

Der Abschied von der Gesetzeskonkurrenz

prozessuale und materiellrechtliche Konsumtion

Die prozessuale und die materielle Konsumtion werden in der modernen Strafprozeß- und Strafrechtsdogmatik völlig getrennt erörtert. Dies ist um so erstaunlicher, als bereits die sprachliche Verwandtschaft der verwendeten Begriffe eine weitgehende Ähnlichkeit - wenn nicht gar Identität - der zugrunde liegenden Problematik nahelegt.

Diese sachwidrige Isolierung zusammen gehörender Probleme wird dadurch begünstigt, daß die prozessuale Konsumtion gegenwärtig - in deutscher Übersetzung dieses Begriffes - als „Strafklageverbrauch“ bei § 264 StPO (iVm Art. 103 III GG) diskutiert wird¹, während sich im Rahmen der materiellrechtlichen Konkurrenzlehre das lateinische Wort Konsumtion als Bezeichnung für eine - allerdings „besonders umstrittene - Spielart der Gesetzesinheit“² erhalten hat.

Bereits der lateinische Terminus „Konsumtion“ deutet jedoch darauf hin, daß es sich insoweit um ein Erbe der römisch-rechtlichen Lehre von der „Klagenkonkurrenz“³ handelt, deren Bewältigung das Rechtsinstitut der „prozessualischen Konsumtion“⁴ diene.

Neben der „Consumptions-Konkurrenz“ kannte das römische Recht zur Vermeidung einer Doppelbestrafung noch die bloße „Solutions-Konkurrenz“⁵, was in etwa der Bestimmung des Verhältnisses von §§ 249, 259 StGB in BGHSt 35, 60 entspricht. In dieser Entscheidung wurde nämlich ein Strafklageverbrauch bezüglich des Raubes durch die vorausgegangene Verurteilung

wegen Hehlerei verneint und statt dessen eine bloße Anrechnung der früheren Hehlereistrafe auf die später verhängte Strafe wegen Raubes - allerdings ohne erkennbar gesetzliche Grundlage - angeordnet⁶.

Über die Frage, „wann eadem res vorliege“, gab es schon „unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten“⁷, die letztlich bis heute bei der Folgeproblematik des Strafklageverbrauchs erhalten geblieben sind. Die Anwendung des von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre nach wie vor akzeptierten Grundsatzes der „Konsumtionskonkurrenz“ führt nämlich in regelmäßigen Abständen zu schwer erträglichen Verletzungen des Gerechtigkeitsempfindens, die dann letztlich nur durch unmittelbaren Rückgriff auf den obersten Rechtswert der „Gerechtigkeit“ vermieden werden können⁸. Daß dies ein dogmatischer „Offenbarungseid“ ist, bedarf keiner näheren Darlegung.

Trotz des - wie dargestellt - aus dem römischen Recht übernommenen unklaren Problemstandes läßt sich eine endgültige Lösung der Problematik gerade dann finden, wenn man die rechtsgeschichtliche Entwicklung aufnimmt und zu ihrem - geradezu logischen - Ende führt. Dies setzt allerdings voraus, daß bereits die früheste römische Prozeßform (das Legisaktionenverfahren⁹) in die Erörterung einbezogen und das Problem der Klagenkonkurrenz in seiner ganzen Breite, d.h. einschließlich der im römischen Recht zusammen mit der Aktionenkonkurrenz diskutierten Personenkonkurrenz (der heutigen Gesamtschuld¹⁰), diskutiert wird.

„Der Gedanke der Konsumtion geht (nämlich) in das Recht der Legisaktionen zurück“, wobei „die Vorstellung, daß die primäre Obligation und damit die actio mit der litis contestatio erlischt und durch das hybride Gebilde des condemnari oportere ersetzt wird, über das praktisch angestrebte Ziel“ (nämlich ein erneutes Prozessieren aus dem - erloschenen - Recht unmöglich zu machen bzw. in Strafsachen eine Doppelbestrafung zu vermeiden) „hinausschießt und damit ihre Herkunft aus einer noch nicht voll zur Reife gelangten Jurisprudenz“ verrät¹¹. Dieser Befund gilt im Strafprozeß- und Strafrecht im Hinblick auf die herrschende Lehre vom (prozessualen) Strafklageverbrauch und der (materiellrechtlichen) Konsumtion (bzw. Gesetzeskonkurrenz im allgemeinen) letztlich bis heute.

Demgegenüber hat das römische Recht die entsprechenden Grundsätze bereits „für den Formularprozeß weitergebildet“, wobei die über das Ziel hinausschießende Prozeßkonsumption weitgehend durch die flexiblere „exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae“ ersetzt wurde. „Auf Grund dieser exceptio hat der Richter freizusprechen, wenn de eadem re bereits in einer anderen actio durch Urteil entschieden worden ist“¹².

Für diese römische Rechtsfortbildung gibt es im modernen Strafprozeßrecht schon deshalb keine unmittelbare Parallele, weil es in dem - angeblich allgemein vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten¹³ - Strafprozeß offiziell keine Einreden gibt. Letztlich laufen aber die zahlreichen - von der Rechtsprechung kreierten - „Widerrufslösungen“¹⁴ doch auf die Zulassung prozessualer Einreden hinaus, die eben nicht von Amts wegen, sondern nur dann gelten, wenn sich der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger hierauf beruft.

Daß derartige Regelungen praktisch unentbehrlich sind, beweist die Hartnäckigkeit, mit der die Rechtsprechung hieran - trotz Widerspruch des Schrifttums - festhält. Im übrigen haben auch gesetzliche Regelungen wie §§ 25 I, 222b I, 238 II StPO durchaus „Einrede-Charakter“.

Nichts anderes als die Ersetzung einer Einwendung durch eine prozessuale Einrede bedeutet auch die vordringende Auffassung, daß ein Verstoß gegen den Grundsatz ne bis in idem nicht automatisch zur Unwirksamkeit des späteren Urteils führt¹⁵, sondern der Mangel des - nicht unwirksamen - Urteils „durch Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 359 Nr. 5) oder durch Verfassungsbeschwerde oder im Rahmen eines Prüfungsverfahrens nach § 458“ geltend gemacht werden muß¹⁶.

So gesehen hat der „Fortschritt“, der sich mit dem Übergang des Legisaktionenverfahrens zum Formularprozeß vollzog¹⁷, im modernen Strafprozeßrecht (Ende des 20. Jahrhunderts !) eine gewisse Entsprechung.

Der Grund für die weitgehende Abkehr von dem schwerfälligen Institut der Prozeßkonsumption und die Hinwendung zu der flexiblen „Einrede“ der bereits entschiedenen bzw. anderweitig anhängigen Sache war das Bedürfnis, die bereits oben erwähnten schwerwiegenden und mit dem Gerechtigkeits-

gedanken häufig nicht zu vereinbarenden Konsequenzen eines strikt durchgeführten „Strafklageverbrauchs“ zu vermeiden. Dieser Gesichtspunkt wird mit Sicherheit auch die weitere Entwicklung bestimmen.

Eine zweite wesentliche Einschränkung des Bereichs der Prozeßkonsumption erfolgte im römischen Recht durch Justinian, der die im klassischen Recht auch bei der Personenkonkurrenz teilweise geltende „Konsumptionskonkurrenz“ durchgängig durch die bloße „Solutionskonkurrenz“ ersetzte¹⁸. Dementsprechend wurde die mit der Konsumptionskonkurrenz im klassischen Recht verknüpfte „Korrealobligation“ auch nicht in das BGB übernommen, das (in §§ 421, 422 BGB) nur die mit bloßer „Solutionskonkurrenz“ (§ 422 I BGB) verknüpfte „Solidarobligation“ kennt.

