

Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung

Von Wiss. Mitarbeiter **Sönke Gerhold**, Kiel*

Vertiefte Kenntnisse im Sanktionenrecht sind praktisch unerlässlich. Dennoch finden sich trotz eingeschränkter Revisibilität zahlreiche revisionsgerichtliche Entscheidungen, die auf eine mangelnde rechtsdogmatische Verankerung tragender Grundsätze des Sanktionenrechts zurückzuführen sind und Probleme der Instanzgerichte im Umgang mit Fragen der Strafzumessung offenbaren. Unter welchen Voraussetzungen beispielsweise ein unbenannter minder schwerer Fall angenommen werden kann, ist, trotz dessen praktischer Relevanz, theoretisch noch nicht abschließend geklärt. Der folgende Beitrag will daher zum besseren Verständnis der unbenannten minder schweren Fälle beitragen und Strafruristen aller Art den praktischen Umgang mit ihnen erleichtern.

I. Einführung

Die Strafdrohungen des StGB werden durch ein System relativ bestimmter Strafdrohungen geprägt.¹ Absolute Strafdrohungen, wie die lebenslange Freiheitsstrafe in Fällen von Mord (§ 211 StGB) und Völkermord (§ 6 VStGB), sind die Ausnahme.

Der mögliche Strafraum eines jeden Tatbestandes wird dabei durch die Mindest- und Höchststrafdrohung desselben festgelegt. Er bringt in typisierter Form eine abstrakte gesetzgeberische Unrechts- und Schuldbewertung aller tatbestandsmäßigen Fälle zum Ausdruck² und orientiert sich an der denkbaren Amplitude zutreffender richterlicher Strafzumessungserwägungen.³

Die Verwendung von Strafraum durch den Gesetzgeber soll es dem Richter ermöglichen – dem Gebot der Gerechtigkeit folgend –, für jede denkbare Tat eine angemessene Sanktion zu verhängen.⁴ Zugleich soll der Richter an die grundsätzlichen Wertungen des Gesetzgebers gebunden bleiben, um jedweder Willkür bei der Strafzumessung Einhalt zu gebieten. Das System der Strafraum stellt demnach einen Kompromiss zwischen der notwendigen Bindung des Richters an das Gesetz und dem erforderlichen Spielraum für die

Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalls dar.⁵ Die Bestimmung des anzuwendenden Strafraums, im Folgenden Strafzumessung i.w.S. genannt, muss der Strafzumessung i.e.S., derjenigen der §§ 46 ff. StGB, aus den gleichen Gründen immer vorausgehen.⁶

Durch die Normierung minder schwerer oder besonders schwerer Fälle im Besonderen Teil des StGB verfolgt der Gesetzgeber nun das Ziel, die Strafzumessung im weiten Sinne noch flexibler zu gestalten und dem Einzelfall dadurch noch besser Rechnung zu tragen.⁷

Dieses Vorgehen verschiebt allerdings die Grenze zwischen Gesetzesbindung und richterlichem Ermessen bei der Strafzumessung deutlich in Richtung des richterlichen Ermessens und sieht sich deshalb starker Kritik ausgesetzt. Dadurch, dass der Gesetzgeber die Verantwortung für das richtige Strafmaß noch weiter auf den Richter verlagert als es die sehr weiten Strafraum ohnehin erfordern, drängt sich der Vorwurf einer nicht legislativen, sondern judikativen Strafbegründungsmacht auf, die sowohl gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG als auch gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verstoßen könnte.⁸ Des Weiteren stellt es sich als zirkelschlüssig dar, wenn der Richter zunächst die Strafbarkeit einer Tat bewerten muss, um den Strafraum zu bestimmen, und diesen anschließend anhand der gleichen Wertungskriterien ausfüllen soll.⁹

Wie die unbenannten minder schweren Fälle vor diesem Hintergrund sachgerecht bestimmt werden können, gilt es im Folgenden zu klären.

II. Die Konkretisierung der unbenannten minder schweren Fälle durch die Rechtsprechung

1. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des BGH, die in weiten Teilen der

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Sanktionenrecht und Kriminologie der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel unter der Leitung von Prof. Dr. Monika Frommel.

¹ Vgl. zur Terminologie *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 46 Rn. 5.

² *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 46 Rn. 6.

³ *Hassemer*, in: Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 281.

⁴ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 5.

⁵ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Strafänderungsgründe und den Motiven des Gesetzgebers *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 31 ff.

⁶ *Franke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 46 Rn. 22; *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lieferung, Stand: Januar 2001, § 46 Rn. 49.

⁷ Vgl. den unveröffentlichten Referentenentwurf zum Sechsten Strafrechtsreformgesetz vom 15.7.1996, S. 44 ff.; zitiert nach *Eisele* (Fn. 5), S. 101.

⁸ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 8 m.w.N. Ob diese Vorwürfe im Einzelnen zutreffen, soll vorliegend nicht weiter erörtert werden. Ein umfangreicher Überblick über die kritischen Stimmen in der Literatur findet sich bei *Streng* a.a.O.

⁹ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 10 m.w.N.

Literatur vollkommen unkritisch rezipiert wird,¹⁰ soll ein minder schwerer Fall anzunehmen sein, wenn die mildernden Faktoren im Rahmen einer Gesamtwürdigung die erschwerenden Faktoren so wesentlich überwiegen, dass die Anwendung des Regelstrafrahmens unangemessen erscheint.¹¹ Im Rahmen der Abwägung seien alle Umstände zu berücksichtigen und zu würdigen, die zur Bewertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder ihr nachfolgen. Eine Bewertung nur des engeren Tatgeschehens sei unzureichend. Ausdrücklich seien auch ein Geständnis in der Hauptverhandlung, das Fehlen von Vorstrafen, die allgemeinen wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse sowie die zu erwartende Wirkung der Strafe für das künftige Leben des Täters mit zu berücksichtigen.¹²

Der BGH macht damit in dieser und in zahlreichen anderen Entscheidungen deutlich, dass er tatsächlich eine Gesamtabwägung aller Strafzumessungsfaktoren meint. Eine Auswahl darf der Tatrichter nach Ansicht des BGH nicht treffen.

