

5. Zur Bedeutung der Strafraumen des geltenden Rechts	77
a) Zum Begriff der Strafraumen	77
b) Folgerungen aus der Gesetzgebungsmethode	78
c) Die Strafraumen als Wertmaßstab des Gesetzes	82
d) Fazit	83
V. Die „Umstände“ i. S. d. § 46 Abs. 3	84
1. Belings Differenzierung nach Begriff und Tatsache	84
2. Die Weiterführung des Ansatzes von Beling durch Spendel	86
3. Die Bedeutung des Tatbestandes und seiner Merkmale für die Strafzumessung	88
a) Der Tatbestand und seine Merkmale als Strafbarkeitsvoraus- setzung	88
b) Der Tatbestand und seine Merkmale als Strafzumessungs- grund	90
aa) Steigerungsfähige Tatbestandsmerkmale	91
bb) Konkretisierungsfähige Tatbestandsmerkmale	94
cc) Zusammenfassung	98
4. Hassemers Strafzumessungsmodell	101
5. Zur Doppelfunktion der Tatbestandsmerkmale	103
6. Die Bedeutung des § 46 Abs. 2	108
VI. Die Steigerungsfähigkeit (Quantifizierbarkeit) von Unrecht und Schuld	111
1. Die Steigerungsfähigkeit des Unrechts	111
2. Die Steigerungsfähigkeit der Schuld	117
a) Schuld als Strafbarkeitsvoraussetzung	117
b) Schuld als Steigerungsbegriff	119
c) Schuld als Strafmaß- oder Strafzumessungsschuld	119
3. Folgerungen für die Strafzumessung i. S. d. § 46 Abs. 1 und 2	121
4. Folgerungen für das Doppelverwertungsverbot i. S. d. § 46 Abs. 3	123
5. Die Deutung des Doppelverwertungsverbots durch Zipf	127
VII. Die Strafzumessung und die Theorie der Schwereskala	128
1. Die Theorie der Schwereskala	129
2. „Kontinuierliche“ oder „ungefähre“ Schwereskala	131
3. Mögliche Konsequenzen für das Verständnis der Tatbestands- merkmale in der Strafzumessung	134

VIII. Die Vorstellung vom Straftatbestand als „vertypem Normalfall“	135
1. Die Bedeutung der Begriffe Durchschnittsfall — Regelfall — erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommender Fall	137
2. Schwere skala und theoretischer Durchschnittsfall	139
a) Befürworter des Denkmodells des „theoretischen Durchschnittsfalls“	139
b) Kritiker des Denkmodells des „theoretischen Durchschnittsfalls“	142
c) Stellungnahme	143
3. Der sogen. „Regelfall“	147
a) Die Begründung der Existenz des „Regelfalls“	147
b) Kritische Stellungnahme	149
IX. Schlußbetrachtung	153

Zweiter Teil

Die Bedeutung des Doppelverwertungsverbotes bei Strafrahm enmilderungsgründen i. S. d. § 49 Abs. 1 und bei unbenannten Strafrahm enänderungen

<i>Vorbemerkung</i>	164
<i>A. Die besonderen gesetzlichen Strafrahm enmilderungsgründe i. S. d. § 49 Abs. 1</i>	165
I. Die Bedeutung der Strafrahm envorschriften des § 49 Abs. 1	165
II. Die Milderungsgründe i. S. d. § 49 Abs. 1 im einzelnen	166
1. Die obligatorischen Rahmenmilderungsgründe	166
a) § 27	166
b) § 28 Abs. 1	168
c) § 30	168
d) § 35 Abs. 2	169
e) § 111 Abs. 2	169
2. Der abstrakte Wertmaßstab bei den obligatorischen Rahmenmilderungsgründen i. S. d. § 49 und die Konsequenzen für das Doppelverwertungsverbot	170
3. Zwischenergebnis	173
4. Die fakultativen Rahmenmilderungsgründe	174
a) Zur Bedeutung der Regelungen	174
b) Zur Strafrahm enwahl und dem Einwand des Doppelverwertungsverbotes	177

