

§ 21 Verminderte Schuldfähigkeit

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2019. "§ 21 Verminderte Schuldfähigkeit." In *Strafgesetzbuch: Kommentar*, edited by Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, and Gunter Widmaier, 4. Aufl., 198–204. Köln: Carl Heymanns.



§ 21 Verminderte Schuldfähigkeit. Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Grundsätzliches	1	F. Bestimmung des Strafrahmens	16
I. Systematische Einordnung	1	I. Wahlmöglichkeiten	16
II. Anwendungshäufigkeit	3	II. Fakultative Strafraahmenmilderung	17
III. Struktur der Vorschrift und praktische Anwendungsfälle	4	III. Versagungsgründe	18
B. Einsichtsfähigkeit (Alt. 1) und Verhältnis zum Verbotsirrtum	6	1. Gesamtwürdigung	21
C. Steuerungsfähigkeit (Alt. 2)	10	2. Tatmodalitäten	22
D. Erheblichkeit der Verminderung	12	3. Vorverschulden	24
E. Actio libera in causa	14	4. Einzelheiten	30
		IV. Auswahl unter mehreren Strafraahmen	32
		G. Strafzumessung	34

I A. Grundsätzliches. I. Systematische Einordnung. Verminderte Schuldfähigkeit ist keine selbstständige dritte Kategorie der »Halbzurechnungsfähigkeit« zwischen Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit, sondern eine besondere Form der Schuldfähigkeit (sog. **Dekulpation**). Der vermindert schuldfähige Täter ist für seine Tat verantwortlich und wird, wenn auch u.U. milder, bestraft. § 21 enthält einen **Schuld minderungsgrund**, an den sich eine **Strafzumessungsregel** anschließt. Prozessual betrifft die Vorschrift allein den **Rechtsfolgenausspruch** (Fischer § 21 Rn. 2; LR/Franke § 344 Rn. 29 m.w.N.). Daraus folgt, dass das Berufungsgericht bei einer auf das Strafmaß beschränkten Berufung in eigener Verantwor-

tung über die Verminderung der Schuldfähigkeit zu entscheiden hat (KG Beschl. v. 08.03.2013, [4] 161 Ss 21/13 [28/13]).

Eine Brücke zu § 20 schlägt § 21 jedoch insofern, als den aus dem Zustand des Täters drohenden Gefahren auch durch Maßregeln der Besserung und Sicherung begegnet werden kann, welche teils unter den Voraussetzungen des § 21 (§ 63), teils ohne Rücksicht auf sie (so insbesondere nach § 64) angeordnet werden dürfen. Zur Anwendung von § 323a bei ungewisser Beweislage s. BGHSt 32, 48; LK/Schöck § 323a Rn. 16 ff.

II. Anwendungshäufigkeit. Die Anwendungshäufigkeit der Bestimmung ist in den letzten Jahrzehnten insgesamt beträchtlich gestiegen und in den letzten Jahren nur leicht zurückgegangen. Von 1975 bis 2003 stieg die Dekulpationsrate von 1,3 % auf 2,9 % aller Verurteilten, also um mehr als das Zweieinhalbfache; LK/Schöck § 21 Rn. 3 ff. m.w.N; im Jahr 2013 lag der entsprechende Wert wiederum bei 2,9 %, vgl. Heinz in Pollähne/Lange-Joest, S. 51; im Jahr 2016 wurden 2,3 % der Verurteilten dekulpert, vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafverfolgung 2016, Tab. 1.3.1, 5.7). Die Ursachen für den generellen Anstieg sind vielschichtig. Neben der Zunahme des Alkohol-, Drogen- und Medikamentenmissbrauchs sind die Begutachtungspraxis und auch eine spürbare Großzügigkeit der Gerichte bei der Anwendung der Vorschrift zugunsten des Angeklagten zu nennen, da bei Bejahung verminderter Schuldfähigkeit das Urteil mit größerer Wahrscheinlichkeit rechtskräftig wird bzw. es für den Verurteilten akzeptabler gestaltet werden kann (MüKo-StGB/Streng § 21 Rn. 6). Normative Basis für die Ausweitung des § 21 dürfte vor allem die schwere andere seelische Abartigkeit sein. Problematisch ist insbesondere die zu häufige Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit aufgrund des weiten Konzepts der Persönlichkeitsstörungen nach ICD-10 und DSM-V, der sexuellen Paraphilien und der Suchterkrankungen unter Einbeziehung der stofflosen Süchte. Hinzu kommt noch die restriktivere Entlassungspraxis seit der Verschärfung der §§ 67d Abs. 2 StGB, 463 Abs. 3 StPO durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998 (krit. Schöck NJW 1998, 1257 ff.), die zu einer kaum mehr erträglichen Überlastung der Maßregelvollzugsanstalten geführt hat. Zwar können die Gerichte kriminalpolitische Fehlentwicklungen nur begrenzt korrigieren, jedoch legen die erheblichen Unterschiede bei den Dekulpationsraten nahe, dass sich regionale Konventionen gebildet haben (MüKo-StGB/Streng § 21 Rn. 7). Mittlerweile zeigt die Entwicklung bei den Tötungsdelikten sowie bei der Vergewaltigung seit Anfang der 90er Jahre eine sinkende Dekulpationsbereitschaft der Gerichte, die mit der strengeren gesellschaftlichen Bewertung der Straftaten unter Alkoholeinfluss zusammenhängen dürfte (MüKo-StGB/Streng § 21 Rn. 5).