Auch die Strafmilderungsgründe des Allgemeinen Teils seien in die Gesamtabwägung mit einzubeziehen,¹³ sofern die unmittelbare Anwendung des § 49 StGB auf den Regelstrafrahmen für den Täter nicht günstiger sei als die Annahme eines minder schweren Falles.¹⁴

Bedenkenlos führt der BGH weiter aus, die Umstände, die zur Ermittlung des Strafrahmens beigetragen haben, seien erneut in die Gesamtabwägung der Strafzumessung i.e.S. einzubeziehen.¹⁵

Dass sich diese Auffassung nicht mit der Strafrahmenssystematik der unbenannten minder schweren Fälle in Einklang bringen lässt, liegt auf der Hand. So knüpfen die Strafrahmen der unbenannten minder schweren Fälle – von Ausnahmen abgesehen¹⁶ – nicht unmittelbar nach unten an den Regelstrafrahmen an, sondern überschneiden sich mit diesem. In Extremfällen liegt der Strafrahmen des minder schweren Falls sogar vollständig innerhalb des Regelstrafrahmens.¹⁷

Wenn nun aber Voraussetzung für die Annahme eines minder schweren Falls sein soll, dass eine Gesamtwürdigung aller denkbaren Strafzumessungsfaktoren ergibt, die Anwendung des Regelstrafrahmens sei der Höhe nach unangemessen, da die strafmildernden Faktoren die strafscharfenden Faktoren wesentlich überwiegen, kann die Strafe innerhalb des so bestimmten Strafrahmens nach erneut durchgeführter Ge-

samtwürdigung wiederum nur dem untersten Bereich des Strafrahmens entnommen werden. Wie könnten auch bei zwei identischen Abwägungsvorgängen das eine Mal die mildernden Faktoren wesentlich überwiegen, das andere Mal aber die strafscharfenden, so dass eine Strafe aus dem oberen Bereich des Strafrahmens festzusetzen wäre?

Ein Fall, der die Anwendung des Regelstrafrahmens aus Billigkeitsgründen nicht erlaubt und trotzdem angemessener Weise mit einer Strafe zu ahnden ist, die über der Mindeststrafdrohung des Regelstrafrahmens liegt, ist auf Grundlage dieser Ansicht kaum vorstellbar. Dass ein minder schwerer Fall sogar mit einer Strafe zu ahnden ist, die deutlich über der Strafandrohung des Normalfalls liegt, wäre vollends ausgeschlossen. Die Auffassung des BGH führt daher lediglich zu einer Strafrahmenerweiterung nach unten¹⁸ und hat, falls sich die Strafrahmen vollständig decken, überhaupt keine praktische Relevanz.

Das Gesetz sieht dem gegenüber ausdrücklich einen Überschneidungsbereich vor. Diesem Umstand trägt die Rechtsprechung nicht hinreichend Rechnung.

In Bezug auf die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles formuliert *Maiwald* daher auch, die Begriffsbestimmung des BGH sei „eindeutig unrichtig“¹⁹. Dem ist unter systematischen Gesichtspunkten auch für die Annahme eines unbenannten minder schweren Falls zuzustimmen.

2. Rechtshistorische Herleitung der Auffassung

Die Auffassung des BGH lässt sich vorrangig historisch erklären. Unbenannte Strafänderungsgründe haben eine lange geschichtliche Tradition, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Normierung mehr oder weniger bestimmter Tatbestände und konkreter Rechtsfolgen stand.²⁰ Solange die Wahl von Art und Maß der Bestrafung nicht an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft war oder in jedem Fall dem freien Ermessen des Richters oblag, bedurfte es keiner Strafzumessungsregelung und zwischen Strafänderung und Strafzumessung konnte kaum differenziert werden.²¹

In der geschichtlichen Entwicklung der Strafänderungsgründe setzte insbesondere der Code pénal von 1810, der als Reaktion auf die vor der Französischen Revolution vorwiegend in das Ermessen des Richters gestellten Rechtsfolgen unveränderliche Strafen oder jedenfalls eng gefasste Strafrahmen festsetzte, durch die Einführung eines Systems mildernder Umstände anstelle allgemeiner Strafmilderungsgründe Maßstäbe. Er beeinflusste nicht zuletzt das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 wesentlich, das später als Vorbild für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 diente.²² Die mildernden Umstände, die als Vorläufer der minder schweren

¹⁰ Vgl. beispielsweise *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 46 Rn. 85; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 46 Rn. 9.

¹¹ BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 1; BGH NStZ 1993, 473; 1994, 174; 1996 182; st. Rspr.

¹² Vgl. z.B. BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung, unvollständige 3.

¹³ BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung, unvollständige 5.

¹⁴ BGHR, Vor § 1/minder schwerer Fall, Strafrahmenwahl 4.

¹⁵ BGH StV 1984, 151; 1991, 346.

¹⁶ Vgl. § 81 Abs. 1 und 2 StGB.

¹⁷ Vgl. § 100 Abs. 1 und 3 StGB.

