

## Strafverfahrensrecht

Ein Studienbuch

Bearbeitet von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Eduard Kern

29. Auflage 2017. Buch. XXV, 576 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 70680 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafverfahrensrecht, Opferschutz](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

schließen (§ 148 II 3, sog. Trennscheibe, dazu krit. *Birkhoff/Hawickhorst*, StV 2013, 540).

## DIE FACHBUCHHANDLUNG

De lege lata wird man aus § 148 I, II im Gegenschluss folgern müssen, dass bei anderen Straftaten als denen nach § 129a StGB jede Erschwerung des mündlichen oder schriftlichen Verkehrs, insb. jede Briefkontrolle oder -beschlagnahme sowie eine darauf abzielende Durchsuchung des Verteidigers oder die Anbringung einer Trennscheibe unzulässig ist (so grds. auch OLG Hamm NJW 1980, 1404). Dies schließt freilich eine Durchsuchung des Vert. und der von ihm mitgebrachten Sachen aufgrund sitzungspolizeilicher Verfügungen (§ 176 GVG) nicht aus, wenn der Vorsitzende willkürlich eine Gefahr für die Ordnung in der Sitzung annimmt (BVerfGE 48, 118; krit. *Krekeler*, NJW 1979, 185). Zulässig ist es auch, den Vert. bei Besuchen eines inhaftierten Gefangenen aus Gründen der Erhaltung der Anstaltsicherheit wie jeden anderen Besucher zu behandeln und auf Waffen und Ausbruchswerkzeuge zu untersuchen (vgl. BVerfGE 38, 26; BGH NJW 1973, 1656). Gegen solche Maßnahmen ist der Rechtsweg nach §§ 23ff. EGGVG gegeben (BGH NJW 1980, 3514).

2. Unter dem Eindruck des Entführungsfalles Schleyer hat der Gesetzgeber in einem Blitzgesetz (Gesetz zur Änderung des EGGVG v. 30.9.1977, BGBl. I 1877) eine vollständige **Kontaktsperre** zwischen Anwalt und Mandanten während laufender terroristischer Aktivitäten eingeführt, nachdem diese bereits seit der Nacht vom 5. zum 6. 9. vom GBA, Bundes- und Landesjustizminister entgegen dem Beschl. des Ermittlungsrichters beim BGH v. 6.9. (aufgehoben vom 3. StS des BGH am 23.9. [BGHSt 27, 260 m. krit. Anm. *Ameling*, NJW 1978, 623; *Sydow*, JuS 1978, 222]) durchgesetzt worden war (Anträge der Verteidiger auf einstweilige Anordnung dagegen zurückgewiesen durch BVerfGE 46, 1; zum „Kontaktsperrege setz“ vgl. die krit. Auseinandersetzung bei *Junker*, Analyse u. Kritik d. strafver.rechtl. Terrorismusgesetzgebung, 1996, 204ff.). Nach §§ 31, 33 EGGVG können die Justizbehörden der Länder die Verbindungen „von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger“ unterbrechen, wenn eine Landesregierung bzw. eine von ihr bestimmte oberste Landesbehörde oder der BMJ (s. § 32 EGGVG) eine dreifache Feststellung treffen: dass eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person besteht, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, diese Gefahr gehe von einer terroristischen Vereinigung aus, und dass zur Abwehr dieser Gefahr die Unterbrechung der Verbindungen mit Gefangenen, die im Zusammenhang mit Straftaten i. S. d. § 129a StGB einsitzen, geboten ist (zur Unanwendbarkeit des Kontaktsperrgesetzes auf nicht organisierte terroristische „Einzelgänger“ BGHSt 27, 260). Über die Ausführung und die Auswirkungen der Kontaktsperrre s. § 34 EGGVG, über das Außerkrafttreten, die gerichtliche Bestätigung und die Erneuerung der Feststellung nach § 31s. §§ 35, 36 EGGVG. Die Verfassungsmäßigkeit des umstrittenen Kontaktsperrgesetzes ist zwar von BVerfGE 49, 24 bejaht worden, richtigerweise aber sogar trotz seiner deutlichen Abmilderung durch den mit Gesetz v. 4.12.1985 (BGBl. I 2141) eingefügten § 34a EGGVG zu verneinen. Obwohl es zu begrüßen ist, dass dem Gefangenen nunmehr auf seinen Antrag ein Rechtsanwalt als Kontaktperson beizutragen ist, werden die rechtsstaatlichen Mindestbedürfnisse hierdurch deshalb nicht erfüllt, weil die Beirodnung nur auf dessen Antrag erfolgt (§ 34a I). Denn durch die Aufhebung jeglichen Kontakts zur Außenwelt wird die Menschenwürde der Gefangenen angetastet, und dass ein Rechtsstaat dies auch ohne Antrag des Gefangenen vermeiden sowie in seinem eigenen Interesse den bloßen Anschein eines übertrieben harten Vorgehens vermeiden muss, zeigt der bis heute mit ungeklärten Details versehene Tod von Baader, Ensslin und Raspe in der Nacht vom 17. auf den 18.10.1977 (dazu *Aust*, Der Baader-Meinhof-Komplex, 1985; *Weidenhammer*, Selbstmord oder Mord?, 1988; zur Bewältigung der rechtsstaatlichen Probleme in dem vorangegangenen Prozess *Amhoff*, Der Stammheim-Prozess – ein rechtswidriges Verfahren?, 2010; in der ansonsten instruktiven Analyse von *Tenfelde*, Die Rote Armee Fraktion und die Strafjustiz, 2009, ausgespart).