III. Struktur der Vorschrift und praktische Anwendungsfälle. § 21 ist in seiner Struktur ebenso wie § 20 zweistufig aufgebaut. Eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit setzt das Vorliegen eines der in § 20 bezeichneten Defekte voraus. Die Störung muss sich sodann im »psychologischen Stockwerk« schuld mindernd ausgewirkt haben.

Praktische Anwendungsfälle des § 21 sind vor allem schwere Persönlichkeitsstörungen (auch im Zusammenwirken mit Alkoholisierung, BGH NSTZ-RR 2008, 335), Neurosen, sexuelle Verhaltensabweichungen und Störungen sowie die normalpsychologischen Affekte und der Schwachsinn. Auch Krankheiten, so vor allem Defektzustände nach Hirnverletzungen oder Wesensveränderungen bei Epileptikern, können erheblich verminderte Schuldfähigkeit bewirken (nach BGHSt 40, 341 [348 ff.] auch bei § 315c Abs. 1 Nr. 1b). Endogene Psychosen erfüllen die Voraussetzungen des § 21 häufig außerhalb akuter Phasen, so vor allem beim Vorliegen der sog. schizophrenen Basisstörung. Nicht ausreichend sind besondere Persönlichkeitsstrukturen, zwischenmenschliche Abhängigkeiten, soziale Haltlosigkeit, leichte Kränkbarkeit (BGH NSTZ-RR 2004, 8) oder psychische Beeinträchtigungen durch ein schweres Lebensschicksal (Fischer § 21 Rn. 14).

B. Einsichtsfähigkeit (Alt. 1) und Verhältnis zum Verbotsirrtum. Gem. § 21

Alt. 1 ist als Folge der biologisch-psychologischen Störung eine Verminderung der Fähigkeit erforderlich, das Unerlaubte der Tat einzusehen. Entgegen der missverständlichen Gesetzesformulierung liegen die Voraussetzungen der 1. Alt. nicht vor, wenn der Täter das Unrecht seines Tuns trotz seiner an sich verminderten Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall erkennt (st. Rspr.; BGHSt 21, 27 [28]; 40, 341 [349]; BGH NSTZ-RR 2017, 239 [Ls.]; LK/Schöck § 21 Rn. 8; Fischer § 21 Rn. 3 m.w.N.). Die darin liegende Korrektur des Gesetzeswortlautes zu Lasten des Betroffenen ist sachlich nachvollziehbar und berechtigt, allerdings im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht unbedenklich (NK/Schild § 21 Rn. 12). An anderer Stelle wirkt sich dieses Verständnis der Norm freilich zu Gunsten des Täters aus: Hat die erhebliche Verminderung der Unrechtseinsichtsfähigkeit nicht auch das Fehlen der Einsicht zur Folge, so genügt dies für die Anordnung der Unterbringung nach § 63 nicht (BGHSt 34, 22 [26]; BGH NSTZ 2006, 682 f.). Verlangt man für die Anwendung von § 21 mit der ganz h.M. die tatsächlich fehlende Unrechtseinsicht, so liegt stets auch ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 vor. Wie § 20 lässt sich § 21 dann in seiner 1. Alt. als spezielle Form des Verbotsirrtums bezeichnen (BGHSt 40, 341 [349]; Sch/Sch/Perron/Weißer § 21 Rn. 6 f.

m.w.N.; s. § 20 Rdn. 6; a.A. NK/Schild § 21 Rn. 12). Während § 21 jedoch nur eine erhebliche Verminderung der Einsichtsfähigkeit als Grundlage einer möglichen Strafmilderung berücksichtigt, ist nach den Regeln des § 17 über den Verbotsirrtum jeder Rechtsirrtum beachtlich. Die darin liegende Diskrepanz ist durch die Annahme eines Vorrangs der täterfreundlicheren Norm des § 17 zu beseitigen (Roxin AT I, § 20 Rn. 36; a.A. [Vorrang des § 21] Jakobs AT, 18/31). Andernfalls würde man den geistig gesunden Täter gegenüber demjenigen privilegieren, dessen fehlende Unrechtseinsicht auf einer seelischen Störung i.S.v. § 20 beruht (Sch/Sch/Perron/Weißer § 21 Rn. 6 f.). Dieser Anwendungsvorrang bedeutet aber nicht, dass § 21 in seinen Voraussetzungen nicht zugleich einschlägig sein kann. Kommt aufgrund eines biologisch-psychologisch bedingten vermeidbaren Verbotsirrtums wegen der Gefährlichkeit des Täters eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 in Betracht, so behält § 21 insoweit seine eigenständige Bedeutung gegenüber § 17 (MüKo-StGB/Streng § 21 Rn. 14).

