

## 《論 說》

Tateinheit und Tatmehrheit im materiellen Recht  
und im Verfahrensrecht bei Teilnahme

Makoto TADAKI

## Einleitung

Weder in Deutschland noch in Japan ist die Konkurrenzlehre im Bereich der Teilnahme bislang hinreichend diskutiert worden, obwohl sich hier sowohl theoretisch als auch praktisch wichtige Fragen stellen. Durch die Zunahme der organisierten Kriminalität und der Wirtschaftskriminalität wird das Problem in nächster Zukunft noch an Interesse gewinnen.

Anlaß zu erneuter Überprüfung des Konkurrenzproblems bieten außerdem neueste Bestrebungen, die Annahme einer Tat im prozessualen Sinne einzuschränken, sowie die Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH vom 3.5.1994<sup>1)</sup>, die auf das Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung grundsätzlich verzichtet, und die an diese Entscheidung anschließende, den Fortsetzungszusammenhang aufgebende Rechtsprechung<sup>2)</sup>.

---

\*Einen Vortrag zu dieser Abhandlung hielt ich am 13.09 1996 an der juristischen Fakultät in Göttingen. Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber verschaffte mir dort die nur denkbar besten Forschungsumstände. Hierzu trugen besonders Prof. Dr. Marte Dießelhorst, Prof. Dr. Fritz Loos, Prof. Dr. Manfred Maiwald und Prof. Dr. Gabriele Wolfslast bei. Auch für die Unterstützung der übrigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der juristischen Fakultät fühle ich mich zu tiefem Dank verpflichtet.

1) BGHSt 40,138.

2) BGH NJW 1994,2966; BGH NStZ 1994,494; BGH NStZ 1994,547; BGH NStZ 1995,78; NStZ 1995,141; BGH NJW 1994,2368; BGH NJW 1994,2966 usw.

Es gibt mehrere klar voneinander zu unterscheidende Formen der Konkurrenzlehre bei der Teilnahme. Von besonderem Gewicht ist die Frage, ob Idealkonkurrenz (nachfolgend Idealkonkurrenz-Lösung genannt) oder Realkonkurrenz (nachfolgend Realkonkurrenz-Lösung genannt) vorliegen, wenn durch eine Handlung zu einer Mehrheit selbständiger Gesetzesverletzungen angestiftet oder Beihilfe geleistet wird.

Fall 1: A stiftet in Form eines Gesprächs verschiedene Haupttäter (X, Y, Z) zu unterschiedlichen Taten an, und zwar den X zum Diebstahl zu Lasten des C, den Y zur Tötung des D und den Z zur Urkundenfälschung. Alle Täter begehen die Delikte im Abstand von jeweils einem Monat.

Fall 2: Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn A über eine dritte Person (B) den Inhalt des Gesprächs mitteilen läßt oder durch einen Brief Anweisungen gibt?

Nach der Rechtsprechung und der in der Rechtslehre vorherrschenden Theorie wird A in beiden Fällen wegen jeder der in Tateinheit stehenden drei Anstiftungshandlungen (§§ 242, 211, 267 StGB) bestraft, auch wenn die drei Haupttaten zeitlich und räumlich voneinander getrennt verübt worden sind. Hier stellt sich die Frage; ob diese Bestrafung im Ergebnis gegen das Wesen der Idealkonkurrenz verstößt, die wegen geringeren Unrechts und (oder) geringerer Schuld im Gegensatz zur Realkonkurrenz zu einer mildereren Bestrafung führt. Gleichzeitig könnte das Gebot der schuldangemessenen Strafzumessung verletzt sein. Ist also die Einordnung dieser Konstellationen "zur sachgerechten, d.h. dem Sinn des Gesetzes entsprechenden Erfassung des durch die mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes begangenen Unrechts und der Schuld unumgänglich" ?<sup>3)</sup>

Nach der Ansicht der Rechtsprechung und nach allgemeiner Auffassung der Literatur erstreckt sich die Rechtskraft stets auf idealkonkurrierende

---

3) BGHSt 40,138[158,166].

Delikte (z.B. Tötung und Urkundenfälschung), auch wenn nur wegen des mildereren Delikts (z. B. Diebstahl) verurteilt wird. Daran gibt es Zweifel in unseren Fällen im Hinblick auf den Zweck der Rechtskraft.

In Japan hat der Oberste Gerichtshof am 17.2.1982<sup>4)</sup> hinsichtlich dieses Problems eine Entscheidung gefällt, die besagt – wie auch die Rechtsprechung und h. L. in Deutschland –, daß bei Beihilfe zu mehreren Taten für die Zahl der Teilnahmehandlungen das Handeln des Teilnehmers und nicht das Handeln des Täters der Maßstab sei. Es gibt aber gegen diese Entscheidungen die oben angesprochene Kritik, die auf Grundlage der materiellrechtlichen und prozessualen Zweifel entsteht.

In dieser Untersuchung soll daher geprüft werden, welche Problematik bei dieser Lösung entsteht, ob das in den Entscheidungen in Deutschland und Japan ausgeführte Ergebnis auch in Hinblick darauf Gültigkeit beanspruchen kann, und, falls nicht, welche Lösungen dafür möglich wären.

## I. Rechtsprechung und Literatur

### 1. Rechtsprechung

#### a) Bis RGSt 70,26<sup>5)</sup>

In der älteren Rechtsprechung hat das RG für die Frage nach Tateinheit oder Tatmehrheit das Handeln des Haupttäters für allein maßgebend erklärt. Das RG bestrafte auch dann wegen Tatmehrheit, wenn der "Teilnehmer" durch ein und dieselbe Handlung zu zwei verschiedenen Taten angestiftet oder sonst beigetragen hatte (Realkonkurrenz-Lösung). Grundlage dieser Auffassung war der Gedanke der Akzessorietät der Teilnahme<sup>6)7)</sup>.

---

4) Oberster Gerichtshof, Keishu, Bd.36, Heft 2, S.206.

5) RGSt 4,95; 5,227; 8,153; 11,37; 38,26; 51,97; 54,164; 57,352.

b)RGSt 70,26 und die daran anknüpfenden Entscheidungen<sup>8)</sup>

Das Vorgehen der älteren Rechtsprechung wurde jedoch als eine Überspannung des Akzessorietätsgedankens angesehen und mit RGSt 70,26, ein Fall der Anstiftung zu zwei Meineiden durch die gleiche Aufforderung an zwei Personen, wurde die Idealkonkurrenz-Lösung angenommen.

In der Entscheidung RGSt 70, 26 legt das RG dar, für die Frage nach Tateinheit oder Tatmehrheit sei das Handeln des Teilnehmers maßgebend. Tateinheit liege vor, wenn der Teilnehmer durch eine und dieselbe Handlung zu zwei verschiedenen Taten angestiftet oder sonst beigetragen habe. Die Gründe dafür seien die folgenden: "Die in den §§73 und 74 a. F. (jetzt §§52 und 53 n.F.) StGB verwendeten Worte «eine und dieselbe Handlung» und «mehrere selbständige Handlungen» aber bezeichnen gerade die natürlichen Handlungen, die dadurch, daß sie gegen Strafgesetze verstoßen, zu «strafbaren Handlungen» im Sinne der Überschrift werden". Deshalb widerstrebe es der natürlichen Betrachtungsweise,

---

6) Vgl. Mezger, JW 36,728; Hartung, SJZ 50,327; derselbe, Deutsche Justiz 1936,1804; Vogler, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1984, vor §52, Rn. 38; Maurach, AT, §54 II C1; Roxin, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1993, §26 Rn.103. Aber die die Realkonkurrenz-Lösung aufgebende Entscheidung von RGSt 70, 26 beruhte auf der extremen Akzessorietät.