## VI. Kurze Verhinderungen des Verteidigers

Ist der Wahlverteidiger in einem Termin verhindert, so gebietet Art. 6 III c EMRK, dass darauf tunlichst Rücksicht genommen werde (BGH NStZ 1988, 235). Es folgt aber weder aus Art. 103 I GG noch aus dem Gebot des Fair Trial, dass das Gericht unter allen Umständen die Verhandlung unterbrechen muss, wenn der (freiwillige) Wahlverteidiger verhindert ist; vielmehr ist nach Lage des Einzelfalles abzuwagen, was dem Angekl. zugemutet werden kann (BGH NStZ 1984, 176). Bei einer Verspätung

77

78

79

des Wahlverteidigers gebietet es die Fürsorgepflicht, i. d. R. mindestens 15 Minuten und bei vorheriger Ankündigung oder unvorhergesehenen Umständen (Unfall, Verkehrsstau) ggf. auch länger<sup>35</sup> zu warten (§ 265 IV). Ist ein Pflichtverteidiger verhindert, so darf das Gericht nicht ohne Weiteres einen anderen Pflichtverteidiger bestellen, der sich nicht in die Sache einarbeiten konnte (BGHSt 58, 296) oder zu dem der Angeklagte kein Vertrauen hat, sondern es muss versuchen, mit dem Verteidiger des Vertrauens einen anderen Termin innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 229 I abzustimmen; eine Aussetzung kann jedoch nicht verlangt werden (BGH NStZ 1992, 247).

## F. Beistände

- 80 Eine zweite, neben den Verteidigern wenig bedeutungsvolle Kategorie von Fürsprechern kennt die StPO in Gestalt der **Beistände** (§ 149). Anders als im Zivil- und Verwaltungsprozess (§§ 90 ZPO, 67 II VwGO) müssen im Strafverfahren gegen Erwachsene nur der Ehegatte oder gesetzliche Vertreter des Beschuldigten in der Hauptverhandlung auf ihren Antrag zugelassen werden (weitergehend § 69 JGG für das Jugendstrafverf.); im Vorverfahren unterliegt ihre Zulassung dem Ermessen des Richters. Der Antrag muss allerdings vom Beistandsberechtigten selbst gestellt werden; ein bloßer Antrag des Angekl. genügt nicht (OLG Düsseldorf NJW 1979, 938). Der Beistand hat ein Fürsprache- und Anhörungsrecht und zu diesem Zweck auch das Recht, an Zeugen Fragen zu stellen (BGHSt 47, 62, 64). Zu seiner Ausübung muss er in der Hauptverhandlung, deren Zeit und Ort ihm mitzuteilen sind, anwesend sein können, doch ist dieses Recht im Interesse der Wahrheitsermittlung eingeschränkt: Kommt er als Zeuge in Betracht, so geht § 243 II 1 vor; auch kann § 247 analog angewendet werden (BGHSt 47, 62). Weitergehende Rechte – etwa zur Stellung von Beweisanträgen –, die seine prozessuale Position der des Vert. annähern würden, hat der Beistand (anders als im Jugendstrafverf. nach § 69 JGG) nicht. Sein mündlicher Verkehr mit dem inhaftierten Angekl. darf auch überwacht werden, allerdings nur bis zum Schluss der Beweisaufnahme (BGHSt 44, 82, 86 ff.).

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf StV 1983, 269; 1995, 454; OLG Köln StV 1984, 147; 1990, 257; OLG Zweibrücken StV 1984, 148; BayObLG StV 1985, 6.

## 4. Kapitel. Gegenstand und Voraussetzungen des Strafverfahrens; Prozesshandlungen; richterliche Entscheidungen

### § 20. Der Prozessgegenstand

**Literatur:** *Liu*, Der Begriff der Identität der Tat, 1927; *Bertel*, Die Identität der Tat, 1970; *Neuhaus*, Der strafverf.rechtl. Tatbegriff – „ne bis in idem“, 1985; *Marxen*, Der proz. Tatbegriff in der neueren Rspr., StV 1985, 472; *Krauth*, Zum Umfang der Rechtskraft bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller u. terrorist. Vereinigungen, FS Kleinknecht, 1985, 215; *Wolter*, Tatidentität u. Tatumgestaltung im Strafprozess, GA 1986, 143; *Neuhaus*, Materielle Handlungseinheit u. proz. Tatidentität, wistra 1988, 67; *ders.*, Der strafproz. Tatbegriff u. seine Identität, MDR 1988, 1012; MDR 1989, 213; *Cording*, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- u. Organisationsdelikten, 1993; *Beulke*, Der prozessuale Tatbegriff, FS 50 Jahre BGH-Wiss., Bd. IV, 2000, 781; *Maatz*, Strafklageverbrauch und Gerechtigkeit pp., FS Meyer-Goßner, 2001, 257; *Stuckenbergs*, Double Jeopardy: Das Verbot doppelter Bestrafung und Strafverfolgung im US-amerikanischen Recht, 2001; *Hellebrand*, Gerechtigkeit oder Rechtssicherheit? pp., GS Schluchter, 2002, 473; *Bauer*, Der prozessuale Tatbegriff, NStZ 2003, 174; *Paeffgen*, Prozessualer Tatbegriff und das Kriterium der Untersuchungsrichtung, GS Heinze, 2005, 615; *Kahlo/Zabel*, Schuldgrundsatz u. Strafklageverbrauch, HRRS-FG Fezer, 2008, 87; *Radtke*, Der strafpr. Tatbegriff auf europ. und nationaler Ebene, NStZ 2012, 479; *Stuckenberg*, Strafklageverbrauch bei Besitzdelikten pp., FS v. Heintschel-Heinegg, 2015; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015.