Zu einer entsprechenden - generellen - Lösung des Problems der Aktionenkonkurrenz ist das justinianische Recht demgegenüber nicht gelangt, was wohl dazu geführt hat, daß auch das BGB „keine Bestimmung über die Konkurrenz der Ansprüche“¹⁹ enthält. Dies bestätigt - ebenso wie die Übernahme der justinianischen Regelung der Gesamtschuld -, daß das BGB über weitere Strecken eben doch ein „in Paragraphen gegossener Windscheid“ ist, was einerseits die Bedeutung des römischen bzw. gemeinen Rechts für das BGB und andererseits den Rang des Pandektenlehrbuches von Windscheid zur Zeit der Entstehung des BGB dokumentiert.

Trotzdem hat sich nach Inkrafttreten des BGB unaufhörlich eine Entwicklung weg von der Gesetzeskonkurrenz (Konsumptionskonkurrenz) und hin zur Anspruchskonkurrenz (Solutionskonkurrenz) vollzogen. Dies geht so weit, daß die Lehrbücher des (Allgemeinen Teils des) BGB die „Gesetzeskonkurrenz“ meist nur noch am Rande erwähnen²⁰, wobei es weniger um die - meist zu bejahende - Frage geht, ob Anspruchskonkurrenz (statt Gesetzeskonkurrenz) anzunehmen ist, sondern um die „viel zweifelhaftere Frage, ob und wie einer der mehreren Ansprüche den anderen beeinflusst“²¹. Zu der Erörterung dieser „subtilen

Sekundärfragen“ sind die römischen Juristen, „die mit der Primärfrage vollauf beschäftigt waren, meist nicht mehr gekommen“²².

Demgegenüber enthalten die gängigen Strafrechtslehrbücher nach wie vor umfangreiche Ausführungen über die materiellrechtliche „Konkurrenz-

lehre“²³, ohne daß insoweit allerdings - wie bereits am Anfang dieses Beitrages erwähnt - irgend eine Verknüpfung mit der parallelen Problematik des Strafklageverbrauchs hergestellt wird.

Auch die oben erwähnten „subtilen Sekundärfragen“ der Anspruchskonkurrenz (als der „Nachfolgerin“ der römischen Klagenkonkurrenz) haben selbstverständlich eine strafrechtliche Entsprechung, wobei auch dies allerdings nicht gesehen - zumindest nicht explizit erörtert wird. Genau diese „subtilen Sekundärfragen“ stellen sich nämlich im Bereich der strafrechtlichen Konkurrenzlehre (insbesondere bei der Subsidiarität bzw. straflosen Voroder Nachtat), wenn es um die Frage geht, inwieweit auf eine eigentlich „verdrängte“ Voroder Nachtat zurückgegriffen werden kann, wenn eine Bestrafung wegen der Haupttat nicht möglich ist²⁴.

Es würde das strafrechtliche „Problembewußtsein“ sicherlich heben, wenn sich die Strafrechtsdogmatik darüber klar würde, daß sie hier genau das Problem erörtert, das im Zivilrecht unter dem von Georgiades²⁵ eingeführten Begriffspaar „freie“ bzw. „einwirkende“ Anspruchskonkurrenz diskutiert wird. Die insoweit angestellten zivilrechtlichen Detailüberlegungen zu verschiedenen Anspruchskombinationen könnten dann die Erörterung vergleichbarer strafrechtlicher Fragen sicherlich fördern²⁶.

Es bestätigt die Vergleichbarkeit der im Rahmen der zivilrechtlichen Anspruchskonkurrenz und der strafrechtlichen Idealkonkurrenz (in Abgrenzung zur Gesetzeskonkurrenz) zu lösenden Probleme, daß auch im Strafrecht - seit der Entscheidung des Großen Strafsenats vom 20.10.1992²⁷ - eine unaufhörliche Entwicklung weg von der Gesetzeskonkurrenz und hin zur Idealkonkurrenz (der strafrechtlichen „Schwester“ der Anspruchskonkurrenz) eingesetzt hat²⁸.

Diese Entwicklung ist im Strafrecht um so naheliegender, als hier sogar für den Bereich der Idealkonkurrenz die (bloße) „Solutionskonkurrenz“ bereits gesetzlich vorgeschrieben ist. § 52 StGB ist nämlich nichts anderes als die gesetzliche Fixierung dieses Grundsatzes, da trotz vorliegender Klagen- bzw. Tatbestandskonkurrenz „nur auf eine Strafe erkannt“ wird (§ 52 I StGB).

Dies ist der Grund dafür, daß Erb²⁹ bei zunächst unterlassener Verurteilung wegen einer von mehreren idealkonkurrierenden Taten die nachträgliche Bildung einer „Einheitsstrafe“ analog §§ 51, 52 StGB vorschlagen konnte³⁰. Materiellrechtliche Probleme sind - wenn man diese nachträgliche Bildung einer einheitlichen Strafe prozessual zuläßt - jedenfalls nicht zu befürchten, da die nachträglich gebildete Einheitsstrafe eine unzulässige Doppelbestrafung ausschließt.

Auch Gesichtspunkte der Strafrahmenbestimmung erfordern keine Unterscheidung zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz (mehr), weil die Gesetzeskonkurrenz „in der Strafrahmenermittlung und Strafzumessung wie Idealkonkurrenz behandelt“ wird, „also genau wie es § 52 vorschreibt“³¹. Die Praxis hat nämlich den Unterschied „nahezu auf Null“ reduziert³². Auch die herrschende Meinung räumt daher ein, daß „schon die ältere Rechtsprechung den Grundsatz der vollständigen Deliktsabsorption erheblich modifiziert und dadurch die Unterscheidung der echten Konkurrenz (Tateinheit) von der Gesetzeskonkurrenz für die Strafrage nahezu bedeutungslos gemacht“ hat, „da die Rechtsfolgen weitgehend denjenigen der Tateinheit nach § 52 Abs. 2 und Abs. 4 angeglichen worden sind“³³.

„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 neuerdings einen „nur optischen Effekt“ nennt, „der in sich selbst fragwürdig ist, BGH NStZ 1994, 430 (431)“³⁴. Es handelt sich hierbei um die sogenannte „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz³⁵, 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 Strafrechtsp-

flege anerkannt werden³⁶.

Selbst wenn man jedoch dem Klarstellungspostulat besondere Bedeutung beimißt, wird dem die oben konstatierte Verschiebung weg von der Gesetzeskonkurrenz und hin zur Idealkonkurrenz³⁷ in besonderem Maße gerecht, 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 Urteils-tenor „allein das strengste Gesetz anzuführen, das nach § 52 den Vorrang hat“³⁸. 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 steht³⁹, 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 Gesetzeskonkurrenz⁴⁰, 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, in dem zwischen den Tatbeständen das logische Verhältnis der Subordination besteht⁴¹. 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.

So ist es für die beteiligten Juristen selbstverständlich, daß ein wegen Raubes Verurteilter auch einen - durch die Raubmerkmale qualifizierten - Diebstahl begangen hat. Selbst dem Angeklagten dürfte dies in seiner „Laiensphäre“ klar sein. Niemandem wäre daher durch eine explizite Erwähnung dieses Umstandes (im Urteilstenor) gedient.

