerende Auswirkungen dieser Freiheitsentziehung auf den Beschuldigten sein.<sup>573</sup>

Eine Absenkung der schuldangemessenen Strafe auch unter das an sich gebotene (oben Rdn. 22) Mindestmaß (oder die Annahme eines minder schweren Falles) ist von der Rechtsprechung erwogen oder angenommen worden auch in Fällen, in denen bestimmte täterspezifische Umstände erwarten ließen, dass sonst die **Wirkung der Strafe überdurchschnittlich verstärkt** werden würde; hier findet sich verallgemeinert der Gedanke wieder, der auch das Ermessen bei der Anrechnung ausländischer Freiheitsentziehungen gem. § 51 Abs. 4 S. 2 (s. § 51 Rdn. 28) bestimmen muss, das Asperationsprinzip bei der Gesamtstrafe trägt und unter dem Aspekt »**Opfergleichheit**« zur Einführung des Tagessatzsystems bei der Geldstrafe geführt hat (§ 40 Rdn. 2). Als Umstände dieser Art, die – als »Härteausgleich« – vor allem das Maß der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe reduzieren sollen, also nur zusammen mit dieser, nämlich als Gesamtreaktion, als Ausdruck des verschuldeten Unrechts gelten können, sind vor allem solche ins Auge gefasst worden, die auch mit Begriffen wie Strafempfindlichkeit (vgl. auch oben Rdn. 142) und Strafempfänglichkeit<sup>574</sup> umschrieben werden: **Haftpsychose**, verkürzte Lebenserwartung<sup>575</sup> wegen **hohen Alters** oder **schwerer Krankheit**, **Kommunikationsschwierigkeiten** bei Ausländern, generell **Erstverübter**.<sup>576</sup>

Aus den gleichen Gründen ist der Richter auch verpflichtet, **zusätzliche Sanktionen**, die er selbst **neben der eigentlichen Strafe** verhängt, aufeinander abzustimmen, was oft zu einer Senkung der dann – isoliert gesehen – etwaig nicht mehr schuldangemessenen Strafe führen wird (zur Verhängung von Freiheits- und Geldstrafen nach § 41 s. § 41 Rdn. 4). So ist die Belastung des Täters durch Nebenstrafen,<sup>577</sup> Einziehung (vgl. § 74b Rdn. 3),<sup>578</sup> Berufsverbot, Entziehung der Fahrerlaubnis<sup>579</sup> immer sub specie »Härteausgleich« mit zu berücksichtigen, in der Regel auch jene, die in der Nichterstattung erbrachter Leistungen nach § 56f Abs. 3 Satz 1 zu sehen ist, sofern die Vollstreckungsaussetzung wegen nachträglicher Gesamtstrafenbildung wegfällt,<sup>580</sup> oder die sich daraus ergibt, dass eine »erlassreife« Bewährungsstrafe nachträglich in eine dann nicht mehr aussetzbare Gesamtstrafe einbezogen wird.<sup>581</sup> – Ob das gleiche (Strafhöhensenkung) auch bei gleichzeitig verhängten freiheitsentziehenden Maßregeln jedenfalls dann gilt, wenn bereits der Tatrichter gem. § 67 Abs. 2 den Vorwegvollzug der Strafe anordnet<sup>582</sup> oder sich eine entsprechende nachträgliche Entscheidung nach § 67 Abs. 3 schon zum Urteilszeitpunkt ab-

570 S. dazu *Streng* Festschrift Jung (2007), 959 (965 ff.).

571 BGH StV 1991, 107.

572 BGH StV 2006, 630; BGH NStZ-RR 2014, 106; BGH NStZ-RR 2015, 170.

573 BGH NStZ-RR 2014, 106; BGH NStZ-RR 2015, 170; vgl. BGH NStZ 2012, 147.

574 S. dazu *Henkel* Festschrift Lange (1976), 179.

575 Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 105.

576 S. ferner *Müller-Dietz* Festschrift Spindel (1992), 413 (422 f.); *Schäfer* Festschrift Tröndle (1989), 395 (398); *Streng* JZ 1993, 109 (115), jeweils mit weiteren Nachweisen.

577 Zum Fahrverbot s. OLG Düsseldorf StV 1993, 310 (311); vgl. aber § 44 Rdn. 8.

578 BGH StV 1994, 76; BGH StV 2011, 726; BGH NStZ-RR 2012, 169.

579 Krit. *Bruns* (1985), S. 87 mit weiteren Nachweisen.

580 BGHSt 33, 326 (326 f.) mit Anmerkung *Stree* NStZ 1986, 162 und *Frank* JR 1986, 377; s. aber BGHSt 36, 378 mit Anmerkung *Weber* NStZ 1991, 34 (dazu Rdn. 168).

581 BGH NStZ 1993, 235.

582 So BGH StV 1985, 10 (11), BGH StV 1994, 80 (LS).

zeichnet,<sup>583</sup> und ob anders zu entscheiden ist, wenn die Unterbringungsvollstreckung sofort zur Bewährung ausgesetzt wird (§ 67b), ist jedoch nicht zweifelsfrei.<sup>584</sup> Denn einmal wären damit krasse Ungerechtigkeiten programmiert: zum Vorteil des Angeklagten, wenn es zu der vom Tatrichter für eine Strafenkung verwerteten Zusatzbelastung durch die Vollstreckung der Unterbringung tatsächlich nicht kommt (s. § 67c Abs. 1), zum Nachteil des Delinquenten, wenn die ihm vom Tatrichter gewährte (und deshalb für die Strafhöhenfestsetzung unberücksichtigt gebliebene) Unterbringungsaussetzung nach § 67g widerrufen wird. Zum anderen drängt sich die Notwendigkeit eines Härteausgleichs hier deshalb nicht so sehr auf,<sup>585</sup> weil und soweit der zusätzliche Belastungseffekt durch den Unterbringungsvollzug sowohl aus andersartigen Gründen (Sicherung, Therapie) in Kauf genommen wird als auch seinerseits über den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nachträglich (vgl. § 67d R.dn. 22) begrenzt werden kann und muss.<sup>586</sup>

- 166 Etwaig ausgleichende Nachteile der vorgenannten Art können auch dadurch erwachsen, dass der Täter durch die Tat **persönliche, wirtschaftliche oder berufliche Einbußen** erleiden hat, die **über das gewöhnliche Maß** hinausgehen (vgl. § 60), sich gar als »vorweggenommene Bestrafung« (»poena naturalis«)<sup>588</sup> zeigen mögen.<sup>589</sup> Typische Folgen – wie die Trennung von der Familie,<sup>590</sup> aufenthaltsrechtliche Auswirkungen<sup>591</sup> oder der Verlust des Arbeitsplatzes durch Haftverbüßung – haben grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben.<sup>592</sup>

### c. Unmögliche Gesamtstrafenbildung

- 167 Der dem § 55 zugrunde liegende Gedanke, wonach der Täter möglichst so gestellt werden soll, wie wenn er wegen verschiedener Straftaten zu verschiedenen Strafen in einer einzigen Hauptverhandlung verurteilt worden wäre (mit der Folge des »Strafabatts« aus § 54), ist so stark, dass die Rechtsprechung ihm selbst dann Geltung verschaffen will, wenn die Voraussetzungen für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach § 55 nicht mehr vorliegen. So wird es als Härte empfunden, dass die bei der Bemessung der Strafe für die frühere, jetzt zur Aburteilung anstehende Tat mildernd berücksichtigt werden muss, wenn eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung nur daran scheitert, dass die Strafen für die späteren, aber abgeurteilten Taten bereits verbüßt sind,<sup>593</sup> wenn sich frühere nachträgliche Gesamtstrafenbildungen als rechtsfehlerhaft, aber nicht mehr korrigierbar erweisen<sup>594</sup> oder eine zu Unrecht unterbliebene Gesamtstrafenbildung nicht mehr nachgeholt werden kann.<sup>595</sup> Eine Strafmilderung scheidet hingegen immer aus, wenn es an den Voraussetzungen für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung überhaupt fehlt etwa, weil die neue Tat (etwa der »Bewährungsbruch«) erst nach Verurteilung wegen der früheren Tat begangen worden ist. Sie soll ferner auch dann nicht in Frage kommen, wenn eine

583 Vgl. *Theune* StV 1985, 162 (163).

584 Unentschieden *Terhorst* JR 1989, 184 (186).

585 Zur Sicherungsverwahrung s. BGHSt 24, 132.

586 Zur sog. »Organisationshaft« s. BVerfG StV 1997, 476 f.

587 Im Grundsatz ablehnend *Streng* JR 2006, 257 (258). Vgl. aber BGH StV 2010, 479.

588 Eingehend *Streng* Festschrift Jung (2007), 959 (962 ff.).

589 Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 343. Vgl. demgegenüber den Fall BGH JR 2006, 256 (257) mit eingehender Anmerkung *Streng*.