S. ferner die Literaturnachweise zu § 52.

#### A. Grundlagen

##### I. Begriff

Gegenstand des Strafverfahrens ist i. w. S. die Frage, ob sich der Beschuldigte strafbarer Handlungen schuldig gemacht hat und welche Rechtsfolgen gegebenenfalls gegen ihn zu verhängen sind. Der Terminus **technicus „Prozessgegenstand“** (oder „Verfahrensgegenstand“) hat demgegenüber eine engere Bedeutung. Er betrifft nur die „in der Anklage bezeichnete Tat“ der angeklagten Person(en) (§§ 155 I, 264 I), d. h. nur den Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens. Diese Festlegung ist eine Konsequenz des Anklagegrundsatzes (dazu o. § 13): Wenn die gerichtliche Untersuchung von der Erhebung einer Klage abhängt (§ 151), so muss sie auch thematisch durch die Anklage gebunden sein (dazu näher u. § 40 Rn. 12). Innerhalb der Grenzen des Prozessgegenstandes ist das Gericht dagegen zu umfassender Aufklärung der Tat nach ihrer tatsächlichen wie rechtlichen Seite hin verpflichtet (vgl. §§ 155 II, 264 II, 265).

##### II. Aufgaben

Der Prozessgegenstand hat zwei **Aufgaben**: Er bezeichnet den Gegenstand der Rechtsabhängigkeit (dazu u. § 40 Rn. 10) und umreißt dadurch zugleich die Grenzen der gerichtlichen Untersuchung und der Urteilsfindung; und er bestimmt die Ausdehnung der Rechtskraft (dazu s. u. § 52), d. h. was nach endgültigem Verfahrensabschluss definitiv entschieden ist und nicht abermals aufgerollt werden darf („ne bis in idem“). Beide Funktionen sind nur zwei Seiten ein und derselben Medaille, und zwar sowohl aus logisch zwingenden Gründen als auch im Hinblick auf den hinter diesen Institutionen stehenden Schutzzweck: Die Reichweite des Prozessgegenstandes bestimmt nach dem Akkusationsprinzip, welche strafrechtlichen Vorwürfe sich der Angeklagte im

Hauptverfahren gefallen lassen muss; und die materielle Rechtskraft schützt ihn dagegen, nach endgültigem Abschluss dieses Verfahrens noch einmal mit denselben Vorwürfen konfrontiert zu werden. Es wäre deshalb mit einem Fair Trial nicht zu vereinbaren, wenn man die in §§ 155, 264 umrissene **Kognitionsmacht** des Gerichts, die wegen der inquisitorischen Struktur der Hauptverhandlung zugleich eine Kognitions-**pflicht** bedeutet, extensiver bestimmen würde als die am Ende dieses Verfahrens stattfindende Erledigung. Der in den §§ 155, 264–266 für die Hauptverhandlung definierte Prozessgegenstand bestimmt deshalb zugleich die Reichweite der Rechtskraft. Diese **Identität** ist vom RG von Anfang an in st. Rspr. anerkannt worden,<sup>1</sup> obwohl der Rechtsgrundsatz „ne bis in idem“ als Kehrseite des Akkusationsprinzips in der RStPO nicht ausdrücklich ausgesprochen worden war. Er ist aber eine weltweit anerkannte Konsequenz aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>2</sup> und in Art. 103 III GG sogar als Grundrecht garantiert. Es ist deshalb dogmatisch falsch, wenn sich die Rspr. bei der Bekämpfung des Terrorismus dem Verbot des „ne bis in idem“ dadurch zu entziehen versucht, dass sie eine unterschiedliche Reichweite des Prozessgegenstandes für die Hauptverhandlung einerseits, für die Rechtskraft andererseits behauptet. Zwar scheint diese Identität des Tatbegriffs beim Zusammentreffen der Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129a, b StGB) mit den in deren Rahmen begangenen speziellen Straftaten zu Schwierigkeiten zu führen, weil die Rspr. hier ein berechtigtes Interesse der Beschuldigten bejaht, sowohl wegen des Organisationsdelikts als auch wegen aller bekannten Einzeltaten zugleich angeklagt und abgeurteilt zu werden, die Rechtskraft aber nicht auf die hierbei übersehenden Einzeltaten erstrecken will (näher u. Rn. 9). Sie schießt aber dogmatisch übers Ziel hinaus, wenn sie zu diesem Zweck den Prozessgegenstand in der Hauptverhandlung gem. § 155, 264 anders (nämlich weiter) als für die Reichweite der Rechtskraft gem. Art. 103 III GG bestimmen will (BGHSt 29, 288, 297; BVerfGE 56, 22, 35f.; zu entsprechenden Ansätzen im Schrifttum s. die Nachw. u. zutr. Kritik bei Greco, 2015, S. 477ff.). Denn ausnahmsweise kann aus dem Rechtsstaatsprinzip auch ein Zwang zur Verbindung und einheitlichen Aburteilung *mehrerer* Prozessgegenstände folgen (zu einem anderen Beispiel beim Agent Provocateur s. u. § 37 Rn. 8), so dass die von BGH und BVerfG hierzu bemühte Zerstörung des einheitlichen Tatbegriffs dogmatisch weder notwendig noch stimmig ist.

