

## Entscheidungsanmerkung

### Konkurrenzen und Strafklageverbrauch bei gleichzeitig verwirklichten Besitzdelikten

**1. Führt der Täter gleichzeitig einen – einen V[e]rstoß gegen das Waffengesetz begründenden – Schlagring als auch Betäubungsmittel in Taschen der von ihm am Körper getragenen Jacke mit sich, kann (auch) ein funktionaler Zusammenhang der Tathandlungen naheliegend und es daher geboten sein, beide Vorwürfe als zueinander im Verhältnis der Tateinheit gemäß § 52 StGB stehend und das gesamte Geschehen als eine einheitliche prozessuale Tat im Sinne des § 264 StPO anzusehen.**

**2. In dieser Konstellation begründet die gesonderte Aburteilung des Verstoßes gegen das Waffengesetz hinsichtlich des Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs. (Amtliche Leitsätze)**

GG Art. 103 Abs. 3  
StGB §§ 52, 53  
StPO § 264

OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Dem Strafverfahrensrecht fällt eine komplexe Aufgabe innerhalb der Rechtsordnung zu. Einerseits soll es die Rahmenbedingungen schaffen, um den staatlichen Strafanspruch zu verwirklichen und somit deutlich zu machen, dass das materielle Strafrecht keine leere Drohung ist. Gleichzeitig muss es aber auch sicherstellen, dass die jedem Menschen zustehenden (Grund- und Menschen-)Rechte des Beschuldigten gewahrt werden; in einem liberalen Rechtsstaat darf es gerade keine „Wahrheitserforschung um jeden Preis“ geben. Der Gesetzgeber muss einen ausgewogenen Mittelweg zwischen diesen beiden gegensätzlichen Polen finden, damit strafgerichtliche Entscheidungen legitim sein und Akzeptanz erfahren können und so Rechtsfrieden hergestellt werden kann.<sup>2</sup>

Teil dieses Spannungsverhältnisses ist der in Art. 103 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz „ne bis in idem“ (lat.: nicht zweimal in derselben Angelegenheit). Danach darf „wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze [nie-mals] mehrmals bestraft werden“. Entgegen der scheinbar eindeutigen Formulierung geht der Inhalt dieser Vorschrift in zweierlei Hinsicht über ein „Doppelbestrafungsverbot“ hinaus.<sup>3</sup> So ist zum einen nicht nur die Verhängung und Vollstreckung einer zweiten Strafe untersagt, sondern bereits eine

erneute Verfolgung. Zum anderen gilt das Verfolgungsverbot auch dann, wenn die betreffende Person im ersten Verfahren nicht verurteilt, sondern vielmehr rechtskräftig freigesprochen wurde. Wurde also über die Tat bereits einmal rechtskräftig entschieden, darf kein weiteres Verfahren diesbezüglich durchgeführt werden. Vielmehr liegt ein Verfahrenshindernis vor (sog. Strafklageverbrauch), weshalb das Verfahren einzustellen ist.

Voraussetzung dafür ist aber, dass es in dem zweiten Verfahren um dieselbe „Tat“ geht wie im ersten. Ob dies der Fall ist, ist aber oftmals nicht ohne weiteres zu beantworten, weil der Begriff der „Tat“ nicht eindeutig ist. Um dieses Problem geht es auch in der zu behandelnden Entscheidung.

#### II. Sachverhalt und Entscheidung

Am 3.3.2017 wurde der spätere Angeklagte im Straßenverkehr von der Polizei kontrolliert. Dabei stellte sich heraus, dass er ohne entsprechende Erlaubnis im Besitz von Marihuana (strafbar gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG) sowie eines Schlagrings (strafbar gem. § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG) war; die Gegenstände befanden sich in der Jacke, die er trug.

Im Zuge der nachfolgenden Strafverfolgung wurden in Bezug auf beide Delikte jeweils unterschiedliche Aktenzeichen vergeben und zwei getrennte Verfahren betrieben. Am 2.7.2017 erließ das AG Hamm einen Strafbefehl wegen des Verstoßes gegen das Waffengesetz, der am 20.7.2017 rechtskräftig wurde.

Parallel dazu erhob die Staatsanwaltschaft mit Anklageschrift vom 25.4.2017 Anklage wegen des Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz. Mit Beschluss vom 7.6.2017 eröffnete der Strafrichter beim AG Hamm das Verfahren. Nachdem der rechtskräftige Strafbefehl bekannt geworden war, stellte er das Verfahren wegen Strafklageverbrauchs ein.