- 8 Da § 21 in den Fällen der verminderten Einsichtsfähigkeit nur angewendet wird, wenn die Einsicht tatsächlich gefehlt hat und dies auf einer der in § 20 genannten Störungen beruht, stellt sich noch die Frage der **Abgrenzung** zum vollständigen **Schuldausschluss gem. § 20**. Dafür auf eine Abstufung verschiedener »Grade« von Einsicht abzustellen, ist nicht denkbar; eine »verminderte Einsicht« gibt es nicht (BGH R&P 2006, 101). Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 21 ist vielmehr nach dem BGH, ob dem Täter das Fehlen der Einsicht vorgeworfen werden kann. Ist ein solcher Vorwurf nicht begründbar, kommt § 20 zur Anwendung (BGHSt 40, 341 [349]; BGH NStZ-RR 2016, 161; NStZ-RR 2013, 71); unter dieser Voraussetzung wird regelmäßig zugleich ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 anzunehmen sein, der hinter § 20 als speziellere Norm zurücktritt. Diese Fälle dürften jedoch äußerst selten sein, denn ein **Verschulden hinsichtlich des Fehlens der Einsicht** wird aufgrund der prinzipiell vorhandenen Fähigkeit zur Unrechtseinsicht in der Regel vorliegen, wenn nicht weitere Gründe hinzutreten (Sch/Sch/Perron/Weißer § 21 Rn. 6 f.).
- 9 Während nach dem Gesagten **verminderte Einsichtsfähigkeit folgenlos** bleiben kann, führt erheblich vermindertes Hemmungsvermögen i.S.v. § 21 Alt. 2 ohne weiteres zur Anwendung des § 21. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen verlangen deshalb, dass der Richter sich Klarheit darüber verschafft, welche der Alternativen des § 21 vorliegt. Er kann seine Entscheidung nicht auf beide zugleich stützen (BGHSt 21, 28; 40, 341 [349]; BGH NStZ-RR 2015, 273; NStZ 2005, 205 [206]) oder eine Wahlfeststellung treffen. Das gilt auch bei der Anordnung von **Maßregeln der Besserung und Sicherung**, sofern diese an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 geknüpft sind.
- 10 **C. Steuerungsfähigkeit (Alt. 2)**. Der Gesetzeswortlaut ist auch in seiner 2. Alternative nicht ganz genau. Eine Anwendung des § 21 scheidet aus, wenn die Fähigkeit des Täters zu einsichtsgemäßem Handeln zwar allgemein reduziert ist, sein Hemmungsvermögen bei der konkreten Tat aber vollkommen intakt war. Der Täter muss den Tatanreizen wesentlich weniger Widerstand leisten können als ein Durchschnittsbürger (LK/Schöck § 21 Rn. 15; MüKo-StGB/Streng § 21 Rn. 17). Zielstrebiges und folgerichtiges Verhalten bei einer vorsätzlichen Tötung aufgrund eines langjährigen destabilisierenden Beziehungskonflikts steht einer erheblichen Verminderung des Hemmungsvermögens nicht unbedingt entgegen (BGH NStZ-RR 2007, 83 [84]; BGH Beschl. v. 05.03.2013, 5 StR 25/13).
- 11 Beim **Alkoholrausch** geht die Rspr. nach Aufgabe der strengen Regelvermutung für eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit als »kaum widerlegbare« Folge einer BAK ab 2,0 ‰ (bzw. 2,2 ‰; BGHSt 37, 231) durch BGHSt 43, 66 heute zutreffend davon aus, dass ein gesicherter medizinisch-statistischer Erfahrungssatz über die alleinige Bedeutung der BAK für die Annahme einer Ex- oder Dekulpation nicht existiert. Nach wie vor wird die BAK als gewichtiges Indiz für die erhebliche Herabsetzung des Hemmungsvermögens angesehen, das aber durch psychodiagnostische Kriterien widerlegt werden kann. Eine alkoholische Beeinflussung mit der Folge erheblich verminderter Schuldfähigkeit ist dabei weder zwingend noch regelmäßig von schweren ins Auge fallenden Ausfallerscheinungen begleitet (BGH StV 2012, 281). Bei Abweichungen von der Regelvermutung nach oben spielt die Alkoholgewöhnung die wichtigste Rolle, da bei Gewohnheitstrinkern die Steuerungsfähigkeit in der Regel auch bei BAK-Werten zwischen 2,0 und 3,0 ‰ erhalten bleibt (BGH NStZ 2005, 329 f.; BGH NStZ-RR 2018, 136; Kröber NStZ 1996, 573).
- 12 **D. Erheblichkeit der Verminderung**. Mit dem Rechtsbegriff (BGHSt 8, 113 [124]; 43, 66 [77]; Maatz StV 1998, 183) der **Erheblichkeit** will das Gesetz alle bloßen Varianten der Normalität dem Anwendungsbereich der Vorschrift entziehen; schuld mindernde Abweichungen unterhalb der Erheblichkeitsschwelle verweist es in die allgemeine Strafzumessung (BGH NStZ 1984, 259). Würde bei den Eingangsmerkmalen eine »tiefgreifende« Bewusstseinsstörung oder »schwere« andere seelische Abartigkeit bejaht, so liegt allerdings auch eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit nahe, weshalb deren Verneinung besonders begründungsbedürftig ist (BGH StV 1991, 511; BGH Beschl. v. 12.12.2017, 2 StR 414/17; Fischer § 21 Rn. 8). Als **Rechtsfrage** ist die Erheblichkeit – ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen – vom Tatrichter in eigener Verantwortung zu beurteilen (BGH NStZ-RR 2017, 37; BGHSt 43, 66 [77]; 49, 45 [53]; NJW 2006, 386 f.). Folglich ist der Grundsatz **in dubio pro reo** auf die Erheblichkeitsprüfung **nicht anwendbar** (BGH NStZ 2005, 149 f.; NStZ-RR 2006, 335 f.), wohl aber

bei Zweifeln, die sich auf die vorgelagerte Frage der Art und des Grades des psychischen Ausnahmezustandes (z.B. bei einer Triebstörung) beziehen (BGH NStZ-RR 2006, 335 [336]; BGH Beschl. v. 05.03.2013, 5 StR 25/13).