7) Diese Entscheidungen beruhen darauf, "daß ja überhaupt die Teilnehmer nicht nach dem bestraft werden, was sie gewollt und getan, sondern was die Täter gewollt und getan haben". Binding, Handbuch, 1885 Bd. 1 S. 586f. Sie ist also aus dem Grund aufgegeben worden, daß Hyperakzessorietät "den Teilnehmerbeitrag jeder selbständigen Bedeutung auch in seinem Handlungskern, der Willensbetätigung, beraubt, und damit letzten Endes den Handlungscharakter des Teilnehmerbeitrages negiert". Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT., Tb.2,7.Aufl. 1989, §54 II C1.

8) RGSt 70,293; 70,334; 70,344; OLGSt 1,321; 2,117; 2,316; BGHSt 1,21; BGH NJW 1951,666; BGH bei Dallinger MDR 1957, 266; BGH bei Holtz MDR 1980,272; BGH NSTz 1993, 584. Zust. Mezger JW 36,728; derselbe, Strafrecht, 2.Aufl. 1933, S. 459; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl.1931, §73 III 3a.

einen einheitlichen natürlichen Akt als zwei selbständige Handlungen anzusehen. Überdies sei es unbillig, die mildere Beurteilung (Idealkonkurrenz – Lösung) nur beim Täter, nicht auch beim Teilnehmer anzuwenden, weil den Vorschriften der §§73ff. StGB unzweifelhaft der Gedanke zugrunde liege, daß das Maß der Schuld bei Idealkonkurrenz geringer sei als bei Realkonkurrenz<sup>9)</sup>.

Auch in Japan hat der Oberste Gerichtshof 1982 in einem Urteil ausgesprochen, daß die Zahl der Straftaten des Gehilfen von der Anzahl der Taten des Haupttäters abhängt. Die Frage nach der Beurteilung einer Handlung in Idealkonkurrenz soll nach der Beihilfehandlung beurteilt werden, weil die Handlung im Sinne des §52 StGB bei Beihilfe nichts anderes als Beihilfehandlung im natürlichen Sinne ist.

## 2.Literatur

### a)Idealkonkurrenz – Lösung

Bei Teilnehmern ist nach der h. M. in der Rechtslehre "Handlung i. S. des §52 StGB nicht die Handlung des Haupttäters, sondern der Tatbeitrag des Teilnehmers. Daher begründen die in einer Handlung bestehende Anstiftung oder Beihilfe zu mehreren Gesetzesverletzungen (entweder durch mehrere Täter oder mehrere Taten eines Täters) Tateinheit, gleichviel, ob die mehreren Gesetzesverletzungen von einem Haupttäter in Tateinheit oder in Tatmehrheit oder von verschiedenen Haupttätern begangen werden"<sup>10)</sup>.

---

9) Überdies gab es in RGSt 70,26 die Begründung aus dem Willensstrafrecht. Jedoch hat sie vor allem Zeittendenzen widerspiegelt.

10) Vogler, a. a. O., (Anm. 6) vor §52, Rn.38, §52, Rn.18. Vgl. Blei, Strafrecht, I AT, 18.Aufl.1983, §92 II 1; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995, vor§52 Rn. 8; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., (Anm.7) §54 II C1; Samson/Günter, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1,6.Aufl.,1995, §52 Rn.21; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, 24.Aufl.,1991, §52 Rn.20f. usw.

Ein Grund dafür ist, daß die in §52 StGB verwendeten Worte "dieselbe Handlung" die natürlichen Handlungen bezeichnen.

In Japan spricht sich die h.M. aus demselben Grunde für die Idealkonkurrenz-Lösung aus.

#### b) Realkonkurrenz-Lösung

Gegen die Idealkonkurrenz-Lehre äußert Schneidewin Bedenken<sup>11)</sup>. Er ist der Ansicht, "die Schöpfer des §73 StGB haben unter Verletzung mehrerer Strafgesetze sicherlich nichts anderes verstanden als die Verwirklichung mehrerer gesetzlicher Tatbestände, wie sie in dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuches fixiert worden sind. Daraus hat die Rechtsprechung Jahrzehnte hindurch den Schluß gezogen, daß dann, wenn durch eine im natürlichen Sinne einheitliche Handlung zu mehreren selbständigen Handlungen angestiftet worden war, der Anstifter wegen einer Mehrheit von Anstiftungen bestraft werden mußte". Nach seiner Meinung ist die Verneinung dieser logisch und kriminalpolitisch naheliegenden Auffassung unverständlich. Ihm kommt es so vor, als sei man sich weithin nicht darüber klargeworden, wie damit an die Wurzel der strafrechtlichen Dogmatik gerührt werde, wie die Folgen weit über das Gebiet der Konkurrenzlehre hinaus immer weitere Kreise zögen und sogar in scheinbar ganz fernliegende Gebiete einbrechen müßten, wie z.B. das des Tatorts, wofür RGSt Bd.74,55,[59f.], ein anschauliches Beispiel gebe. "Tat-einheit soll nun — das ergibt sich für sie aus dem Wandel der Rechtsprechung unmittelbar — nicht nur durch Übereinstimmung in Merkmalen des gesetzlichen Tatbestandes vermittelt werden können, sondern auch durch ganz außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes des jeweiligen Deliktes liegende Teilnahmeanhandlungen jeder Art, namentlich auch durch tatbestandlich ganz neutrale, auf aller verschiedenste Weise denkbare

---

11) Schneidewin, Materialien zur Strafrechtsreform Bd.I Gutachten der Strafrechtsreform Bd. II Gutachten der Strafrechtslehrer,1954,S.221f.

vorbereitende Handlungen des Täters oder des Gehilfen (RGSt Bd.76,S.353, 357, 358). Dadurch muß die Möglichkeit der Tateinheit vollends ins Uferlose anschwellen. Straftatbestände, die stofflich nichts miteinander gemein haben, können durch ein und denselben Tatbeitrag gefördert werden, vor allem seelisch. Insbesondere kann die unmittelbare Tatbestandsverwirklichung der einen Straftat zugleich seelische Förderung jeder beliebigen anderen sein. Denkbar ist dann schließlich das tateinheitliche Zusammentreffen jedes Deliktes mit jedem und es würde um so mehr ganz verlorene Mühe sein, über die Möglichkeit von Tateinheit im Verhältnis bestimmter einzelner Vorschriften zueinander im Gesetz irgend etwas zu sagen<sup>12)</sup>.

In der japanischen Literatur hat die Realkonkurrenz—Lösung nur wenige Vertreter<sup>13)</sup>.

## II. Die Probleme

### 1. Der materiell—rechtliche Zweifel

#### a) Das Wesen der Idealkonkurrenz

Zu fragen ist, worauf der Sinn der mildereren Behandlung der Ideal- gegenüber der Realkonkurrenz beruht, indem nur auf eine Strafe erkannt wird.