*Hinweis:* Das AG Hamm stützte das Urteil im Tenor fälschlicherweise auf § 206a StPO. Diese Vorschrift regelt allerdings die Einstellung wegen eines (dauerhaften) Verfahrenshindernisses außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluss. Die Hauptverhandlung hatte indes bereits begonnen und die Einstellung erfolgte richtigerweise durch Urteil, weshalb die korrekte Rechtsgrundlage § 260 Abs. 3 StPO gewesen wäre, worauf der *Senat* zutreffend hinweist.<sup>4</sup>

Gegen das einstellende Urteil ging die Staatsanwaltschaft mit dem Rechtsmittel der Revision vor. Der *1. Strafsenat* des OLG Hamm verwarf die Revision hingegen als unbegründet und pflichtete der Vorinstanz in der Annahme bei, es sei Strafklageverbrauch eingetreten, weshalb ein Verfahrenshindernis vorgelegen habe.

Unter Anwendung des Zweifelssatzes sei davon auszugehen, dass der Angeklagte die Gegenstände gleichzeitig eingesteckt habe und dass ein funktionaler Zusammenhang zwischen ihnen bestehe (der Schlagring also für den Fall einer Auseinandersetzung im Zusammenhang mit Betäubungs-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2018/1\\_RVs\\_100\\_17\\_Urteil\\_20180213.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2018/1_RVs_100_17_Urteil_20180213.html) (22.5.2020).

sowie abgedruckt in NSTZ 2019, 695.

<sup>2</sup> Exemplarisch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Klarstellend bspw. BVerfG, Beschl. v. 17.1.1961 – 2 BvL 17/60 = BVerfGE 12, 62 (66).

<sup>4</sup> Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 11 (insoweit nicht in NSTZ 2019, 695 abgedruckt).

mittelgeschäften mitgeführt worden sei). In einer solchen Konstellation liege nach der Rechtsprechung des BGH Tateinheit zwischen Waffen- und Betäubungsmittelbesitz vor. Die Tateinheit führe wiederum dazu, dass von einer einheitlichen Tat im prozessualen Sinne auszugehen sei.

### III. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen.

#### 1. Problemaufriss: die verschiedenen Tatbegriffe

Üblicherweise wird zwischen „dem“ materiell-rechtlichen und „der“ strafprozessualen Tatbegriff unterschieden: Während „der“ materiell-rechtliche Begriff der Tat die deliktssystematischen Merkmale (Handlung, Erfolg, Zurechnungszusammenhang, strafscharfende Umstände etc.) bezeichnen soll, soll „der“ strafprozessuale Tatbegriff darüber hinausgehen, indem er den gesamten einheitlichen geschichtlichen Lebenssachverhalt erfasst, mithin also auch Geschehnisse und Umstände, die nicht für die materiell-rechtliche Subsumtion erforderlich sind. Aus dieser Gegenüberstellung leitet die ganz überwiegende Auffassung folgende Faustregel ab:<sup>5</sup> Besteht insoweit keine Verbindung zwischen zwei Delikten, dass sie zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen, so werden im Regelfall auch zwei isolierte Lebenssachverhalte vorliegen, sodass auch zwei verschiedene Taten im strafprozessualen Sinne bestehen. Die prominenteste und für die Ausbildung bedeutsamste Ausnahme ist die Konstellation des Unfalls während einer Trunkenheitsfahrt: Der Unfall soll (konkurrenzrechtlich) eine Zäsurwirkung entfalten, weshalb die Trunkenheitsfahrt und der Unfall eine Bewertungseinheit darstellen (§ 315c StGB), während die nachfolgende Unfallflucht (§ 142 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) einen zweiten Komplex bildet. Beide Komplexe stehen materiell-rechtlich zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB); prozessual gesehen bleibt es aber dabei, dass nur ein einheitlicher geschichtlicher Lebensvorgang und somit nur eine Tat im prozessualen Sinne vorliegt.<sup>6</sup> Ist über diese Tat im prozessualen Sinne rechtskräftig entschieden, ist die Strafklage verbraucht. Wird der Fahrer nur wegen § 316 StGB verurteilt und wird erst nach Eintritt der Rechtskraft der Unfall bekannt, so kann er wegen der anderen Delikte nicht mehr verfolgt werden.

Tatsächlich aber ist die Frage nach „dem“ Tatbegriff deutlich komplexer. Weder im StGB noch in der StPO ist der Begriff der „Tat“ legaldefiniert. Daher gibt es keinen Grund, warum der Begriff „Tat“ im materiellen Strafrecht einerseits und im Strafprozessrecht andererseits jeweils einheitlich ausgelegt werden muss.<sup>7</sup> Vielmehr muss jeder Rechtsbegriff im-

mer im Kontext der jeweiligen Vorschrift (also insbesondere seiner systematischen Stellung sowie nach Maßgabe von Sinn und Zweck) verstanden werden.<sup>8</sup> Haben verschiedene Vorschriften innerhalb desselben Gesetzes verschiedene Aufgaben, kann es daher dazu kommen, dass dasselbe Wort in verschiedenen Paragraphen unterschiedlich zu verstehen ist. Typisches Beispiel für diese sog. „Relativität der Rechtsbegriffe“ im ausbildungsrelevanten materiellen Strafrecht ist der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ in § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB einerseits und bspw. in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB.