## B. Ausgestaltung des Prozessgegenstandes im Einzelnen

### I. Identität des Prozessgegenstands

- 3 Wegen des hohen Ranges des Akkusationsprinzips (§ 151) und des Grundsatzes „ne bis in idem“ (Art. 103 III GG) ist die Frage, ob ein und derselbe Prozessgegenstand (eadem res) vorliegt, von erheblicher Bedeutung. Die StPO gibt hierfür keine Definition, aber in den §§ 154 und 154a, 155, 200 I, 264, 265 wichtige Fingerzeige. Die **Identität des Prozessgegenstandes** hat eine persönliche und eine sachliche, sowohl tatsächlich-  
prozessuale als auch materiellrechtliche Komponente, d. h., sie setzt voraus:

<sup>1</sup> RGSt 21, 78, 80 mit weiteren zahlreichen Nachweisen. Das entspricht auch heute noch der h. M. in Rspr. und Literatur, s. BVerfGE 23, 191, 202; 45, 434, 435; BGHSt 6, 92, 95; Achenbach, ZStW 87 (1975), 84f., 87ff.; KMR/Stückenberg, § 264 Rn. 6 mit weiteren zahlreichen Nachweisen.

<sup>2</sup> Zur entspr. angloamerikanischen Rechtsfigur der *double jeopardy* s. Stückenberg, 2001; zur Geltung innerhalb der EU kraft Art. 54 SDÜ s. o. § 3 Rn. 23.

1. die **Identität der Person**: Es kann während des Prozesses kein Wechsel in der Person des Beschuldigten eintreten, insb. z. B. nicht ein der Tat dringend verdächtiger oder geständiger Zeuge an Stelle des Angeklagten auf die Anklagebank gesetzt werden (vgl. o. § 13 Rn. 6). 4

## 2. die **Identität der Tat**.

Der hierfür maßgebliche **prozessuale Tatbegriff** ist nach Rspr. und h. L. vom materiellen Recht weitgehend unabhängig. Er bezeichnet das gesamte Verhalten des Angekl. soweit es mit dem durch die Anklage dem Gericht unterbreiteten **geschichtlichen Vorkommnis** nach der **Lebensauffassung** eine Einheit bildet.<sup>3</sup> Im Schrifttum wird die vorgenannte Formel vielfach als „vordogmatisch“, „tautologisch“ oder „methodisch unhaltbar“ kritisiert<sup>4</sup> und statt dessen eine Normativierung gefordert (näher Roxin, JR 1984, 346, 248; ders., JZ 1988, 260f.; umfassend Greco, s. u. Rn. 14a). Immerhin liegt ihr der normativ, nämlich prozessstrukturell im Ansatz fruchtbare Gedanke zu grunde, dass ein historischer Sachverhalt in sozialen Sinneinheiten von aufeinander bezogenen Handlungssequenzen stattfindet, die in der durch den Zeugenbeweis geprägten Ermittlung in eben dieser Sinneinheit umgangssprachlich rekonstruiert werden müssen, worauf sich wiederum der Angekl. in der Hauptverhandlung einstellen und was er auch vom Gericht verlangen kann, wobei die Einheitlichkeit des Lebensvorganges durch den in der Anklageschrift bezeichneten materiellen Straftatbestand vorgezeichnet wird. Ferner lässt sich dem Gesetz entnehmen, dass die Tat durch die Anklage in ihrer Identität nicht statisch festgeschrieben, sondern in gewissem Umfang **Veränderungen** zugänglich ist. Das Gericht kann sie nicht nur rechtlich anders würdigen (§§ 155 II, 264 II), es kann auch nachträglich erkannten tatsächlichen Abweichungen von Anklage und Eröffnungsbeschluss im Rahmen des Prozessgegenstandes Rechnung tragen (vgl. § 265 II), solange nur die Substanz des angeklagten Vorganges erhalten bleibt. Entscheidend ist also nicht, ob die Anklage ein bestimmtes Geschehen erwähnt, sondern ob es mit dem durch die Anklage bezeichneten Vorkommnis einen einheitlichen Vorgang bildet (BGH NStZ 1996, 243). Wann dies der Fall ist, wird in der Praxis in der Regel intuitiv entschieden, wie der nachfolgende Überblick über die Rspr. zeigt.