590 BGH NStZ 2011, 100.

591 BGH NStZ 2002, 196; BGH NStZ 2012, 147.

592 S. dazu den von *Streng* zitierten »Juristenwitz«, in dem der jugendliche Elternmörder in seinem »letzten Wort« vom Gericht deswegen eine milde Strafe erbittet, weil er Vollwaise sei (Festschrift Jung [2007], 955).

593 BGH StV 1981, 235; BGHSt 31, 102 mit Anmerkungen *Loos* NStZ 1983, 260 und *Vogt* JR 1983, 250; zur vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafe s. BGH NStZ 1990, 436.

594 LG Koblenz NStZ 1981, 392.

595 OLG Schleswig MDR 1981, 866.

nachträgliche Gesamtstrafenbildung daran scheitert, dass die frühere Strafe erlassen ist.<sup>596</sup> – Demgegenüber ist eine ausländische Vorverurteilung, die nach inländischen Maßstäben »gesamtstrafenfähig« wäre, entsprechend zu berücksichtigen.<sup>597</sup>

Der »Härteausgleich« geschieht in der Weise,<sup>598</sup> dass die erbrachte Leistung nicht bei der Bemessung der Gesamtstrafe (»Strafzumessungs-Lösung«) zu berücksichtigen, sondern auf die (ohne Rücksicht auf die erbrachten Geldleistungen festgesetzte) Gesamtstrafe entspr. den §§ 56f Abs. 3 S. 2, 58 Abs. 2 S. 2 »anzurechnen« ist (»**Strafvollstreckungs-Lösung**«). Dabei kann notfalls auch die Untergrenze des § 54 Abs. 1 S. 2 unterschritten<sup>599</sup> und muss die Höchstgrenze des § 54 Abs. 2 S. 2 beachtet<sup>600</sup> werden.<sup>601</sup> 168

#### d. »Tätige Reue«

Neuere empirische Untersuchungen<sup>602</sup> zeigen, dass die Bevölkerung bei minder schweren Delikten durchaus geneigt ist, auch gewisse, nicht spezifisch strafrechtliche, Aktivitäten des Delinquenten sogar als alleinige »Sanktion« zu akzeptieren. Dass auch dem Staat die Bestrafung alles Strafbaren im Einzelfall keineswegs unabdingbar erscheint, ergibt sich aus § 153a StPO und der heute geradezu massenhaften Anwendung der Vorschrift. Daraus lässt sich ableiten, das **jede Form tätiger Reue** (Hilfeleistung nach Gewalttat, Widerruf einer Beleidigung, Rückgabe der Tatbeute; aber auch Selbstanzeige [bei Steuerdelikten], Nachschulung [bei Verkehrsstraftaten], Therapiebereitschaft<sup>603</sup> [bei Drogen- oder Sexualdelikten]) durch den Täter jedenfalls einen Teil der schuldangemessenen Strafe (nämlich jenen, der sich als Antwort auf das vom Täter schuldhaft verursachte »Erfolgsunrecht« verstehen lässt) ersetzen kann, wenn und soweit man es sub specie Strafhöhenzumessung für einen zulässigen Gesichtspunkt hält, dass das allgemeine Rechtsbewusstsein sich angesichts dieses Täterverhaltens beruhigt und den Konflikt zwischen Täter und Opfer bzw. Gesellschaft insoweit als erledigt ansieht. Erwägungen dieser Art haben den Gesetzgeber dazu veranlasst, für die **Schadenswiedergutmachung** in § 46a die Möglichkeit schon einer Straffrahemilderung oder gar des Absehens von Strafe vorzusehen. 169

#### 2. Straf»rabatt«

Die Rechtsprechung hat verschiedentlich dem Bedürfnis Ausdruck gegeben, **Fehler der Justiz**, die im Zusammenhang mit der Begehung, Verfolgung oder Aburteilung einer Straftat vorgekommen sind,<sup>604</sup> dem Delinquenten schon bei der Festsetzung der Strafhöhe zugute zu halten, und zwar durch Senkung der Strafe unter das schuldangemessene Maß. Wie bei der überlangen Verfahrensdauer<sup>605</sup> geht die Tendenz inzwischen auch im Übrigen zu einer Vollstreckungslösung.<sup>606</sup> – Nur noch ganz entfernt hat die Strafhöhenzumessung mit Unrecht und 170

596 BGH NStZ 1983, 261.

597 BGH StV 2010, 238 (239).

598 BGHSt 36, 378 mit Anmerkung *Weber* NStZ 1991, 34.

599 BGHSt 31, 102 mit Anmerkungen *Loos* NStZ 1983, 260 und *Vogt* JR 1983, 250.

600 BGHSt 33, 131.

601 S. ferner BGH NStZ 1988, 494 mit Anmerkungen *Bringewat* JR 1989, 247.

602 *Frehsee* Schadenswiedergutmachung (1987); *Sessar* Festschrift Leferenz (1983), 145 (153 f.).

603 Vgl. aber OLG Düsseldorf NStZ-RR 2011, 40.

604 Zu einem Fall der »Anrechnung« einer unrichtigen Verurteilung s. BGH StV 1988, 53 ff.; zum Ausgleich der Verletzung der Menschenrechtskonvention s. BGH NStZ 1989, 526. S. auch BGH NStZ-RR 2009, 167.

605 Hieran knüpft BGHSt 52, 48 (57) ausdrücklich an.

606 Beispielfall BGHSt 52, 48 (56 ff.) bei einem Verstoß gegen Art. 36 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK).

Schuld zu tun im Steuerstrafrecht<sup>607</sup> sowie dort, wo der Staat den Straftäter für seine Zwecke einsetzt und belohnt (unten Rdn. 181): **hier wird Strafe zu Spielgeld.**<sup>608</sup>

### a. Vereidigungsfehler

- 171 Das Eingeständnis einer Art »mitwirkenden Verschuldens« (vgl. oben Rdn. 116) des Staates<sup>609</sup> kommt zum Ausdruck, wenn die Rechtsprechung etwa einen Meineid als minder schweren Fall (s. dazu oben Rdn. 70) erkennen oder jedenfalls die Meineidsstrafe (u.U. unter das schuldangemessene Maß) senken will, sofern das Vereidigungsverbot verletzt,<sup>610</sup> die Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO<sup>611</sup> bzw. nach § 284 Nr. 2 ZPO unterblieben<sup>612</sup> oder in Unkenntnis des Eidesverweigerungsrechts nach § 63 StPO<sup>613</sup> geschworen worden ist. Auf die Vermeidbarkeit dieses Fehlers kommt es dabei nicht an.<sup>614</sup>

### b. Überlange Verfahrensdauer

- 172 In den Fällen einer »außerordentlich langen«,<sup>615</sup> also bei einem »über Jahre gehenden Zeitraum zwischen Begehung der Tat und ihrer Aburteilung«,<sup>616</sup> oder einer »überlangen rechtsstaatswidrigen«<sup>617</sup> Verfahrensdauer,<sup>618</sup> kommt – wenn auch nur »in ganz außergewöhnlichen Sonderfällen«<sup>619</sup> – ein Verfahrensabbruch (»aus der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK<sup>620</sup> in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgrundsatz folgendes Verbot einer weiteren Strafverfolgung«)<sup>621</sup> in Frage.<sup>622</sup>
- 173 Im Übrigen wird dort in erster Linie – und zwar vor allem dann, wenn sich der Angeklagte in der Zwischenzeit straffrei verhalten hat – daran zu denken sein, diesen Umstand als wesentliches Element für eine günstige Prognose<sup>623</sup> und damit für die Entscheidung über Strafart und

607 Hier gilt (*Schöch* Strafverfolgung und Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung, in: Politische Kriminalität und Wirtschaftskriminalität [1984], 277 ff., 288) »der ökonomische Grundsatz, dass man eine Kuh nicht schlachtet, solange der Milchertrag höher ist als die Schlachtpremie«. S. aber auch die Kanalisierungsbemühungen von *Meine* Die Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (1990).