Nichts anderes gilt für den Tatbegriff. So ist das Wort „Tat“ beispielsweise in § 3 StGB weit zu verstehen, sodass der gesamte Lebenssachverhalt erfasst wird,<sup>9</sup> während in § 5 StGB auf die Anforderungen des konkreten Deliktstatbestandes abzustellen ist.<sup>10</sup> Auch in der StPO wird der Tatbegriff nicht einheitlich verstanden: Während Gegenstand der Urteilsfindung gem. § 264 StPO der geschichtliche Lebenssachverhalt losgelöst von seiner rechtlichen Bewertung ist,<sup>11</sup> geht im Untersuchungshaftrecht der Tatbegriff des § 121 Abs. 1 StPO darüber hinaus.<sup>12</sup> Nach dieser Vorschrift soll Untersuchungshaft nur in besonderen Fällen länger als sechs Monate andauern, was vom OLG zu überprüfen ist. Legte man dieser Vorschrift denselben Tatbegriff zugrunde wie in § 264 StPO, so könnten die Ermittlungsbehörden durch taktisches Zurückhalten von Verdachtsmomenten in Bezug auf weitere Delikte des Inhaftierten kurz vor Ablauf der Frist einen neuen Haftbefehl beantragen und die Inhaftierung ausdehnen. Dies ist mit Sinn und Zweck des § 121 StPO aber nicht vereinbar, weshalb der Tatbegriff anders verstanden werden muss.

Die StPO enthält keine Aussage zum Strafklageverbrauch. Daher ist es besonders schief, wenn insoweit auf einen „strafprozessualen“ Tatbegriff abgestellt wird. Denn das Verbot der Mehrfachverfolgung ergibt sich aus Art. 103 Abs. 3 GG. Maßgeblich ist daher allenfalls „der“ verfassungsrechtliche Tatbegriff. Zwar ist zutreffend, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sich bei der Auslegung des Tatbegriffs des Art. 103 Abs. 3 GG an „dem“ strafprozessualen Tatbegriff orientiert. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz ist und gerade nicht das Strafprozessrecht, sondern das Verfassungsrecht auslegt und dabei vor allem nicht an die Rechtsprechung der Strafgerichte gebunden ist.

Für die Bewertung der hiesigen Entscheidung bedeutet das, dass die Frage nach Tateinheit oder Tatmehrheit von derjenigen nach dem Strafklageverbrauch gelöst zu beantworten ist. Mag es auch im Ergebnis zahlreiche Überschneidungen

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 5.5.1998 – 1 StR 635/96 = BGHSt 44, 91 (94) = NStZ 1999, 25 (26) m.w.N.

<sup>6</sup> Bspw. KG, Beschl. v. 30.8.2016 – (3) 161 Ss 146/16 (82/16) = NStZ-RR 2017, 86 m.w.N.

<sup>7</sup> Zutreffend auf die unterschiedlichen Zwecke von Art. 103 Abs. 3 GG einerseits und §§ 52, 53 StGB andererseits hinweisend KG, Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06) = NStZ-RR 2008, 48 (49).

<sup>8</sup> Dazu bspw. M. Wagner, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 128 ff., 215 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> Bspw. Rotsch, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, StGB § 3 Rn. 3 m.w.N.

<sup>10</sup> Bspw. Rotsch (Fn. 9), StGB § 5 Rn. 9 m.w.N.

<sup>11</sup> Bspw. Ott, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 264 Rn. 5 m.w.N.

<sup>12</sup> Dazu jüngst BGH, Beschl. v. 25.7.2019 – AK 34/19 = NStZ 2019, 626.

geben, so ist nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Regelungsregime zu entscheiden, ob im Sinne der jeweiligen Tatbegriffe im Besitz der Waffe und in demjenigen der Betäubungsmittel eine oder mehrere „Taten“ zu sehen sind.

## 2. Materiell-rechtliche Fragestellung: Tateinheit oder Tatmehrheit?

Um die Frage beantworten zu können, wie das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Waffen- und dem Betäubungsmittelbesitz sich darstellt, muss man sich die Grundgedanken des Konkurrenzrechts vergegenwärtigen. Das Urteil soll einerseits den vollen Umfang des verwirklichten Unrechts erfassen und abbilden,<sup>13</sup> andererseits soll aber nicht ein und derselbe Umstand mehrfach verwertet werden, sodass die betreffende Person in der Sache für dasselbe Verhalten mehrfach bestraft wird<sup>14</sup>.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Tenor eines Strafurteils aus zwei Elementen besteht: dem Schuldspruch und dem Strafausspruch (vgl. § 260 Abs. 4 StPO; vgl. auch § 5 Abs. 1 Nrn. 6 und 7 BZRG). Sowohl bei Tateinheit (§ 52 StGB) wie auch bei Tatmehrheit (§ 53 StGB) werden die verschiedenen Deliktstatbestände im Schuldspruch angeführt, sie unterscheiden sich hingegen hinsichtlich des Strafausspruchs: Bei Tateinheit wird nur eine Strafe ausgesprochen, deren Höchstgrenze die Obergrenze des schwersten verwirklichten Delikts ist, während bei Tatmehrheit für jede einzelne Tat eine gesonderte Strafe ausgesprochen und daraus eine Gesamtstrafe (§ 54 StGB) gebildet wird, die jedenfalls über die schwerste verhängte Einzelstrafe hinausgeht (sofern diese nicht ohnehin bereits eine lebenslange Freiheitsstrafe ist). Bei Tateinheit kann der Umstand, dass durch dieselbe Handlung weitere Strafgesetze verletzt wurden, lediglich *innerhalb* des Strafrahmens des schwersten Delikts (beachte aber zur Untergrenze § 52 Abs. 2 S. 2 StGB) strafschärfend berücksichtigt werden.