Ein Grund dafür ist das geringere Unrecht, d.h. "da eine Tatsache, insbesondere ein Unrechtsmoment, in Verbindung mit verschiedenen anderen als Mindestvoraussetzung von Strafbarkeit auftreten kann, kommt ein und

---

12) Schneidewin, *ibid.*

13) Vgl. Hayashi(Mikito), in: *Keihoriron no gendaiteki tenkai II*, 1990,S. 299ff. Grundsätzlich Tateinheit verneinend und daher im Ergebnis Tatmehrheit zustimmend Nakano (In: *Festschrift für Saito Kinsaku*, 1964,S.365f.), wonach, auch wenn der Teilnehmer mit einer Handlung Tatbeiträge zu mehreren Täterhandlungen geleistet hat, Realkonkurrenz anerkannt wird, wenn er die einzelnen Tatbeiträge gesondert hätte leisten können, aber gemeinsam ausgeführt hat.

dasselbe Tatbestandsmerkmal häufig in mehreren Grundtatbeständen vor. [ … ] Würde man nach mehreren solchen Tatbeständen, die sowohl gemeinsame als auch verschiedene strafbegründende Merkmale haben, gesondert Strafen zumessen, auch wenn das gemeinsame Merkmal durch den gleichen Sachverhalt erfüllt ist, so würde man gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen<sup>14)</sup>. In diesem Punkt liegt eine Eigenart der Idealkonkurrenz. Ein anderer Grund ist "die geringere Schuld", d. h., "daß eine Tat, auch wenn sie mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt, im Schuldgehalt milder zu bewerten ist als eine Mehrheit von Taten"<sup>15)</sup>. Obwohl auch hinsichtlich des Unrechts manchmal die mildere Regelung zugrundeliegen soll<sup>16)17)</sup>, ist für das Wesen der Idealkonkurrenz jedoch die Schuldseite gewichtiger.

Nun fragt es sich, warum bei Idealkonkurrenz eine geringere Schuld

14) Puppe, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, vor §52 Rn. 5. Vgl. Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; dieselbe, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982,143ff.

15) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 1996,S.718. Ebenso RGSt 70,26; BGHSt 1,67[70];2,246[249]; Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., (Anm. 10) §52 Rn.1;Baumgarten,Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 103,1909,S.49 ff,83f; derselbe, Die Idealkonkurrenz, in: Festgabe für Frank, Bd. II 1930,S.187 ff.

16) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucks. IV/650,1962,S.192 ( ebenso BT-Drucks. V/4094,1969,S.25):"Häufig aber fällt der besondere Unrechts- und Schuldgehalt, der durch einen konkurrierenden Gesichtspunkt zum Ausdruck kommt, nicht oder nur unerheblich ins Gewicht"; Samson/Günter, a.a.O., (Anm. 10) §52 Rn. 2; Vogler, a.a.O., (Anm.6) §52 Rn. 4; Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981,S.119ff.

17) Das Wesen der Idealkonkurrenz im oben dargestellten Sinne ist auch in Japan umstritten. Heute ist die Meinung überwiegend, daß die Schuld bei dieser Rechtsfigur zumindest geringer ist. Vgl. Tadaki, Hogaku Shimpo, Bd. 95, Heft 5=6,1988,S.163.

angenommen wird. Darauf würde man antworten, daß es dabei nur eine Auflehnung gegen die Wertentscheidungen der Rechtsordnung (eine Durchbrechung des normativen oder aufhaltenden Bewußtseins, eine einmalige Überschreitung der Schwelle zum "Jetzt-geht-es-los") gebe oder daß der Täter den ihm vermittelten Appell, das pflichtwidrige Verhalten zu unterlassen, nur einmal mißachtet habe. Mit anderen Worten könnte man sagen, daß der Täter im Fall der Idealkonkurrenz zwischen dem Eintritt der verschiedenen Taterfolge jeweils erneut nicht in der Lage gewesen ist, das Verbrechen aufzugeben, deswegen wäre nach dem Eintritt des einen Erfolges die Abwendung des anderen schon nicht mehr möglich gewesen<sup>18)</sup>.

Jedoch wäre die von der Idealkonkurrenz-Lösung abgeleitete Situation, wie dies bei dem Ausgangsfall der Fall ist, anders als die von §52 StGB vorgesehene Sachlage, denn es gäbe noch die Möglichkeit, nach Eintreten eines Erfolgs aufzugeben.

Von der Entscheidung des Großen Strafsenats des BGHSt 40,158 wird die schon früher in der Lehre kritisierte Figur der fortgesetzten Handlung deshalb eingeschränkt, weil sie zu weitgehend angewendet werde. Ein Grund für die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs bestehe allein dann, wenn dies zur sachgerechten, d.h. dem Sinn des Gesetzes entsprechenden Erfassung des durch die mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes begangenen Unrechts und der Schuld unumgänglich sei. Es vermag nicht zu überzeugen, daß es dem Sachverhalt gerecht werden soll, bei Anstiftung und Beihilfe zu zeitlich-räumlich weit gestreckten Haupttaten auf eine Tat zu erkennen.

---

18) Vgl. Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S.106ff.; Jescheck, a.a.O., (Anm. 15) S. 713f. 723; Hayashi, a.a.O., (Anm.13) S.299ff., der auf die Lösung auf Grund des Wesens der Idealkonkurrenz (geringere Schuld als Realkonkurrenz) aufgestellt hat.

## b) Der Entstehungsbereich

Idealkonkurrenz liegt vor, wenn der Täter durch dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt. §52 StGB setzt zumindest voraus, daß ein Teilakt zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes mehrerer Strafgesetze beiträgt (Teilidentität der Ausführungshandlung)<sup>19)</sup>. Nach der Idealkonkurrenz-Lösung wird aber eine natürliche Handlung schon dann angenommen, wenn eine Teilnehmehandlung begangen wird. Daß die Erfolge zeitlich-räumlich weit auseinanderliegen, berührt die Anerkennung der Idealkonkurrenz nicht, so daß ihr Entstehungsbereich sehr weit ausgedehnt wird. Untersucht werden soll, ob dieses Ergebnis noch mit der Vorstellung des Gesetzgebers in Einklang steht und ob die Teilnehmerhandlung überhaupt die Handlung im Sinne der "Teilidentität der Ausführungshandlung" ist.

## c) Verfolgungsverjährung

Eine weitere Frage betrifft die Verjährungsfrist. §78a StGB lautet: "Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt". Die Verjährung der Teilnahme beginnt mit der Beendigung der Haupttat oder dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs der Haupttat<sup>20)</sup>.

Wenn man nach der Idealkonkurrenz-Lösung über die Verjährungsfrist urteilt, dann könnte dies, worauf der BGH in seiner Entscheidung BGHSt 40,158 im Zusammenhang mit der fortgesetzten Handlung mit Recht hingewiesen hat, wegen der Hinauszögerung des Verjährungsbeginns bis zur Beendigung der letzten Haupttat und wegen der auf die gesamte Tat erstreckten Wirkungen von Unterbrechungshandlungen (§78c StGB) dazu

---

19) RGSt 32,137; 52 298; BGHSt 7,149; 18,29; 26,24; 28,18; BGH NSTz 85,546.

20) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., (Anm. 10) §78a Rn.7; Jähnke, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11.Aufl,1994,§78a Rn.15.

führen, daß im Bereich der Teilnahme die gesetzlichen Regelungen über Verjährungsfristen faktisch außer Kraft gesetzt werden. Es sei denn, die Verjährung liefe für jeden Tatbeitrag selbständig, ähnlich wie bei einer fortgesetzten Tat und wie bei gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Straftaten<sup>21)</sup>.