608 Vgl. *Kutzner* StV 2002, 277 (280).

609 *Bruns* JR 1981, 249.

610 BGH StV 1988, 427; OLG Hamm NSStZ 1984, 551.

611 BGH StV 1986, 341.

612 BGH NSStZ 1984, 134.

613 AG Köln MDR 1983, 864 (LS).

614 BGH StV 1987, 195.

615 BGH StV 1983, 502.

616 BGH StV 1983, 103.

617 BVerfG StV 1984, 97 (98). Vgl. auch *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (174 ff.); *Broß* StraFo 2009, 10.

618 S. zunächst den Überblick der Rechtsprechung zur Verletzung des Beschleunigungsgebots bei *Maier/Percic* NSStZ-RR 2009, 297 ff. und 329 ff.; *Trurnit/Schroth* StraFo 2005, 358 (362 f.). S. dazu allgemein *AnwK<sup>2</sup>/Seebode* § 46 Rn. 97 ff. und zum Begriff *Imme Roxin* Festschrift Volk (2009), 617 (617 f.).

619 BGHSt 46, 159 (171).

620 Die Grundlagen des Beschleunigungsgrundsatzes zusammenfassend *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

621 BGHSt 46, 159 (171).

622 BGHSt 35, 137 (140); OLG Stuttgart JR 1994, 81 mit Anmerkung *Meurer*. Weitere Nachweise bei *Imme Roxin* Festschrift Volk (2009), 617 (622 f.); *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (187 ff.).

623 Nicht aber: Bejahung »besonderer Umstände« im Sinne des § 59 (BGHSt 27, 274 (275)); s. aber BGH StV 1995, 19.

Strafvollstreckung zu verwerten,<sup>624</sup> wo dem Gericht entsprechende Wahlmöglichkeiten an die Hand gegeben sind.

Hierüber hinaus ist – weitestgehend<sup>625</sup> – anerkannt, dass ein entsprechender rechtsstaatswidriger Verstoß gegen das Gebot zügiger Verfahrenserledigung **einen Ausgleich verlangt**. Wie dieser in das System einzuordnen ist bzw. zu erfolgen hat, ist seit langem Gegenstand kontroverser Diskussionen.<sup>626</sup> Die frühere Rechtsprechung hat eine Kompensation über einen bezifferten Abschlag auf die an sich verwirkte Strafe gesucht, also die Höhe der Strafe<sup>627</sup> modifiziert, und zwar auch – obwohl systemwidrig (s. oben Rdn. 3) – mit Blick auf deren Vollstreckungsaussetzungsfähigkeit<sup>628</sup> und zudem überall dort, wo eine Entscheidung über die Strafraumwahl stattzufinden hat.<sup>629</sup> Tragend war hierbei weniger der Gedanke der Quasi-Strafwirkung der langen Verfahrensdauer<sup>630</sup> als jener, dass der staatliche Strafanspruch in gewisser Weise »teilverwirkt« ist, nämlich deshalb, weil (und dann, wenn) »eine dem Rechtsstaatsgebot widerstrebende Verzögerung vorliegt.«<sup>631</sup>

Die jüngere – in der Wissenschaft überwiegend positiv aufgenommene<sup>632</sup> – Rechtsprechung (BGHSt [GS] 52, 127)<sup>633</sup> hat diesem viele Jahre praktizierten »Modell«<sup>634</sup> eine Absage erteilt.<sup>635</sup> Der gebotene Ausgleich hat nunmehr im Sinne einer »Vollstreckungslösung« zu erfolgen,<sup>636</sup> nach der nicht die Strafhöhe gemindert wird, sondern in der Urteilsformel auszusprechen ist, dass »zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.«<sup>637</sup> Die Strafzumessungsentscheidung hat hernach im Groben folgenden Grundsätzen zu folgen:<sup>638</sup>

Allem voran sind – wie auch bei der »Strafzumessungslösung« vertraut – Art, Ausmaß und Ursachen der Verzögerung zu ermitteln und festzustellen.<sup>639</sup> Zu berücksichtigen<sup>640</sup> sind dabei

624 Zu den einzelnen Rechtsfolgen (Freispruch, Einstellung, Strafmilderung, Entschädigung) s. ausführlich *Scheffler* (1991), S. 131, *Imme Roxin* (1988), S. 268.

625 Nachweise zum Schrifttum bei *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (181 ff.).

626 Mit weiteren Nachweisen zusammenfassend *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (177 ff.). S. auch *Krehl/Eidam* NStZ 2006, 1 (8 ff.); *Kraatz* JR 2006, 403 (404 ff.) mit einem Vorschlag de lege ferenda (408).

627 Bzw. Gesamtstrafe: BGH NStZ 1987, 232.

628 S. BGH StV 1983, 502; vgl. *Streng* JZ 2008, 979 (982).

629 Beispiele: Strafmilderung (BGH NStZ 1986, 217), Sonderrahmen des minder schweren Falles (s. dazu oben Rdn. 70).

630 Vgl. aber *Kohlmann* Festschrift Pfeiffer (1988), 203 (205).

631 BVerfG StV 1984, 97.

632 Zu Reaktionen s. den Überblick bei *Imme Roxin* Festschrift Volk (2009), 617 (625 ff.).

633 Zur Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (178 ff.).

634 Gründend auf BGHSt 24, 239. Zur Entwicklung s. *Ziegert* StraFo 2008, 321 (322 ff.); zum Begrifflichen (insbesondere zur Bezeichnung »Strafzumessungslösung«) s. *Keiser* GA 2008, 686 (688 f.).

635 Zur Frage der Zuständigkeit des Großen Senats s. eingehend *Ignor/Bertheau* NJW 2008, 2209 (2210 ff.); vgl. zum Verfahren auch *Scheffler* ZIS 2008, 269 (270 ff.). Zu »Altfällen« s. *Pohlitz* Festschrift Rissing-van Saan (2011), 453 (456 ff.).

636 Zu den Einwänden (insbesondere mit Blick auf das Übermaß- und das Resozialisierungsgebot) s. *Keiser* GA 2008, 686 (693 ff., 697 ff.) mit zahlreichen Nachweisen der Diskussion.

637 BGHSt (GS) 52, 124 (127). Zu verfassungsrechtlichen Bedenken der »Vollstreckungslösung« s. *Ignor/Bertheau* NJW 2008, 2209 (2212 f.) mit weiteren Nachweisen.

638 BGHSt (GS) 52, 124 (146 f.).

639 Dazu eingehend und mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (168 ff. und 194 ff.). S. auch *Pohlitz* Festschrift Rissing-van Saan (2011), 453 (461 ff.); *Imme Roxin* Festschrift Volk (2009), 617 (620 f.); *Krehl/Eidam* NStZ 2006, 1 (3 ff.).

640 S. dazu BGH StV 1994, 652; *Imme Roxin* (1988), S. 164; zusammenfassend *Beukelmann* StraFo 2011, 210 (213).

nicht nur der durch die Verzögerung der Justizorgane verursachte Zeitraum der Verfahrensverlängerung, sondern auch die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes<sup>641</sup> sowie das Ausmaß der mit dem Andauern des Verfahrens verbundenen Belastung des Beschuldigten.<sup>642</sup> Der Umstand, dass die lange Verfahrensdauer darauf zurückzuführen ist, dass der Angeklagte die Tat vor der Hauptverhandlung geleugnet hat,<sup>643</sup> darf dabei nicht zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden.<sup>644</sup> Demgegenüber kann eine lange Verfahrensdauer jedenfalls dann keine entsprechende Auswirkungen haben, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung aus sachlich gerechtfertigten Gründen zunächst (teilweise) eingestellt, später aber wieder aufgenommen hat.<sup>645</sup>