Eine Handlung im naturalistischen Sinne (d.h.: eine bestimmte Körperbewegung) ist nicht zwangsläufig auch eine „Handlung“ im rechtlichen Sinne des § 52 Abs. 1 StGB, die mehrere Strafgesetze verletzt. Um den oben angedeuteten Wertungsprinzipien gerecht zu werden, ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich.

*Beispiel 1:* A entwendet einen Kasten Bier. Streng genommen begeht er Diebstahl an 61 verschiedenen Sachen i.S.d. § 90 BGB (1 Kasten, 20 Flaschen, 20 mal 0,5 Liter Bier, 20 Kronkorken). Dennoch liegt hier normativ gesehen nur *ein* Diebstahl und nicht 61 tateinheitlich begangene Diebstähle vor, weil A sonst dieselbe Handlung im naturalistischen Sinne mehrfach vorgeworfen würde.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Dazu bspw. v. Heintschel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 26 f. m.w.N.

<sup>14</sup> Dazu bspw. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 24 m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 10.2.2009 – 3 StR 3/09 = NStZ-RR 2009, 278 (279) m.w.N.; Schmitz, in: Joecks/Miebach

*Beispiel 2:* B schießt in Tötungsabsicht auf C, trifft diesen aber lediglich an der Schulter; C überlebt. Zwar ist § 212 Abs. 1 StGB das schwerere Delikt, das die gefährliche Körperverletzung dem Grunde nach im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt; hier ist allerdings tateinheitlich zu verurteilen, um klarzustellen, dass zwar das Tötungsdelikt nur versucht worden ist, aber gleichwohl ein Körperverletzungserfolg eingetreten ist.<sup>16</sup>

Des Weiteren kann es angezeigt sein, mehrere Handlungen (im naturalistischen Sinne) zu einer „Handlung“ i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB zu verbinden.

*Beispiel 3:* D schlägt in einem Wutanfall E dreimal hintereinander ins Gesicht. Es liegen zwar drei Handlungen im naturalistischen Sinne vor; gleichwohl handelt es sich um ein zusammenhängendes einheitliches Geschehen, weshalb nur *eine* Körperverletzung anzunehmen ist (*nicht*: mehrere Körperverletzungen in Tateinheit!).<sup>17</sup> Der Umstand, dass es drei Schläge waren und nicht nur einer, wird *innerhalb* des Strafrahmens des § 223 Abs. 1 StGB strafschärfend zu berücksichtigen sein (§ 46 Abs. 2 S. 2 StGB: „die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat“).

Die Besitzdelikte, um die es im zu beurteilenden Sachverhalt geht, sind sog. Dauerdelikte. Dabei handelt es sich in der Sache um nichts anderes als eine Vielzahl von Handlungen (im naturalistischen Sinne), die normativ zu einer juristischen Handlungsgesamtheit verbunden werden.<sup>18</sup>

Im Ausgangspunkt gelten für die Konkurrenzen zwischen Dauerdelikten dieselben Grundsätze wie für Zustandsdelikte.<sup>19</sup> Daraus folgt, dass die bloße Gleichzeitigkeit beider Delikte nicht ausreicht, um eine rechtliche „Handlung“ i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB anzunehmen.<sup>20</sup> Vielmehr müssen wertende Gesichtspunkte hinzukommen um zu begründen, warum für zwei unterschiedliche Delikte nur eine Strafe ausgesprochen werden soll. Ob dies der Fall ist, hängt von den weiteren Umständen des Sachverhalts ab.

(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 192.

<sup>16</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 24.9.1998 – 4 StR 272/98 = BGHSt 44, 196 = NJW 1999, 69; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 212 Rn. 37 ff. m.w.N.

<sup>17</sup> Beispiel nach Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 17.

<sup>18</sup> Rissing-van Saan, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 49 m.w.N.

<sup>19</sup> Klarstellend bspw. Rissing-van Saan (Fn. 18), § 52 Rn. 26.  
<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 21.10.1999 – 4 StR 78/99 = NStZ 2000, 85; BGH, Beschl. v. 25. 11. 1997 – 5 StR 526/96 = BGHSt 43, 317 (319) = NStZ 1998, 300 (301); BGH, Beschl. v. 22.11. 2012 – 4 StR 302/12 = NStZ-RR 2013, 82 (83).

