

Anmerkung zu dem Beschluss des 3. Strafsenats des BGH vom 25.07.2013 (AZ: 3 StR 143/13; StV 2014, 616)

Die von dem 3. Strafsenat im zweiten Leitsatz seines Beschlusses vom 25.07.2013 (Tz 9ff.) angekündigte Rechtsprechungsänderung ist von selbstverständlicher Richtigkeit (im Folgenden Ziff. 1); dass sie trotzdem zum Gegenstand einer Anmerkung gemacht wird, beruht darauf, dass sich das von dem 3. Strafsenat gefundene - evident richtige - Ergebnis im Rahmen der traditionellen Dogmatik der „Gesetzeskonkurrenz“ nicht schlüssig begründen lässt und daher eine Änderung dieser Dogmatik geradezu erzwingt (im Folgenden Ziff. 2).

1. Die bisherige Rechtsprechung führt tatsächlich „zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung des Täters hinsichtlich des anzuwendenden Strafrahmens“¹, da anderenfalls dem bewaffneten Täter eine geringere Strafe droht als dem unbewaffneten Täter².

Diese Erkenntnis hatte bereits den Tatrichter, dessen Entscheidung dem Beschluss des BGH vom 25.05.2010 zugrunde lag, zu einer Rechtsprechungsänderung im Sinne des Beschlusses vom 25.07.2013 veranlasst. Dem ist der 1. Strafsenat des BGH in dem Beschluss vom 25.05.2010 jedoch entgegengetreten, obwohl er das Ergebnis der bisherigen Rechtsprechung - wie nunmehr der 3. Strafsenat - als „systemwidrig und unbefriedigend“ empfunden hat³.

Der 1. Strafsenat führt dieses „unbefriedigende“ Ergebnis „auf die wenig geglückte Harmonie der Strafrahmen des Betäubungsmittelstrafrechts zurück“ und beruhigt sich mit der Feststellung, dass die „Disharmonie“ der §§ 29a, 30a BtMG durch „die verschärfte Neufassung von § 30a III BtMG“ (Verschärfung der Höchststrafe von 5 auf 10 Jahre) immerhin gemildert worden ist, obwohl es doch die (selbstverständliche) Aufgabe der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist, derartige „Systemwidrigkeiten“ und „unbefriedigende Ergebnisse“ nicht nur zu konstatieren, sondern - unter Anwendung methodologischer Grundsätze - zu beseitigen.

2. Bei dem Versuch, die von dem 1. Strafsenat vermisste „geglückte Harmonie der Strafrahmen“ herzustellen, zeigt sich, dass die von dem 3. Strafsenat beabsichtigte - evident richtige - Rechtsprechungsänderung im Rahmen der traditionellen Dogmatik nicht schlüssig begründet werden kann. Dies liegt daran, dass die Strafrechtsdogmatik - zu Unrecht - an dem Rechtsinstitut der „Gesetzeskonkurrenz“ festhält, die z.B. in den Lehrbüchern des (Allgemeinen Teils des) BGB nur noch am Rande erwähnt wird⁴, wobei Wolf/Neuner (aaO) statt von „Gesetzeskonkurrenz“ von „normverdrängender Konkurrenz“ sprechen.

Die Aufrechterhaltung des Rechtsinstituts der „Gesetzeskonkurrenz“ im Strafrecht ist um so erstaunlicher als spätestens die von dem 3. Strafsenat in dem Beschluss vom 25.07.2013 angekündigte Rechtsprechungsänderung beweist, dass von einer Verdrängung des „Qualifikationstatbestand(es) des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG ... nach dem Grundsatz der Spezialität in Gesetzeskonkurrenz“⁵ selbstverständlich keine Rede sein kann, wenn die auf § 30a II Nr. 2, III BtMG gestützte Bestrafung nach dem Strafrahmen der angeblich „verdrängten“ Norm des § 29a I BtMG vorgenommen wird, weil in dem von dem 3. Strafsenat entschiedenen Fall zwar ein minder schwerer Fall des § 30a III BtMG, nicht jedoch ein minder schwerer Fall des § 29a II BtMG vorlag. § 29a I BtMG wird dann gerade nicht verdrängt, sondern in vollem Umfang angewendet.