Die Fälle der Spezialität können somit als besonders zu behandelnder Unterfall der Idealkonkurrenz aufrecht erhalten bleiben, bei dem es keiner Erwähnung des verdrängten (allgemeineren) Tatbestandes im Urteilstenor (bzw. in

der Anklageschrift) bedarf⁴². 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 Spezialitätsfälle bei den Alternativverhältnissen unter dem Gesichtspunkt des „begriffslogischen Stufenverhältnisses“ erörtert⁴³. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Daß neben der Kategorie der Spezialität (allerdings nicht als selbständige Gesetzeskonkurrenz, sondern als unselbständige Untergruppe der Idealkonkurrenz) die - wie dargestellt - ohnehin besonders umstrittene Konsumtion⁴⁴ keine Existenzberechtigung mehr hat, ergibt sich bereits hinreichend aus den obigen Ausführungen. Bevor aber das Rechtsinstitut der Gesetzeskonkurrenz deshalb allgemein verworfen wird, ist noch die Frage zu erörtern, ob auch die zu der Gesetzeskonkurrenz gezählte Subsidiarität und die entsprechende „unechte Realkonkurrenz“ in Form der straflosen Vor- und Nachtat⁴⁵ entbehrlich ist, weil sich auch insoweit keine Unterschiede bei der Strafrahenbildung ergeben und eine logisch stringente Abgrenzung zwischen dieser Form der Gesetzeskonkurrenz und der Konsumtion nicht möglich ist⁴⁶.

Daß die Kategorie der Subsidiarität trotzdem erforderlich ist und bleibt, wird allerdings schon durch das Alter dieses Rechtsinstituts indiziert. Bereits das (klassische) römische Recht kannte nämlich „subsidiäre Klagen, die nur zustehen, wenn kein anderes Rechts-

mittel gegeben ist; so insbesondere die actio de dolo“ u.a.⁴⁷. Allerdings ließen diese Klagen „keinen Raum für eine Konkurrenz“⁴⁸, da sie gerade nicht im Wortsinne „konkurrierten“⁴⁹.

Bereits diese Einschätzung der subsidiären Klagen als Gegensatz zur Klagenkonkurrenz gibt Anlaß zu einer genauen Überprüfung, ob denn die von dem modernen Recht vorgenommenen Einordnung der Subsidiarität als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz haltbar ist.

Die im modernen Recht für die Subsidiarität herangezogenen Fallgruppen zeichnen sich nämlich dadurch aus, daß „mehrere Gesetze verschiedene Stadien oder verschieden intensive Arten des Angriffs auf dasselbe Rechtsgut erfassen“⁵⁰. Dies sind genau die Fälle, in denen die verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen (oder actionenrechtlich gesprochen: Strafklagen) nicht konkurrieren“.

Zwischen den verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen besteht nämlich bei den „Durchgangsdelikten“, d.h. den „Vorstufen der Deliktsverwirklichung“⁵¹, eine genau definierte zeitliche Differenz, mag diese auch - wie z.B. im Fall des Versuchs - auf einen Zeitpunkt zusammenschumpfen (z.B. den Eintritt des Todes des Tatopfers im Falle der §§ 212, 22, 23/212 StGB).

Entsprechendes gilt für das Verhältnis zwischen verschiedenen Tatbeständen, bei denen der eine als „Durchgangsdelikt“ für den anderen zu werten ist (z.B. Körperverletzung/Tötung)⁵². Auch hier wird die Differenz zwischen den beiden Tatbeständen durch den o.g. Zeitpunkt markiert, wobei allerdings eine echte Konkurrenz der beiden Tatbestände i.S. eines für die Konkurrenzlehre maßgeblichen „Zusammentreffens“ ausscheidet.

Zu den Fällen der straflosen Vor- und Nachtat besteht insoweit nur ein quantitativer Unterschied, als die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen hier nicht durch einen Zeitpunkt, sondern durch einen (möglicherweise längeren) Zeitraum markiert wird. Eine echte Gesetzes-, Tatbestand- oder Klagenkonkurrenz besteht auch hier (offensichtlich) nicht.

Daß die Einordnung der Subsidiarität (und erst recht der straflosen Vor- bzw. Nachtat) als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz ein Fehler ist, ergibt sich für das moderne Recht bereits aus der obigen Analyse, wird aber durch einen kurzen Blick auf die römischen Quellen bestätigt. „Das Wort Konkurrenz bezeichnet (nämlich) das Zusammentreffen mehrerer aus ein und demselben Lebenssachverhalt dem Verletzten gegen den Verletzer gegebenen Klagen oder sonstigen Rechtsbehelfe“⁵³, wobei es sich um Fälle handelt, in denen „durch den Zufall der Umstände“ oder „durch Absicht des Rechtes für ein und denselben Anspruch mehrerer Klagen platzgreifen. Insoferne hier unmittelbar und nichts als Klagen concurriren, sollte man nur hier von Klagenconcurrrenz sprechen, nicht auch da, wo mehrere oder mehrerer Klagen nur mittelbar, vermittelt einer Mehrheit von Ansprüchen oder wo sie gar nicht zusammentreffen, sondern aufeinander folgen“⁵⁴.

Speziell für Strafklagen wird zwischen den Fällen unterschieden, in denen die aus einer zusammenhängenden Handlung entstehenden Strafforderungen „ihren Grund haben in verschiedenen, in jener Handlung verbundenen Tatbeständen, oder in dem nämlichen, nur von verschiedenen Strafbestimmungen erfaßten Tatbestand. Im ersten Falle kann jede Strafforderung zu ihrem vollen Betrag geltend gemacht werden. In dem zweiten Falle absorbiert die größere Strafforderung die geringere“⁵⁵.

Die Unterscheidung zwischen einer echten Gesetzes-, Tatbestands- oder Klagenkonkurrenz „aus ein und demselben Lebenssachverhalt“ bzw. aus aufeinander folgenden Sachverhalten ist daher - wie sich zeigt - „zeitlos“, auch wenn das im zweiten Fall früher angewandte Kumulationsprinzip im modernen Strafrecht durch das Asperationsprinzip ersetzt worden ist und das für den ersten Fall geltende „Absorptionsprinzip“ in § 52 StGB inzwischen zu einem „kombinierten Absorptionsprinzip“⁵⁶ abgeschwächt wurde.

Die Subsidiarität und die straflose Vor- bzw. Nachtat sind daher keine Unterarten einer von der Idealkonkurrenz zu trennenden „Gesetzeskonkurrenz“, sondern überhaupt kein Fall der Gesetzes-, Tatbestands- oder (actionenrechtlich gesprochen) Klagenkonkurrenz. Daß auch insoweit nur eine Strafe zu verhängen ist, wenn - wie im Fall der straflosen Nachtat (z.B. Sicherheitsbetrug) - kein neues Rechtsgut verletzt wird, beruht daher nicht

auf einer direkten oder analogen Anwendung des § 52 StGB, sondern einer geradezu „geborenen“ Solutionskonkurrenz, die sich allein aus der Identität des verletzten Rechtsgutes ergibt.