¹⁸ Wie hier auch *Zipf*, in: Maurach/Gössel/Zipf (Hrsg.), Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 62 Rn. 42; *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 10; für besonders schwere Fälle auch *Maiwald*, NStZ 1984, 433 (435).

¹⁹ *Maiwald*, NStZ 1984, 433 (436).

²⁰ Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Eisele* (Fn. 5), S. 31 ff.

²¹ *Eisele* (Fn. 5), S. 54.

²² *Eisele* (Fn. 5), S. 61 f.

Fälle des heutigen StGB gelten, wurden nach Beispiel des Code pénals in das Preußische Strafgesetzbuch übernommen.²³

Das Preußische Obertribunal und das Reichsgericht bezogen die mildernden Umstände – wie heute der BGH den minder schweren Fall – auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung, so dass auch das Verhalten des Täters vor und nach der Tat und insbesondere während des Strafprozesses strafmildernd berücksichtigt werden konnte.²⁴ Diese weite Auslegung hatte zum damaligen Zeitpunkt durchaus ihre Berechtigung, da mit der Annahme mildernder Umstände regelmäßig ein Wechsel der Straftat verbunden war.²⁵ Das Gesetz differenzierte beispielsweise zwischen Zuchthaus- und Gefängnisstrafe und die mildernden Umstände ermöglichten es, auf eine andere Straftat bei gleich bleibender Strafhöhe zu erkennen.²⁶ In allen anderen Fällen versuchte der Gesetzgeber Strafrahmensüberschneidungen vor dem Hintergrund der weit verstandenen mildernden Umstände nach Möglichkeit zu vermeiden.²⁷

Neben den mildernden Umständen kannten das Preußische Strafgesetzbuch und die nachfolgenden Gesetze und Entwürfe aber auch schon minder schwere Fälle.²⁸ Im Wesentlichen sollte der Unterschied zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen in der Art der Betrachtung liegen. Der Begriff „minder schwerer Fall“ kennzeichnete regelmäßig eine objektiv, d.h. nach ihrem äußeren Erscheinungsbild geringfügige Tat, wohingegen bei der Annahme mildernder Umstände die Person des Täters und die subjektive Seite in den Vordergrund rückte.²⁹

Die Differenzierung zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen wurde dann erstmals im Entwurf zum Strafrechtsreformgesetz von 1962 aufgegeben und im Zweiten Strafrechtsreformgesetz vom 4.7.1969 umgesetzt.³⁰ Zugleich wurde die Zuchthausstrafe durch das erste Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969 aufgehoben und die Einheitsstrafe eingeführt.

Die Grenzen zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen wurden verwischt. Soweit der Entwurf von 1962 dem Unterschied zwischen minder schweren Fällen und mildernden Umständen und der Konsequenz für die Strafrahmensbestimmung noch dadurch Rechnung trug, dass er für die Annahme eines minder schweren Falles ausdrücklich eine Minderung von Unrecht oder Schuld verlangte und sonstige z.B. spezialpräventive Erwägungen nicht ausreichen ließ, setzte der moderne Gesetzgeber die Begriffe ausnahmslos gleich. Es sollte daher zur Begründung eines minder

schweren Falls, wie früher zur Begründung mildernder Umstände, jeder Strafzumessungsgesichtspunkt herangezogen werden dürfen.³¹

Eine Begründung blieb der Gesetzgeber schuldig, obwohl Sinn und Zweck der früheren Auslegung mit Einführung der Einheitsstrafe entfallen waren. Die Regelstrafrahmen sowie die Strafrahmens der minder schweren Fälle im StGB sehen seitdem nämlich ausnahmslos Freiheitsstrafen verschiedener Länge vor.³² Geldstrafen können nur nach Maßgabe des § 47 Abs. 2 StGB verhängt werden. Die schlichte Strafrahmensüberschneidung nach neuem Recht und die frühere Definition widersprachen sich nun und die Rechtsprechung zu den mildernden Umständen war damit offensichtlich veraltet. Eine Begründung des gesetzgeberischen Willens und der damit verbundenen Widersprüche wäre demnach erforderlich oder zumindest wünschenswert gewesen.

Der Gesetzgeber hat den Widerspruch zwischen der Gesetzesbegründung und den geltenden Strafrahmens jedoch bis heute nicht aufgelöst. Es kann daher nur geschlossen werden, dass er bei der Gesetzesbegründung übersehen hat, dass die hergebrachte Definition der mildernden Umstände nach Einführung der Einheitsstrafe nicht mehr auf die minder schweren Fälle übertragen werden kann und sich als systemwidrig darstellt. Da er das System der Strafrahmens aber auch im Nachhinein nicht änderte, muss der damalige Wille als überholt angesehen werden und es wäre an der Rechtsprechung, den vermeintlichen Irrtum des Gesetzgebers zu korrigieren. Dies tut die Rechtsprechung jedoch nicht.

3. Rechtspolitische Gründe für die Rechtsprechung

Der Grund, warum die Rechtsprechung trotz allem an ihrer Auffassung festhält, ist wohl ein rechtspolitischer. In der gegenwärtigen kriminalpolitischen Diskussion wird regelmäßig der Ruf nach Erweiterungen und Verschärfungen des Strafrechts laut.³³ Populistische Forderungen sind zum Mittel des modernen Wahlkampfes geworden.³⁴

Trotz erheblicher Kritik aus Rechtsprechung und Literatur wird die Verschärfung von Mindeststrafen teilweise zur kurzfristigen Reaktion auf plakative Schlagzeilen in der Presse und allgemeine Kriminalitätsfurcht missbraucht.³⁵ Unter diesem Gesichtspunkt ist wohl auch die Anhebung zahlreicher Mindeststrafrahmen im Zuge der Verschärfung des Sexualstrafrechts durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbe-

²³ Eisele (Fn. 5), S. 61 f.