So ist es etwa dieselbe Tat, wenn sich herausstellt, dass der Angeklagte den ihm vorgeworfenen Einbruchdiebstahl nicht am 12. Juli, sondern schon 5 Tage vorher begangen hatte oder dass er dabei nicht das Fenster entriegelt, sondern die Tür mit einem Nachschlüssel geöffnet hatte (zur Hinweispflicht nach § 265 in einem solchen Fall s. u. § 44 Rn. 27ff.). Wenn dagegen ein wegen Diebstahls Angeklagter gesteht, dass das bei ihm gefundene Geld nicht aus dem angeklagten Diebstahl, sondern aus einer früher begangenen Erpressung herrührt, sind die Grenzen der Tat überschritten (es kommt höchstens Nachtragsanklage, § 266, in Betracht; s. dazu u. § 48 Rn. 4ff.). Bei folgenlosen Gefährdungsdelikten im Straßenverkehr können dagegen schon geringe zeitliche Verschiebungen wegen der hier bestehenden Verwechslungsgefahr die Tatidentität ausschließen (AG Gemünden NJW 1980, 1477). Auch zwischen einer Trunkenheitsfahrt und der durch sie bewirkten unerlaubten Einfuhr von BtM besteht nach der Rspr. Tatidentität (BGH StV

<sup>3</sup> Grundl. bereits RGSt 5, 249, 250f.; BGHSt 10, 396, 397; 23, 141; 35, 60, 61; 41, 292, 298; 45, 211; NStZ 1984, 469; 1999, 524; 2006, 350; zahlreiche weitere Nachweise bei KMR/Stuckenbergs, § 264 Rn. 15, 17, 25; LR/Kühne, Einl. K Rn. 60f. Häufig wird auch folgende ähnliche Definition benutzt (BGHSt 41, 385, 388; 43, 252, 255): „Zwischen den einzelnen Verhaltensweisen des Täters muss eine innere Verknüpfung bestehen, dergestalt, dass ihre getrennte Aburteilung in verschiedenen erstinstanzlichen Verfahren als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges empfunden würde.“

<sup>4</sup> Siehe Marxen, StV 1985, 472, 473; Hruschka, JZ 1966, 700, 703; Pfeiffer, § 264 Rn. 2; KMR/Stuckenbergs, § 264 Rn. 28 m. w. N.

1995, 62; StV 2010, 119). Leitgedanke muss immer sein, ob der von der Abweichung nicht betroffene Teil des Anklagevorwurfs noch eine eindeutige, Verwechslungen ausschließende Individualisierung des Prozessgegenstandes zulässt (näher *Puppe*, NSZ 1982, 230). Nacheinander auf verschiedenem Opfer abgegebene Schüsse sollen deshalb trotz der engen räumzeitlichen Zusammenhangs zwei verschiedene Prozessgegenstände bilden (BGH StraFo 2008, 383).