Dies ist der Grund dafür, daß es bei der konkreten Abgrenzung der Subsidiarität bzw. straflosen Vor- und Nachtat stets um die Frage geht, inwieweit nur das bereits verletzte Rechtsgut oder ein neues Rechtsgut betroffen ist⁵⁷. Diese „Solutionskonkurrenz“ ergibt sich ebenso - unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung - aus der Identität des geschützten Interesses, wie etwa der Umstand, daß ein Verkäufer die Zahlung aus einem Kaufpreisanspruch und der zur Sicherung dieses Anspruches begründeten Wechselforderung nur einmal verlangen kann, obwohl es sich insoweit nach allen Streitgegenstandstheorien der Zivilprozeßdogmatik um verschiedene Streitgegenstände handelt, so daß eine Präklusion ausschiedet⁵⁸.

Hat man erkannt, daß der wirkliche (wesentliche) Unterschied zwischen der Idealkonkurrenz (und ihrer unselbständigen Untergruppe: Spezialität) einer-seits und den Fällen der „geborenen Solutionskonkurrenz“ (Subsidiarität sowie straflose Vor- und Nachtat) andererseits besteht, erübrigen sich die wenig überzeugenden Bemühungen der Rechtsprechung und herrschenden Lehre, durch die kühne Konstruktion immer neuer „Bewertungseinheiten“⁵⁹ den Umfang der Tateinheit und damit Idealkonkurrenz zu erweitern und zur unmittelbaren Anwendung des § 52 StGB zu gelangen. Ebenso wenig bedarf es des von Puppe - im Anschluß an Beling⁶⁰ - verwendeten Begriffes der „Erfolgseinheit“⁶¹. Für die „Erfolgseinheit“ ist nämlich ebenfalls „charakteristisch, daß der Täter einen einzigen Unrechtserfolg durch Anwendung verschiedener, je für sich strafbarer Methoden herbeiführt oder herbeizuführen versucht“⁶².

Diese Definition der „Erfolgseinheit“ beschreibt nichts anderes als das auch von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung praktisch angewendete Kriterium der Identität des durch die verschiedenen Taten verletzten Rechtsgutes. Ergibt diese Überprüfung, daß durch die Vor- bzw. Nachtat kein neues Rechtsgut verletzt wird, greift nämlich - wie bereits oben erörtert - das Prinzip der Solutionskonkurrenz ein, auch wenn Rechtsprechung und herrschende Lehre dies fälschlich als einen Fall der Gesetzeskonkurrenz bzw. Gesetzeseinheit oder der „unechten Realkonkurrenz“ (in der Form der straflosen Vor- bzw. Nachtat) werten.

Allerdings hat auch die herrschende Meinung erkannt, daß zumindest die Anwendung des Begriffes der Gesetzeseinheit auf die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat problematisch ist⁶³. Rechtsprechung und die Mehrzahl der Literatur sind sich aber zu Unrecht darüber „einig, daß der an sich fest eingebürgerte Name ‚Gesetzeskonkurrenz‘ schlicht unglücklich gewählt“ ist⁶⁴. Die Tatsache, daß insoweit nach herrschender Auffassung „die Tat (wenigstens in der Theorie) nur nach einem Tatbestand beurteilt“ wird, ändert nämlich nichts daran, daß dieses einheitliche Ergebnis die „Lösung“ eines Konkurrenzproblems ist. Ein Konkurrenzverhältnis bleibt aber auch dann bestehen, wenn sich im Ergebnis nur einer der „Konkurrenten“ durchsetzt, ebenso wie man das Vorliegen einer Wahl („elektiven Konkurrenz“⁶⁵) nicht mit der Begründung bezweifeln würde, daß nur ein Kandidat (im Ergebnis) gewählt wird.

Die Ersetzung des Begriffes „Gesetzeskonkurrenz“, der die zu lösende Problematik zutreffend umschreibt, durch das Ergebnis der Problemlösung („Gesetzeseinheit“) trägt daher nur dazu bei, daß die zu beantwortende Frage aus dem Blickfeld gerät. Daß dies die Qualität der Diskussion um die „Gesetzeskonkurrenz“ nicht gerade gefördert hat, beweisen die obigen Ausführungen hinreichend. Vielmehr hat der Begriff „Gesetzeseinheit“ nicht nur zu der dargestellten zusätzlichen Problematik bei der Integration der straflosen Vor- und Nachtat geführt, sondern auch die völlige Ignorierung der rechtsgeschichtlichen Grundlagen dieser Problematik begünstigt, was maßgeblich zu der Verflachung und Verwirrung⁶⁶ der einschlägigen Diskussion beigetragen hat.

Der wahre Unterschied besteht daher nicht - wie bisher angenommen - zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz, sondern zwischen Idealkonkurrenz (mit der unselbständigen Untergruppe der Spezialität) und den Fällen der „geborenen Solutionskonkurrenz“ (Subsidiarität sowie straflose Vor- und Nachtat).

Andererseits stellt diese Erkenntnis die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und den Alternativfällen in Frage, die von Rechtsprechung und herrschender Lehre - zu-

mindest „offiziell“ - strikt durchgeführt wird, indem die Alternativfälle als Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo in Abgrenzung von der Wahlfeststellung bei § 1 StGB und die Subsidiarität (bzw. straflose Vor- und Nachtat) als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz bei §§ 52ff. StGB dargestellt werden⁶⁷.

Dieser getrennten Darstellung, die jede Einsicht in die weitgehende Ähnlichkeit - wenn nicht gar Identität - der zugrunde liegenden Probleme vermissen läßt, liegt die (zutreffende) Erkenntnis zugrunde, daß die Exklusivität bzw. „Heterogenität“ von Tatbeständen gerade bedeutet, „daß es keinen Akt gibt, der die beiden heterogenen Tatbestände zugleich erfüllt“⁶⁸. „Wenn zwei Tatbestände sich gegenseitig ausschließen, so ist dies (nämlich) eine Art Nichtkonkurrenz“⁶⁹. Die Exklusivität als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz, in dem engeren Sinne, daß zwei Tatbestände einander widerstreitende Merkmale enthalten und sich deswegen gegenseitig ausschließen, ist daher nicht nur „überflüssig“⁷⁰, sondern eine *contradictio in adjecto*, da Tatbestände, die niemals durch einen Akt erfüllt werden, eben nicht konkurrieren können.

Mit dieser klaren logischen Unterscheidung kontrastiert merkwürdig die überaus verschwommene Terminologie, die im Rahmen der doch so klar getrennten Problembereiche verwendet wird. So ist z.B. im Bereich der Subsidiarität (also nach herrschender Auffassung einem Unterfall der Gesetzeskonkurrenz) immer wieder von subsidiären „Auffangtatbeständen“⁷¹ die Rede, obwohl doch der Begriff des „Auffangtatbestandes“ von dem Großen Strafsenat des Bundesgerichtshofes in dem Beschluß vom 15.10.1956⁷² für § 330a StGB a.F. kreiert worden ist, der nach seiner eindeutigen Fassung zu dem Tatbestand, der die im Rausch begangene Tat beschreibt, in einem klaren Exklusivitätsverhältnis steht. Dementsprechend ist auch der Begriff der „Auffangstrafdrohung“ bzw. des „Auffangtatbestandes“ in der Literatur bis heute heftig kritisiert worden⁷³.