Entscheidend sind die Anforderungen, welche die Rechtsordnung an jedermann stellt (BGHSt 43, 66 [77]; 49, 45 [53]; BGH Beschl. v. 16.03.2016, 1 StR 402/15). Diese orientieren sich auch an der **Schwere des Delikts**. Die Anforderungen sind umso höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist (BGHSt 49, 45 [53]; BGH NStZ 2005, 149 f.; NJW 2006, 386; krit. wegen Verletzung des Schuldprinzips *Theune* NStZ-RR 2005, 325 [326]). Im Einzelfall sind eine sorgfältige Erforschung der inneren Befindlichkeit des Täters im Zeitpunkt der Tat und die Heranziehung vorhandenen Erfahrungswissens darüber, wie sich andere in der Situation des Täters verhalten, erforderlich. Geboten ist nach dem BGH auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob in der Person des Angeklagten und seinen Taten nicht nur Eigenschaften und Verhaltensweisen hervorgetreten sind, die sich im Rahmen des bei schuldfähigen Personen Üblichen halten und dort eine gewöhnliche Ursache für strafbares Verhalten sind (BGH NStZ-RR 2015, 306). Ergibt der Vergleich eine Abweichung des Täters vom Normalbild, so ist die rein normative Frage anzuschließen, ob die Abweichung als erheblich anzuerkennen ist, d.h. ob dem Täter auf Grund seines Zustands die Normbefolgung so wesentlich erschwert war, dass die Rechtsordnung diesen Umstand bei der Durchsetzung ihrer Verhaltenserwartungen nicht übergehen darf. In Grenzfällen – nicht bei eindeutiger Feststellung – kann die normativ geprägte erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Wege rechtsfolgenorientierter teleologischer Reduktion verneint werden, wenn die Therapieprognose für das psychiatrische Krankenhaus nicht günstiger ist als für den Strafvollzug (*Schöch* NervA 2005, 1387 f.; LK/*Schöch* § 21 Rn. 25; § 20 Rn. 175; Ansätze dazu auch in BGH 4 StR 529/04 = NStZ-RR 2005, 331 f. bei *Theune*).

Die **schuldhaft Herbeiführung** des Defektzustandes durch den Täter schließt § 21 nicht aus, kann aber zur Versagung der fakultativen Strafmilderung führen (BGHSt 43, 66 [77]; LK/*Schöch* § 21 Rn. 26; s.u. Rdn. 24 ff.).

E. Actio libera in causa. Nach h.M. ist die Rechtsfigur der actio libera in causa auch bei bloß **verminderter Schuldfähigkeit** anwendbar mit der Folge, dass eine Schuldmilderung nach § 21 nicht in Betracht kommen soll, wenn der Täter sich vorsätzlich in den Zustand verminderter Schuldfähigkeit versetzt (BGHSt 21, 381; 34, 29 [33]; BGH NStZ 2005, 384; ebenso LK/*Schöch* § 21 Rn. 33; *Lackner/Kühl* § 21 Rn. 6). Die pauschale Versagung einer Schuldmilderung verstößt auch hier gegen den Wortlaut der Norm, die unmissverständlich an den Zustand »bei Begehung der Tat« anknüpft (vgl. § 20 Rdn. 103 ff.). Möglich und zulässig ist aber eine Berücksichtigung des Vorverschuldens im Rahmen der Entscheidung über die (fakultative) Strafrahmenermilderung des § 21 (so im Ergebnis auf der Basis des Tatbestandsmodells auch *Salger* FS Tröndle, S. 201 [216]; *Roxin* FS Lackner, S. 307 [322]). Denn aufgrund des vom Gesetzgeber eröffneten Rechtsfolgeermessens kann der Richter den Aspekt der rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweise des Täters im Vorfeld ohne Weiteres zur Versagung der Strafrahmenermilderung heranziehen. Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip liegt darin richtigerweise nicht (s. Rdn. 17).

Ist § 21 **ohne Rücksicht auf die vorverfärbare Herbeiführung seiner Voraussetzungen aus anderen Gründen** anwendbar (der in Fahrbereitschaft trinkende Täter ist Hirnverletzter), so hat es dabei sein Bewenden (BayObLG VRS 67, 219). Die Grundsätze der actio libera in causa sollen nicht gelten, soweit der Täter bereits im Zeitpunkt des Ingangsetzens des Geschehensablaufs in seiner Schuldfähigkeit erheblich vermindert ist (OLG Hamm NJW 1974, 614).

F. Bestimmung des Strafrahmens. I. Wahlmöglichkeiten. Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, den Regelstrafrahmen des verwirklichten Tatbestandes gemäß § 49 Abs. 1 zu mildern. Ebenso gestattet § 21 bei Sachverhalten, welche an sich die Voraussetzungen eines **besonders schweren Falles** erfüllen, auf den Regelstrafrahmen zurückzugehen (BGH NStZ 1983, 268; BGH NStZ-RR 2012, 207) oder den durch Regelbeispiele für besonders schwere Fälle gebildeten Sonderstrafrahmen nach §§ 21, 49 herabzusetzen (Sch/Sch/*Stree/Kinzig* § 50 Rn. 7; vgl. BGHSt 33, 370 [377]; zum Zusammentreffen mit einem minder schweren Fall s. unten Rdn. 32 f.).