- 7 3. Obwohl diese Konturen des prozessualen Tatbegriffs im Ansatz nichts mit der materiellrechtlichen Konkurrenzlehre zu tun haben, folgt nach h. M. aus ihnen a fortiori, dass *eine* Handlung auch nur *einen* Prozessgegenstand bilden kann, während mehrere Handlungen unter Umständen einen einzigen historischen Vorgang und dementsprechend ein und dieselbe prozessuale Tat darstellen können. Wenn man die Konstellationen, die nach der materiellrechtlichen Konkurrenzlehre entweder als Tateinheit (§ 52 StGB) oder als Tatmehrheit (§ 53 StGB) qualifiziert werden, in den prozessualen Tatbegriff einordnet, also auf die jeweilige Reichweite der Kognitionsbefugnis des Gerichts und der materiellen Rechtskraft des Urteils hin befragt, so ergibt sich folgendes Bild:
- 8 a) Liegt materiellrechtlich **Idealkonkurrenz** vor (z. B. bei einer Ohrfeige: §§ 52, 223, 185 StGB), so ist jedenfalls in der Grundform (eine Handlung, mehrere Gesetzesverletzungen) auch *eine* prozessuale Tat gegeben (instruktiv BGH NJW 1981, 997; BGHSt 38, 37; a. A. *Greco*, 2015, S. 445ff., 581ff.). Bei der gleichzeitigen unerlaubten Einfuhr von Waffen und Betäubungsmitteln handelt es sich um *eine* Tat; die rechtskräftige Verurteilung wegen des Waffendelikts lässt daher eine spätere Aburteilung nach dem BtMG nicht mehr zu (BGH NStZ 1989, 38). Unklar und umstr. ist dagegen die prozessuale Behandlung des Zusammentreffens eines Zustands- mit einem Dauerdelikt sowie der Idealkonkurrenz durch die sog. Klammerwirkung einer dritten, nicht minderschweren Straftat (dazu materiellrechtlich *Roxin*, AT II, § 33 Rn. 93ff., 101ff.). Hier hat der BGH seit langem in äußerst großzügiger Weise Idealkonkurrenz und eine einheitliche prozessuale Tat angenommen: Ein Fahren ohne Erlaubnis (§ 21 I Nr. 1 StVG) stehe mit den während der Fahrt begangenen Raub- und Sexualdelikten im Verhältnis der Tateinheit und bilde mit ihnen eine Tat (BGH NStZ 1984, 135); ein einheitlicher Lebensvorgang soll nach BGH NStZ 1996, 41 auch dann vorliegen, wenn der Täter während des Fahrens ohne Fahrerlaubnis zwischendurch einen Bankraub verübt, oder nach BGH StV 2013, 141, wenn während einer Trunkenheitsfahrt bewaffnet BtM transportiert werden und damit Handel getrieben wird.
- 9 Eine Ausnahme soll jedoch nach BGHSt 29, 288 für die Organisationsdelikte der §§ 129, 129a StGB gelten: Wenn jemand Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung ist, so stünden die im Dienste dieser Vereinigung begangenen Straftaten mit den §§ 129, 129a StGB in Idealkonkurrenz (str.; für Realkonkurrenz u. a. *Gössel*, JR 1982, 111); trotzdem sollten sie selbstständige „Taten“ i. S. d. der Rechtskraftlehre sein, wenn sie (z. B. Mord, Sprengstoffverbrechen) mit schwererer Höchststrafe bedroht sind als das Organisationsdelikt.<sup>5</sup> Nachdem OLG Hamm NStZ 1986, 278 diese Argumentation verallgemeinert und die rechtskräftige Verurteilung wegen des Waffendelikts nicht zum Strafklageverbrauch hinsichtlich eines mit der Waffe begangenen Tötungsdelikts führen lassen wollte,<sup>6</sup> löste der 4. StS in BGHSt 36, 151<sup>7</sup> (ähnlich wie OLG Zweibrücken NJW 1986, 2841) den gordischen Knoten hier bereits im materiellen Recht: Unerlaubter Waffenbesitz und eine mit der Waffe begangene versuchte räuberische Erpressung stünden materiellrechtlich in Realkonkurrenz und seien deshalb auch prozessual zwei verschiedene

<sup>5</sup> Das Urteil ist vom BVerfG (BVerfGE 56, 22) mit der Begründung bestätigt worden, dass eine Tateinheit zwar bei tatsächlichen Handlungseinheiten notwendig zur Annahme eines einheitlichen Geschehens i. S. d. Art. 103 III GG führe; dies gelte jedoch nicht für lediglich rechtliche Handlungseinheiten, wie sie etwa durch eine Dauerstrafat begründet werden. Die Verwirrung wird dadurch vollgemacht, dass das BVerfG zuvor im Haftverfahren in derselben Angelegenheit die Annahme einer Realkonkurrenz akzeptiert und gerade deshalb die Tatidentität verneint hatte, BVerfGE 45, 434.

<sup>6</sup> Scharf abl. *Grünwald*, StV 1986, 243; Tateinheit verneinend und daher i. E. zust. *Puppe*, JR 1986, 205; vgl. ferner *Neuhäus*, NStZ 1987, 138, und *Mitsch*, NStZ 1987, 457; MDR 1988, 1005.

<sup>7</sup> Mit Anm. *Neuhäus*, StV 1990, 342; *Mitsch*, JR 1990, 162; ebenso für den europarechtl. Tatbegriff des Art. 54 SDÜ (dazu o. § 3 Rn. 22) BGHSt 59, 120.

Taten, so dass die rechtskräftige Verurteilung nach dem WaffG die Strafklage wegen des mit der Waffe begangenen Verbrechens nicht verbrauche. Dieser „**materiellrechtlichen Lösung**“ haben sich nach und nach auch die anderen Senate des BGH angeschlossen (näher *Beulke* 2000, 802), während das Schrifttum z. T. an einer „**prozessualen Lösung**“ festhält, wonach auch bei Idealkonkurrenz mehrere Prozessgegenstände vorliegen sollen, wenn in der Anklageschrift nicht alle Phasen eines **Dauerdelikts** erfasst sind.<sup>8</sup> Aber darin steckt eine Inkonsistenz. Denn wenn als voreigriffliche Wertung des materiellen Rechts richtig ist (wäre), dass Idealkonkurrenz vorliegt und deshalb gem. § 52 StGB nur auf eine einzige Strafe erkannt werden kann, dann kann dieser einzelne Strafanspruch auch nur einen einzigen Prozessgegenstand bilden (zutr. *Puppe*, JR 1986, 205). Es ist deshalb daran festzuhalten, dass bei materiellrechtlicher Idealkonkurrenz auch prozessual nur eine Tat vorliegt.