Zwar ist diese Kritik im Ergebnis nicht gerechtfertigt und schon deshalb im wesentlichen obsolet, weil der Gesetzgeber die Entscheidung des Großen Strafsenats vom 15.10.1956⁷⁴ durch die Neufassung des „Vollrausch“-Tatbestandes und die Schaffung zahlreicher weiterer „Auffangtatbestände“ sanktioniert hat⁷⁵; eine wirkliche „Rehabilitierung“ des „Auffangtatbestandes“ hat aber trotzdem in Rechtsprechung und Literatur bis heute nicht stattgefunden⁷⁶.

Vielmehr hat der 4. Strafsenat des BGH in dem Beschluß vom 18.08.1983⁷⁷ den Begriff des „Auffangtatbestandes“ - mit Billigung der anderen Strafsenate des BGH - „verabschiedet“ und statt dessen auf das insoweit nach seiner Auffassung bestehende „normativ-ethische Stufenverhältnis“ abgestellt⁷⁸.

Es gehört zu den Merkwürdigkeiten der einschlägigen Rechtsprechung, daß der Begriff des Auffangtatbestandes bereits in dem Beschluß vom 17.10.1991⁷⁹ eine „wunderbare Wiederauferstehung erlebt“⁸⁰ hat, ohne daß sich der 4. Strafsenat offensichtlich der von ihm - aus guten Gründen vollzogenen - erneuten „Kehrtwendung“ überhaupt bewußt war. Zumindest werden die Gründe hierfür nicht explizit dargelegt. Es liegt aber nahe, daß der 4. Strafsenat des BGH die in dem Beschluß vom 17.10.1991 zu Recht für ange-

messen gehaltene Berücksichtigung zwingender fakultativer Strafmilderungsgründe bezüglich der im (möglichen) Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Tat besser mit dem (flexiblen) Begriff des Auffangtatbestandes als mit der bis vor kurzem präferierten Vorstellung von einem „Stufenverhältnis“ in Verbindung bringen konnte. Ein Stufenverhältnis, bei dem im Rahmen der „unteren Stufe“ (§ 323a II StGB) die Strafmilderungen aus dem nur möglicherweise verwirklichten „Grundtatbestand“ (d.h. der eigentlich „höheren Stufe“) berücksichtigt werden, ist in der Tat eine geradezu monströse Vorstellung, so daß sich hier das in dem Begriff „Stufenverhältnis“ liegende juristische Bild⁸¹ selbst ad absurdum führt.

Auch andere „normativ-ethische Stufenverhältnisse“, wie „z.B. bei Versuch und Vollendung, bei Beihilfe und Täterschaft (BGHSt, 23, 203), bei Beihilfe und Anstiftung (BGHSt 31, 136; vgl. ferner Hürxthal in KK, § 161, Rn. 69 m zahlr. w. Nachw.)“⁸², werden von der herrschenden Meinung unbedenklich als Formen der Subsidiarität bzw. straflosen Vor- oder Nachtat erörtert⁸³, obwohl doch mit dem Stufenverhältnis - wie oben dargelegt - gerade die Problematik der Alternativfälle bewältigt werden soll, für die von der Rechtsprechung zunächst der Begriff des Auffangtatbestandes geprägt worden war⁸⁴. Auch hier zeigt sich

die geradezu willkürliche Verwendung der für die Alternativfälle (logisches Verhältnis der Exklusivität) und für die Kumulativfälle (Gesetzeskonkurrenz in Form der Subsidiarität bzw. straflosen Vor- oder Nachtat) entwickelten - rein logisch strikt getrennten - Begriffe.

Dieser Beliebigkeit der verwendeten Terminologie entspricht es, daß die einzelnen Fallgruppen durch einen - mehr oder weniger überlegten - „Federstrich des Gesetzgebers“ einmal den Alternativfällen (Exklusivität der Tatbestände) und einmal den Kumulativfällen (Gesetzeskonkurrenz) zugeordnet werden, ohne daß damit eine sachliche Änderung bezweckt ist.

So war das Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung unter der Geltung des § 43 StGB a.F. eindeutig alternativ bestimmt, da ein Versuch nur vorlag, „wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen“ war.

Demgegenüber ist diese (alternative) Abgrenzung bei der Neufassung der Versuchsbestimmungen (§§ 22, 23 StGB) - mehr oder weniger zufällig - „unter den Tisch gefallen“, weil sich der Reformgesetzgeber bei § 22 StGB

ausschließlich auf die Definition des „Anfangs der Ausführung“ des „Verbrechens oder Vergehens“ (§ 43 StGB a.F.) konzentrierte.

Eine Neuregelung des Konkurrenz-/Alternativverhältnisses zwischen Versuch und Vollendung war hiermit nicht beabsichtigt; vielmehr sollte die ursprünglich von Welzel geprägte „Ansatzformel“ in das Gesetz übernommen werden⁸⁵. Trotzdem war durch diese Gesetzesänderung das ursprüngliche tatbestandliche Alternativverhältnis „unversehens“ entfallen, so daß nunmehr das Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung zu Recht im Rahmen der Subsidiarität, d.h. - nach Auffassung der herrschenden Lehre - der Gesetzeskonkurrenz erörtert wird⁸⁶.

Eine ähnliche Änderung hat sich durch die Neufassung des § 330a StGB a.F. (heute: § 323a StGB) vollzogen. Während der Tatbestand des § 330a StGB a.F. noch eindeutig einen Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit voraussetzte⁸⁷, ist § 323a StGB „als Auffangtatbestand formuliert“, der „nicht nur die Fälle (erfaßt), in denen die Schuldunfähigkeit (§ 20) erwiesen ist, sondern auch die, in denen sie nach dem Grundsatz in dubio pro reo nicht auszuschließen ist“⁸⁸.

Durch diese Umformulierung eines Tatbestandsmerkmals in ein bloßes Abgrenzungsmerkmal (d.h. zivilrechtlich gesprochen in eine Einwendung⁸⁹) ist zumindest ein Teil der Probleme des alten § 330a StGB beseitigt worden. Allerdings hatte der Gesetzgeber (wieder einmal) bedauerlicherweise nicht den Weitblick, zu erkennen, daß durch die Aufrechterhaltung des Tatbestandsmerkmals „Rausch“ weiterhin die Frage offen blieb, ob nicht wenigstens „der sichere Bereich des § 21 StGB zum Bereich des § 20 StGB hin überschritten sein“ muß⁹⁰. Dies hat der 4. Strafsenat in dem Beschluß vom 18.08.1983 zwar nicht angenommen; auch er sieht die Annahme eines „Rausches“ i.S. des § 323a StGB aber nur dann „als unbedenklich an, wenn dieser einen Schweregrad erreichte, der zu einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit des Täters in bezug auf die Rauschtat geführt hat“⁹¹. Der - in der Praxis durchaus vorkommende - Fall, daß der Täter möglicherweise voll schuldfähig oder schuldunfähig ist, bleibt daher im Hinblick auf den grundsätzlichen Konstruktionsfehler des § 323a StGB, der sich als „Etikettenschwindel“ dar-

stellt⁹², nach wie vor offen. Es ist eben immer mißlich, wenn Gesetzgeber bzw. höchstrichterliche Rechtsprechung in bestimmten Fällen Entscheidungen treffen, deren sachliche Notwendigkeit evident ist, deren dogmatische Bedeutung sie jedoch selbst nicht (ganz) verstanden haben.