II. Fakultative Strafrahmenermilderung. Teilweise wird verlangt, die bloß fakultative Strafmilderungsmöglichkeit im Hinblick auf das Schuldprinzip in eine zwingende Vorschrift umzudeuten (Sch/Sch/*Perron/Weißer* § 21 Rn. 14, 19, 21 m.w.N.). Wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, verstößt eine Versagung der Milderung trotz Vorliegens der Voraussetzungen jedoch nicht gegen das Schuldprinzip (BVerfGE 50, 5; BGHSt 7, 28; BGH NStZ 2004, 619), und zwar selbst dann nicht, wenn die Versagung der Milderung zur Anwendung der **lebenslangen Freiheitsstrafe** führt (BGHSt 7, 28 f.; 49, 239 [247 f.]; *Fischer* § 21 Rn. 23; a.A. *Roxin* AT I, § 20 Rn. 44; *Neumann* StV 2003, 527 f.). Es ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, »den Schuldgehalt einer Tat nicht allein nach dem Grad der Schuldfähigkeit des Täters zu bestimmen, sondern nach den Gesamtumständen, welche die Tat unter dem Gesichtspunkt der Schuld mehr oder minder leicht oder schwer erscheinen lassen« (BVerfGE 50, 10 f.). Allerdings müssen be-

sonders erschwerende Umstände vorliegen, um die mit den Voraussetzungen des § 21 verbundene Schuld-minderung so auszugleichen, dass die gesetzliche Höchststrafe verhängt werden darf (BGHR § 21 Strafrahmenverschiebung 7, 8, 12, 18, 25; BGH StV 2006, 465 [466]; NStZ 2004, 678 [681]; LK/Schöck § 21 Rn. 42; MüKo-StGB/Streng § 21 Rn. 37). Um von Seiten des Gesetzgebers möglichst klare Vorgaben hinsichtlich des Strafrahmens zu schaffen, wäre es de lege ferenda dennoch sachgerecht, die fakultative Strafmilderung in eine obligatorische umzuwandeln (vgl. *Kaspar*, Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag, 2018, S. C 109). Die Problematik der vom Täter selbst vorwerfbar herbeigeführten verminderten Schuldfähigkeit (s. oben Rdn. 14) sollte ausdrücklich geregelt werden; eine Notwendigkeit, die Strafrahmenmilderung auch darüber hinaus in das Ermessen des Richters zu stellen, besteht nicht.

- 18 **III. Versagungsgründe.** Wegen des Schuldprinzips ist jedoch eine restriktive Handhabung des richterlichen Ermessens erforderlich, die den **Milderungsverzicht auf Ausnahmefälle** beschränkt (BGHSt 7, 29; BGH StV 1994, 608; einschränkend BGH NJW 2004, 3350 f.: keine »Sollmilderung«). An ein Absehen von Milderung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr sich der nicht gemilderte Strafrahmen von dem gemilderten unterscheidet (Sch/Sch/Perron/Weißer § 21 Rn. 14).
- 19 Die Strafmilderung nach § 21 darf nach herkömmlicher Ansicht nicht aus schuldfremden – insbesondere aus spezial- oder generalpräventiven – Gründen versagt werden. Diese können nach der von der Rechtsprechung vertretenen **Spielraumtheorie** (BGHSt 7, 28 [32]; 20, 264 [267]) nur im Rahmen des »noch« und »schon« Schuldangemessenen sowie bei der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 63 ff.) berücksichtigt werden (zur Kritik an der schuldzentrierten Spielraumtheorie sowie zum Ansatz einer präventionsorientierten Neuformulierung am Beispiel von § 46b s. *Kaspar/Wengenroth GA* 2010, 453, [462 ff.]; *Kaspar*, Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag, 2018).
- 20 Die Strafmilderung darf auch nicht deshalb versagt werden, weil eine Verminderung der Schuldfähigkeit nicht positiv festgestellt werden konnte (BGH StV 1984, 464; NStZ-RR 2000, 166 f.). Wenn zweifelhaft bleibt, ob der Täter zur Zeit der Tat voll oder vermindert schuldfähig war, so ist nach dem Grundsatz **in dubio pro reo** § 49 Abs. 1 anzuwenden (BGHSt 8, 113 [124]; BGH StV 1984, 69). Bleibt zweifelhaft, ob der Täter schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war, so gilt § 20.
- 21 **1. Gesamtwürdigung.** Bei der Entscheidung über die Versagung der Strafmilderung ist eine **Gesamtwürdigung** aller Umstände der Tat und der Person des Täters vorzunehmen (BGHSt 16, 351; 43, 66 [78]; BGH NStZ 2004, 619; NStZ-RR 2010, 206; LK/Schöck § 21 Rn. 46; *Fischer* § 21 Rn. 20). Die gegenteilige Ansicht, die nur auf den Schuld minderungsgrund bezogene Gesichtspunkte heranziehen will (*Lackner/Kühl* § 49 Rn. 4), ist unzutreffend, da eine Beeinträchtigung nach § 21 immer auf den Rechtsverstoß in seiner konkreten Gestalt bezogen ist und auch die allgemeine Strafzumessungsregel des § 46 Abs. 2 Satz 1 eine Gesamtwürdigung verlangt. Der aufgrund des Schuldprinzips restriktiv zu handhabende Milderungsverzicht kommt daher nur in den beiden folgenden Fallgruppen in Betracht (Rdn. 22 f., 24 ff.).
- 22 **2. Tatmodalitäten.** Schuld erhöhende Umstände, welche im Rahmen der Gesamtwürdigung die an sich gebotene Milderung kompensieren können, ergeben sich aus der Tat selbst (z.B. besondere Grausamkeit und Brutalität, Tötung mehrerer Opfer, Verletzung mehrerer Strafgesetze, gesteigerte verbrecherische Energie oder besondere Rücksichtslosigkeit bei der Tatausführung, BGHSt 7, 28 [31]; BGHR § 21 Strafrahmenverschiebung 11, 12). Ihre schuld erhöhende Bedeutung ist jeweils im Einzelfall zu bestimmen.
- 23 Sind die besonderen Tatmodalitäten gerade auf den Zustand zurückzuführen, der die verminderte Schuldfähigkeit begründet hat, dann dürfen sie dem Täter nicht in vollem Umfang angelastet werden. Ihre Berücksichtigung ist zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber sie sind in ihrem Gewicht angesichts der geistigen Beeinträchtigung des Täters gemindert (BGHSt 16, 360 [364]; BGH NStZ 1997, 592; 2005, 70; BGH Beschl. v. 18.06.2013, 2 StR 104/13).
- 24 **3. Vorverschulden.** In der zweiten Fallgruppe geht es um das Vorverschulden des Täters, insbesondere beim selbstverschuldeten Alkohol- oder Drogenrausch in den Fällen, in denen die von der h.M. befürwortete *actio libera in causa* nicht eingreift. In Betracht kommen auch Fälle des Affektes (BGHSt 35, 143). Hat der Täter seinen schuld mindernden Defekt schuldhaft selbst herbeigeführt, so kann die Strafmilderung grundsätzlich versagt werden, sofern er damit rechnen musste, dass er in diesem Zustand Straftaten verüben werde.
- 25 Die neuere Rspr. kommt bei **selbstverschuldeter Trunkenheit**, dem praktisch wichtigsten Fall des Vorverschuldens, zu einer **regelmäßigen Versagung der fakultativen Strafmilderung**. Das ist das Ergebnis einer längeren Entwicklung. Nach der prinzipiellen Anerkennung alkoholbedingter Schuld minderung als fakultativem Strafmilderungsgrund (BGHSt 35, 143 [145]) versagte die Rspr. die Strafmilderung zunächst nur dann, wenn der Täter, der sich bewusst betrinkt, schon früher unter Alkoholeinfluss straffällig geworden war und daher weiß oder wissen muss, dass er in diesem Zustand zu in Ausmaß und Intensität vergleichbaren Straftaten neigt (BGHSt 43, 66 [78]; BGH NJW 1997, 2460; BGH NStZ-RR 2016, 74). Die Literatur hat diesem Modell überwiegend zugestimmt (*Roxin AT I*, § 20 Rn. 45; *Fischer* § 21 Rn. 25; *Streng NJW* 2003, 2963 [2966]).