c) Das Vorgehen der Rechtsprechung	178
aa) Beim Versuch	178
bb) Bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit	180
d) Das von Dreher vorgeschlagene Modell	181
e) Die Auffassung Buschs	183
5. Stellungnahme	184
6. Zur Bedeutung des Doppelverwertungsverbotes bei der Entscheidungsfindung	187
7. Geltung des Doppelverwertungsverbotes bzgl. strafrahmenbildender Umstände	190
8. Das Gesamtrahmenmodell Zipfs nach altem Recht	198
9. Die Übernahme des Modells für das neue Recht durch Horn	200
10. Stellungnahme	201
 B. Die Strafrahmenteknik der minder schweren Fälle und der besonders schweren Fälle	 202
I. Zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik der unbenannten Strafrahmenänderungsgründe	203
II. Zur Verfassungsmäßigkeit der unbenannten Strafrahmenänderungen	205
III. Die Bedeutung der unbenannten Strafrahmenänderungen	207
IV. Der Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots bei den unbenannten besonders schweren Fällen und den minder schweren Fällen nach der h. M.	211
V. Eigene Würdigung	212
VI. Doppelverwertungsverbot und Regelbeispiele	215
VII. Exkurs: Kritik der Handhabung der besonders schweren Fälle und minder schweren Fälle durch die h. M.	217
1. Zur Methode der Wertgruppenbildung	217
2. Zum Einwand des Doppelverwertungsverbots	221

Dritter Teil

Das Zusammentreffen von Rahmenmilderungsgründen

I. Die Regelung des § 50 als Ausgangspunkt	224
1. Die Rechtsprechung zu § 50	226
2. Folgerungen für das Verfahren bei Konstellationen i. S. d. § 50 ..	232

3. Kritische Würdigung der Rechtsprechung zu § 50	233
4. Die Auslegung des § 50 in der Literatur	240
a) Übereinstimmungen mit der Rechtsprechung	240
b) Zum Verhältnis der Rahmenmilderungsgründe i. S. d. § 49 Abs. 1 zur Wertgruppe der minder schweren Fälle	241
c) Die Exklusivitätsthese Horns	245
d) Kriterien der Strafraumenwahl	245
e) Zur Mehrfachverwertung strafrahmenbildender Umstände i. S. d. § 50	251
f) Die Bedeutung des § 50 für die Endstrafzumessung	252
5. Zwischenergebnis	253
II. Die Behandlung des „Zusammentreffens von Milderungsgründen“ in der Gesetzgebung und in den Reformentwürfen	255
1. Das Verhältnis benannter und unbenannter Rahmenmilderungen im StGB von 1871 und den Entwürfen bis zum E 1936	255
2. Die Regelung des Zusammentreffens mehrerer besonderer ge- setzlicher Rahmenmilderungsgründe in den Entwürfen	262
3. Fazit	263
4. Die Regelungen über das „Zusammentreffen von Milderungs- gründen“ in den Entwürfen und Beratungen seit 1954	263
5. Fazit	271
III. Eigene Lösung	273
1. Die Prämissen des § 50	273
2. Zur „freien“ Rahmenwahl	285
a) Obligatorische Rahmenmilderungsgründe	285
b) Fakultative Rahmenmilderungsgründe	286
3. Die Folgenregelung	290
Literatur- und Quellenverzeichnis	292

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayRechtspfl.Z	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
Begr.	Begründung
BetMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BR-Dr.	Bundesratsdrucksache
b. s. F.	besonders schwerer Fall oder besonders schwere Fälle
BT	Besonderer Teil
BT-Dr.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Doppelverwertung
DVV	Doppelverwertungsverbot
E	Entwurf
Einl.	Einleitung
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FN	Fußnote
FS	Festschrift

G	Gesetz
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht (ab 1953 zitiert nach Jahr und Seite, vorher nach Band und Seite)
GE	Gegenentwurf
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggflls.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Band und Seite)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
incl.	inclusive
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des (der)
i. ü.	im übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KE	Kommissionsentwurf
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Nachschlagewerk von Lindenmaier/Möhring
m.a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MonKrimBiol.	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MSchrKrimPsych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
m. s. F.	minder schwerer Fall oder minder schwere Fälle
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Ndschr.	Niederschriften
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle
Radbruch-GS	Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
s.	siehe
S.	Seite
SchwZStr.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
Seuff.BI.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (zitiert nach Band und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
s. o.	siehe oben
sogen.	sogenannt(e)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Str	Strafrecht
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StrZ	Strafzumessung(s-)
s. u.	siehe unten
u.	unten
u. a.	unter anderem oder und andere
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
VD	Vergleichende Darstellung des Strafrechts
VE	Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung (zitiert nach Band und Seite)
VZ	vorläufige Zusammenstellung
WStG	Wehrstrafgesetz
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
z. T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend

Einleitung

„Das Doppelverwertungsverbot (DVV) ist mit seinem Grund und mit seinen Grenzen dogmatisch noch völlig ungeklärt“¹. Daß dies richtig ist, zeigt ein Blick in die gängigen Kommentare, die sich bei diesem Problem weitgehend in der Erörterung von Entscheidungen der Rechtsprechung erschöpfen. Eine etwas eingehendere Auseinandersetzung mit diesem Fragenbereich findet sich lediglich bei *Bruns*² und *Zipf*³. Im übrigen gibt es zwar eine große Zahl von Stellungnahmen zu dieser Problematik; die vorgetragenen Gedanken erleiden aber dadurch Einbußen an Überzeugungskraft, daß der Raum, der ihnen gewidmet wird, jeweils zu beschränkt ist, als daß wesentlich mehr als die Wiederholung bekannter Argumente oder aber eine letztlich nicht zureichende Fundierung neuer Postulate erwartet werden könnte. Es mag dies wiederum damit zusammenhängen, daß man das DVV „nicht zu den erstrangigen Problemen der Strafzumessung“ (StrZ)⁴ rechnet, wenngleich seine praktische Bedeutung ganz unumstritten ist⁵, wie im übrigen auch die häufigen Entscheidungen der Obergerichte nur allzu deutlich zeigen⁶.