²⁴ Preußisches Obertribunal, bei *Goltdammer*, Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd. 5 (1857), S. 222 (229 f.); RGSt 20, 266; 48, 308.

²⁵ Eisele (Fn. 5), S. 63 und 69.

²⁶ Eisele (Fn. 5), S. 63 und 69.

²⁷ *Hettinger*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 77 ff. (S. 92 f.).

²⁸ Eisele (Fn. 5), S. 64, 68, 70, 77, 79 und 81 ff.

²⁹ Zu den nicht immer einheitlichen Definitionen vgl. Eisele (Fn. 5), S. 65, 68, 77, 80 ff.

³⁰ Vgl. Eisele (Fn. 5), S. 97 und 99 m.w.N.

³¹ Vgl. Eisele (Fn. 5), S. 97 und 100 m.w.N.

³² Eine vollständige Übersicht über die Strafrahmens aller minder schweren Fälle des StGB finden Sie unter: http://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/Mitarbeiter/files/gerhold_straf_r_minder_schw_fall.pdf.

³³ Vgl. Heinz, NK 2008, 50 m.w.N. aus verschiedenen Gesetzesanträgen; ders., Vortrag vom 31.3.2007, abzurufen unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haerte-re_Strafen_he306.pdf; Kersten, NK 2008, 49.

³⁴ Vgl. Heinz, Vortrag vom 31.3.2007, abzurufen unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haerte-re_Strafen_he306.pdf.

³⁵ Ähnlich Frommel, NK 2004, 6 (7).

stimmung vom 27.12.2003 zu sehen.³⁶ Die Strafdrohungen des StGB sind in weiten Teilen generalpräventiv motiviert und neigen in medienpräsenten Bereichen zu generalpräventiv überschüssiger Härte.

Das Vorgehen des Gesetzgebers steht somit im Widerspruch zu den eher zurückhaltenden Strafforderungen von Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft, die unter Resozialisierungsgesichtspunkten bemüht sind, unbedingt verhängte, freiheitsentziehende Sanktionen zu vermeiden und durch ambulante Maßnahmen zu ersetzen.³⁷ Insbesondere wenn der Regelstrafrahmen eine Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren vorsieht, sieht sich die Rechtsprechung in Einzelfällen versucht, die überhohen Strafrahmen durch eine Flucht in den minder schweren Fall zu korrigieren und auf diese Weise noch eine Bewährungsstrafe nebst Therapieweisung oder ähnlichen ambulanten Maßnahmen auswerfen zu können.³⁸

Maßgeblich für die positive Prognose der Bewährungsentscheidung sind aber gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 StGB in erster Linie die zu erwartende Wirkung der Verurteilung für den Täter und die drohende Rückfallwahrscheinlichkeit. S. 2 stellt dabei ausdrücklich klar, dass für die Prognoseentscheidung unter anderem auch das Verhalten nach der Tat, die Lebensverhältnisse und die Persönlichkeit des Täters berücksichtigt werden müssen. Gemäß § 56 Abs. 2 StGB soll auch das Bemühen des Täters, den Schaden wieder gut zu machen, Berücksichtigung finden. Gleiches gilt für Vorstrafen, ein Geständnis oder die Einsicht des Täters.

Selbstverständlich macht sich die Rechtsprechung diese Kriterien daher auch zur Begründung des minder schweren Falls zunutze, da seine Begründung häufig dem Ziel der Strafaussetzung zur Bewährung dient. Vielmehr noch, sie muss häufig sogar auf diese Kriterien zurückgreifen, um einen minder schweren Fall begründen zu können.

An diesem Beispiel wird besonders deutlich, dass nun nicht mehr die Subsumtion einer bestimmten Tat einen vom Gesetzgeber bestimmten Strafrahmen eröffnet, sondern die vom Richter gewünschte und als angemessen erachtete Sanktion Ausgangspunkt der Strafrahmenbestimmung ist. Das Verhältnis Gesetzgeber-Richter, Richter-Gesetzgeber ist damit auf den Kopf gestellt.

Die Auffassung der Rechtsprechung ist jedoch die nachvollziehbare Konsequenz des ständigen Rufs nach härteren Strafen, die von der Rechtsprechung in weiten Teilen als unbillig empfunden werden. Sie ermöglicht es der Politik hohe Regelstrafen zu implementieren, ohne die Konsequenzen für den Einzelfall durchdenken zu müssen, und begünstigt auf diese Weise die Mehrheitsfindung im Parlament. Vordergründig wird zugleich das Ermessen des Richters durch die Verwendung eines Regel- und eines Ausnahme-

strafrahmens begrenzt und damit den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge getan.

Der praktische Nutzen, den die Auffassung der Rechtsprechung erzielt, macht sie daher nachvollziehbar und die Kritik darf nicht so harsch ausfallen, wie sie es ansonsten müsste.

Es ist jedoch auch zu beachten, dass die Rechtsprechung an die Gesetze gebunden ist, mögen sie ihr gefallen oder nicht. Der jeweilige Richter hat seine eigene Wertauffassung der Wertauffassung des Gesetzgebers unterzuordnen.³⁹ Eine offensichtliche Umgehung der gesetzlichen Regelungen kann daher keine Zustimmung finden und der gesetzgeberische Wille darf nicht vollständig ignoriert werden. Sofern die Strafrahmen für eine bestimmte Tat zu hoch erscheinen, wusste sich die Rechtsprechung auch sonst durch eine restriktive Auslegung zu helfen.

Dies könnte auch der Ausweg aus den durch die Begriffsbestimmung des minder schweren Falls hervorgerufenen systematischen Widersprüchen sein.