b) Umstritten ist, ob die Regel „ein einziger Strafanspruch = ein Prozessgegenstand“ 10 auch für den Fall der **Alternativität** gilt, d. h. wenn sich die Strafbarkeit des Angeklagten entweder aus dem Sachverhalt x oder aus dessen „negativem Spiegelbild“ y ergibt.<sup>9</sup> Dafür gibt es zwingende Gründe, sowohl im berechtigten Interesse des Beschuldigten wie in demjenigen des Staates: Wenn der angeklagte Sachverhalt mit rechtlicher Notwendigkeit die Verneinung eines anderen, zu einer alternativen Strafbarkeit führenden Sachverhalts voraussetzt, dann muss der Beschuldigte vor der Gefahrverdoppelung (engl. double jeopardy) geschützt werden, dass ihm später (womöglich sogar nach Verbüßung der Strafe wegen des Vorwurfs x) der entgegengesetzte Sachverhalt y zusätzlich zum Vorwurf gemacht wird. Und weil ein derart widersprüchliches Verhalten in einem Rechtsstaat nicht vorkommen darf, müssen die Justizorgane die Möglichkeit und dementsprechend auch die Pflicht haben, den gesamten Komplex im ersten Verfahren definitiv zu untersuchen und zu entscheiden. In dem viel erörterten Fall RGSt 21, 78 (Freispruch vom Vorwurf der unterlassenen Anzeige des Mordes; erneutes Verfahren wegen Anstiftung zu eben diesem Mord) hat das RG deshalb mit Recht ausgesprochen, dass nur *eine* Tat vorlag, denn der Angeklagte hätte nur entweder wegen unterlassener Anzeige oder wegen Anstiftung bestraft werden können.<sup>10</sup>

Zwar ist diese „Alternativitätstheorie“ in der neueren Rspr. aufgegeben worden.<sup>11</sup> Aber die inneren Widersprüche und praktischen Unzuträglichkeiten dieser neuen Judikatur werden an der Entscheidung BGHSt 35, 60 offenbar, in der der BGH keine Bedenken getragen hat, jemanden, der wegen Hehlerei einer Sache rechtskräftig abgeurteilt war, in einem neuen Verfahren zusätzlich wegen der Vortat des Raubes derselben Sache zu bestrafen. Weil der Vortäter nicht zugleich Hehler sein kann (s. nur *Lackner/Kübl*, StGB, § 259 Rn. 18), hat sich das neue Verfahren von Anfang an in einen Widerspruch zum früheren Urteil gesetzt und im Grunde genommen eine Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zu Ungunsten des Verurteilten betrieben, die mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren ist (arg. §§ 359 Nr. 5, 362 e contrario). Da die Strafe wegen Hehlerei bereits verbüßt war, nutzte auch eine Wiederaufnahme zu Gunsten des Beschuldigten bzgl. des früheren Urteils nichts, weshalb der BGH – nun aber ohne jede gesetzliche Grundlage – eine Anrechnung der Hehlereistrafte auf die Raubstrafe angeordnet (BGHSt 35, 66) und damit die Identität des Prozessgegenstandes offensichtlich gemacht hat.

<sup>8</sup> Grundlegend *Erb*, 1994, 265, 276; *Schlehofer*, 1997, 101; *Beulke*, 2000, 805f.

<sup>9</sup> *Schöneborn*, MDR 1974, 529; *Grünwald*, ZStW-Beihetf Teheran, 1974, 94, 108. Vgl. auch BGH JZ 1955, 343; BGHSt 36, 167, 169.

<sup>10</sup> Ebenso für die gleiche Konstellation zutr. BGH NStZ 1993, 50; zu anderen Fällen wie den Alternativen „Begehung oder Vortäuschung einer Straftat“, „Straftat oder Strafvereitelung bzgl. derselben Straftat“ s. OLG Celle NJW 1968, 2390; 1979, 228; OLG Zweibrücken NJW 1980, 2144; OLG Hamm NJW 1981, 237; StV 1984, 15.

<sup>11</sup> Eingehend BGHSt 32, 215; für den freilich ohnehin sehr weitgehenden Fall einer Alternativität von Falschaussage und falscher Verdächtigung ebenso BGHSt 32, 146; BayObLG NStZ 1984, 569; OLG Celle JZ 1985, 147; OLG Frankfurt a. M. NStZ 1988, 92. Dogmat. Begr. bei *Greco*, 2015, S. 611ff.