Ein solches Vorgehen leuchtet insbesondere dann ein, wenn es zwischen beiden Delikten eine rechtliche Verknüpfung gibt.

*Beispiel 4:* F fährt Auto, obwohl er stark alkoholisiert ist (§ 316 StGB) und zudem keine Fahrerlaubnis besitzt (§ 21 StVG). Bei beiden Tatbeständen ist das „Führen“ des Fahrzeugs die jeweilige Tathandlung. Insoweit wäre die Annahme von Tatmehrheit eine unzulässige Mehrfachverwertung dieses Umstandes. Da aber unterschiedliche Schutzzwecke betroffen sind bzw. jedenfalls unterschiedliche Angriffsrichtungen vorliegen, ist aus Klarstellungsgründen Tateinheit angezeigt.

Eine solche rechtliche Verknüpfung bestünde dann, wenn der Waffenbesitz die Strafe des Betäubungsmitteldelikts bereits ohnehin schärfen würde. Dies ist aber nicht der Fall; der Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist nur bei Tathandlungsvarianten wie insbesondere dem Handeltreiben einschlägig. Das Waffendelikt wird dann nicht verdrängt, weil die Unerlaubtheit des Besitzes kein Bestandteil der Qualifikation ist und das Waffendelikt daher zur Ausschöpfung und Klarstellung im Tenor abgebildet werden muss, aber aus normativen Gründen besteht Tateinheit und nicht Tatmehrheit.<sup>21</sup> Beim bloßen Besitz ist der Qualifikationstatbestand aber nicht anwendbar.<sup>22</sup>

Aus tatsächlichen Gründen kann auch Gesetzeskonkurrenz angezeigt sein.

*Beispiel 5:* G unterhält ein Waffenlager. Diese Situation entspricht wertungsmäßig derjenigen in *Beispiel 1* (Bierkasten-Diebstahl), weshalb jedenfalls die Annahme von Tatmehrheit abgelehnt wird. Die Rechtsprechung ist insoweit uneinheitlich: Teilweise geht sie von Gesetzeskonkurrenz<sup>23</sup> (nur *eine* Tat), teilweise von Tateinheit<sup>24</sup> aus.

Die Rechtsprechung hat sich mit dem Konkurrenzverhältnis von Waffen- und Betäubungsmitteldelikten zunächst im Kontext der früheren Tathandlungsvariante der Einfuhr<sup>25</sup> beschäftigt. Der BGH nahm insoweit Tateinheit mit der Begründung an, die Grenzüberschreitung, bei der sowohl Waffen wie auch Betäubungsmittel im selben Fahrzeug versteckt sind, sei ein und dieselbe Handlung im naturalistischen Sinne.<sup>26</sup> Dabei ist

zu beachten, dass die Qualifikation des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht existierte;<sup>27</sup> nach heutiger Rechtslage würde sie zur Anwendung kommen und schon allein wegen der normativen Verknüpfung wäre Tateinheit anzunehmen. Das Bild, das dem *Senat* vor Augen steht, ist offenbar dasjenige des Bierkasten-Diebstahls: Der Täter bewegt nicht verschiedene Gegenstände (Waffen, Betäubungsmittel) über die Grenze, sondern *eine* Sache; nämlich das Fahrzeug, das sowohl Waffen wie auch Betäubungsmittel enthält. Hieraus schloss ein anderer *Senat* des BGH auch auf das Vorliegen nur einer Tat im verfahrensrechtlichen Sinne.<sup>28</sup>

Unter Verweis auf diese Rechtsprechung nahm der 4. *Strafsenat* des BGH in der Folge ohne weitere Begründung Tateinheit zwischen dem Führen von Waffen und dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in einem Fall an, in dem die Gegenstände sich gemeinsam in einem Koffer in einem Pkw befanden.<sup>29</sup> Andere *Senate* führten diese Rechtsprechung fort.<sup>30</sup> Auch taucht bereits zu dieser Zeit die Aussage auf, „im Zweifel“ sei Tateinheit anzunehmen.<sup>31</sup> In einer jüngeren Entscheidung verlangt der 4. *Strafsenat* nun einen „funktionalen Zusammenhang“ zwischen Waffenbesitz und Betäubungsmittelbesitz für die Annahme von Tateinheit.<sup>32</sup> Dabei verweist er auf die vorgenannte Rechtsprechung, was insoweit verwirrt, weil dort gerade kein solcher Konnex gefordert worden war.<sup>33</sup> Auf diese neuere Entscheidung rekurriert nun die zu besprechende Entscheidung.<sup>34</sup>

Allerdings macht der 1. *Strafsenat* des OLG Hamm nicht deutlich, anhand welcher Faktoren zu bemessen ist, ob ein funktionaler Zusammenhang vorliegt. Zum einen führt er aus, dass es sich „gerade nicht um ein rein zufälliges Zusammenreffen verschiedener Delikte [handle], da die die verschiedenen Gesetzesverstöße begründenden Tathandlungen nicht nur von einem *einheitlichen Willen* des Angekl. getragen wurden,

<sup>21</sup> Vgl. *Oğlakcioğlu*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 3. Aufl. 2017, BtMG § 30a Rn. 212 m.w.N.