Seine gesetzliche Ausprägung hat das Prinzip des DVV erstmals in den §§ 46 Abs. 3⁷ und 50 gefunden. Unstreitig reicht aber die Bedeutung des Prinzips über den Regelungsgehalt dieser Vorschriften hinaus. Doch endet die Übereinstimmung bei dieser recht allgemeinen Aussage. Über die inhaltliche Bedeutung des Prinzips im einzelnen gehen die Meinungen erheblich auseinander.

So ist schon umstritten⁸, was das DVV von Tatbestandsmerkmalen nach § 46 Abs. 3 bedeutet⁹, ist zweifelhaft, ob das DVV i. S. d. § 46 Abs. 3

¹ *Puppe*, S. 20.

² *Bruns*, StrZ-Recht, S. 361 ff.; *ders.*, Leitfaden, S. 108 ff.

³ *Zipf*, Die Strafmaßrevision, S. 96 ff.

⁴ So *Dreher*, JZ 1968, 212.

⁵ Vgl. *Dreher*, JZ 1968, 212; *Bruns*, StrZ-Recht, S. 361.

⁶ Dazu *Bruns*, StrZ-Recht, S. 363 ff.; *ders.*, Leitfaden, S. 109 ff.; vgl. auch *Seebald*, GA 1975, 230 ff.; *Mösl*, DRiZ 1979, 168 f.; *ders.*, NSTz 1981, 131 ff.

⁷ Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

⁸ Die von *Puppe*, S. 20 angenommene Einigkeit besteht also nicht einmal hier!

⁹ Vgl. nur die Kritik von *Bruns*, Leitfaden, S. 108 an *Seebald*, GA 1975, 230: „... neueste Äußerungen im Schrifttum lassen merkwürdige Vorstellungen über Sinn und Grenzen des DVV erkennen“.

„in den Zusammenhang der umfassenderen Problematik der DV von StrZ-Tatsachen (gehört), die in Rechtsprechung und Lehre noch nicht abschließend geklärt ist“¹⁰.

Einigkeit besteht dagegen darin, „daß das DVV auf sämtliche Erwägungen angewandt werden muß, die den Gesetzgeber bereits bei der Normierung des Tatbestandes geleitet haben, namentlich auf solche, die der Strafvorschrift unausgesprochen zugrunde liegen“¹¹. Und doch wirkt es „wie eine Ironie, daß gerade jetzt, als es ins Gesetz aufgenommen wurde, seine Konturen unscharf zu werden beginnen und neue Fragen und Zweifel sich melden“¹².

Der Ausgangspunkt des DVV i. S. d. § 46 Abs. 3 ist klar: Ein Tatbestandsmerkmal darf bei Findung der Strafe im festgestellten Strafrahmen nicht nochmals zur Begründung der Endstrafe (mit-)herangezogen werden. So darf z. B. im Rahmen der StrZ aus § 222 nicht schärfend der Umstand verwertet werden, daß ein Mensch getötet wurde; denn dieser Umstand ist an jeder Stelle des Strafrahmens des § 222 dessen notwendige Voraussetzung und vermag deshalb zur Findung der Strafe nichts (mehr) beizutragen. Er trifft „unterschiedslos auf alle tatbestandsmäßigen Handlungen dieser Straftat in gleicher Weise zu“¹³. Dieses Prinzip erscheint „logisch unanfechtbar“¹⁴, hat aber gleichwohl immer wieder Zweifler gefunden¹⁵.

Nicht gelten soll das DVV von Tatbestandsmerkmalen „bei Modalitäten, also Steigerungen oder Abschwächungen in der graduellen Verwirklichung des Tatbestandes“¹⁶, weil es sich hierbei „um besondere Ausprägungen der Straftat, um Abstufungen innerhalb ihrer quantitativen Schwere handelt. Denn das Verbot findet dort seine Grenze, wo Erfolg oder Begehungsart über die „Normalfälle“ hinausgehen, die die gesetzliche Vertypung im Auge hat“¹⁷. Doch stellt sich alsbald die Frage ein, wann das generelle Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes im konkreten Sachverhalt durch die besondere Art seiner Verwirklichung so individuelles Gepräge gewinnt, daß die Berücksichtigung bei der StrZ zulässig wird¹⁸. Hierin wird ein „wunder Punkt dieser Lehre“¹⁹ gesehen.