- 177 Nachdem die Voraussetzungen einer derartigen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung festgestellt worden ist, ist zu prüfen, ob es eines Ausgleichs (»Entschädigung«)<sup>646</sup> überhaupt bedarf und gegebenenfalls wie hoch er zu beziffern ist.<sup>647</sup> Die höchstrichterliche Vorstellung geht dahin, dass sich die Anrechnung »häufig auf einen eher geringen Bruchteil der Strafe zu beschränken haben (wird)«. <sup>648</sup> Das Maß der Kompensation hat sich am Rechtsgedanken des § 51 Abs. 4 Satz 2 zu orientieren.<sup>649</sup> Bei dieser – schematischen oder pauschalen Erwägungen nicht zugänglichen<sup>650</sup> – Ermessensentscheidung des Gericht ist die Höhe nicht nur am Umfang der Verzögerung, sondern entscheidend an den Auswirkungen auf den Angeklagten zu bemessen.<sup>651</sup> – Eine Reduzierung der Strafe bei einer Verurteilung wegen Mordes dürfte an den Besonderheiten der absoluten Strafdrohung scheitern.<sup>652</sup> Eine Strafhöhenenkung ist von vornherein ausgeschlossen, eine Straffrahmenmilderung über § 49 Abs. 1 ist nicht nur den vertrauten Bedenken gegen die »übergesetzliche« Rechtsfolgenlösung<sup>653</sup> ausgesetzt, sondern widerspricht auch dem Grundgedanken der Vollstreckungslösung. Zu erwägen bleibt, ob eine Anrechnung auf die Mindestverbüßungszeit nach § 57a Abs. 1 Satz 1 sachgerecht ist.<sup>654</sup>
- 178 Die Vollstreckungslösung soll indes nach höchstrichterlichem Verständnis – was durchaus Anlass zu Zweifeln an dieser Konstruktion gibt<sup>655</sup> – nicht dergestalt missverstanden werden, dass die überlange Verfahrensdauer keine Bedeutung für die Strafhöhenummessung mehr hat.<sup>656</sup> So soll sie insoweit Gewicht behalten, als dass mit dem langen Zeitraum zwischen Tat und (rechtskräftigem) Urteil das Strafbedürfnis schon allgemein abnimmt,<sup>657</sup> ohne dass es auf die Gründe für

641 Vgl. etwa BGH wistra 2009, 271; BGH NStZ-RR 2007, 176 (178).

642 Zu Art. 6 EMRK s. *Ulsamer* (1984), S. 373. Vgl. BGH StV 1992, 452 f. mit Anmerkung *Scheffler* StV 1993, 568 ff.; BVerfG StV 1993, 352 ff.

643 S. ferner den Fall BGH NStZ 1992, 229.

644 BGH StV 1983, 103.

645 Vgl. BGH NStZ 2011, 651 zu einer vorläufigen Einstellung nach § 154 Abs. 1 StPO.

646 Zur (alternativen) Möglichkeit eines »Ausgleichs in Geld« s. die neuen §§ 198 ff. GVG sowie eingehend *Volkmer* NStZ 2008, 608 (612 f.); vgl. dazu auch *Scheffler* ZIS 2008, 269 (278) mit weiteren Nachweisen.

647 BGHSt (GS) 52, 124 (146).

648 BGHSt (GS) 52, 124 (147); BGH NStZ-RR 2008, 368.

649 BGHSt (GS) 52, 124 (135).

650 *Pohlitz* Festschrift Rissing-van Saan (2011), 453 (464 ff.) mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

651 BGH NStZ 2009, 287; BGH NStZ 2008, 478.

652 Vgl. BGH NStZ 2006, 680.

653 Diese für Fälle der Verfahrensverzögerung ausdrücklich verwerfend BGH NStZ 2006, 680 (682). S. dazu eingehend und mit weiteren Nachweisen *Reichenbach* NStZ 2009, 120 (122 ff.).

654 BGHSt (GS) 52, 124 (136). S. dazu den Überblick bei *Reichenbach* NStZ 2009, 120 (123 f.) mit weiteren Nachweisen.

655 Vgl. *Heghmanns* ZJS 2008, 197 (202); *Scheffler* ZIS 2008, 269 (274); *Weber* JR 2008, 36; *Ziegert* StraFo 2008, 321 (323 f.).

656 Zur Zulässigkeit sub specie Präventionsgedanke s. *Heghmanns* ZJS 2008, 197 (199 f.).

657 *Scheffler* ZIS 2008, 269 (276).

die Verzögerung ankommt.<sup>658</sup> Hat das Gericht die Strafhöhe wegen der langen Verfahrensdauer gemindert, wird für eine weitere Anrechnung im Sinne einer »Vollstreckungsentschädigung« jedenfalls dann kaum Raum bleiben, wenn die Strafe nicht zu verbüßen ist.<sup>659</sup> Allgemein lässt sich sagen, dass dem Angeklagten die Verfahrensverzögerung nur einmal zugute gebracht werden soll.<sup>660</sup>

Aus der Trennung von Strafhöhen- und Vollstreckungsanrechnungsausspruch wird zu folgern sein, dass nunmehr die Revision wirksam auf die (unterlassene) Kompensationsentscheidung erstreckt werden kann.<sup>661</sup> 179

### c. Der vom polizeilichen Lockspitzel Verleitete

Die in den letzten Jahren insbesondere im Zusammenhang mit Betäubungsmittelsachen gestellte Frage nach der Relevanz des Umstandes, dass der Täter zu seiner Straftat von staatlichen oder polizeilichen Stellen mehr oder minder aggressiv verleitet worden ist,<sup>662</sup> hat noch keine eindeutige Antwort gefunden. Soweit die Anstiftung durch einen polizeilichen Lockspitzel nicht schon und überhaupt zu einer »Verwirkung« des staatlichen Strafanspruchs führt und damit ein Verfahrenshindernis begründet,<sup>663</sup> ist der genannte Umstand grundsätzlich zunächst geeignet, zwar nicht schon das Unrecht der jeweiligen Tatbestandsverwirklichung,<sup>664</sup> wohl aber – jedenfalls sub specie Motivationsfähigkeit – das Maß der entsprechenden Vorwerfbarkeit als gemindert erscheinen zu lassen.<sup>665</sup> Das »schlechte Gewissen« des Staates kann aber offenbar auch die **Festsetzung von Unterschuldstrafe** rechtfertigen.<sup>666</sup> Rechtstechnisch geschieht dies dadurch, dass von einem besonders schweren (Regelbeispiels-)Fall abgesehen,<sup>667</sup> ein minder schwerer Fall – soweit vorgesehen – angenommen,<sup>668</sup> die gesetzliche Mindeststrafe als Geldstrafe im Rahmen einer Verwarnung nach § 59 festgesetzt oder das Verfahren nach den §§ 153, 153a StPO eingestellt wird.<sup>669</sup> Vorausgesetzt hierfür ist, dass sich staatliche Ermittlungsorgane an einer rechtswidrigen 180

658 So ausdrücklich BGHSt (GS) 52, 124 (141 f.). Vgl. BGH NStZ 2011, 651 zu einem Fall einer sachlich gerechtfertigten Verfahrensverzögerung wegen einer Einstellung nach § 154 Abs. 1 StPO mit späterer Wiederaufnahme der Ermittlungen. Kritisch Kraatz JR 2008, 189 (191): »janusköpfiges Monstrum«.

659 BGH NStZ 2012, 470; BGH NStZ-RR 2011, 771; BGH StV 2009, 638 (639); BGH NStZ 2009, 287; BGH NStZ-RR 2009, 339.

660 BGH NStZ-RR 2008, 368 (369).

661 Vgl. Pohlitz Festschrift Rissing-van Saan (2011), 453 (459).

662 Eingehend zu den Voraussetzungen BGH NStZ 2014, 277.

663 S. dazu BGH StV 1985, 309 (310 f.), BGHSt 45, 321 (325) mit Anmerkungen Endriß/Kinzig NStZ 2000, 269, Sinner/Kreutzer StV 2000, 57, Roxin JZ 2000, 363 (369); vgl. auch EGMR StV 1999, 127 ff. mit Anmerkung Kempf und Besprechung Kinzig StV 1999, 288 ff.; beachtliche Vorschläge für eine grundsätzliche, differenzierte Neuorientierung bei Schünemann StV 1985, 424 (429 f.).

664 Vgl. aber BGH StV 1989, 15, BGH NStZ 1992, 488: »geringer Erfolgsunwert«; s. ferner Schäfer/Sander/van Gemmenen Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 849 ff.: Unterfall der »Integrationsprävention«.

665 Vgl. BGH StV 1991, 460; BGH NStZ 2008, 39 (40); BGH NStZ 2010, 504; BGH NStZ-RR 2011, 5; BGH NStZ 2013, 99 (100).

666 BGH StV 1986, 100; BGH StV 1988, 296; s. dazu Bruns MDR 1987, 177, Puppe NStZ 1986, 404; vgl. AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 103, der bei einer unzulässigen Tatprovokation davon ausgeht, dass diese einen so erheblichen Milderungsgrund darstellen kann, dass auf die niedrigste mögliche Sanktion erkannt wird.