<sup>22</sup> *Oğlakcioğlu* (Fn. 21), BtMG § 30a Rn. 123 m.w.N.

<sup>23</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 5.5.2009 – 1 StR 737/08 = NStZ 2010, 456 (456) m.w.N.

<sup>24</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 15.1.2013 – 4 StR 258/12 = NStZ-RR 2013, 321 (322) m.w.N.

<sup>25</sup> Im WaffG wurde der Begriff ersetzt; er stellt nunmehr eine Unterform des „Verbringens“ dar, vgl. Anlage 1 Abschnitt 2 Nr. 5 zum WaffG. Im BtMG ist der Begriff noch enthalten, vgl. aber noch die Gleichstellungsklausel in § 1 Abs. 2 BtMG.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 7.9.1982 – 3 StR 295/82 = NStZ 1982, 512.

<sup>27</sup> § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG wurde eingeführt durch Art. 9 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) v. 28.10.1994 = BGBl. I 1994, S. 3186 (3193) mit Wirkung zum 1.12.1994 (vgl. Art. 19 auf S. 3197)

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 23.8.1988 – 1 StR 136/88 = NJW 1989, 726 (727).

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 26.8.1993 – 4 StR 326/93, Rn. 7 (juris) = BGHR WaffG § 53 Abs. 3 Konkurrenzen 3 = BGHR StGB § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 27; fortgeführt in BGH, Urt. v. 24.2.1994 – 4 StR 708/93, Rn. 10 (juris) = BGHSt 40, 73 (74 f.).

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 25.4.1994 – 5 StR 189/94 = WKRS 1994, 12665.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 28.10.1997 – 1 StR 501/97 = StV 1998, 594 = BeckRS 1997, 31357215.

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 22.11.2012 – 4 StR 302/12 = NStZ-RR 2013, 82 (83).

<sup>33</sup> Ähnlich verfährt aber auch bspw. *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2019, BtMG § 29 Rn. 349.

<sup>34</sup> OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 14 = NStZ 2019, 695 (696).

sondern *darüber hinaus* auch ein funktionaler Zusammenhang zueinander besteh[e]“.<sup>35</sup> Dies scheint zunächst eine subjektive Bestimmung nahezu legen; offenbar soll es darauf ankommen, was der Angeklagte mit beiden Gegenständen bezweckt. Dafür spricht auch, dass der *Senat* im Weiteren in dubio pro reo unterstellt, dass „sowohl der Schlagring als auch die Betäubungsmittel [...] zumindest aber *auf Grundlage eines einheitlichen bewussten und auch zweckgerichteten Willens des Angekl.* gleichzeitig unmittelbar am Körper mitgeführt [...] worden sind“, weil die Annahme naheliege, dass der Angeklagte den Schlagring für den Fall „befürchteter oder gar erwarteter Auseinandersetzungen im Rahmen von Betäubungsmittelgeschäften“ bei sich geführt habe.<sup>36</sup> Zum anderen äußert der *Senat* aber auch, „dass sich das Geschehen *für einen Dritten* als ein einheitliches Tun darstell[e]“<sup>37</sup> und stellt damit gerade auf einen objektiven Maßstab ab; ebenso, wenn er unterstellt, „dass sowohl der Schlagring als auch die Betäubungsmittel entweder sogar zeitgleich oder unmittelbar nacheinander folgend eingesteckt“<sup>38</sup> worden sein dürften. In der Sache scheint der *Senat* also eine offene Gesamtabwägung vorzunehmen.

Weder das Abstellen auf objektive Elemente noch die Bezugnahme auf subjektive Ziele sind dabei ungewöhnlich. So stellte die Rechtsprechung auch bei anderen (Dauer-)Delikten für die Frage, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt, darauf ab, ob der Täter einen neuen Entschluss gefasst hat. Dieses Kriterium fand Anwendung beispielsweise für die Fallkonstellationen der Fortsetzung einer Trunkenheitsfahrt nach einem Unfall<sup>39</sup> oder die Entscheidung Anwendung, mit einer illegal besessenen Waffe einen Totschlag zu verüben<sup>40</sup>. In anderen Entscheidungen hat die Rechtsprechung hingegen nach objektiven Kriterien Tatmehrheit angenommen, weil es zwischen dem gleichzeitigen Besitz von Betäubungsmitteln und Sprengstoff in einer Wohnung an einem „inneren Zusammenhang“ fehle<sup>41</sup> und das „Führen“ eines Fahrzeugs einerseits und das „Führen“ einer Waffe andererseits gänzlich unterschiedliche Handlungen im naturalistischen Sinne darstellen<sup>42</sup>.