Die japanische Rechtsprechung ist im Gegensatz zur herrschenden Lehre der Auffassung, daß die Verjährung bei Tateinheit mit der Beendigung aller Tatbestandsverwirklichungen einsetzt. Also erhebt sich dieser Zweifel noch deutlicher.

## 2. Der prozessuale Zweifel

Die Schwächen der Idealkonkurrenz-Lösung wirken sich auch auf die prozessuale Ebene aus. Sie betreffen das Wesen der Idealkonkurrenz im prozessualen Recht und damit den Umfang der materiellen Rechtskraft.

Die Bedeutung der Idealkonkurrenz im prozessualen Sinne liegt darin, daß das Strafverfahren, wie z.B. das Ermittlungsverfahren, sich im Falle mehrerer Tatbestandsverwirklichungen, die eine Tat im Sinne des §52 StGB bildenden, sich leicht auf andere, auch zu der "Tat" gehörende Tatbestandsverwirklichungen erstrecken kann. Anders ausgedrückt: Wenn eines der idealkonkurrierenden Delikte entdeckt wird, dann können andere Delikte mitentdeckt werden<sup>22)</sup>. Wegen dieser aus dem prozessualen Aspekt als "eine Einheit" bezeichneten Eigentümlichkeit soll bei Idealkonkurrenz stets eine Tat i.S. des Prozeßrechtes vorliegen und die Rechtskraft sich stets auf alle idealkonkurrierenden Delikte erstrecken, auch bei Verurteilung nur wegen eines leichteren der tateinheitlich zusammentreffenden

---

21) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., (Anm. 10) §78a Rn. 9.

22) In Japan wird das Wesen der Idealkonkurrenz manchmal wie hier erklärt. Vgl. Suzuki, in: Gendai-keiho-koza III, S.298.

Gesetzesverstöße<sup>23)</sup>. Diese Behandlung soll selbst dann nicht zurückzunehmen sein, wenn das erkennende Gericht um den anderen Normverstoß weder gewußt hat noch darum hat wissen können<sup>24)</sup>.

Nach der Idealkonkurrenz-Lösung entsteht Tateinheit von zeitlich örtlich voneinander entfernten Verstößen, obwohl dabei die oben erwähnte Entdeckungsmöglichkeit hinsichtlich einiger der durch die Idealkonkurrenz zusammengefaßten Delikte gering ist. Dabei ergeben sich folgende Schwierigkeiten: Wird jemand wegen einer leichteren Verfehlung rechtskräftig verurteilt, darf man nicht ein wesentlich schwereres Delikt, das erst nach Erwaschen des Urteils in Rechtskraft entdeckt wird, erneut verfolgen<sup>25)</sup>. Fraglich ist auch, wie der Teilnehmer, der schon wegen einer Anstiftung zu einer Tat rechtskräftig verurteilt ist, behandelt werden soll, wenn eine andere Tat, die im Verhältnis der Idealkonkurrenz zu jener Tat steht und die nach deren rechtskräftiger Verurteilung verübt wurde, aufgrund zuerst vorhandener Anstiftung begangen wird.

Auf diese Schwierigkeiten hat früher zu Recht RGSt 70, 26 hingewiesen: die Idealkonkurrenz-Lösung kann "zu dem Ergebnis führen, daß ein Anstifter oder Gehilfe, der durch ein und dieselbe Handlung zu zwei oder mehreren selbständigen Straftaten angestiftet oder Hilfe geleistet hat, aber nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist, infolge Verbrauchs der Strafklage nicht mehr verfolgt werden kann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß sich seine einheitliche Teilnahmehandlung auch noch auf eine weitere Haupttat erstreckt hat".

---

23) Schönke/Schröder/Stree, a. a. O., (Anm. 10) §52 Rn.50. Vgl. RG 3,210; 51,241; BGH NSZ 84,135.

24) Schlüchter, in Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, 13. Aufl., 1995, §264 Rn.11. Vgl. auch Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Aufl. 1987, §264, Rn.2,23.

25) Vgl. Nishida, Keisatsu-kenkyu, Bd. 55, Heft 9, S.83f.

Die Ergebnisse sind vielfach mit dem Rechtsgefühl nur schwer zu vereinbaren.

### III. Möglichkeiten der Lösungen

An der Richtigkeit der Idealkonkurrenz-Lösung bestehen also einige Zweifel. Welche Lösungen sind dafür möglich?

#### 1. Die materiellrechtliche Lösung

Zunächst ist eine materiellrechtliche Lösung denkbar, d.h. eine Veränderung der Formel, derzufolge die Teilnahme an mehreren Täterhandlungen eine Tat sei.

##### a)

Hier würde zunächst entsprechend der alten Formularpraxis, derzufolge die Zahl der Teilnahmehandlungen gleich der Zahl der Täterhandlungen sei, d.h. unter der Voraussetzung, daß die Anzahl der Taten bei Teilnahme auf der der Täterhandlungen beruhe, interpretiert, daß bei Anstiftung und Beihilfe zu mehreren Täterhandlungen von der Akzessorietät der Teilnahme her eine Mehrheit von Teilnahmehandlungen vorliege.

Jedoch betrifft die Akzessorietät der Teilnahmehandlungen das Zustandekommen der Teilnahme und sagt nichts aus hinsichtlich der Frage nach Tateinheit oder Tatmehrheit der zustande gekommenen kriminellen Teilnahmehandlungen. Bei Anstiftung und Beihilfe zu mehreren Täterhandlungen und bei Vorliegen entsprechender rechtswidriger Haupttaten ist es zweifelhaft, ob sich mit Hilfe der Akzessorietätstheorie klären läßt, in welchem Verhältnis diese stehen, in Tateinheit oder in Tatmehrheit. Akzessorietät und "eine Handlung" im Sinne des §52 StGB bei der Teilnahme stehen zueinander in keiner erfaßbaren Beziehung.

b)

Eine zweite Lösung, die die durch die Anerkennung von Idealkonkurrenz entstehenden Schwierigkeiten beseitigen könnte, wäre eine enge Auslegung des Begriffes "eine Handlung". Im oben angeführten Beispiel – A stiftet zur gleichen Zeit am gleichen Ort mehrere Personen zu mehreren Verbrechen an – würde die orts- und zeitidentische Anstiftungshandlung des A nicht als in einem einzigen Gespräch durchgeführt aufgefaßt, sondern als in mehreren Gesprächen mit mehreren Personen durchgeführt.

Aber auch diese Lösung erweist sich als problematisch. Berücksichtigt man, daß als Erfordernis für die Annahme von Idealkonkurrenz Teilidentität der Ausführungshandlungen für ausreichend angesehen wird und daß es in der Rechtsprechung eine – vielfach kritisierte – Tendenz gibt, den Begriff der natürlichen Handlung weit zu fassen<sup>26)</sup>, ist demnach auch eine solche Lösung unzureichend. Außerdem müßte man in Fall 2 selbst bei einer solchen Lösung jedenfalls Tateinheit annehmen.

c)

In den Fällen einer Teilnahme an Täterhandlungen zu verschiedenen Zeitpunkten an verschiedenen Orten wäre eine weitere Lösung denkbar. Man könnte nämlich durch die Konstruktion von Unterlassungen Tatmehrheit annehmen: Der Teilnehmer, der durch die eigene Teilnahmehandlung eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat fördert, und der Teilnehmer, der einen solchen Beitrag geleistet hat, hat dann die Garantenpflicht, die Tat zu verhindern, bevor der Haupttäter zur Tat gelangt. Er verstößt aber gegen diese Garantenpflicht und verhindert die Täterhandlung nicht, sondern läßt den tatbestandlichen Erfolg eintreten. Also käme zu diesem Zeitpunkt eine Teilnahmehandlung zustande.