Die Einsicht in die begriffliche Verschwommenheit und geschichtliche Zufälligkeit der Abgrenzung zwischen Alternativ- (Exklusivitäts-) und Kumulativ- (Subsidiaritäts-) Fällen muß noch durch Puppes Erkenntnis komplettiert werden, daß „ein solches Exklusivitätsverhältnis zwischen zwei Tatbeständen ein gesetzestechnischer Fehler“ ist⁹³. Dieser „gesetzestechnische Fehler“ erzeugt nicht nur „überflüssige Probleme und Strafbarkeitsslücken, etwa, wenn nicht zu beweisen ist, ob das betreffende Merkmal vorhanden war oder fehlte“⁹⁴. Vielmehr ergeben sich (z.B. in Irrtumsfällen) auch weitere - völlig unnötige - Probleme, die Puppe im einzelnen überzeugend dargestellt hat⁹⁵.

Diese Erkenntnis hat - mit dem bereits oben⁹⁶ genannten Beschluß des Großen Strafsenats vom 20.10.1992⁹⁷ - inzwischen auch die Rechtsprechung erreicht, wenn auch hieraus noch nicht stets die gebotenen weitreichenden Konsequenzen (i.S. einer umfassenden Ersetzung von Exklusivitätsverhältnissen bzw. Gesetzeskonkurrenz durch Idealkonkurrenz) gezogen werden.

Eine umfassende Umsetzung dieser Erkenntnis ist aber um so notwendiger, als sich Rechtsprechung und Wissenschaft immer noch „mit erheblichem Aufwand an Scharfsinn“ darum bemühen, „Exklusivitätsverhältnisse zwischen Tatbeständen auch da herzustellen, wo sie nach deren Wortlaut nicht gegeben sind“⁹⁸. Selbst in Fällen, in denen der Gesetzgeber glücklicherweise - wenn auch mehr „aus Versehen“ - eine von der Rechtsprechung begründete Exklusivität⁹⁹ beseitigt hat - nämlich bei § 246 StGB n.F.¹⁰⁰ - sind schon wieder Kräfte am Werk, die sich mit diesem Fortschritt nicht zufrieden geben wollen, sondern eine Wiederbelebung des alten Exklusivitätsverhältnisses anstreben¹⁰¹.

Diese unnötige Konstruktion von Exklusivitätsverhältnissen, durch die Doppelbestrafungen vermieden werden sollen¹⁰², obwohl diese doch auch im Rahmen der Idealkonkurrenz hinreichend vermieden werden können¹⁰³, beweist nur, wie leicht eine rechtshistorisch nicht abgesicherte Dogmatik in die Irre gehen kann, wenn sie die Jahrhunderte- bzw. Jahrtausende alte Entwicklung eines Rechtsinstituts nicht hinreichend berücksichtigt und daher den Sinn der zu lösenden Problematik („Klagenkonkurrenz“) aus den Augen verliert.

Eine zusätzliche Bestätigung der von Puppe vertretenen Auffassung, daß die Herstellung eines Exklusivitätsverhältnisses zwischen zwei Tatbeständen ein gesetzestechnischer Fehler ist, ergibt sich aus der von Puppe nicht erwähnten prozessualen Problematik der Alternativverhältnisse, die aus dem prozessualen Tatbegriff resultiert¹⁰⁴.

Daß die „Bewältigung“ dieser Problematik für die herrschende Lehre nur mit Hilfe wenig überzeugender „Willensfiktionen“ möglich ist, habe ich bereits in meinem Beitrag über den „prozessualen Tatbegriff“¹⁰⁵ dargelegt, der als dogmatische Grundlegung der nunmehr erörterten Neubestimmung der Gesetzeskonkurrenz bzw. der Alternativverhältnisse in materieller und prozessualer Hinsicht zu werten ist. Auf die Ausführungen in diesem Beitrag kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden.

Auch wenn sich die subjektiven Scheinbegründungen (Willensfiktionen) der herrschenden Meinung durch die von mir vorgeschlagene Differenzierung des Tatbegriffes in den verschiedenen Verfahrensstadien vermeiden lassen, bleiben die von Puppe überzeugend dargestellten materiellrechtlichen Probleme der Exklusivitätsverhältnisse bestehen, so daß ein Exklusivitätsverhältnis in der Tat nur dann angenommen werden sollte, wenn dies nach dem Gesetzeswortlaut zwingend ist. Demgegenüber erscheint es angebracht, jede Auslegung zu vermeiden, die ohne Not neue Exklusivitätsverhältnisse mit ihren (vermeidbaren) Problemen erzeugt¹⁰⁶.

In den Fällen, in denen der Gesetzeswortlaut aber ein Exklusivitätsverhältnis gebietet und die Annahme der Gesetzeskonkurrenz ausschließt¹⁰⁷, muß demgegenüber weiterhin mit den von der Rechtsprechung entwickelten Hilfskonstruktionen (Auffangtatbestand, direkte oder analoge Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo, logisches bzw. normativ-ethisches Stufenverhältnis, Prä- bzw. Postpendenzverhältnis) gearbeitet werden, wobei sich die Strafrechtsdogmatik allerdings darüber im klaren sein sollte, daß es sich hierbei um Parallelphänomene handelt, die letztlich nur (mit unterschiedlichen Formulierungen) ein identisches Problem lösen, indem sie das unsachgemäße Exklusivitätsverhältnis „aufbrechen“¹⁰⁸.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß von der Idealkonkurrenz (und ihrer unselbständigen Untergruppe der Spezialität) die mit den Begriffen Subsidiarität bzw. straflose Vor- und Nachtat bezeichneten Fälle der „geborenen Solutionskonkurrenz“ zu unterscheiden sind. Einer besonderen „Gesetzeskonkurrenz“ bedarf es demgegenüber auch im Strafrecht nicht mehr. Ebensowenig besteht ein sachlicher Unterschied zwischen den Subsidiaritätsfällen und den normativen Stufenverhältnissen (bzw. Auffangtatbeständen bzw. Prä- oder Postpendenzverhältnissen). In allen diesen Fällen ist vielmehr an Hand materiellrechtlicher Überlegungen das Vorliegen eines Subsidiaritäts- bzw. Stufenver-

hältnisses zu prüfen, während die - wie oben dargelegt zufällige - Einordnung des Verhältnisses in die eine oder andere Gruppe nur die Auswahl der zu verwendenden Begriffe, nicht jedoch die normative Problematik betrifft.

Rechtspolitisch ist ohnehin eine (weitere) Reduzierung der Exklusivitätsverhältnisse anzustreben, damit die begriffliche „Redundanz“ bei der Lösung identischer Probleme langfristig reduziert werden kann. Das und nicht die exakte logische Unterscheidung identischer normativer Fragestellungen wäre wirklich ein positiver Beitrag der Logik zur Jurisprudenz¹⁰⁹