Die Flucht in den minder schweren Fall auf Grundlage einer Gesamtwürdigung führt aber wegen der weitgehenden Irreversibilität des Strafzumessungsaktes zu einem kaum akzeptablen Verlust an Rationalität und Nachprüfbarkeit der Urteilsbegründung.⁴⁰

III. Weitergehende Kritik an der herrschenden Rechtsprechung

Gegen die vorgestellte Gesamtbewertung sprechen aber auch weitere Argumente, die mit dem Handwerkszeug eines jeden Juristen, der Auslegung, schnell aufzudecken sind.

So spricht das Gesetz im Rahmen der minder schweren Fälle stets davon, dass die Strafe in einem minder schweren Fall dem niedrigeren Strafrahmen zu entnehmen ist. Der mit dem jeweiligen Begriff des minder schweren Falls gesetzlich verknüpfte Strafrahmen ist demnach die obligatorische Rechtsfolge.⁴¹ Der Gesetzeswortlaut eröffnet kein Ermessen im eigentlichen Sinne, sondern allenfalls einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Auslegung des Begriffs „minder schwerer Fall“.⁴² Die gewollte Bindung des Richters an die Wertungen des Gesetzgebers tritt deutlich hervor.

Des Weiteren verwendet das Gesetz auch nicht mehr den Begriff „mildernder Umstand“, sondern den Begriff „minder schwerer Fall“. Der Begriff „Fall“ stammt aber von der lateinischen Bezeichnung „casus“ ab und ist daher wohl mit den Begriffen „Vorfall“ oder „Vorkommnis“ gleichzusetzen.⁴³ Auch im Zusammenhang mit dem Begriff „Kasuistik“ wird deutlich, dass der Fall ein Tatgeschehen im engeren Sinne bezeichnet und nicht sämtliche der Tat vorhergehenden oder ihr nachfolgenden Umstände erfasst. Er bezeichnet demnach nur das, worüber der Richter zu befinden hat, und ist damit

³⁶ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1066); differenzierend Frommel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 176 Rn. 1 und § 177 Rn. 1.

³⁷ Heinz, Zur Sanktionierungspraxis in Deutschland, abzurufen unter <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks06.htm>; Frommel (Fn. 36), § 176 Rn. 1.

³⁸ Zu den Sexualdelikten Frommel, NK 2004, 6 (7).

³⁹ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 49.

⁴⁰ Ähnlich Frommel, NK 2004, 6 (7); zur eingeschränkten Überprüfbarkeit vgl. auch Lackner/Kühl (Fn. 2), § 46 Rn. 10 m.w.N.

⁴¹ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 66a.

⁴² Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 66a.

⁴³ Vgl. Duden, Bd. 5, Fremdwörterbuch, 9. Aufl. 2006, Kasus.

dem Begriff der Tat ähnlich; eine Erkenntnis, die der historische Gesetzgeber stets zu berücksichtigen wusste. Eine enge Auslegung findet insofern auch eine historische Stütze und wird darüber hinaus sogar durch einen Vergleich mit dem erst 1994 eingeführten § 46a StGB gestützt. Die Verwendung des Begriffs „Fall“ in § 46a Nr. 2 StGB legt die enge Auslegung mehr als nahe, da dort der Fall die Schadenswiedergutmachung durch erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erforderlich gemacht haben muss. Der Begriff „Fall“ kann daher nur als die Tat und ihre Folgen aufgefasst werden.

Auch ein Blick auf die Regelbeispiele der besonders schweren Fälle, auf § 213 StGB und auf die Strafänderungsvorschriften des Allgemeinen Teils, die von *Horn* als quasi gesetzliche Regelbeispiele für die mindere Schwere eines Falls angesehen werden,⁴⁴ zeigt, dass dort entsprechend Sinn und Zweck eines Strafrahmens ausschließlich unrechts- und schulderhöhende Merkmale normiert sind.

Wenn der Richter nun aber unbenannte minder schwere Fälle bestimmen soll, muss er sich an den Vorgaben des Gesetzgebers orientieren und darf lediglich Umstände heranziehen, die der Gesetzgeber auch zur Bestimmung eines Regelbeispiels verwenden könnte. Für die Berücksichtigung spezialpräventiver Überlegungen ist kein Raum.⁴⁵

Die Auffassung der Rechtsprechung, die auch Faktoren berücksichtigt, die nicht die Tatschwere betreffen, entzieht dem minder schweren Fall jeglichen eigenen Regelungsgehalt und verwischt die Grenzen zwischen der Strafrahmewahl und der nachgeordneten konkreten Strafmaßbestimmung.⁴⁶ Die Grundsätze des § 46 Abs. 1 StGB werden schlicht missachtet, wenn unrechts- und schuldindifferente Merkmale die Strafzumessung dominieren.⁴⁷

Abschließend kann bezweifelt werden, ob es mit dem „*nemo tenetur*“-Grundsatz in Einklang zu bringen ist, wenn sich der jeweilige Täter den Weg zu einer Bewährungsstrafe nur durch ein Geständnis erkaufen kann. Der Druck zur Mitwirkung im Strafverfahren steigt im Vergleich zum reinen Einfluss der geständigen Einlassung auf die Strafzumessung im engen Sinne beträchtlich. Die Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Strafrahmewahl kann zudem dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG zuwiderlaufen, wenn bestimmten Tätergruppen eine Strafaussetzung nur aus Gründen einer anderen Milieuzugehörigkeit oder einer anderen Einkommensschicht verweigert bliebe.