---

26) BGHSt 22,67,76f. Vgl. Jescheck, a. a. O.,(Anm.15) S.713.

Diesem Gedankengang zufolge, ebenso wie bei Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei Unterlassungsdelikten oder bei Fahrlässigkeit<sup>27)</sup>, gälte für den Anstifter und Gehifen mehrerer Täterhandlungen bei gleichzeitiger Ausführung dieser mehreren Täterhandlungen Tateinheit, bei zeitlich und örtlich separater Ausführung Tatmehrheit. Zur Beurteilung der zeitlichen und örtlichen Nähe kommen die Kriterien, die "bei natürlicher Betrachtungsweise" vorliegen, ins Spiel. Zu beachten ist hier jedoch, daß es sich bei der angesprochenen Garantenpflicht des Anstifters nicht um die Pflicht handelt, den Eintritt des Erfolges abzuwenden, sondern um die, den Vorsatz des Angestifteten zu beseitigen, den eigenen Beitrag also auszumerzen und nachträglich zunichte zu machen. Denn anderenfalls wird bei Eintreten des Taterfolges die Teilnahme zur Täterschaft. Entsprechend tritt versuchte Anstiftung ein, selbst bei eigenhändiger Verhinderung des letzten Erfolges, solange die Garantenpflicht nicht erfüllt ist. Ist sie erfüllt und der eigene Beitrag ausgemerzt, so hat selbst ein Eintreten des Taterfolges wohl nichts mehr mit Teilnahmehandlung zu tun.

Das Kriterium dieser Lehre hat den Vorteil, daß es sich um das gleiche Urteilkriterium handelt wie im Falle des Konkurrenzproblems beim Fahrlässigkeitsdelikt und ebenso beim Unterlassungsdelikt, und es steht auch nicht im Widerspruch zum Wesen der Idealkonkurrenz. Jedoch ergibt

---

27) Nach der im Vordringen begriffenen Auffassung hängt die Annahme von Handlungseinheit bzw. -mehrheit bei Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikten, die mehrere tatbestandsmäßige Erfolge oder denselben Erfolg mehrmals verursachen, davon ab, ob für den Täter nach dem Eintritt des einen Erfolges die Abwendung des anderen noch möglich gewesen wäre, ob er zwischen dem Eintritt der verschiedenen Erfolge jeweils erneut in der Lage gewesen wäre, dem Sorgfaltsgebot zu genügen (Jescheck, a. a. O., (Anm.15) S. 713f, früher Maiwald, a.a.O., (Anm. 18) S.107,S.111). Vgl. Tadaki, Hogaku Shimpo, Bl. 97, Heft 7=8,1991,S.175; derselbe, Dokkyo Law Review, Nr. 35,1992,S.49, deren Ergebnisse von dieser Lehre abhängen.

sich bei dieser Lösung das Problem, das Zustandekommen von Teilnahme als Unterlassung zu konstruieren. Mit Sicherheit steht dem die Ansicht nahe, die menschliches Handeln als das "Unterlassen der gebotenen Gegensteuerung" bzw. die "Nichtvornahme der gefahrvermeidenden Handlung angesichts einer tatbestandsmäßigen Gefahrensituation" auffaßt<sup>28)</sup> oder als das "vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung"<sup>29)</sup>. Jedoch werden diese Meinungen vielfachkritisiert<sup>30)</sup>.

d)

Viertens ist denkbar, zu den gleichen Schlüssen zu gelangen wie bei der Unterlassungskonstruktion, ohne auf diese zurückzugreifen, indem man über das Vorhandensein von Tateinheit bei Teilnahme entscheidet mittels des Zeitpunkts des unmittelbaren Ansetzens zur Tat: Weil Teilnahme in dem Moment zustandekommt, in dem durch eine Täterhandlung ein Rechtsgut verletzt wird, richtet man sich nicht mehr nach dem Zeitpunkt der Anstiftungs- oder Beihilfehandlung zur Haupttat, sondern nach dem Zeitpunkt der Täterhandlung. Wenn die Zeitpunkte der Täterhandlungen voneinander abweichen, so weichen dementsprechend auch die Zeiten des Zustandekommens von Teilnahme voneinander ab, so daß auf unseren Ausgangsfall Idealkonkurrenz nicht anwendbar ist<sup>31)</sup>.

Notwendige Bedingung bei Idealkonkurrenz ist die Teilidentität der

28) Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, S.95,130,143 ff.

29) Herzberg, JZ 88,573.

30) Vgl. Wessels, Strafrecht, AT., 25.Aufl. 1,995, Rn. 87.

31) Für die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft gilt das gleiche. Schönke/Schröder/Stree (a.a.O.), (Anm. 10) §52 Rn. 21) stimmt mit der Realkonkurrenz - Lösung überein. Dagegen aber Vogler, a.a.O., (Anm. 6) §52 Rn.19; Samson/Günter, a.a.O., (Anm.10) §52 Rn.22; RG 76,353; Bay ObLGSt 1951,184; BGH bei Dallinger MDR 1968,551; BGH JZ 1995,49.

Ausführungshandlungen. Wenn die "Ausführungshandlung" bei Teilnahme auf die Ausführungshandlung des Täters hinweist, so könnte man bei einer zeitlich abweichenden Täterhandlung auch zu dem Schluß kommen, daß Idealkonkurrenz nicht anzuwenden ist. Eine präzise Begründung gibt es jedoch nicht. Nun wird in der Verjährungsvorschrift geregelt, daß "die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist" (§78a StGB). Nach der h.M. beginnt bei der Teilnahme die Verjährungsfrist mit der Beendigung der Haupttat<sup>32)</sup>.

Da in Japan der Grund der Akzessorität der Teilnahme in der Ausführungshandlung der Haupttat gesehen wird<sup>33)</sup>, könnte in dem hier gewählten Beispiel Teilidentität zwischen den Teilnahmehandlungen nur bestehen, wenn auch Teilidentität zwischen den verschiedenen Haupttaten vorläge. Das ist aber nicht der Fall, weil es sich um verschiedene Taten handelt. Dies muß bei den Teilnahmehandlungen zu Realkonkurrenz führen.

e)

Letzten Endes kann man zu der Vorstellung gelangen, daß sich die "eine Tat" i.S. des §52 StGB auf Alleintäterschaft bezieht und mit dem Problem der Konkurrenz bei Teilnahme nichts zu tun hat. Wie sich das Problem der "einen Tat" aus der Idealkonkurrenz auf das Gebiet der Teilnahme auswirkt, bedarf noch der Überprüfung. Wenn es nicht darauf zutreffen würde, und wenn, entsprechend der Täterhandlungen, bei der Teilnahme Verbrechensmehrheit zustandekäme, dann müßte diese Verbrechensmehrheit deutlich zu der Tatmehrheit führen. Dieser Denkweise zufolge müßte

---

32) Dreher/Tröndle, a.a.O., (Anm. 10) §78a Rn. 5; Lackner-Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 21.Aufl., 1995, §78a Rn.10; Jänke, a.a.O., (Rn. 20), §78a Rn. 15; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., (Anm.7) §75 II Rn. 23; Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., (Anm. 10) §78a Rn. 8.