Schon im Jahr 2003 hatte allerdings der 3. Strafsenat in einem ausführlich begründeten obiter dictum 26 deutlich gemacht, dass er an dieser Rspr. nicht festhalten, sondern die Strafraumverschiebung nach §§ 21, 49 nunmehr **in der Regel allein wegen selbstverschuldeter Trunkenheit** versagen wolle (BGH NStZ 2003, 480 ff.). Das Erfordernis der Warnwirkung früherer unter Alkoholeinfluss begangener, vergleichbarer Straftaten stehe in einem **Wertungswiderspruch zu § 323a**, nach dem das schuldhaftes Sich-Berauschen unabhängig von vergleichbaren Vorerfahrungen bestraft werde (BGH NStZ 2003, 480 ff. = JZ 2003, 1016 m. Anm. *Frister*; kritisch *Fischer* § 21 Rn. 28). Der 3. Senat legte 2016 dem **Großen Senat** die Frage zur Entscheidung vor, ob eine selbstverschuldete Trunkenheit im Rahmen der bei der Entscheidung über die Strafraumverschiebung nach §§ 21, 49 I vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände die Versagung der fakultativen Strafmilderung auch dann tragen könne, wenn eine vorhersehbare Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund persönlicher oder situativer Verhältnisse des Einzelfalles nicht feststellbar ist (BGH NStZ-RR 2017, 135). Der Große Senat entschied in diesem Sinne (BGH NJW 2018, 1180 ff.): Das selbst **verschuldete Sich-Betrinken allein** stelle schon aufgrund der **allgemein bekannten, mit einer Alkoholisierung eintretenden Folgen**, wie Enthemmung, Verminderung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Verschlechterung der Körperbeherrschung und Reaktionsfähigkeit, einen **unrechterhöhenden Umstand** dar, ohne dass es konstitutiv auf das Vorliegen von Anhaltspunkten für deliktisches Verhalten aufgrund früherer Erfahrungen ankomme (BGH NJW 2018, 1180 [1181 ff.]). Dies entspreche auch der ständigen Rspr. des BGH, die im Rahmen der Strafzumessung die verschuldete Trunkenheit als schuldrelevantes Merkmal berücksichtige und der den § 323a StGB und § 122 OWiG zugrundeliegenden Wertungen, aus denen hervorgeht, dass der Gesetzgeber schon das Sich-Berauschen im Grundsatz als Unrecht bewerte (BGH NJW 2018, 1180 [1183 f.]).