667 BGH StV 1983, 20.

668 BGH StV 1985, 272.

669 BGHSt 32, 345 (355) mit Anmerkung Meyer NStZ 1985, 131; ausdrücklich an dieser Strafzumessungslösung festhaltend BGHSt 45, 321 (341); BGHSt 47, 44 (46 f.) mit Anmerkung Weber NStZ 2002, 50. S. auch Bruns StV 1984, 388.



Tatprovokation beteiligt<sup>670</sup> und »diese in Kenntnis der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände zu Nutze gemacht haben«; es genügt schon, dass »sich ein auf bestimmte Tatsachen begründeter Verdacht ihrer Mitverantwortung nicht ausräumen läßt«. <sup>671</sup>

#### d. Der »Aufklärungsgehilfe« nach § 31 BtMG sowie § 46

- 181 Nach Maßgabe der §§ 31 BtMG<sup>672</sup> und § 46b ist eine Ermessensmilderung von Strafrahmen und Strafe nach Maßgabe des § 49 Abs. 2 StGB oder sogar das Absehen von der Verhängung einer Strafe überhaupt möglich, wenn der Täter zur Aufdeckung der Tat »über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus« beigetragen (Nummer 1)<sup>673</sup> oder sein Wissen rechtzeitig einer Dienststelle offenbart hat (Nummer 2). Diese Vorschriften dienen »der Verbesserung der Möglichkeiten der Verfolgung begangener und der Verhinderung geplanter Straftaten«. <sup>674</sup> Sie haben (s. auch § 46b Rdn. 1 ff.) mithin jedenfalls unmittelbar weder etwas mit Unrecht noch mit Schuld hinsichtlich der jeweils in Rede stehenden Tat zu tun. Reduziert man ihren Gehalt auf die Phänomene »Kooperationsbereitschaft« oder »erweitertes Geständnis«, <sup>675</sup> so wird zwar der Weg frei für deren normale Verwertung als Indizien für das Maß der kriminellen Energie des Täters zur Tatzeit (vgl. Rdn. 159). Praxisnäher dürfte allerdings folgende Erkenntnis sein: Sind die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, <sup>676</sup> so stehen die Erwägungen des Richters zur Höhe der (etwa gleichwohl noch festzusetzenden) Strafe angesichts des Zwangs zu einer dubiosen Vermischung des Privilegierungszwecks mit dem Prinzip der schuldangemessenen Strafe **im rechtsfreien Raum**. Sein Augenmerk hat er im Wesentlichen nur darauf zu richten, dass er **den richtigen Strafrahmen** wählt<sup>677</sup> und seine Wahlkriterien im Urteil »erkennen lässt«. <sup>678</sup>

#### e. Absprachen im Strafprozess

- 182 Zu den besonders kontrovers diskutierten vor allem strafprozess-, aber auch sanktionenrechtlichen Themen gehört die Zulässigkeit bzw. der rechtliche Rahmen verfahrensinterner Absprachen über die Prozessgestaltung und die Strafzumessung. <sup>679</sup> Dabei versuchen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung außerhalb (oft schon vor) der Hauptverhandlung eine Verständigung darüber zu erzielen, dass ein bestimmtes prozessuales Entgegenkommen des Angeklagten (Abgabe eines Geständnisses, Verzicht auf etwaige Verfahrensrügen oder aufwendige Beweisanträge, Zusicherung von Rechtsmittelverzicht etc.) mit einer entsprechenden Begrenzung des Verfahrensgegenstandes (auf einzelne Taten, Tatteile oder Gesetzesverletzungen etc.) oder jedenfalls mit besonderer Milde bei der Strafzumessung (Strafrahmen, Strafhöhe, Straftat, Vollstreckungsaussetzung etc.) zu honorieren sei. Nach rechtstatsächlichen Schätzungen soll in mindestens 30 bis 40 % aller Strafverfahren (bei Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafsachen weit häufiger) in dieser oder jener Art »mit der Gerechtigkeit gehandelt« werden (wobei Zahlen zur aktuellen Situation nach Inkrafttreten des § 257c StPO noch fehlen dürften). In rechtsdogmatischer Hinsicht berühren derartige Vereinbarungen zunächst einmal nahezu sämtliche

670 Zur Beteiligung an der Tat eines dazu bereits Entschlossenen s. BGH NStZ 1993, 584.

671 BGH NStZ 1984, 520.

672 S. auch § 98 Abs. 2, § 129 Abs. 6 StGB. Zur Kronzeugenregelung s. § 46b sowie *Behrendt* GA 1991, 337, *Lammer* JZ 1992, 510 ff., *Hoyer* JZ 1994, 233 ff., *Volk* NJW 1996, 879; vgl. ferner BayObLG NStZ 1991, 388, OLG Stuttgart JZ 1992, 537 ff., BGH NStZ 1992, 126.

673 S. dazu *Weider* NStZ 1984, 391, *Hoyer* JZ 1994, 233 (237), jeweils mit weiteren Nachweisen.

674 BGHSt 31, 163 (167).

675 S. dazu auch unten Rdn. 182; ferner *Behrendt* GA 1991, 337.

676 Nachweise der reichhaltigen älteren Rechtsprechung bei *Horn* sLSK § 46 Rn 2 bis 2d.

677 S. dazu BGHSt 33, 92 (93), BayObLG StV 1987, 252; s. ferner *Weider* NStZ 1985, 484; *Frisch* JR 1986, 89; *Bergmann* (1988), S. 224.

678 BGH StV 1984, 206 (207).

679 S. dazu SK StPO<sup>5</sup>/*Paeffgen* § 202a Rn. 1 ff.; BGHSt 38, 102.

**Strafverfahrensgrundsätze** (das Legalitätsprinzip infolge Verfahrensbeschränkung, den Öffentlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz wegen Aushöhlung der Hauptverhandlung, die Untersuchungsmaxime und das in-dubio-pro-reo-Prinzip durch Verabsolutierung des Geständnisses, § 136a StPO mit Rücksicht auf unvermeidbare Nötigungseffekte, die Garantie eines unbefangenen, gesetzlichen Richters wegen der inneren Bindung an die zuvor ausgehandelten Ergebnisse).<sup>680</sup> Aber auch die aus dem materiellen Recht abzuleitenden **Strafzumessungsgrundsätze** können zu einem Opfer der Überlegung werden, welcher Aufwand den abzusehenden Ertrag lohnt. Die Konsequenzen daraus, dass eine solche Einstellung unverhohlen um sich greift, dass also Gesetz und Recht gegenüber ökonomischen oder anderen Zwängen zur quantité négligeable werden, sind kaum abzusehen.<sup>681</sup> Sie müssen nicht stets horribel sein. Wenn ein Gericht<sup>682</sup> das – ausgehandelte – »kooperative Prozessverhalten« des Angeklagten als Indiz für dessen geringere »kriminelle Energie« zur Tatzeit ausgibt (um damit die mindere oder das Fehlen der besonderen Schwere des Falles, also jedenfalls den abgesenkten Strafraum, begründen zu können) oder allein daraus eine günstige Prognose für die Urteilszeit ableitet (um die Voraussetzungen für die – abgesprochene – Geldstrafe oder Vollstreckungsaussetzung darzutun), so mag das zunächst wie eine Farce erscheinen, kann aber auch zu der Erkenntnis führen, dass selbst bei einer generellen (also nicht nur bei der »ausgehandelten«) Reduzierung der Strafhöhen »offenbar keine größeren Verluste bei der Durchsetzung der Strafzwecke« zu befürchten sind.<sup>683</sup>

Angesichts obiger Reibungen und Gefahren sah sich die höchstrichterliche Rechtsprechung 183 aufgerufen, durch das Aufstellen bestimmter Grundsätze für solche Absprachen den Rahmen dafür abzustecken, dass jedenfalls rechtsstaatliche Mindeststandards gewahrt bleiben.<sup>684</sup> Grundlegend waren hierbei die in **BGHSt 43, 195** gezogenen Leitlinien, die in der Folgezeit durch weitere, Einzelfragen betreffende Judikate ergänzt wurden, um schließlich in der sich insbesondere mit dem Rechtsmittelverzicht beschäftigenden Entscheidung des Großen Senats (**BGHSt [GS] 50, 40**)<sup>685</sup> insoweit einen Höhepunkt gefunden zu haben, als sie mit einem geradezu »flammenden« Appell an den Gesetzgeber endet, diese Materie gesetzlich zu regeln.<sup>686</sup> Diesem Auftrag mochte sich letzterer nicht mehr entziehen:<sup>687</sup> Mit dem »Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren« vom 29. Juli 2009<sup>688</sup> hat der wesentliche Inhalt des vorherigen Richterrechts<sup>689</sup> durch Einfügung bzw. Änderung der §§ 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 257c, 267 und 273 in die Strafprozessordnung Gesetzeskraft erlangt.<sup>690</sup> Durch die Schaffung

680 S. dazu die »Richtlinien für Absprachen im Strafverfahren« StV 1992, 347 f., ferner BGH NSStZ 1994, 196 mit Anmerkungen *Krekeler*.