33) Ohya, Keiho-kogi, 1995,S.413,455,500.

das Konkurrenzproblem bei Teilnahme auf legislativer Ebene egelöst werden. Im Hinblick auf die Widersprüche der erwähnten Idealkonkurrenz—Lösung sollte grundsätzlich die Realkonkurrenz—Lösung angenommen werden.

Jedenfalls aber wird eine Lösung auf gesetzgeberischer Ebene wohl der beste Weg sein.

## 2. Die prozessualrechtliche Lösung

Welche Möglichkeiten gibt es, um das oben genannte prozessuale Problem zu lösen, wenn man an der Idealkonkurrenz festhält und sich mit dem materiellrechtlichen Problem abfindet?

### a) Rechtskraft

Die von Art.103 III GG in den Rang eines Verfassungsrechtssatzes erhobene materielle Rechtskraft wirkt sich als Verbrauch des Strafklage-rechts aus (ne bis in idem). Der Begriff "derselben Tat" in Art.103. III GG, also der verfahrensrechtliche Begriff der Tat, stellt nach Rechtsprechung und h.L. auf die Einheit eines Lebenssachverhalts ab und wird also vom materiellen Recht weitgehend verselbständigt<sup>34)</sup>.

Aber die gem. §52 StGB idealkonkurrierenden Delikte führen ausnahmslos zu einer prozessualen Tat ("Einheitsthese"), und die Lehre von der Unabhängigkeit des prozessualen vom materiellen Tatbegriff ("Unabhängigkeitsthese") wird kritisiert<sup>35)</sup>. Nach Rechtskraft des Urteils darf, wie

---

34) Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995, S. 138 ff., 372 ff.; Kleinknecht/Meyer—Goßner, Strafprozeßordnung, 42. Aufl., 1995, §264, Rn. 6; Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., (Anm.10) §52 Rn.50; Schlüchter, a.a.O., (Anm.24) Rn. 1 ff. 8 ff.; Gollwitzer, a.a.O., (Anm. 24) Rn. 6; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., (Anm.7) . §54 II C1; Wessels, a.a.O., (Anm.30) Rn. 756.

35) Schlüchter, a.a.O., (Anm.24) Rn.9. Ebenso Loos — speziellem Bezug auf "materiellrechtlichen 'Kunstprodukte'" —, Alternativkommentar zur StPO, Bd. 2.1993, §264 Rn. 39 f.

gesagt, die Tat auch dann nicht mehr verfolgt werden, wenn die Verurteilung nur wegen eines mildereren der tateinheitlich zusammentreffenden Gesetzesverstöße erfolgt ist und das erkennende Gericht um den anderen Normverstoß weder gewußt hat noch darum hat wissen können. Wird etwa der Täter wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis rechtskräftig verurteilt, so ist ein weiteres Verfahren wegen der von ihm während dieser Fahrt im Auto begangenen Raubtaten und Sexualdelikte nicht mehr möglich<sup>36)</sup>.

#### b) Modifizierung

Weil derartige Konsequenzen manchmal für unvernünftig gehalten wurden, hat man sich seit langem damit beschäftigt, den Umfang der materiellen Rechtskraft anders als durch die Einheitsthese zu bestimmen<sup>37)</sup>. Diese Richtung besteht neuerdings auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung.

Die Entscheidung BGHSt 29,288 urteilte wie folgt: Das Vergehen der Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a StGB) steht in Tateinheit zu Straftaten, die der Täter als Mitglied der Vereinigung in Verfolgung ihrer Ziele begeht; trotzdem können sie mit den vom Täter in Verfolgung der Ziele einer kriminellen Vereinigung begangenen Straftaten nicht zu einer einzigen verfahrensrechtlichen Tat zusammengefügt werden, wenn sie mit schwererer Höchststrafe bedroht sind als das Organisationsdelikt. Dieses Urteil hat das BVerfG (E 56 22,32/33=NJW 1981,1433,1435) bestätigt<sup>38)</sup>. Diese Entscheidung ist auf

---

36) BGH NStZ 84,135.

37) Vgl. Roxin. a.a.O., (Anm. 34) S.374.

38) Nach dem BVerfG könne die Einheitsthese nach alledem keine ausnahmslose Geltung beanspruchen. Deshalb werde nach Ansicht von Schlüchter (a.a.O., (Anm.24) Rn.9) die materiellrechtliche Tateinheit vom BVerfG sogar auf eine Indizwirkung für eine prozessuale Tat reduziert.

Abhilfe des Mißstandes gerichtet, daß gegen den Täter, der schon wegen eines Organisationsverbrechens rechtskräftig verurteilt worden ist, ein weiteres Verfahren wegen während dieses Verbrechens begangene schwerere Verbrechen nicht mehr möglich sei<sup>39)</sup>.

Die Unabhängigkeitsthese gewinnt tendenziell an Einfluß. Das OLG Hamm NStZ 1986,278,279 hat diese zu den Organisationsdelikten entwickelten Grundsätze auf das Waffendelikt ausgedehnt. Tateinheit zwischen einem Tötungsverbrechen und einem Waffendelikt führe nicht notwendig zur Annahme des Strafklageverbrauchs hinsichtlich eines mit der Waffe begangenen Tötungsdelikts, wenn zuvor eine Verurteilung wegen des Waffendelikts erfolgt ist, weil die Einheitsthese nur eine Regel ist, die Ausnahmen auf Grund der Gerechtigkeit und anderer Anliegen zulasse<sup>40)</sup>.

Auch in der Literatur zeigt sich neuerdings die Bestrebung, den verfahrensrechtlichen gegenüber dem materiellrechtlichen Tatbegriff abzugrenzen. Im Bereich der fortgesetzten Handlung und der Dauerstraftat sollte die Rechtskraft ungeachtet des materiellrechtlichen Konkurrenzverhältnisses erfaßt werden. Wenn also das Dauerdelikt in der Anklageschrift nicht ausdrücklich mit einer anderen Straftat mit höherem Strafraumen in Idealkonkurrenz stehe, könne insoweit eine neue Klage erhoben werden, obwohl nur eine Strafe verhängt werden solle<sup>41)</sup>.

Nach der Rechtsprechung und der h.M. in Japan steht ein Dauerdelikt (z.B. unerlaubter Besitz von Wäffen) mit den während des Dauerdeliktes begangenen Verbrechen (z.B. Tötungsdelikt, Raub und Bedrohung) im Verhältnis der Tatmehrheit; das eine ist ein Dauerdelikt, aber das andere

---

39) Vgl. Schlüchter, a.a.O., (Anm.24) Rn.9.

40) In gleichem Fall ist das OLG Zweibrücken NJW 86,2841 durch Annahme von Realkonkurrenz zu demselbem Ergebnis gekommen.

41) Erb, GA 1994,275ff. Ebenso Gollwitzer, a.a.O., (Anm.24) §264 Rn.3,6; der der Unabhängigkeitsthese allgemein beipflichtet.

nicht. Insoweit gibt es das oben im Zusammenhang mit dem Grundsatz ne bis in idem beschriebene Problem nicht<sup>42)</sup>.