- 12 c) **Konkurrieren** materiellrechtlich mehrere Delikte **realiter**, so werden in der Regel auch mehrere prozessuale Taten vorliegen (BGHSt 35, 14). Bei Einheitlichkeit des historischen Vorgangs kann aber ausnahmsweise auch *eine* prozessuale Tat vorliegen (so, wenn der Täter einen Unfall verursacht und dann Unfallflucht begangen hat, vgl. BGHSt 23, 141, 270, das soll auch dann gelten, wenn § 142 StGB durch Nichtrückkehr zum Unfallort verwirklicht wird, BGH MDR/H 1982, 626). Falls auf der Flucht ein neues Verkehrsdelikt begangen wird, soll dieses dagegen nach der Rspr. des BGH selbst dann eine prozessual selbstständige Tat darstellen, wenn die gesamte Autofahrt zugleich den Tatbestand des § 316 StGB erfüllt.<sup>12</sup> Einen einzigen Prozessgegenstand bilden die Umsatzsteuerhinterziehungen, die einerseits durch die Voranmeldungen, andererseits durch die Jahreserklärung begangen werden (BGHSt 49, 359; ähnlich BGHSt 36, 105 bei mehrfachen Versuchen zur Hinterziehung ein und derselben Steuer), während die Annahme des BGH, eine Brandstiftung und ein späterer Betrug zum Nachteil der Versicherung bildeten eine einzige prozessuale Tat (BGHSt 45, 211), für die Einheitsstiftung in unvertretbarer Weise einen bloßen Motivationszusammenhang ausreichen lässt. In anderen Entscheidungen sind deshalb auch zutreffend zwei Taten im prozessualen Sinne angenommen werden, wenn ein Abtreibungsversuch zur Geburt eines lebenden Kindes führt und dieses anschließend getötet wird (BGHSt 13, 21); wenn nach dem gescheiterten Versuch, dem Opfer durch Betrug 30000 DM abzunehmen, die Erlangung des Geldes durch räuberische Erpressung versucht wird (BGH NStZ 1983, 87); oder wenn nach dem Erwerb von Rauschgift anschließend eine Autofahrt in einem infolge des Rauschgiftgenusses fahrunftüchtigen Zustand angetreten wird (BayObLG JZ 1991, 1095; dazu *Schlüchter*, JZ 1991, 1057; *Neuhaus*, NStZ 1993, 202). Nach dieser Rspr. muss, wenn die zweite Tat erst in der Hauptverhandlung bekannt wird, ihretwegen eine neue Anklage erfolgen; wird die zweite Tat erst nach rechtskräftiger Aburteilung der ersten entdeckt, so ist immer noch eine neue Anklage möglich, während ihr, wenn man das Geschehen als eine einheitliche Tat ansähe, der Grundsatz „ne bis in idem“ entgegensteünde (dazu u. § 52 Rn. 6ff.). Hinsichtlich der bisherigen Verurteilung (z. B. wegen Hehlerei im Falle BGHSt 35, 60) kann eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 zum Freispruch führen (LG Saarbrücken NStZ 1989, 546 m. Anm. *Gössel*).<sup>13</sup> Im Ganzen tendiert die neuere Rspr. dahin, für die Frage, wann ein einheitlicher Geschehensvorgang gegeben ist, die strafrechtliche Bedeutung der jeweiligen Teiltaten mitbestimmend sein zu lassen (vgl. *Roxin*, JR 1984, 346; BGH StV 1985, 181). Sind sie im rechtlichen Unwertgehalt einander ähnlich, wird eher eine einheitliche Tat angenommen, als wenn der nachträglich entdeckte Vorgang eine wesentlich höhere Unrechtsdimension erreicht. Das hat zu einer kaum noch überschaubaren und schwer prognostizierbaren Kasuistik geführt, die sich wechselnder Formeln für die Begründung der inneren Verknüpfung „durch zeitliche oder örtliche Nähe“, „kausale oder logische Abfolge“, „Identität des Tatobjekts oder der Beteiligten“, „einheitliche Tat-situation oder Motivation“, „Gesamtplan“ oder (so vor allem in der Literatur) „Richtung des Tätigkeitsaktes“ bedient (Überblick bei KMR/Stückenbergs, § 264 Rn. 19–33), ohne dass dies bisher zu einer handhabbaren Theorie verfestigt werden konnte.
- 13 d) Die Einzelteile bei **Kollektivdelikten** (z. B. § 260 StGB) bilden allein wegen ihrer Gewerbs-, Gewohnheits- oder Geschäftsmäßigkeit weder materiellrechtlich eine Handlungseinheit (vgl. Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB Vorb. § 52 Rn. 93f.) noch prozessual eine Tat. Dasselbe gilt für die ehemals als fortgesetzte Handlung qualifizierten Einzelakte seit Preisgabe dieser Rechtsfigur durch BGHSt 40, 138. Gewisse Restbestände hat die Rspr. durch die Ausdehnung der natürlichen Handlungseinheit und das Konzept der Bewertungseinheit gerettet: So können mit dem Besitz von Rauschgift verbundene Tätigkeitsakte eine „Bewertungseinheit“ bilden und als einheitliche Tat abgeurteilt werden, auch wenn nur einer der Tätigkeitsakte angeklagt war (BGH NStZ 1994, 495).
- 14 e) Bei **Unterlassungen** kommt es für die Frage, ob ein angeklagtes und ein abgeurteiltes Unterlassen die-selbe Tat ist, darauf an, ob ein enger Zusammenhang zwischen den Situationen besteht, aus denen die Handlungspflicht erwachsen ist (BGH NStZ 1995, 46).
- 14a 4. Dass die Formel von der „natürlichen Lebensauffassung“ als Kriterium des prozessualen Tatbegriffs sich trotz ihrer offensichtlichen methodischen Mängel in Theorie

<sup>12</sup> BGHSt 23, 150 unter Hinweis auf den materiellrechtlichen Grundsatz, dass mehrere selbstständige strafbare Handlungen durch eine mit ihnen in Tateinheit stehende minderschwere Dauerstrafat nicht zu Idealkonkurrenz verklammert werden können; s. bereits o. a).

<sup>13</sup> Zur „Beseitigung materiellrechtlich widersprüchlicher Entscheidungen von Strafgerichten“ näher *Meyer-Goßner*, FS Salger, 1995, 345.