Das System der doppelten Gesamtwürdigung aller Strafzumessungsfaktoren ist nach alledem abzulehnen und die Suche nach gangbaren Alternativen ist erforderlich.

IV. Ein möglicher Lösungsansatz

1. Die dogmatische Einordnung des minder schweren Falls

Das Gesetz differenziert augenscheinlich zwischen der Straf-

rahmewahl im Sinne einer Strafänderung und der Strafzumessung im engen Sinne, nämlich der des § 46 StGB. Der anzuwendende Strafrahmen kann nun entweder durch die Ausübung freien richterlichen Ermessens oder durch eine Subsumtion des Begriffs „minder schwerer Fall“ und eine daraus folgende Bindung an den Sonderstrahmewahl ermittelt werden.

Vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips und der Gewaltenteilung kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein.

Der minder schwere Fall selbst kann entweder als echtes Tatbestandsmerkmal, als Strafzumessungsregelung oder als Mischform begriffen werden.⁴⁸ Die dogmatische Einordnung ist dabei keinesfalls einfach und würde den Rahmen dieses Artikels sprengen.

Die Einordnung als echtes Tatbestandsmerkmal in der Form einer offenen unselbständigen Privilegierung hat m.E. ihren Reiz und für ihre Befürworter streiten viele gute Argumente. Aber selbst wenn man den minder schweren Fall klassisch als Strafzumessungsregelung ansieht, darf man nicht aus den Augen verlieren, dass es sich dennoch um einen Tatbestand, wenn auch nicht um einen Straftatbestand, mit einer Rechtsfolge handelt.

Eisele stellt übersichtlich die Unterschiede zwischen dem Gesamt(straf)tatbestand und einem Tatbestand im rechtstheoretischen Sinne dar.⁴⁹ Gemein ist beiden, dass sie eine Rechtsfolge auslösen.

Ordnet man nun den minder schweren Fall mit der herrschenden Meinung der Rechtsfolgenseite zu, hat das zur Konsequenz, dass der Gesamttatbestand als Rechtsfolge nur die grundsätzliche Strafbarkeit eröffnet. Der genaue Strafrahmen hängt dann vom Vorliegen weiterer Voraussetzungen ab.

Würden also die Voraussetzungen des Gesamt(straf)tatbestandes vorliegen, wäre zuerst nur sicher, dass der Täter zu bestrafen ist und zwar entweder aus dem Regel- oder aus dem Ausnahmestrahmewahl. Es wären zwei alternative Rechtsfolgen eröffnet, ähnlich wie man es im Verwaltungsrecht beim Ermessen kennt. Ist die Rechtsfolge „Strafbarkeit“ eröffnet, muss der Richter durch einen zweiten Subsumtionsschritt feststellen, ob der Regel- oder der Ausnahmestrahmewahl anzuwenden ist; eine Entscheidung, die den Strafrahmen dann zwingend festlegt. Dass dem StGB Tatbestände auf Rechtsfolgenseite keineswegs fremd sind, wird auch durch einen Blick auf § 47 StGB bestätigt.

Der Akt der Strafrahmewahl ist daher in keinem Fall Strafzumessung i.e.S., sondern Begriffsauslegung und Subsumtion des konkreten Sachverhalts mit der Folge eines zwingend anzuwendenden Sonderstrahmens.⁵⁰

Hieraus folgt, dass der jeweilige Richter den anzuwendenden Strafrahmen nicht für den konkreten Fall, sondern für einen solchen Fall durch Bildung von Wertgruppen bestimm-

⁴⁴ *Horn* (Fn. 6), § 46 Rn. 68.

⁴⁵ Vgl. *Eisele* (Fn. 5), S. 241.

⁴⁶ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 11.

⁴⁷ *Streng* (Fn. 1), § 46 Rn. 12.

⁴⁸ Vgl. die ausführliche Darstellung des Streitstandes bei *Eisele* (Fn. 5), S. 143 ff.

⁴⁹ *Eisele* (Fn. 5), S. 111 ff.

⁵⁰ *Horn* (Fn. 6), § 46 Rn. 58 und 65.

men muss.⁵¹ Erst innerhalb des abstrakt bestimmten Strafrahmens hat er den konkreten Fall nach Maßgabe des § 46 StGB einzuordnen.

Auf diese Weise können sämtliche Wertungswidersprüche vermieden werden. Auch ein Zirkelschluss ist nicht vorwerfbar, wenn die Strafzumessung im engen Sinne erst innerhalb eines vom Gesetzgeber bestimmten und durch Subsumtion ermittelten Strafrahmens erfolgt.

2. Berücksichtigungsfähige Umstände

Die Strafrahmen sind vorrangig nach ihrer Unrechts- und Schuldschwere gestaffelt. Es bleibt daher festzuhalten, dass ein minder schwerer Fall in erheblichem Maße vom spezifischen Unrechts- und Schuldgehalt einer normalen Tat abweichen muss, um die Anwendung des minder schweren Falles zu rechtfertigen. Zur Ermittlung der Abweichung muss ein Vergleich verschiedener Tat- bzw. Deliktsspezifikationen durchgeführt werden.⁵² Diese hat der Richter anhand vertypter Unrechtskategorien zu bestimmen, wobei die deliktsspezifischen Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Die Anwendung des Sonderstrafrahmens kann daher nicht mit einem Bewährungsbruch, anderen spezialpräventiven Gesichtspunkten oder der Tat nachfolgenden, insbesondere prozessualen Umständen begründet werden,⁵³ da diese das Tatbild unverändert lassen und individuelle Merkmale auch vom Gesetzgeber nicht zur Strafrahmenbestimmung herangezogen werden könnten. Auch generalpräventive Erwägungen können bei der Subsumtion des Begriffs „Fall“ keine Berücksichtigung finden. Es sind demnach nur Umstände zu berücksichtigen, die das Tatumrecht oder die Tatschuld selbst betreffen.⁵⁴

In einem zweiten Schritt stellt sich nun die Frage, ob das Tatbild anhand einer Gesamtwürdigung aller unrechts- und schuldbezogenen Faktoren zu bestimmen ist oder ob einzelne Merkmale für sich genommen die Anwendung des Sonderstrafrahmens rechtfertigen.