- 1 nur K. Schäfer (LR-StPO, 24.Aufl., Einl., Kap. 12, Rn. 35, 38, 43) spricht insoweit - in wörtlicher Übersetzung - von „Verzehrwirkung“; dieser Ausdruck hat sich allerdings nicht durchgesetzt.
- 2 vgl. LK-Rissing-van Saan, StGB, 11.Aufl., Rn. 116 vor § 52; Tröndle/Fischer, StGB, 50.Aufl., Rn. 20 vor § 52 u. Geppert, Jura 2000, 654 liSp Mitte, 655 reSp; 1982, 421 Mitte, 425
- 3 vgl. hierzu Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, 1972, u. das grundlegende Werk von Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, I (1918) u. II 1 (1922)
- 4 so der Titel des Werkes von Bekker, 1853, dessen Ergebnisse allerdings bereits im gemeinen Recht bestritten waren (vgl. Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts, 1856, S. 87). Die moderne Romanistik bezweifelt ohnehin zunehmend die Allgemeingültigkeit des bezeichnenderweise nur in rhetorischen (nicht juristischen) Quellen überlieferten Satzes „bis de eadem re ne sit actio“, dessen „unrömische Kurzform“ der Grundsatz „ne bis in idem“ ist (vgl. Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2.Aufl., § 11 IV 2 = S. 80, Fn. 60). Allerdings wird für die - im Rahmen des vorliegenden Beitrages allein interessierenden - Strafverfahren nach wie vor die Bedeutung dieses Satzes anerkannt (vgl. Liebs, SZ 84 (1967), S. 104ff., 124ff.).
- 5 Diese Unterscheidung geht zurück auf Eisele, ACP 79 (1982), 327, 268 (Originalschreibweise Eisele); zustimmend Windscheid/Kipp (Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl., 1.Bd., S. 617f., Fn. 9); vgl. hierzu Bauer, NSTZ 2003, 174, 175
- 6 vgl. BGHSt 35, 60, 66
- 7 vgl. Windscheid/Kipp, aaO (Fn. 5), § 121, Fn. 9 = S. 607 mit Beispielen u. hierzu Bauer, NSTZ 2003, 174, 178 liSp unten u. Fn. 85
- 8 vgl. hierzu die Rechtsprechungsübersicht bei Maatz, Meyer-Gofßner FS, 2001, S.257ff.
- 9 vgl. hierzu Kaser/Hackl, aaO (Fn. 4), § 4 = S. 34ff.
- 10 vgl. Liebs, aaO (Fn. 3), S. 16, 19
- 11 vgl. Kaser/Hackl, aaO (Fn. 4), § 42 III 1 = S. 300 oben mZ
- 12 vgl. Kaser/Hackl, aaO (Fn. 4), § 43 I 1 u. 2 = S. 301, 302
- 13 kritisch hierzu Bauer, StV 1999, 622, 623
- 14 vgl. hierzu Beulke, Strafprozessrecht, 6.Aufl., Rn. 117, 150, 468f. mZ
- 15 so noch Kleinknecht/Meyer, StPO, 38. Aufl., Einl., Rn. 107; Peters, Strafprozess, 4.Aufl., § 55 I 2 = S. 521 u. Bauer/Wrage-Molkenthin, wistra 1990, 158
- 16 vgl. Kleinknecht/Meyer-Gofßner, StPO, 45.Aufl., Einl., Rn. 107 uHa OLG Koblenz, NSTZ 1981, 195 = JR 1981, 520 mit abl. Anm. Rieß
- 17 „Vermutlich schon in der mittleren Republik“: vgl. Kaser/Hackl, aaO (Fn. 4), § 22 = S. 151 u. Dulceit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, 9.Aufl., § 22 III 2, IV 4-6, § 23 = S. 148, 153f., 160ff.
- 18 Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, Studienbuch, 16.Aufl., § 56 II 3 = S. 252f. uHa C. 8, 40, 28, 2
- 19 vgl. Windscheid/Kipp, aaO (Fn. 5), § 121 = S. 608
- 20 vgl. z.B. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., § 18, Rn. 19ff.
- 21 vgl. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7.Aufl., § 11 III, Rn. 76 = S. 36f. u. Liebs, aaO (Fn. 3), S. 16
- 22 vgl. Liebs, aaO (Fn. 3), S. 16
- 23 vgl. etwa Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 32.Aufl., Rn. 750ff. u. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tbd. 2, 7.Aufl., §§ 55, 56 = S. 430ff.
- 24 vgl. hierzu z.B. Schönke/Schröder/Stree, StGB, 26.Aufl., Rn. 116, 117 vor §§ 52ff.
- 25 Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1967, S. 86ff., 90ff.
- 26 vgl. zur Fruchtbarkeit dieser „internen Rechtsvergleichung“: Bauer, wistra 1993, 329, 330 mwZ in Fn. 30
- 27 vgl. BGHSt 39, 100ff.
- 28 so auch die Einschätzung Kudlich, StV 2000, 669 u. Kindhäuser, NSTZ 2001, 31, jew. Anm. zu BGHSt 46, 24 = StV 2000, 669 = NJW 2000, 1878 sowie Geppert, Jura 2000, 599 liSp oben
- 29 vgl. GA 1994, 265, 278, 279f., 282; vgl. auch OLG Hamm, StV 1986, 241, 243 liSp Mitte; hiergegen Grünwald, StV 1986, 243, 244 liSp Mitte
- 30 vgl. hierzu Bauer, NSTZ 2003, 174, 177 reSp
- 31 vgl. Nomos Kommentar (NK) zum StGB-Puppe, Rn. 59 vor § 52 uHa § 52, Rn. 71
- 32 vgl. Schönke/Schröder/Stree, aaO (Fn. 24), Rn. 103 vor §§ 52ff.
- 33 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 70 vor §§ 52ff.
- 34 vgl. NK-Puppe, StGB, Rn. 59 vor § 52
- 35 vgl. Schönke/Schröder/Stree, aaO, § 52, Rn. 2; Geppert, Jura 2000, 655 liSp unten u. eingehend hierzu Abels, Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz, 1991
- 36 z.B. bei der Frage nach der Zulässigkeit eines Rechtsmittel; vgl. Kleinknecht/Meyer-Gofßner, aaO (Fn. 16), Rn. 11 vor § 296 mwZ
- 37 s.o. bei Fn. 28
- 38 Vgl. Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 357
- 39 vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Td. 2, 7.Aufl., § 55, Rn. 33ff. u. Hruschka, Strafrecht, 2.Aufl., S. 387ff., 389f. jew. uHa Klug, ZStW 68 (1956), 399
- 40 vgl. BGHSt 39, 100, 108 uHa BGHSt 25, 373; 31, 380 u. Schönke/Schröder/Stree, aaO (Fn. 24), Rn. 102 vor §§ 52ff.
- 41 vgl. Maurach/Gössel/Zipf, aaO (Fn. 39), § 29ff. u. Hruschka, aaO (Fn. 39), S. 389ff.

42 im Ergebnis - wenn auch aus anderen Gründen - ebenso: NK-Puppe, aaO, Rn. 70-73 vor § 52

43 vgl. Tröndle/Fischer, aaO (Fn. 2), § 1, Rn. 21

44 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 116 vor §§ 52ff.

45 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 121 vor §§ 52ff. mwZ in Fn. 446

46 vgl. Hruschka, aaO (Fn. 39), S. 393

47 vgl. Kaser/Hackl, aaO (Fn. 4), § 43 II = S. 305 m Fn. 27-30

48 vgl. Kaser/Hackl, aaO (Fn. 4))

49 d.h. *zusammentrafen* (Diese Übersetzung läßt sich durch Heranziehung eines beliebigen lateinischen Lexikons verifizieren.)

50 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 102 vor §§ 52ff.

51 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 103 vor §§ 52ff.

52 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 106 vor §§ 52ff.

53 vgl. Liebs, aaO (Fn. 3), S. 16 oben

54 vgl. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 2.Aufl. 1873, § 98 = S.343, 344 mZ in Fn. 18-20; Originalschreibweise Brinz

55 vgl. Windscheid/Kipp, aaO (Fn. 5), Bd. 2, § 326 = S. 354 mZ in Rn. 7-9

56 vgl. Geppert, Jura 2000, 653 liSp unten

57 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 101ff., 125ff.