681 S. aber *Böttcher* NSStZ 1993, 375.

682 Vgl. LG Berlin StV 1989, 108.

683 *Nestler-Tremel* StV 1989, 112.

684 S. zunächst den Überblick bei *Widmaier* NJW 2005, 1985 ff.

685 S. dazu die Anmerkungen von *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421 (422) und *Widmaier* NJW 2005, 1985 (1986 f.).

686 BGHSt (GS) 50, 40 (64). S. dazu den Appell von *Fischer* NSStZ 2007, 433 ff., die gesetzliche Regelung eines Abspracheverfahrens in eine Gesamtreform des Strafprozessrechts einzubetten (436).

687 S. die Materialien in BT-Drs. 16/4197 (Gesetzentwurf des Bundesrates), BT-Drs. 16/12310 (Gesetzentwurf der Bundesregierung) und BT-Drs. 16/13095 (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses).

688 BGBl. I S. 2353.

689 Kritisch zum fehlenden eigenen Gestaltungswillen des Gesetzgebers s. *Altenhain/Haimerl* JZ 2010, 327.

690 Kritisch zur Frage, ob es einer gesetzlichen Regelung bedarf bzw. die Gesetz gewordene sachgerecht ist: *Meyer-Goßner* ZRP 2009, 107; *Schünemann* ZRP 2009, 104; *Duttge* Festschrift *Böttcher* (2007), 53; *Meyer* ZStW 119 (2007), 633; *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl* NSStZ 2007, 71; *Meyer-Goßner* NSStZ 2007, 425.

(insbesondere) des § 257c StPO hat sich die Diskussion von der Frage der generellen (verfassungsrechtlichen) Zulässigkeit von Absprachen insbesondere deswegen zu jener der Behandlung von Anwendungsdefiziten<sup>691</sup> und Auslegungsschwierigkeiten<sup>692</sup> verschoben,<sup>693</sup> weil seine Gestaltung verfassungsgerichtlichen Segen (BVerfGE 133, 168)<sup>694</sup> erfahren hat.<sup>695</sup> Schwierigkeiten treten auch dort auf, wo das Gericht auf der Grundlage einer »informellen Verständigung« entscheidet, sich also bewusst außerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegt.<sup>696</sup>

## E. Das Verbot der »Doppelverwertung« (Absatz 3)

- 184 Strafhöhenzumessung betrifft nicht mehr die Erkenntnis, dass die gesetzlichen Bestrafungsvoraussetzungen gegeben, sondern allein, wie ihr Vorliegen zu gewichten, in einem Strafmaß auszudrücken ist. Aber auch bei der Festsetzung der Höhe der Strafe geht das Gericht methodisch ebenso vor wie bei der Feststellung der Delikt voraussetzungen: Er subsumiert die ihm vorliegenden konkreten Fakten einem abstrakten Obersatz. Der für die Strafhöhenzumessung vorgesehene **Obersatz ist** vom Gesetzgeber mit der Beschreibung der Deliktsmerkmale in Verbindung mit dem hierfür vorgesehenen Strafraumen **programmatisch vorgegeben**. Er bedarf – wie jedes »abstrakte« gesetzliche Merkmal – der konkretisierenden Auslegung durch den Richter (vgl. Rdn. 96 ff.). Das Subsumtionsergebnis muss dem im Obersatz enthaltenen gesetzlichen (»gesetzgeberischen«) Willen entsprechen. Der auslegende Rechtsanwender führt diesen Willen nur zu Ende.
- 185 **Absatz 3** beschreibt ein schlichtes **logisches Prinzip**.<sup>697</sup> Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Ausformulierung eines bestimmten Deliktstatbestandes (durch ein Tötungsdelikt wird vorwiegend der Tod eines Menschen verursacht) oder zu dessen – aus einem etwa eingerichteten Sonderstrafrahmen ableitbaren – besonderer Gewichtung (eine Tötung ist »heimtückisch«<sup>698</sup> geschehen) geführt haben, rechtfertigen jede diesem Strafraumen entnommene Strafe – welcher Höhe auch immer. Deshalb können und dürfen sie als solche vom Gericht nicht mehr für die Bestimmung der Höhe der konkreten Strafe verwertet werden.<sup>699</sup> – § 46 Abs. 3 ist bei der Bemessung von **Jugendstrafe** wegen der aus § 18 Abs. 1 JGG fließenden Besonderheiten nicht anwendbar.<sup>700</sup>

691 S. auch die Überblicke der Rechtsprechung bei *Jahn* StV 2011, 497; *Schlothauer* StraFo 2011, 487; *Knauer/Lickleder* NStZ 2012, 366. Vgl. *Fischer* ZRP 2010, 249.

692 S. etwa *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625; *Strate* NStZ 2010, 362; *Fezer* NStZ 2010, 177; *Hettinger* JZ 2011, 292 ff.; *König* NJW 2012, 1915; *Stratenwerth* GA 2013, 111; *Herzog* GA 2014, 688. Vgl. BGH NStZ-RR 2012, 52; BGH NJW 2011, 1526; BGH NStZ 2011, 231; BGH NStZ 2011, 648; BGH NStZ 2010, 650.

693 Treffend *Meyer* NJW 2013, 1850: »Die faktische Kraft des Normativen«.

694 = NJW 2013, 1058 mit Anmerkungen von *Brocke* StraFo 2013, 441; *Hamm* StV 2013, 652; *Knauer* NStZ 2013, 433; *Landau* NStZ 2014, 425; *Meyer* NJW 2013, 1850; *Niemöller* StV 2013, 419 (420); *Weigend* StV 2013, 424. S. darüber hinaus die eingehenden Analysen der Entscheidung von *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662 ff.; *Fischer* Festschrift Kühne (2013), 203; *Kudlich* NStZ 2013, 379.

695 Überblick der höchstrichterlichen Entscheidungen im Anschluss an BVerfGE 133, 168 bei *Schneider* NStZ 2014, 192 und NStZ 2014, 252.

696 S. etwa OLG München NJW 2013, 2371 mit Anmerkung *Kudlich* NJW 2013, 3216.

697 S. auch *Bergmann* (1988), S. 23.

698 Vgl. jedoch für den Fall der Heimtücke AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 113, der keinen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot beim Vertrauensbruch beim Heimtückemord annimmt, da dieser keine zwingende Voraussetzungen hierfür sei (dort: BGH NStZ-RR 2007, 106).

699 Ebenso AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 111 f.

700 BGH NStZ 2007, 522 (523).

Da § 46 lediglich den gerichtlichen Akt der Strafhöhenbemessung,<sup>701</sup> nicht aber diejenigen weiteren Erwägungen betrifft, von welchen abhängt, in welcher Art die (schuldangemessene) Strafe zu verhängen und ob sie zu vollstrecken ist, gilt Absatz 3 auch **nur für Umstände, welche die Festsetzung der Strafhöhe betreffen** (vgl. auch § 50 Rdn. 2). Es ist danach zulässig, ein und denselben Umstand sowohl die konkrete Strafhöhe mitbestimmen zu lassen als auch zu verwerten als Basiselement für Prognoseentscheidungen bei der Strafaussetzung zur Bewährung oder bei der Strafartwahl.<sup>702</sup> 186

### I. Merkmale des gesetzlichen Normaltatbestandes

Es ist verboten, allein das Vorhandensein oder Fehlen von Umständen, die schon bei der Festlegung des Strafrahmens durch den Gesetzgeber als Deliktsmerkmale verwertet worden sind, als ein Argument dafür zu benutzen, dass das verschuldete Tatumrecht im konkreten Falle größer oder geringer sei, die Strafe also anders ausfallen müsse als in anderen Fällen. Unzulässig ist es ferner, eine Erhöhung der konkreten Strafe mit generalpräventiven Intentionen des Gesetzgebers zu begründen; denn auch diese haben sich *grundsätzlich* bereits in der Strafrahmenbestimmung niedergeschlagen.<sup>703</sup> – An der doppelten Verwertung eines gesetzlichen Merkmals **fehlt es** dementsprechend, wo das Gericht den Stellenwert, die »Abstufung« des konkreten Einzelfalles innerhalb des gesetzlich allgemein festgelegten Fallspektrums mit Hilfe von Erwägungen bestimmt, die nicht dadurch verbraucht sind, dass sie schon von Gesetzes wegen (ausdrücklich oder konkludent) eine bestimmte Unrechtshöhe kennzeichnen. Das Gericht verhält sich korrekt, wenn es den allgemeinen – bei der Aufstellung der Voraussetzungen von Tatbestand oder auch Regelbeispiel<sup>704</sup> unternommenen – Vorwertungsakt des Gesetzgebers unter Berücksichtigung besonderer Elemente des konkreten Falles fortsetzt und »verfeinert«.