Um diese Frage zu beantworten, soll ein Blick auf die Regelbeispiele des Besonderen Teils geworfen werden.

Die Regelbeispiele zeigen, dass schon ein Umstand alleine so schwer wiegen kann, dass die Anwendung des Regelstrafrahmens unangemessen ist. Das Vorliegen eines besonders schweren oder minder schweren Umstandes entfaltet bereits für sich eine Indizwirkung für die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens, so dass seine Anwendung grundsätzlich keiner weiteren Prüfung bedarf.⁵⁵ Sie braucht auch keine weitere Begründung, solange sich nicht Umstände aufdrängen, die die Indizwirkung widerlegen.⁵⁶ Lediglich in einem atypischen Fall kann der Richter mit besonderem Begrün-

dungsaufwand von der gesetzlichen Vermutung abweichen⁵⁷ oder muss sich in Zweifelsfällen mit den Gegenindizien auseinandersetzen.

Um dem System der Strafänderungsvorschriften Rechnung zu tragen, sollten die unbenannten Strafänderungsgründe ähnlich den Regelbeispielen behandelt werden.

Das Tatbild kann sich deshalb auch schon bei Betrachtung nur eines besonders tragenden Umstandes deutlich vom Normalfall abheben.

Die prägenden Umstände der Tat allein zeichnen das Tatbild und sind für die Strafrahmenbestimmung maßgeblich. Alle weiteren strafscharfenden oder mildernden Umstände dürfen nur im Rahmen der Strafzumessung im engen Sinne berücksichtigt werden.

Besonders plakativ ist ein praktisches Beispiel aus dem Betäubungsmittelstrafrecht: Wenn die nicht geringe Menge an Betäubungsmitteln überschritten ist, wird das Handelstreiben nach § 29a Nr. 2 BtMG mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. In minder schweren Fällen beträgt die Freiheitsstrafe drei Monate bis fünf Jahre. Für eine geringe Menge Betäubungsmittel sieht das Gesetz demgegenüber nur eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor.

Wenn die nicht geringe Menge nun aber nur ganz geringfügig überschritten ist, weicht das Tatbild bereits in erheblichem Maße von dem typischen Fall der nicht geringen Menge ab.

Die Anwendung des Regelstrafrahmens wäre unbillig, da der Bruchteil eines Gramms keine Verschärfung des Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren auf nicht unter einem Jahr rechtfertigen kann.

Bei der Ermittlung der konkreten Strafe wäre dann aber Raum, strafscharfende Umstände mit zu berücksichtigen. Es ist demnach ein besonders strafwürdiger minder schwerer Fall denkbar, der die Festsetzung einer Freiheitsstrafe deutlich über der Mindeststrafe des Regelstrafrahmens rechtfertigen könnte. Die Feststellung, für einen minder schweren Fall war die Tat von überdurchschnittlichem Gewicht, könnte getroffen werden. Darüber hinaus wäre die Subsumtion des minder schweren Falls revisionsgerichtlich voll überprüfbar.

Der minder schwere Fall ist daher generalisierend anhand einzelner herausstechender Umstände zu bestimmen, die Merkmale eines entsprechenden Tatbestandes sein könnten.⁵⁸ Anders formuliert, die den Strafrahmen bestimmenden Merkmale müssen allesamt tatbestandsähnlich und einer abstrakten Regelung durch den Gesetzgeber zugänglich sein⁵⁹ und das jeweilige Deliktsspezifikationsmerkmal muss um eines besonderen, verallgemeinerungsfähigen Umstandes willen aus dem der gewöhnlichen Erfahrung, die den Gesamtbereich des Normalfallrahmens definiert, herausfallen.⁶⁰ Aus § 50 StGB folgt, dass dieser besondere Umstand zugleich ein vertypter Strafmilderungsgrund des Allgemeinen Teils sein kann.

Eine Kumulation verschiedener Umstände ist ebenfalls zulässig, sofern dies zur Begründung der Abweichung vom

⁵¹ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 50, 58 und 65.

⁵² Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 58, 59a und 65.

⁵³ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 59a.

⁵⁴ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 65.

⁵⁵ BGH NStZ 2004, 265 f.; Streng (Fn. 1), § 46 Rn. 9.

⁵⁶ Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 46 ff. Rn. 24 m.w.N.

⁵⁷ Streng (Fn. 1), § 46 Rn. 9.

⁵⁸ Eisele (Fn. 5), S. 211 m.w.N.

⁵⁹ Eisele (Fn. 5), S. 211.

⁶⁰ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 59.

Regeltatbild erforderlich ist. Ansonsten sind weitere Umstände nur im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. zu berücksichtigen.