Ob der subjektive Ansatz, der objektive Ansatz oder eine Kombination aus beiden vorzugswürdig ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz; der Begriff der „Handlung“ i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB ist insoweit normativ offen. Die bes-

seren Gründe dürften jedoch teleologisch gesehen für einen rein objektiven Ansatz sprechen: Müsste man die Absichten des Beschuldigten – die zudem praktisch gesehen regelmäßig nicht nachweisbar sein werden – bei der Frage berücksichtigen, ob eine oder mehrere „Handlungen“ im Sinne des Konkurrenzrechts vorliegen, so würde derjenige hinsichtlich des Strafrahmens begünstigt, der nicht nur zwei verschiedene Delikte (die verschiedene Schutzzwecke verfolgen) begeht, sondern diese beiden in seiner Vorstellungswelt auch noch verknüpft. Die Rechtsordnung macht aber an zahlreichen Stellen deutlich, dass die Verbindung von verschiedenen Straftaten kein mildernder, sondern vielmehr ein schärfender Umstand ist (z.B. die Mordmerkmale der Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2, 3. Gruppe StGB).

Damit bleibt die Frage, ob objektive Gründe dafür bestehen, den Besitz von Betäubungsmitteln einerseits und Waffen andererseits als eine Handlung i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB zu begreifen. Der Rechtsprechung ist zuzugeben, dass die bloße Gleichzeitigkeit zweier Dauerdelikte für eine solche Annahme nicht ausreicht.<sup>43</sup> Hinzukommen müssen weitere objektive Umstände, die den gleichzeitigen Besitz beider Gegenstände als funktional untrennbar erscheinen lassen, sodass die Anwendung des § 53 StGB in der Sache zu einer strafscharfenden Mehrfachverwertung desselben Umstandes führen würde. Dies wäre der Fall in den Einfuhr-Konstellationen: Wer eine „Ladung“ im Kofferraum über die Grenze schmuggelt, soll nicht deshalb mehrfach und damit – bezogen auf den Strafrahm, nicht aber auf die Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahms! – schärfer bestraft werden, weil die Ladung nicht nur aus mehreren, sondern verschiedenartigen Gegenständen besteht. Insoweit ist die Situation mit dem Bierkasten-Beispiel (*Beispiel 1*) vergleichbar.

Eine solche Konstellation lag aber im entscheidungserheblichen Sachverhalt gerade nicht vor. Über die Strecke der Fahrt etc. war gerade nichts bekannt (bzw. zumindest teilt die Revisionsentscheidung insoweit keine Details mit). Es ist fraglich, ob ein solcher funktionaler Zusammenhang sich allein aus der räumlichen Nähe der Gegenstände ergibt, die sich beide in der Jacke des Angeklagten befanden (auch wenn nicht mehr geklärt werden konnte, ob in derselben Jackentasche oder in unterschiedlichen Taschen). Denn selbst wenn beide Gegenstände sich schon in der Jacke befanden, liegt in dem Anziehen der Jacke nicht eine einzige Handlung im naturalistischen Sinne, die zur Annahme von Tateinheit führt; denn das tatbestandsmäßige Verhalten ist gerade nicht der Einzelakt des Erlangens bzw. Vertiefens der unmittelbaren Herrschaftsgewalt, sondern das zeitlich gestreckte Aufrechterhalten. Die wohl überwiegende<sup>44</sup> Auffassung geht davon aus, dass den Besitzdelikten (jedenfalls auch) ein Unterlassungs-

<sup>35</sup> OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NSTZ 2019, 695 (696) – *Hervorhebungen* nur hier.

<sup>36</sup> OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NSTZ 2019, 695 (696) – *Hervorhebungen* nur hier.

<sup>37</sup> OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NSTZ 2019, 695 (696) – *Hervorhebungen* nur hier.

<sup>38</sup> OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2018 – 1 RVs 100/17, Rn. 15 = NSTZ 2019, 695 (696).

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 17.2.1967 – 4 StR 461/66 = BGHSt 21, 203 = NJW 1967, 942.

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 15.4.1998 – 2 StR 670/97 = NSTZ-RR 1999, 8.

<sup>41</sup> KG, Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06) = NSTZ-RR 2008, 48 (49).

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 13.3.1975 – 4 StR 50/75, Rn. 9 = WKRS 1975, 12253.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 21.10.1999 – 4 StR 78/99 = NSTZ 2000, 85; BGH, Beschl. v. 25. 11. 1997 – 5 StR 526/96 = BGHSt 43, 317 (319) = NSTZ 1998, 300 (301); BGH, Beschl. v. 22.11. 2012 – 4 StR 302/12 = NSTZ-RR 2013, 82 (83).