Zwar wird durch den **Beschluss des Großen Senats** der noch durch das obiter dictum des 3. Senats von 2003 suggerierte Quasi-Automatismus vermieden. Letztlich ist die Entscheidung aber **abzulehnen**. Die Entscheidung des Großen Senats läuft dem aus dem Schuldprinzip resultierenden Erfordernis einer restriktiven Handhabung der Milderungsversagung zuwider. Außerdem besteht die Gefahr, dass die im Rahmen des § 21 vorzunehmende Gesamtwürdigung der Tat und der Person des Täters zu pauschal ausfällt, wenn sich die Versagung der Strafmilderung allein auf das allgemeinkundige Wissen um die Folgen des Alkoholkonsums stützt und nur die Betrachtung dieses einen Umstands für die Strafmilderungsversagung ausreicht (so auch BGH NStZ-RR 2017, 70 [71]). Des Weiteren ist die Grundannahme des Großen Senats, dass schon jede vorwerfbare Berauschung einen unrechterhöhenden Umstand darstellt, in ihrer Allgemeingültigkeit zu bezweifeln. Dies würde anderenfalls sowohl für denjenigen zutreffen, der unter Alkoholeinfluss zu Gewalttaten neigt, als auch für den, der an sich lediglich müde wird und einschläft, wenn er Alkohol zu sich nimmt. Gerade bei völlig alkoholunerfahrenen Personen muss die Möglichkeit einer Strafmilderung bestehen bleiben, da es kein zwingender Schluss ist, allgemeine Erfahrungen im Umgang mit Alkohol auf die eigene Person zu beziehen. Schließlich ist auch die auf § 323a gestützte Argumentation fragwürdig. Die Norm enthält einen Auffangtatbestand, der gerade dazu dient, Strafbarkeitslücken zu schließen, die durch die positive Berücksichtigung von Rauschzuständen im Rahmen des Schuldvorwurfs gem. § 20 entstehen können. Sie kann daher kaum zugleich in überzeugender Weise als Argument gegen die Berücksichtigungsfähigkeit herangezogen werden, auch wenn man dies auf den Bereich von § 21 beschränkt.

Nach hier vertretener Ansicht ist das bisher praktizierte **Kompensationsmodell**, bei dem es auf die Vorhersehbarkeit von Straftaten ankommt, als Ausgangspunkt vorzugswürdig (vgl. auch OLG München NStZ-RR 2013, 48). Richtig ist es, ein Vorverschulden – neben Vorerfahrungen mit vergleichbaren Straftaten – auch bei Alkoholisierung in **risikoerhöhender Umgebung** (z.B. in einer emotional aufgeladenen Krisensituation oder in einer Gruppe marodierender Hooligans oder gewaltbereiter Radikaler) zu bejahen (BGHSt 49, 239 [243 ff.]; vgl. auch BGH NStZ 2008, 619 [620]; BGH NStZ-RR 2017, 70). Auch die Senate, die sich gegen den Anfragebeschluss des 3. Senats gerichtet haben, wollen die Strafraumverschiebung in der Regel versagen, wenn das Risiko deliktischen Handelns durch die Alkoholisierung aufgrund persönlicher oder auch **situativer Verhältnisse des Einzelfalles** vorhersehbar erhöht ist (BGH Beschl. v. 01.03.2016, 5 ARs 50/15 verweisend auf BGHSt 49, 239 [240 ff.]; BGH NStZ-RR 2017, 70; BGH Beschl. v. 10.05.2016, 1 ARs 21/15). Auch angesichts der Uneinigkeiten in der Rspr. und der Bedeutung in der Praxis wäre es wünschenswert, die Behandlung des Sonderproblems der vorwerfbaren Herbeiführung des Rauschzustandes einer separaten Regelung zuzuführen (vgl. *Kaspar*, Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag, S. C 52; s. bereits Rdn. 17).

Nicht ohne weiteres als schulderhöhender Umstand gilt eine Alkoholisierung aufgrund einer **selbstverschuldeten Sucht**. So wird der Alkohol- oder Drogensüchtige, solange er abhängig ist, selten die Kraft aufbringen, dem Drang nach erneutem Rauschmittelkonsum in der konkreten Tatsituation zu widerstehen (zur Alkoholkrankheit BGH NStZ 2008, 330; BGH Beschl. v. 23.04.2013, 1 StR 105/13; *Fischer* § 21 Rn. 26 m.w.N.; zur Drogenabhängigkeit BGH StV 1999, 312).