Das eben vorgestellte Vorgehen deckt sich wohl auch mit der untergerichtlichen Praxis, die entgegen dem Postulat der Obergerichte häufig von einer doppelten Gesamtwürdigung Abstand nimmt und den minder schweren Fall auf einzelne, herausragende Tatumstände und deliktsspezifische Besonderheiten stützt.⁶¹

Durch die ausschließliche Berücksichtigung deliktsspezifischer Besonderheiten im Gegensatz zu einer Gesamtabwägung aller denkbaren Strafzumessungsfaktoren lässt sich auch erklären, warum nur bei manchen Delikten minder schwere Fälle normiert wurden. Ein geballtes Vorliegen von strafmildernden Umständen ist nämlich bei jedem Delikt denkbar, so dass sich die Auswahl und Verteilung der minder schweren Fälle im StGB als willkürlich darstellen würde.⁶² Hätte der Gesetzgeber ein wesentliches Überwiegen der strafmildernden Umstände mit gleichzeitiger Herabsetzung des Regelstrafrahmens normieren wollen, hätte sich ähnlich § 41 ÖStGB ein allgemeiner Strafmilderungsgrund mit einem Verweis auf § 49 StGB aufgedrängt.

3. Die Doppelverwertung

Als nächstes stellt sich die Frage, ob ein Merkmal, das zur Begründung des minder schweren Falls verwendet wurde, erneut im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. berücksichtigt werden darf.

Im StGB finden sich zwei Regelungen zur Doppelverwertung, zum einen § 46 Abs. 3 StGB, zum anderen § 50 StGB.

Nach § 50 StGB darf ein Umstand, der allein oder mit anderen die Annahme eines minder schweren Falls begründet und zugleich ein besonderer gesetzlicher Minderungsgrund nach § 49 StGB ist, nur einmal berücksichtigt werden. Eine doppelte Strafraumenverschiebung unter dem gleichen Gesichtspunkt ist daher unzulässig.

Nach § 46 Abs. 3 StGB dürfen Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, nicht erneut berücksichtigt werden. Gemeint ist der abstrakte Umstand wie z.B. der Tod eines Menschen oder der Eintritt eines anderen Erfolges, nicht dagegen die konkrete Bewertung der Schwere. Der Richter darf daher Abstufungen in Bezug auf das gesetzlich abstrakt festgelegte Fallspektrum vornehmen und die Vorwertungen des Gesetzgebers unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falls weiter verfeinern.⁶³

Er kann also z.B. die Nähe zur Vollendung beim Versuch oder die Art der Verletzung im Rahmen des § 223 Abs. 1 StGB auch bei der Strafzumessung i.e.S. weiter berücksichtigen.

Nichts anderes darf für die strafrahmenbestimmenden Umstände eines minder schweren Falls gelten,⁶⁴ da auch hier

ein Teil der Unrechts- und Schuldbewertung bereits zur Eröffnung des Ausnahmestrafrahmens geführt und somit die Bewertungsgrundlage verändert hat. Eine doppelte Verwertung des abstrakten Merkmals würde zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Täters führen. Die abstrakten Merkmale des minder schweren Deliktssbildes sind daher endgültig verbraucht. Sie können nicht mehr als abstrakter Umstand zur Ausfüllung des Strafrahmens herangezogen werden, sondern nur noch konkret – unter Berücksichtigung des veränderten Strafrahmens – bewertet werden.

Der Umstand im Beispielfall, dass die nicht geringe Menge nur geringfügig überschritten ist, ist daher verbraucht. Wie knapp die Überschreitung war, ist aber weiterhin berücksichtigungsfähig und kann sich daher für einen minder schweren Fall als leicht oder schwer darstellen.

Ist der abstrakte Umstand einer abgestuften Bewertung nicht zugänglich, darf er überhaupt nicht mehr verwertet werden.

Horn rät daher konsequenterweise, sich bei der Begründung des Sonderstrafrahmens auf möglichst wenige, aber dafür tragende Umstände zu beschränken, um im Folgenden eine differenzierte Strafzumessung zu gewährleisten, die nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstößt.⁶⁵ Dem ist zuzustimmen.

V. Fazit

Der Regelstrafrahmen gilt nur für das Regeltatbild. Die Anwendung des Sonderstrafrahmens erfordert daher ein erhebliches Abweichen des Sonderfalls vom Regelfall, was anhand von deliktsspezifischen Unrechtskategorien zu bestimmen ist. Berücksichtigungsfähig sind dabei nur einzelne generalisierbare, also tatbestandsähnliche Merkmale, die Unrecht oder Schuld betreffen und das Tatbild maßgeblich prägen.

Alle weiteren Merkmale können nur bei der Strafzumessung i.e.S. Berücksichtigung finden.

Innerhalb der Strafzumessung i.e.S. ist eine erneute Verwertung der strafrahmenbestimmenden Umstände ausgeschlossen.

Auf diese Weise kann der Sonderstrafrahmen in Einzelfällen ausgeschöpft werden und der Gesetzessystematik wird hinreichend Rechnung getragen.

Eine Gesamtbetrachtung zur Bestimmung des Strafrahmens, selbst wenn man sie nur auf Tatunrecht und Tatschuld bezöge, steht im Widerspruch zu den sich überschneidenden Strafrahmen, da die Schuld stets gering sein müsste. Im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. könnten dann aber auch die spezial- und generalpräventiven Erwägungen nie zu einer Strafe im oberen Bereich des Strafrahmens führen, da der Schuldgehalt der Tat in keinem Fall überschritten werden darf. Auch liefert der Ansatz einer Gesamtbetrachtung keine Erklärung dafür, warum die Höchststrafandrohung eines minder schweren Falls teilweise deutlich über der für einen Normalfall zu erwartenden Strafe liegt, die üblicherweise dem unteren Drittel des Regelstrafrahmens zu entnehmen ist.

⁶¹ Ebenso Eisele (Fn. 5), S. 212.

⁶² Eisele (Fn. 5), S. 280.

⁶³ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 152.

⁶⁴ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 158; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 46 Rn. 10a und 45.

⁶⁵ Horn (Fn. 6), § 46 Rn. 157 f.