Die umfangreiche Rechtsprechung<sup>705</sup> zeigt, dass das größte Problem die **Beschreibung des »gesetzlichen Normalbildes«** eines Delikts ist (s. schon oben Rdn. 101). Dabei spielen die tatsächlichen Erwägungen des historischen Gesetzgebers oft eine dubiose und daher die geringste Rolle – die Frage der »Doppelverwertung« ist vielmehr die **Domäne teleologischen Denkens**: Ist die seelische Belastung des Bestohlenen dem Diebstahl,<sup>706</sup> das Streben nach Gewinn dem Betrug,<sup>707</sup> die bewusste Schwangerschaftsgefährdung der Vergewaltigung,<sup>708</sup> die Zerstörung der Familie dem sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen,<sup>709</sup> der mit dem Geburtsvorgang gewöhnlich verbundene besondere Erregungszustand der Kindstötung (nach dem früheren § 217),<sup>710</sup> der »Vernichtungswille«<sup>711</sup> oder die Gewalttätigkeit<sup>712</sup> dem Tötungsdelikt, die Tatinitiative der Anstiftung<sup>713</sup> »eigentümlich«? 188

701 Zur Gesamtstrafe s. Rdn. 194.

702 BGH StV 1985, 234.

703 BGH StV 1983, 14; OLG Köln StV 1992, 233; BGH NStZ-RR 2004, 105 (106); BGH StV 2005, 387; BGH NStZ 2007, 702.

704 BGH NStZ-RR 2004, 262.

705 S. ferner Lackner/Küh<sup>28</sup> § 46 Rn. 45; Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 705 ff.; LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 275; grundlegend Hettinger (1982), S. 153; Timpe (1983), passim.

706 Vgl. BGH MDR 1958, 564 (565).

707 BGH NStZ 1981, 343; vgl. BGH NStZ-RR 2011, 271 zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

708 Vgl. BGH NStZ 1985, 215, aber auch BGHSt 37, 153 (157) mit Anmerkungen Grasmick JZ 1991, 932 (933), Neumann StV 1991, 256, Weßlau StV 1991, 259; s. ferner Hettinger GA 1993, 1 (15).

709 BGH StV 1994, 306.

710 BGH NStZ-RR 2004, 80 (81).

711 BGH StV 2009, 464 (464).

712 BGH StV 1988, 201; BGH StV 1998, 657; BGH StV 2009, 464 (465); BGH NStZ-RR 2012, 169.

713 BGH StV 2002, 190.

## II. Merkmale eines Sonderstrafrahmens

- 189 Der Grund für das Verbot der Verwertung eines strafrahmenbildenden Merkmals für die Strafhöhenfestsetzung (oben Rdn. 185) gilt selbstverständlich auch für Merkmale von **verschobenen Strafrahmen**: Der Umstand, der den Sonderrahmen auslöst, besetzt zunächst einmal jede Stelle des (neuen) Rahmens; er ist deshalb als solcher untauglich zur Begründung einer bestimmten Stelle innerhalb dieses Rahmens.<sup>714</sup>

### 1. Obligatorische Strafrahmenverschiebung

- 190 Dies ist gänzlich unproblematisch dort, wo der Gesetzgeber die Strafrahmenverschiebung angesichts bestimmter Umstände **vorschreibt**,<sup>715</sup> also bei Qualifikations- und Privilegierungstatbeständen, in minder schweren Fällen (s. dazu oben Rdn. 71 und unten Rdn. 193) sowie bei der Beihilfe und in den Fällen des § 28 Abs. 1 (oben Rdn. 73).

### 2. Fakultative Strafrahmenverschiebung

- 191 Unklarheiten zeigen sich aber dort, wo die Strafrahmenverschiebung aufgrund bestimmter Umstände nur **zugelassen**, dem Gericht also nicht vorgeschrieben worden ist.<sup>716</sup> Im Vordergrund des praktischen Interesses stehen dabei der Versuch und die verminderte Schuldfähigkeit sowie die Fälle einer Strafrahmenänderung angesichts eines Regelbeispielsfalles.<sup>717</sup> Dabei kann zunächst überhaupt nicht zweifelhaft sein, dass – wenn das Gericht sich für eine entsprechende Strafrahmenverschiebung entscheidet (s. dazu oben Rdn. 66, 74) – der hierfür ausschlaggebende Gesichtspunkt als solcher wiederum nicht auch noch als Argument für eine bestimmte Strafhöhe innerhalb dieses neuen Strafrahmens herangezogen werden kann (also nicht: weil Einbruch, deshalb hohe Strafe aus § 243; oder: weil keine Vollendung, deshalb geringe Strafe aus dem Versuchsrahmen). **Zulässig ist hier nur, was auch sonst zulässig ist** (oben Rdn. 187): konkrete Erscheinungsformen des abstrakten, die Entscheidung für die Strafrahmenverschiebung tragenden Merkmals, also »die den jeweiligen Milderungsgrund konkretisierenden Umstände«<sup>718</sup> für die Strafhöhenbestimmung zu benutzen (also etwa: der Versuch steht der Vollendung mehr oder weniger nahe; die Verminderung der Schuldfähigkeit ist mehr oder weniger »verschuldet«).<sup>719</sup>
- 192 Ein Problem entsteht hier jedoch dadurch, dass die Rechtsprechung dazu neigt, bereits die Entscheidung, ob die Strafrahmenverschiebung denn nun eintreten soll oder nicht, von einer **»Gesamtwürdigung«** abhängig zu machen (s. dazu oben Rdn. 56 ff., 69 ff.). Hat das Gericht aber alles, was der konkrete Fall an Erwägungen hergibt, schon für die Strafrahmenentscheidung verwertet, so fällt ihm für die Begründung der Strafhöhe, die schließlich ebenfalls eine »Ganzheitsbetrachtung von Tatgeschehen und Täterpersönlichkeit« erfordert,<sup>720</sup> natürlich nichts Neues mehr ein: er muss sich wiederholen. Dies erklärt das Bedürfnis, das Doppelverwertungsverbot in den Fällen der fakultativen Strafrahmenänderung zu verwässern durch Formeln wie die, dass der Richter »auf die bei der Findung des Strafrahmens verwerteten Gesichtspunkte ...

714 Vgl. Dreher JZ 1957, 155 ff.

715 Hettinger (1982), S. 173.

716 Vgl. LK<sup>12</sup>/Theune § 46 Rn. 295 ff.; Schäfer/Sander/van Gemmeren Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 919.

717 Zu den Regelbeispielen Matt/Renzikowski/Bußmann § 46 Rn. 51, der die Vorschrift entsprechend anwendet; s. auch AnwK<sup>2</sup>/Seebode § 46 Rn. 124 f., wonach auch die Regelbeispiele dem Doppelverwertungsverbot unterfallen, jedoch, soweit die Intensität der Erfüllung außergewöhnlich groß ist, wiederum berücksichtigt werden können.