### c) Kritik zur Modifizierung

An dieser Unabhängigkeitsthese gibt es Kritik. Danach soll dieser Auffassung § 264 II StPO entgegenstehen. Der in Art.103 III GG verbürgte Strafklageverbrauch sei für die Rechtssicherheit und diese wiederum für den Rechtsstaat unentbehrlich. Die Schlüsse aus Art.103 III GG seien hinzunehmen und dürften nicht durch die Unabhängigkeitsthese des prozessualen vom materiellen Tatbegriff gelockert werden<sup>43)</sup>. Wenn auch dieses Ergebnis dem Rechtsgefühl entgegenkommen möge, sei es jedoch mit dem Gesetz nicht vereinbar. Die StPO habe in dem Institut der Wiederaufnahme des Verfahrens festgelegt, in welchen Grenzen (und zwar nur zugunsten des Angeklagten) ein strafgerichtlich abgeschlossener Vorgang zum Gegenstand erneuter Verfolgung gemacht werden dürfte. Diese eindeutige Wertentscheidung dürfte nicht auf dem Wege über einen verengten Tatbegriff in der Sache umgangen werden<sup>44)</sup>. Aber auch wenn man Rechtssicherheit, Rechtsstaatsprinzip oder die Anforderungen des

---

42) Aber neuerdings gewinnt der Gedanke an Bedeutung, der, auf das Prinzip des "double jeopardy" zurückgehend, darauf abstellt, daß auch für mehrere im Realkonkurrenz-Verhältnis stehende Straftaten anzunehmen sei, daß in den Fällen, in denen sie ihrer engen gegenseitigen Beziehung wegen von allgemeiner Auffassung aus als ein Phänomen angesehen würden und in der Regel gleichzeitig ermittelt und nachgewiesen würden, für diese eine gleichzeitige Anklage erforderlich sein würde und deshalb ne bis in idem gültig sein würde. Unter dieser Voraussetzung gilt für unerlaubten Besitz von Feuerwaffen und für Raub ne bis in idem. Vgl. Atsumi, Keiji—soshoho, 1990, S.398. Zustimmend Tamiya, Keiji—soshoho, 1992, S.451.

43) Schlüchter, a. a. O., (Anm.24) Rn.9.

44) Roxin, a. a. O., (Anm.34) S.375.

Grundgesetzes einbrächte, entstünde daraus keine Kritik an der Unabhängigkeitsthese, da das Problem, ob es sich im Sinne der Prozeßordnung um eine Tat handele, nicht erklärt würde.

Einige Autoren kritisieren zwar die bei der Rechtskraft entstehenden Fehler, aber sie bringen die Eingrenzungskriterien nicht bei materiellrechtlicher Tateinheit, sondern im Bereich mehrerer gem. §53 StGB realkonkurrierender Verfehlungen ein<sup>45)</sup>. Diese Aufspaltung sei dann gerechtfertigt, wenn andere Straftaten (wie z.B. schwere räuberische Erpressung) das strafrechtliche Gewicht der Dauerstraftat (z.B. unerlaubter Waffenbesitz) erheblich überstiegen<sup>46)</sup>. Das OLG Zweibrücken NJW 1986,2841 und BGHSt 36,151 lösen das Problem ähnlich wie diese Lehre.

d) Der Zweck des Tatbegriffes im Strafrecht und Prozeßrecht ( Art.103 III GG)

Es werden also nicht unbedingt verfahrensrechtlich Straftaten als mehrere Taten behandelt, auch wenn materiellrechtlich mehrere Delikte realiter konkurrieren. Insoweit besteht nicht immer eine Entsprechung zwischen materieller und prozessualer Tat. Überdies wird allgemein, was §§129,129a StGB angeht, eine Ausnahme von der Einheitsthese angenommen. Der Grund liegt darin, daß die Funktion des Instituts der "Tateinheit" nach §52 StGB und der "Tatidentität" nach Art.103 III GG unterschiedliche Zwecke verfolgt und somit auch unterschiedlichen Grundsätzen unterworfen ist<sup>47)</sup>.

---

45) Schlüchter, a. a. O., (Anm.24) Rn. 12; dieselbe JR 1989,48,51, ebenso Puppe, Nomos-Kommentar (Anm.14), §52 Rn.81.

46) Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., (Anm.34), §264, Rn.6, ebenso Puppe, Nomos-Kommentar (Anm.14) §52 Rn.83; dieselbe JR 1986,205.

47) Vgl. Tadaki, Bulletin Of Graduate Studies (CHUO Uni.). Nr. 16, I -2, 1987, S. 146. Ebenso Wolfslast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995. S.251.

Ziel der Tateinheit ist, eine Handlung erschöpfend zu erfassen, um eine Grundlage für die Strafzumessung zu schaffen<sup>48)</sup>. Den Vorzug verdient daher die Meinung, nach der die Funktion des Systems des Instituts der Idealkonkurrenz dazu dienen soll, das Erfordernis des Doppelverwertungsverbots und des Ausschöpfungsgebots zu erfüllen, und daß Idealkonkurrenz zur Erfüllung dieser beiden Zwecke möglich sein muß, um zur Festlegung einer Strafe mehrere Tatbestände anzuwenden<sup>49)</sup>.

Der Zweck der Tatidentität andererseits liegt darin, den schon bestraften oder rechtskräftig freigesprochenen (oder ggf. unabhängig davon) Angeklagten nicht nur vor der Doppelbestrafung zu schützen, sondern auch davor, wegen derselben Tat nochmals gerichtlich belangt zu werden (oder ihm mit der Anklage zur Last zu fallen)<sup>50)</sup>.

Theorie und Zweck der Feststellung der Tat im materiellen Recht sind also andere als im prozessualen Recht. Nicht nur zwischen Tatmehrheit im materiellen Recht und Tatmehrheit im prozessualen Recht, sondern auch zwischen der Tateinheit in beiden Gebieten braucht deshalb nicht unbedingt

---

48) Konkret gesagt unterscheidet sich die Idealkonkurrenz dadurch von der Realkonkurrenz, daß bei ihr nur eine Strafe verhängt wird, also keine Gesamtstrafe gebildet wird. Andererseits unterscheidet sie sich darin von einer Gesetzesverletzung, daß mehrere Tatbestände, bei denen alle Voraussetzungen eines Straftats erfüllt sind — denn erst nachdem jede Gesetzesverletzung durch das Gericht als Straftat bestätigt ist, darf sie als Grundlage für die Strafzumessung herangezogen werden — bei der Strafbemessung einer einzigen Strafe strafverschärfend berücksichtigt werden.

49) Puppe, Nomos—Kommentar (Anm.14), vor §52 Rn.2.5, ebenso Jakobs (Strafrecht, AT.2.Aufl.1991) 31/9,31/38,33,/1, nach dem bei Idealkonkurrenz alle hinzukommenden Deliktsverwirklichungen strafzumessungsrelevant, also Strafschärfungsgründe sind.

50) BVerGE,12 66;56 22.Vgl. Roxin, a.a.O., (Anm. 34) S. 373; Loos,a.a.O., (Anm.35) Rn.39.