- 30 **4. Einzelheiten.** Unzulässig ist es, eine Rahmenmilderung bei bestimmten Gruppen von Straftätern, wie z.B. Psychopathen und Drogenabhängigen, oder bei einzelnen Begehungsweisen (z.B. Trunkenheit im Verkehr, Vermögens- oder Steuerstraftaten, BGH StV 1989, 199) von vornherein zu versagen (Sch/Sch/Perron/Weißer § 21 Rn. 22). Auch ähnliche frühere Straftaten ohne Anwendung von § 21 rechtfertigen dies nicht pauschal.
- 31 Fehlerhaft ist es auch, Feststellungen zur verminderten Schuldfähigkeit mit der Begründung zu unterlassen, dass eine Rahmenmilderung auch unterbleiben würde, wenn die Voraussetzungen des § 21 vorlägen. Eine **hypothetische Strafzumessung** verfehlt notwendigerweise die Bewertung der konkreten Schuld (BGHSt 7, 359; OLG Düsseldorf StV 1996, 217).
- 32 **IV. Auswahl unter mehreren Strafrahmen.** Welchen Strafrahmen der Richter unter mehreren zur Verfügung stehenden (Rdn. 16) wählt, ist nach der Rechtsprechung des BGH seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen (BGHSt 21, 57; *Lacker/Kühl* § 50 Rn. 2). Er muss nur im Urteil darlegen, dass er die Wahlmöglichkeit geprüft hat (BGHSt 16, 360 [363]; s. auch BGH NStZ-RR 2012, 207). Demgegenüber wird teilweise vertreten, dass der Richter im Zweifel gehalten sei, von mehreren möglichen Strafrahmen denjenigen heranzuziehen, der für den Täter am günstigsten ist (s. *Fischer* § 50 Rn. 5). Für ein solches »**Günstigkeitsprinzip**« als ermessensleitenden Gesichtspunkt sprechen die besseren Gründe. Dabei kann offen bleiben, ob der Satz »in dubio pro reo« nicht zumindest nach seinem Grundgedanken auf den Wertungsakt der Strafrahmenwahl Anwendung findet (verneinend noch *Schöch* in der 2. Auflage); auf dem Boden einer am verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Strafzumessungslehre bietet es sich an, die vom Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten der Bestimmung des Strafrahmens als prinzipiell »gleich geeignete« Mittel zur Erreichung der Strafzwecke anzusehen. Geht man davon aus, legt der Grundsatz der Erforderlichkeit wiederum die Wahl des mildesten Mittels, hier also die Wahl des für den Täter günstigsten Strafrahmens, nahe.
- 33 Sieht das Gesetz einen **minder schweren Fall** vor (z.B. § 213), ist daher vorrangig zu prüfen, ob ein solcher in Betracht kommt (BGH Ur. v. 28.02.2013, 4 StR 430/12). Dabei sind richtigerweise mehrere Varianten zu differenzieren. Lässt sich der minder schwere Fall vollständig auf andere Umstände stützen, bleibt daneben weiterhin eine Strafrahmenmilderung gem. § 21 möglich (vgl. BGHSt 30, 166; BGH StraFo 2008, 173; *Lackner/Kühl* § 50 Rn. 5). Wird die verminderte Schuldfähigkeit für die Annahme des minder schweren Falles benötigt, hat letzterer nach hier vertretener Ansicht nur dann den Vorrang, wenn er zu einem mildereren Strafrahmen führt (a.A. BGH Ur. v. 28.05.2013, 3 StR 54/13; Entscheidung nach Gesamtabwägung des Richters). Fließt die Tatsache der verminderten Schuldfähigkeit in die Annahme des minder schweren Falles ein, ist sie verbraucht und kann nicht (erneut) zur Begründung einer Strafrahmenmilderung herangezogen werden. Lässt sich auch unter Einbezug der verminderten Schuldfähigkeit der minder schwere Fall nicht begründen, bleibt es bei der Möglichkeit der Milderung gem. § 21 (BGH Ur. v. 28.02.2013, 4 StR 430/12).
- 34 **G. Strafzumessung.** Setzt der Richter den Strafrahmen auf einem der in Rdn. 16 bezeichneten Wege herab, so ist der Strafmilderungsgrund des § 21 verbraucht. Er darf nach § 50 nicht noch einmal zu einer Rahmenmilderung führen, und die Tatsache der verminderten Schuldfähigkeit als solche darf bei der konkreten Strafzumessung nicht erneut berücksichtigt werden (BGHSt 16, 351 [354]; 26, 311; BGH NJW 1989, 3230). Unerheblich ist dabei, ob etwa die Annahme eines minder schweren Falles allein auf der verminderten Schuldfähigkeit oder zugleich auf anderen Umständen beruht (BGH NJW 1986, 1699 [1700]). Doch beschränkt sich das **Doppelverwertungsverbot** hierauf. Auf die den Milderungsgrund konkretisierenden Umstände muss der Richter innerhalb des maßgebenden Rahmens bei der Strafzumessung im engeren Sinne zurückkommen (BGHSt 26, 311; BGH StV 1985, 54). Da sie bereits zu einer Rahmenmilderung geführt haben, darf er ihnen allerdings ein entsprechend geringeres Gewicht beilegen (BGHR § 50 Strafhöhenbemessung 1, 2); hat ein Übergang von der lebenslangen zur zeitigen Freiheitsstrafe stattgefunden, kann ein weiteres strafmilderndes Gewicht auch gänzlich fehlen (BGH NStZ 1992, 538).
- 35 Als relevanten Umstand bezeichnet die Rspr. sachgerecht das **Ausmaß der Beeinträchtigung** der Steuerungsfähigkeit (BGHSt 7, 28 [31]; BGH NStZ 1984, 548). Soweit Abstufungen nach dem Schweregrad der psychischen Störung feststellbar sind, ist deren Verwertung geboten, um dem Maß der Einschränkung der Handlungskompetenz des Täters gerecht zu werden (*Schöch* MSchrKrim 1983, 333 [337, 339]).
- 36 Bei Aburteilung mehrerer Taten sind die jeweiligen **Einzelstrafen** zu mildern, nicht erst die Gesamtstrafe (BGH NJW 1966, 509), da die Voraussetzungen des § 21 für jeden Rechtsverstoß gesondert zu prüfen sind. Darüber hinaus kommt aber auch eine Reduzierung der Gesamtstrafe in Betracht, insbesondere wenn diese die zeitliche Höchstgrenze von 15 Jahren erreicht (BGH NStZ 2007, 518 [519]).