718 BGH NStZ 1984, 548.

719 Beispiele aus BGHSt 26, 311 (312).

720 BGHSt 26, 311 f.; s. auch OLG Frankfurt StV 1994, 130 (131).

bei der Strafzumessung zurückkommen<sup>721</sup> dürfe oder dass Milderungsgründe für die Strafhöhenzumessung auch dann zu berücksichtigen seien, wenn »sie bereits bei der Findung des Ausnahmestrahrahmens verwertet wurden.«<sup>722</sup> Wenn es richtig ist – und es ist richtig –, dass »die Zugehörigkeit eines Falles zur Wertgruppe als solcher« dem Doppelverwertungsverbot unterliegt,<sup>723</sup> dann ist jedenfalls einer exzessiven Tendenz, die den prinzipiellen Unterschied zwischen Strafrahmen- und Strafhöhenfestsetzung (oben Rdn. 53) über den »Leisten der Gesamtbewertung« zu verwischen droht, Einhalt zu gebieten.<sup>724</sup> Das Gericht kann (und sollte) auf den Sonderrahmen mit möglichst wenigen Argumenten umschalten (s. dazu oben Rdn. 74 ff.). Denn diese **rahmenbestimmenden Argumente sind »als solche«** (nicht in ihrer fallspezifischen Konkretisierung!) **für die Begründung der Strafhöhe im Rahmen endgültig verbraucht.**<sup>725</sup> (Die Konsequenz, dass dadurch die »fakultativen« faktisch weitestgehend zu »obligatorischen« Strafrahmenänderungsgründen werden, gibt angesichts der sich meist überschneidenden Strafrahmen nicht zu der Sorge Anlass, der Richter werde an der Verhängung der »gerechten Endstrafe« gehindert.)

Im Prinzip **nichts anderes gilt** dort, wo Umstände für die Bestimmung der Strafhöhe innerhalb von Strafrahmen in Rede stehen, die ohne weitere gesetzliche Hinweise geblieben sind, also **in den unbenannten minder und besonders schweren Fällen**: Auch hier ist es verboten, die Umstände als solche, die den Richter dazu gebracht haben, den Strafrahmen des minder oder besonders schweren Falles zu wählen, noch einmal als Grund dafür anzuführen, dass die Strafe innerhalb dieses Rahmens in dieser und nicht in einer anderen Höhe festzusetzen sei.<sup>726</sup> Die gebotene strenge Trennung zwischen strafrahmen- und strafhöhenbestimmenden Umständen lässt sich freilich hier in der Praxis noch schwerer durchsetzen als in der in der vorigen Rdn. beschriebenen Fallgruppe. Denn die minder oder besonders schweren Fälle werden vielfach als Strafrahmen-Erweiterungen behandelt. Es wird so getan, als gehe es darum, ob der Normalfall-Rahmen die als in concreto angemessen erscheinende Strafe noch aufnehmen könne oder nicht (s. oben Rdn. 61). Das **Denken in Wertgruppen**, das **anlässlich einer Strafrahmenverschiebung** verlangt wird, hat sich noch nicht so recht durchgesetzt; die Forderung, die Annahme eines Sonderfalles bedürfe einer Gesamtwürdigung von Tat und Täter (s. oben Rdn. 64), ist ein weiterer Hemmschuh. So schwankt die Rechtsprechung immer wieder zwischen der – missverständlichen – Feststellung, die bei der Findung des Strafrahmens (für den minder schweren Fall) verwerteten Gesichtspunkte seien »grundsätzlich auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen«,<sup>727</sup> und dem – korrekten – Gebot, es sei »grundsätzlich zunächst die Frage zu entscheiden, von welchem Strafrahmen im Einzelfall ausgegangen werden soll«.<sup>728</sup> – Der Richter, der sich richtig verhalten will, tut nach alledem gut daran, sich auch hier auf möglichst wenige Argumente für die Wahl des Sonderrahmens zu beschränken (oben Rdn. 74), damit er noch über Begründungsstoff für die Höhenfestsetzung der Strafe in diesem Rahmen verfügt und diesen einführen kann, ohne sich wiederholen und dabei einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot besorgen zu müssen.

193

721 BGHSt 26, 311; BGH NSStZ 1992, 538.

722 BGH StV 1982, 522.

723 *Hettinger* (1982), S. 214; *Timpe* (1983), S. 322.

724 S. auch Lackner/*Küh*<sup>28</sup> § 49 Rn. 4: Gesamtwürdigung, »die jedoch nur auf eine eingeschränkte Tatsachenbasis gestützt werden darf«.

725 BGH NSStZ 1984, 548; StV 1990, 62.

726 Lackner/*Küh*<sup>28</sup> § 46 Rn. 10a; vgl. auch *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung<sup>5</sup> Rn. 928.

727 BGH StV 1985, 54 (55), BGH StV 1987, 530 f.

728 BGH NSStZ 1983, 407.

### III. Merkmale des Gesamtstrafrahmens

- 194 Der Rahmen der Gesamtstrafe wird von der Einsatzstrafe und der Summe aller Einzelstrafen gebildet (§ 54). Die Höhe jeder Einzelstrafe (also auch schon jeder für die Höhe der Einzelstrafe relevante Faktor) ist mithin ein Umstand, der sich mittelbar auf die Bildung des Gesamtstrafrahmens auswirkt.<sup>729</sup> Daraus folgt zwar, dass ein für die Festsetzung der Höhe der Einzelstrafe verwerteter Umstand als solcher für die Festsetzung der Höhe der Gesamtstrafe »verbraucht« ist.<sup>730</sup> Gleichwohl wird der Vorschrift des § 54 Abs. 1 Satz 3, die für die Bildung der Gesamtstrafe eine »zusammenfassende Würdigung« von Taten und Täter verlangt, zu entnehmen sein, dass die **Festsetzung der Gesamtstrafen-Höhe ein originärer Akt** sein soll (vgl. § 47 Rdn. 6), so dass hier vielleicht faktisch erneute Verwertung von die Einzelstrafen-Höhe bestimmenden Faktoren, nicht notwendig aber rechtlich (im Sinne des § 46 Abs. 3) »Doppelverwertung« geschieht.<sup>731</sup>

## § 46a Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung

### Hat der Täter

1. **in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich), seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt oder**
2. **in einem Fall, in welchem die Schadenswiedergutmachung von ihm erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert hat, das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt,**

so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern oder, wenn keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen verwirkt ist, von Strafe absehen.

### Übersicht:

Rdn.

Rdn.

I. Voraussetzungen..... 3    II. Rechtsfolgen ..... 10

### Literatur:

*Blesinger*, Zur Anwendung des Täter-Opfer-Ausgleichs nach § 46a StGB im Steuerstrafrecht, wistra 1996, 90; *Brauns*, Zur Anwendbarkeit des § 46a StGB im Steuerstrafrecht, wistra 1996, 214; *Deckers*, Verteidigung und Opferanwälte, StV 2006, 353; *Dölling*, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; *Dölling*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in: Reihe »recht«, 1998; *Eser/Kaiser/Madlener* (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1989; *Franke*, Die Rechtsprechung des BGH zum Täter-Opfer-Ausgleich, NStZ 2003, 410; *Freund/Carrera*, Strafrechtliche Wiedergutmachung und ihr Verhältnis zum zivilrechtlichen Schadensersatz, ZStW 118 (2006), 76; *Heerspink*, Täter-Opfer-Ausgleich ohne Opfer?, Zur Anwendbarkeit des § 46a StGB im Steuerstrafrecht, 2002; *Hirsch*, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1992), 534; *Hüttemann*, § 46a StGB in der Rechtsprechung der Obergerichte, StV 2002, 678; *Jeckel*, Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr. 2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen, 2003; *Kasperek*, Zur Auslegung und Anwendung des § 46a StGB, 2001; *Kilchling*, Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht, NStZ 1996, 309; *Lampe*, Wiedergutmachung als »dritte Spur« des Strafrechts?, GA 1993, 485; *Loos*, Zur Kritik des »Alternativentwurfs Wiedergutmachung«, ZRP 1993, 51; *Noltenius*, Kritische Anmerkungen zum Täter-Opfer-Ausgleich, GA 2007, 518; *Oberlies*, Der Täter-Opfer-Ausgleich, Theorie und Praxis einer Glaubensrichtung, Streit 2000, 99; *Oehlmann*, Die Anrechnung von Wiedergutmachungsleistungen aus strafrechtlichen Verfahren auf zivilrechtliche Ansprüche, insbesondere nach § 46a StGB und § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 5 StPO, 2002; *Pielsticker*, § 46a StGB – Revisionsfalle oder sinnvolle Bereiche-

729 S. dazu LK<sup>12</sup>/Theune Rn. 289 f.

730 Dreher JZ 1957, 155 (157).

731 Vgl. BGHSt 8, 205 (210).