¹⁰ So Lackner, StGB, § 46 Anm. 4 c. Gegen die Ausdehnung des DVV auf strafrahmenbildende Faktoren, die Dreher, JZ 1957, 155 ff. eingeleitet hat, Bruns, StrZ-Recht, S. 375 ff.; ders., Leitfaden, S. 108, 113 ff.

¹¹ So Bruns, Leitfaden, S. 110.

¹² Zipf, Die Strafmaßrevision, S. 97.

¹³ Bruns, StrZ-Recht, S. 363; Hervorhebung von Bruns.

¹⁴ So Bruns, StrZ-Recht, S. 361.

¹⁵ Vgl. die Nachweise bei Bruns, StrZ-Recht, S. 362 FN 6.

¹⁶ Bruns, Leitfaden, S. 112.

¹⁷ So Bruns, Leitfaden, S. 112; Hervorhebung von Bruns.

¹⁸ So die Fragestellung Dreher in JZ 1957, 155.

¹⁹ So Jagusch, LK, 8. Aufl., S. 103.

Eine Rolle spielt das DVV auch nach der Auswahl eines Sonderstrafrahmens; vielfach steht nämlich der anwendbare Strafrahmen nicht von vornherein fest, muß vielmehr vom Tatrichter in einer der „eigentlichen“ (End-)StrZ vorgeschalteten Stufe erst ermittelt werden. Das ist immer dann der Fall, wenn das Gesetz besondere Strafrahmen für minder schwere Fälle (m. s. F.) bzw. besonders schwere Fälle (b. s. F.) neben den „Regelstrafrahmen“ vorsieht. Darf bei einem Diebstahl, in dem der Richter u. a. wegen der besonders großen Beute einen b. s. F. erblickt hat²⁰, der Umstand, daß die Beute besonders groß war, bei der Zumesung aus dem Strafrahmen des § 243 nochmals strafferhöhend berücksichtigt werden, oder ist dieser Umstand, weil er die Heranziehung des Sonderstrafrahmens mitbegründet hat, für die End-StrZ „verbraucht“? Was muß gelten, wenn der Richter aufgrund eines Regelbeispiels einen b. s. F. bejaht hat?

Ähnlich liegt es bei Konstellationen, in denen das Gesetz fakultativ eine Strafrahmenmilderung i. S. d. § 49 Abs. 1 vorsieht. Hier stellt sich jeweils die — umstrittene — Frage, ob der Richter Umstände, die er schon bei Ermittlung des dann zur Anwendung gebrachten Strafrahmens berücksichtigt hat, nochmals verwerten darf, oder ob das DVV ihm hier Grenzen setzt. So meinte *Dreher*²¹, bei der Strafrahmenwahl i. S. d. §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 dürften nur „versuchsbezogene“ Umstände als Entscheidungskriterien herangezogen werden, also z. B. die Nähe des Versuchs zur Vorbereitungshandlung oder aber zur Vollendung, zum Wahndelikt, die geringe Tauglichkeit des Mittels oder auch die Gründe des Fehlschlagens der Tat. Die Gründe, die für die Wahl des milderen Rahmens bestimmend waren, dürfen nach *Dreher* bei der End-StrZ nicht mehr verwertet werden, während umgekehrt nicht-versuchsbezogene Umstände zwar nicht bei der Rahmenwahl, wohl aber bei der End-StrZ berücksichtigt werden dürfen. Für die Stringenz dieser Lösung berief sich *Dreher* auf das DVV²².

Hingegen ist der BGH²³ grundsätzlich anderer Meinung als *Dreher*. Nach seiner Auffassung verbietet das DVV hier lediglich, den bei der Wahl des milderen Strafrahmens verwerteten Umstand i. S. d. § 49 Abs. 1 als solchen bei der End-StrZ innerhalb des gewählten Rahmens nochmals zu berücksichtigen.

„In innerem Zusammenhang mit dem Verwertungsverbot des § 46 Abs. 3 steht das Verbot der DV des § 50“²⁴. Diese „wenig transparente“²⁵

²⁰ Wobei hier mit der h. M. zunächst unterstellt werden soll, daß ein derartiger Umstand überhaupt den Strafrahmen des b. s. F. mitbegründen kann. Zu diesem Fragenkreis s. u. 2. Teil B.

²¹ *Dreher*, JZ 1956, 682; *ders.*, JZ 1957, 156.

²² S. dazu u. 2. Teil A. II. 4. d.

²³ Vgl. u. 2. Teil A. II. 4. c.