Entsprechung zu bestehen. Eine solche Entsprechung würde möglicherweise zur Rechtssicherheit beitragen (wie in Japan zuweilen geäußert wird)<sup>51)</sup>, aber man darf solche Sicherheit nicht auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit (oder konkreten Angemessenheit) verlangen.

Auf den Fortsetzungszusammenhang ist neuerdings grundsätzlich verzichtet worden, zum einen, weil die Rechtsprechung den Begriff zu weit ausgelegt hat, zum andern von der Notwendigkeit her, die Tateinheit in materiellem und prozessualen Recht gleich zu interpretieren<sup>52)</sup>.

#### e) Ergebnis

Als prozessualrechtliche Lösung ist folgendes möglich: Aufgrund der Erkenntnis, daß die Tat im materiellen Recht und die Tat im Prozeßrecht einander nicht immer entsprechen, und im Hinblick auf das Ziel des Art. 103 III GG kann ein Geschehen als eine Tat im prozessualen Sinne verneint werden und stattdessen als mehrere prozessuale Taten angesehen werden, auch wenn bei einem Vorgang materiellrechtlich Tateinheit vorliegt.

Denkbar wäre auch, daß die Einheitsthese beim Konkurrenzproblem bei der Teilnahme nicht tragbar wäre, ähnlich wie bei §§129,129a StGB. Bei diesen Fällen liegt der Grund gegen die Einheitsthese darin, daß die Dauerstraftat des §129 StGB "wegen der besonderen Struktur dieses Straftatbestandes mit anderen Dauerstraftaten nicht vergleichbar" ist, da im

---

51) Vgl. Werle, a.a.O., (Anm.16) S.135ff. (Beschuldigter vor der Anklage) eingeschränkt wurde, wodurch im Rahmen der Rechtskraft unvernünftige Schlüsse gezogen wurden. Damals hat man auf die Schwächen der Einheitsthese keinerlei Rücksicht genommen.

52) In Japan wurde die Regel der "fortgesetzten Tat" 1947 abgeschafft, da nach der neueren Strafprozeßordnung die Wiederaufnahme eines Verfahrens zuungunsten des Verurteilten nicht mehr zulässig war und die Frist der Untersuchungshaft gegenüber einem Verdächtigen

Organisationsdelikt ganz verschiedenartige Verhaltensweisen gesetzlich zu einer rechtlichen Einheit zusammengefaßt sind. Die Straftat kann sich über Jahre erstrecken und der Täter kann zu verschiedenen Zeiten verschiedene Straftaten begangen haben. Dies würde dann auch für die Existenz ähnlich aufzufassender Fälle für das Konkurrenzproblem bei der Teilnahme gelten.

Auf jeden Fall müßte das Problem in Japan, wo keine den §§129,129a StGB entsprechenden Regelungen existieren und es deswegen keine Ausnahmebehandlung der Einheitsthese gibt, noch ernster als in Deutschland sein.

#### IV Zusammenfassung

Thema dieser Abhandlung war die Konkurrenzlehre bei der Teilnahme, und besonders die Frage, ob bei Anstiftung und Beihilfe zu mehreren zeitlich und örtlich gestreckten Straftaten Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt.

Aus dem Dargelegten läßt sich erkennen, daß, wenn man der gegenwärtigen Rechtsprechung und herrschenden Meinung in Deutschland und in Japan folgt, die in derartigen Fällen die Idealkonkurrenz-Lösung annimmt, sowohl materiellrechtlich als auch prozeßrechtlich Zweifel entstehen.

Materiellrechtlich wird anerkannt, daß die Idealkonkurrenz — zumindest weil die Schuld abnimmt — eine im Vergleich mit der Realkonkurrenz großzügigere Behandlung darstellt. Dies wird als ihr Wesen angesehen. Wendet man aber auf einen Fall der hier erörterten Teilnahme die Idealkonkurrenz-Lösung an, so tritt eine Diskrepanz zu deren Wesen hervor. Es ist auf diesem Stand leicht denkbar, daß der Bereich des Zustandekommens der Idealkonkurrenz viel weiter ist als bei gewöhnlichen Fällen, und daß sich diese Schwäche dementsprechend auch im Verjährungssystem

widerspiegelt und für den Angeklagten zu unangemessenen Schlüssen führt.

Was wiederum das Prozeßrecht angeht, so widerspricht die Idealkonkurrenz-Lösung der Grundlage der Tateinheit im Prozeßrecht. Weil bei Idealkonkurrenz die Rechtskraft sich auch auf ein anderes, nicht in Anklage stehendes Verbrechen erstreckt, ist es leicht vorstellbar, daß in Fällen von Anstiftung und Beihilfe zu zeitlich und örtlich getrennten Täterhandlungen, falls keine völlige Aufklärung aller Täterhandlungen möglich war, man den Teilnehmer seinerseits wegen dieser nachträglich aufgeklärten Täterhandlungen zu Unrecht nicht anklagen kann.

Als Lösungsansatz wäre zunächst eine materiellrechtliche "Tatmehrheit" denkbar: Gemäß einer Konstruktion als Unterlassungsdelikt (aufgrund einer dem Unterlassungsdelikt gleichkommenden Denkweise), oder aber gemäß eines Ansatzes, der auf den Zeitpunkt der Ausführungshandlung (oder des unmittelbaren Ansetzens) oder der Tatbestandsverwirklichung abstellt, versteht man obige Fälle dann als realkonkurrierende Delikte<sup>53)</sup>. Es wird zwar "Teilidentität der Ausführungshandlung" als Voraussetzung für Idealkonkurrenz angesehen, doch ist danach zu fragen, worin überhaupt bei der Teilnahme die "Teilidentität der Ausführungshandlung" besteht.

Als prozeßrechtlichen Lösungsansatz müßte man die Einheitsthese neu bedenken, derzufolge eine Tat im materiellen Recht einer Tat im Prozeßrecht entspräche. "Eine Tat" im materiellen Recht zeigt einen Leitfaden für die Strafzumessung, "eine Tat" im Prozeßrecht aber vermeidet die doppelte Belastung des Angeklagten: Dieses Verständnis

---

53) Auch unter dieser Betrachtungsweise liegt eine Tat vor, wenn eine Rechtsgutsverletzung durch mehrere Täterhandlungen nur rein quantitativ gesteigert wird. Es kann unter dieser Betrachtungsweise bei der Teilnahme an einer Rechtsgutverletzung verursacht, nichts ausmachen, ob der Teilnehmer durch eine Handlung seinen Tatbeitrag leistet oder durch mehrere Handlungen.

bringt eine Kritik an der bisherigen Einheitsthese mit sich. Ausgehend von dem Verständnis, demzufolge Tatmehrheit im materiellen Recht nicht notwendig auch Tatmehrheit im Prozeßrecht sei, zielt die Haltung der Rechtsprechung, auch bezüglich §§129,129a StGB bei materiellrechtlicher Tateinheit auf prozeßrechtliche Tatmehrheit zu erkennen, und auch die neuerdings auftretenden davon abhängigen Tendenzen der Rechtsprechung bei Dauerdelikten, auf die Unabhängigkeitsthese. Aufmerksamkeit verdient hier die Frage, weshalb eigentlich der materiellrechtliche Tatbegriff und der prozeßrechtliche einander entsprechen müssen. Dieses leitet über zu der Aufgabe, Ziele und Funktionen der materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Aufklärung über den Tatbegriff neu zu formulieren.