Der Sache nach handelt es sich insoweit um eine Anwendung der Grundsätze der Idealkonkurrenz, bei der die Höchststrafe dem Gesetz zu entnehmen ist, „das die schwerste Strafe androht“ (§ 52 II 1 StGB), während die Mindeststrafe der „anderen anwendbaren Gesetze“ eine Sperrwirkung entfaltet (§ 52 II 2 StGB).

Ohnehin ist der Unterschied zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz „von der Praxis weitgehend einge ebnet“ worden⁶, weil die Gesetzeskonkurrenz „in der Strafrahmenermittlung und Strafzumessung wie Idealkonkurrenz behandelt“ wird, „also genau wie es § 52 vorschreibt“⁷. Die Kategorie der Gesetzeskonkurrenz kann daher im Strafrecht - wie schon im Zivilrecht (s.o.) - getrost aufgegeben werden. Hierdurch wird die widersinnige Feststellung obsolet, dass der - angeblich verdrängte - Tatbestand sowohl die Strafunter- als auch die Strafobergrenze bestimmt und daher keineswegs „verdrängt“ worden, sondern überaus wirksam geblieben ist. Die Aufrechterhaltung der traditionellen Dogmatik der „Gesetzeskonkurrenz“ ist daher nach der Realisierung der von dem 3. Strafsenat beabsichtigten Rechtsprechungsänderung nicht mehr zu rechtfertigen.

„Nur im Tenor des Urteils soll nach h.L. der Tatbestand des subsidiären oder konsumierten Delikts nicht genannt werden“, was „der 2. Strafsenat des BGH einen nur ‚optischen Effekt‘“ nennt, „der in sich selbst fragwürdig ist“⁸. Es handelt sich hierbei um die sog. „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz⁹, die letztlich als einziger wesentlicher Unterschied zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz übrig bleibt. Eine solche „Klarstellung“ rechtfertigt aber nicht eine derart aufwendige Unterscheidung, zumal bloße „Klarstellungen“, selbst wenn Grundrechtsverletzungen betroffen sind, sonst nicht als hinreichendes Ziel der Strafrechtspflege anerkannt werden¹⁰.

Selbst wenn man jedoch dem Klarstellungspostulat besondere Bedeutung beimisst, steht der Annahme einer Idealkonkurrenz bei §§ 29a, 31a BtMG nichts im Wege, da hierdurch - im Vergleich zu der früheren Rechtsprechung - sogar ein Mehr an „Klarstellung“ erreicht wird.

Allenfalls kann es dadurch zu einer „Übererfüllung“ des Klarstellungspostulats mit der Folge der Überlastung des Tenors kommen. Diese rein praktische Frage kann aber auch rein praktisch (nämlich durch Anwendung des § 154a StPO) gelöst werden, wenn man sich nicht sogar dazu entschließt, im Urteilstenor „allein das strengste Gesetz anzuführen, das nach § 52 den Vorrang hat“¹¹. Eine Aufrechterhaltung der aufwendigen und mit großem (wenn auch nutzlos aufgewendetem) Scharfsinn betriebenen Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Idealkonkurrenz rechtfertigt die „Klarstellungsfunktion“ jedenfalls nicht.

Ohnehin ist es wenig naheliegend, dass durch die Anwendung eines Tatbestandes, der mit einem anderen Tatbestand - wie meist - im logischen Verhältnis der Interferenz steht¹², der andere Tatbestand mit „abgegolten“ wird, weil das deliktische Geschehen bereits durch die Anwendung des ersten (vorrangigen) Tatbestandes „erschöpfend erfasst“ wird. Dies ist aber gerade Voraussetzung der Gesetzeskonkurrenz¹³, die sich damit als Ausnahme darstellt.

Diese „erschöpfende“ Erfassung liegt - schon aus „logischen“ Gründen nur (aber auch stets) dann nahe, wenn es sich tatsächlich um einen echten Spezialitätsfall handelt, bei dem zwischen den Tatbeständen das logische Verhältnis der Subordination besteht¹⁴. Nur in diesem Fall ist nämlich auszuschließen, dass durch die ausschließliche Nennung des vorrangigen (spezielleren) Tatbestandes im Tenor, der sich von dem verdrängten Tatbestand nur durch ein zusätzliches Merkmal unterscheidet, ein erheblicher Gesichtspunkt des nicht genannten allgemeineren Tatbestandes außer Betracht bleibt.