58 vgl. z.B. Thomas/Putzo, ZPO, 24.Aufl., Einl. II, Rn. 32 uHa BGH, NJW-RR 1987, 58 u. BGH, NJW 1992, 117; die Unterschiedlichkeit der Streitgegenstände ergibt sich bei der Wechsel- und Scheckforderung im übrigen bereits aus den hierfür bestehenden besonderen Verfahrensvorschriften: §§ 592ff., 602, 605a ZPO.

59 vgl. hierzu Maatz, Meyer-Goßner-FS 2001, S. 257ff. u. Rissing-van Saan, 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 475ff.

60 vgl. Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.249, 344ff.

61 vgl. NK-Puppe, Rn. 27ff. vor § 52

62 vgl. Puppe, aaO (Fn. 61), Rn. 27 uHa Honig, Strafloße Vor- und Nachtat, 1927, 65ff.

63 vgl. Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 121 vor §§ 52ff.

64 so Maurach/Gössel/Zipf, aaO, Fn. 23, § 55 II, Rn. 6 = S. 432 uHa Warda, JuS 1964, 89f. u. Schönke/Schröder/Stree, Rn. 102 vor §§ 52ff.; Rissing-van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 64 vor §§ 52ff.

65 vgl. Larenz/Wolf, aaO (Fn. 20), § 18, Rn. 24 =S. 353 u. Kaser, aaO (Fn. 18), § 50 II 3b = S. 230

66 vgl. Wessels/Beulke, aaO (Fn. 23), Rn. 755 (uHa Geppert, Jura 2000, 598): „Existenz kontroverser Lehrmeinungen und Fehlen einer einheitlichen Terminologie“

67 vgl. Tröndle/Fischer, aaO (Fn. 43), § 1, Rn. 20ff. u. Rn. 19, 43f. vor § 52 einerseits u. Rn. 26, 31ff. vor § 52 andererseits sowie Wessels/Beulke, aaO (Fn. 23), § 17 („Konkurrenzlehre“) einerseits u. § 18 („in dubio pro reo, Wahlfeststellung, Post- und Präpendenz“) andererseits

68 vgl. Hruschka, aaO (Fn. 39), S. 391

69 vgl. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 50 vor § 52

70 so aber Rissing van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 69 vor §§ 52ff.

71 vgl. z.B. Rissing van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 109 vor §§ 52ff. u. zur Neufassung des § 246 StGB als subsidiärem „Auffangtatbestand“: Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 24.Aufl., Rn. 300

72 vgl. BGHSt 9, 390, 398

73 vgl. Tröndle in Leipziger Kommentar StGB, 10.Aufl., § 1, Rn. 98ff. u. Schönke/Schröder/Eser, aaO (Fn. 24), § 1, Rn. 92 uHa Blei, JA 1974, 383; Tröndle, JR 1974, 134 u. Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1986, S. 75ff.

74 vgl. BGHSt 9, 390

75 vgl. hierzu Bauer, NStZ 2000, 72, 74 mwH in Fn. 37

76 vgl. z.B. Tröndle/Fischer, aaO (Fn. 2), § 1, Rn. 22: „Ausweichlösung“

77 vgl. BGHSt 32, 48ff.

78 vgl. BGHSt 32, 48, 51, 57

79 vgl. BGH, NStZ 1993, 81 = JR 1993, 33 m. Anm. Streng

80 vgl. hierzu Bauer, wistra 1995, 170, 177 mwZ in Fn. 123

81 vgl. zur Problematik der juristischen Bildersprache: Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., S. 40 u. Fn. 25a = S. 205 u. Bauer, wistra 1995, 170, 172

82 vgl. BGHSt 32, 48, 57

83 vgl. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 40ff. vor § 52; Rissing van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 110 vor §§ 52ff.

84 vgl. BGHSt 9, 390ff.; 17, 210, 212

85 vgl. Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 1974, S. 15

86 vgl. BGHSt 32, 48, 57 einerseits u. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 40 vor § 52 u. Rissing van Saan, aaO (Fn. 2), Rn. 104 vor §§ 52ff. andererseits

87 vgl. Schönke/Schröder, StGB, 7.Aufl., § 330a, Anm. II 2: „Es muß sich um ein die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch handeln; ist die Zurechnungsfähigkeit nur vermindert, dann greift die Vorschrift nicht ein.“

88 vgl. Tröndle/Fischer, aaO (Fn. 2), § 323a, Rn. 5 uHa BGH, NJW 1992, 1519, 1520 = NStZ 1993, 81 = JR 1993, 33 m Anm. Streng (s.o., Fn. 79).

89 vgl. Bauer, NStZ 2000, 72, 74

90 vgl. hierzu BGHSt 32, 48, 49 uHa OLG Karlsruhe, NJW 1979, 1945

91 vgl. BGHSt 32, 48, 54 uHa BGH, Urteil v. 27.07.1983 - 3 StR 239/83

92 vgl. Bauer, wistra 1995, 170, 172 u. Hruschka, aaO (Fn. 39), S. 298

93 vgl. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 52f. vor § 52 uHa Puppe, JR 1984, 229, 231f.

94 vgl. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 53 vor § 52

95 vgl. Puppe, JR 1984, 229ff. u. aaO (Fn. 31), Rn. 53 vor § 52

96 vgl. bei Fn. 27

97 BGHSt 39, 100 = NJW 1993, 1662, 1664 = MDR 1993, 663 = NStZ 1993, 338 = StV 1993, 361 = JuS 1993, 1066

98 vgl. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 54 vor § 52 m. Bsp. aus Rspr. u. Lit.

99 vgl. BGHSt 14, 38 zu § 246 StGB a.F.

- 100 vgl. Tröndle/Fischer, aaO (Fn. 2), § 246, Rn. 1, 20, 29: „Auffangtatbestand“, „Subsidiaritätsklausel“)
- 101 vgl. Krey/Hellmann, Strafrecht, BT, Bd. 2, 13.Aufl., Rn. 173a u. Murmann, NSTZ 1999, 14, 15ff.; hiergegen zu Recht Eckstein, JA 2001, 25, 30
- 102 vgl. Puppe, aaO (Fn. 31), Rn. 55 vor § 52 mZ
- 103 vgl. BGHSt 39, 100; 109 u. die obigen Ausführungen zur „Solutionskonkurrenz“
- 104 vgl. Beulke/Fahl, Jura 1998, 262f., 265ff. u. ausführlich U. Dreyer, Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff, 1999
- 105 vgl. Bauer, NSTZ 2003, 174, 176, 178 reSp oben
- 106 Hierzu zählt übrigens auch die „Erfindung“ ungeschriebener Tatbestandsmerkmale wie z.B. der Vermögensverfügung bei § 253 StGB (vgl. hierzu Tröndle Fischer, aaO (Fn. 2), § 253, Rn. 11 mZ). Diese Problematik kann hier selbstverständlich nicht vertieft werden.
- 107 vgl. z.B. § 258 StGB u. die entsprechende Vortat
- 108 vgl. Bauer, NSTZ 2000, 72, 73f.
- 109 Demgegenüber dienen logische Argumente bisher - wie gerade die „Postpendenz“-Diskussion zeigt - meist dazu, die eigentlich zu lösenden normativen Fragen zu verschleiern (vgl. Bauer, NSTZ 2000, 72, 74).