Die Fälle der Spezialität könnten somit als besonders zu behandelnder Unterfall der Idealkonkurrenz aufrecht erhalten bleiben, bei dem es (ausnahmsweise) keiner Erwähnung des verdrängten (allgemeineren) Tatbestandes im Urteilstenor (bzw. in der Anklageschrift) bedarf. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen diesen Spezialitäts-Fällen und den (übrigen) Fällen der Idealkonkurrenz besteht allerdings schon im Hinblick auf die oben dargestellte Gleichheit der Rechtsfolgen nicht, wobei es nur eine unterschiedliche „façon de parler“ ist, ob man in Spezialitäts-Fällen von einem Konkurrenz- oder Exklusivitätsverhältnis ausgeht. Dementsprechend werden nämlich die Spezialitäts-Fälle bei den Alternativverhältnissen unter dem Gesichtspunkt des „begriffslogischen Stufenverhältnisses“ erörtert¹⁵, was allerdings im Rahmen der vorliegenden Anmerkung nicht mehr im Einzelnen erörtert werden kann.

Ebensowenig kann in der vorliegenden Anmerkung im Einzelnen begründet werden, dass auch die anderen Formen der Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion, Subsidiarität sowie straflose Vor- und Nachtat) entbehrlich sind, weil sich auch insoweit keine Unterschiede bei

der Strafraumenbildung ergeben und eine logisch stringente Abgrenzung zwischen ihnen ohnehin nicht möglich ist¹⁶.

Erst recht ist es nicht mehr möglich, im Rahmen der Anmerkung zu einem Beschluss, der den Fall der Spezialität betrifft¹⁷, die Frage zu erörtern, inwieweit neben der Idealkonkurrenz (mit ihrer unselbständigen Untergruppe der Spezialität) die Begriffe Konsumtion, Subsidiarität sowie straflose Vor- und Nachtat eine Existenzberechtigung haben, da dies eingehendere rechtshistorische Untersuchungen erforderlich macht, die im Rahmen einer kurzen Anmerkung nicht geleistet werden können. Bereits die obigen Ausführungen rechtfertigen aber die Feststellung, dass es der Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Idealkonkurrenz zumindest im Bereich der Spezialität (und der hiervon ohnehin nicht exakt abgrenzbaren Konsumtion) nicht (mehr) bedarf.

Im übrigen muss der Hinweis genügen, dass die Rechtsinstitute der Subsidiarität sowie der straflosen Vor- bzw. Nachtat sehr wohl eine Existenzberechtigung haben, sich aber bei näherer Betrachtung nicht als Konkurrenzfälle darstellen, so dass ihre Subsumtion unter den Begriff der „Gesetzeskonkurrenz“ irreführend ist.

1 Vgl. BGH, StV 2014, 616 Tz. 9

2 Vgl. BGH, NStZ 2011, 98, 99 unter Ziff. 3a aE

3 Vgl. BGH, NStZ 2011, 99 uHa BGH, NJW 2003, 1679, 1680

4 Vgl. z.B. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., § 21, Rn. 4

5 Vgl. BGH, StV 2014, 616f., Tz 8

6 Vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, 29.Aufl., Rn. 103 vor §§ 52ff.

7 Vgl. NK-Puppe, StGB, 4.Aufl., Rn. 49 vor § 52 uHa § 52, Rn. 50ff.

8 Vgl. NK-Puppe, aaO (Fn.7) uHa BGH, NStZ 1994, 430, 431

9 Vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, aaO (Fn. 6), § 52, Rn. 2; Geppert, Jura 2000, 655 liSp unten u. eingehend hierzu Abels, Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz, 1991

10 z.B. bei der Frage nach der Zulässigkeit eines Rechtsmittels; vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57.Aufl., Rn. 11 vor § 296 mwZ

11 Vgl. Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 357

12 Vgl. Hruschka, Strafrecht, 2.Aufl., S. 387ff., 389f., jew. uHa Klug, ZStW 68 (1956), 399

13 Vgl. BGHSt 39, 100, 108 uHa BGHSt 25, 373; 31, 380

14 Vgl. Hruschka, aaO (Fn. 12) = S. 389ff.

15 Vgl. Fischer, StGB, 61.Aufl., § 1, Rn. 35

16 Vgl. Hruschka, aaO (Fn. 12), S. 393

17 Vgl. BGH, StV 2014, 616, 617, Tz 8