<sup>44</sup> A.A. bspw. *Eckstein*, Besitz als Straftat, 2001: Zustandsdelikte.

moment innewohnt,<sup>45</sup> denn in der Sache wirft man dem Besitzer vor, dass er sich nicht des betreffenden Gegenstands entledigt (z.B. durch Zerstörung, Übergabe an die Behörden etc.).<sup>46</sup> In Bezug auf mehrere gleichzeitig verwirklichte Unterlassungsdelikte besteht Einigkeit, dass Tateinheit nur dann besteht, wenn der Unterlassende mit *einer* Handlung im natürlichen Sinne alle Pflichten hätte erfüllen können. Hätte er aber mehrere unterschiedliche Handlungen vornehmen müssen (die sich nicht gegenseitig ausschließen<sup>47</sup>), so wird ihm jedes Unterlassen separat vorgeworfen und es liegt (Unterlassungs-)Tatmehrheit vor. Überträgt man diese Überlegungen auf die Besitzdelikte, so wird deutlich, dass es irrelevant ist, ob beide Gegenstände sich in derselben Jackentasche oder überhaupt in der Jacke befunden haben etc. Der Angeklagte hätte sich jederzeit jeweils unabhängig der Betäubungsmittel und/oder des Schlagringes entledigen können.

Damit bliebe nur die normative Verknüpfung beider Besitzdelikte im Wege der tatbestandlichen Handlungseinheit (siehe *Beispiel 3*). In der Sache hat ein solches Vorgehen der *Senat* des OLG Hamm vor Augen. Nach ihm wäre ein funktionaler Zusammenhang zwischen beiden materiellen Delikten gegeben, wenn der Angeklagte den Schlagring nur deshalb mitgeführt hat, weil er die Betäubungsmittel dabei hatte, um diese notfalls verteidigen zu können. Dabei handelt es sich letztlich um eine Wertungsfrage. Nach hiesiger Auffassung hat der Gesetzgeber, als er den Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG gerade nicht auf die Tathandlungsvariante des Besitzens erstreckte, deutlich gemacht, dass er davon ausgeht, dass eine solche Verknüpfung – normativ (rein tatsächlich liegt ein entsprechender Zusammenhang praktisch gesehen nahe) – nicht besteht.

*Prozessualer Hinweis:* Hätte das OLG Hamm nicht allein über das Verfahrenshindernis, sondern materiell-rechtlich über die Konkurrenzen entschieden, wäre sein Spielraum insoweit eingeschränkt gewesen. Selbst wenn man rechtlich gesehen die Argumentation für zutreffend hält, bedeutet das nicht, dass das Revisionsgericht sie anwenden darf. Zwar gilt auch für die Bestimmung der Konkurrenzen

der Grundsatz „in dubio pro reo“.<sup>48</sup> Allerdings ist dieser Grundsatz nur anzuwenden, wenn das Gericht zweifelt, nicht aber, wenn es vernünftigerweise hätte zweifeln müssen; sofern sich nicht aus den Urteilsgründen ergibt, dass das Tatgericht eigentlich Zweifel hatte, darf das Revisionsgericht nicht seine eigene Würdigung des Sachverhalts an die Stelle derjenigen des Tatgerichts setzen.<sup>49</sup>

Die besseren Gründe sprechen daher für die Annahme von Tatmehrheit.

### 3. Strafprozessuale Fragestellung: Strafklageverbrauch?

Der *Senat* hatte zu entscheiden, ob mit dem Strafbefehl bereits rechtskräftig über die „Tat“ (i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG) entschieden worden war. Die Rechtsprechung dazu, wann eine einheitliche Tat vorliegt und wann nicht, ist sehr uneinheitlich. So soll etwa bei gleichzeitiger Einfuhr von Waffen und Betäubungsmitteln eine Tat vorliegen, weil es sich um dasselbe Verhalten (Fahrt über die Grenze) im identischen Zeitpunkt handle; unerheblich sei insoweit hingegen, „daß der Angekl. die Waffe nicht für Zwecke des Betäubungsmittelhandels einsetzen wollte“.<sup>50</sup> Ebenso soll eine einheitliche Tat gegeben sein, wenn der Täter mit einer Atemalkoholkonzentration<sup>51</sup> von mehr als 0,5 ‰ (§ 24a Abs. 1 StVG) ein Fahrzeug führt und dabei gleichzeitig ohne Freisprechanlage telefoniert (§ 23 Abs. 1a StVO);<sup>52</sup> nicht aber hingegen dann, wenn der Täter unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln ein Fahrzeug führt (§ 24a Abs. 2 StVG) und gleichzeitig weitere Betäubungsmittel im Auto aufbewahrt.<sup>53</sup>

Unter „Tat“ i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG versteht man den „geschichtliche[n] – und damit zeitlich und sachverhältnissmäßig begrenzte[n] – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluß hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll“.<sup>54</sup> Über diese Bezugnahme auf Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß erklären sich die starken Überschneidungen von „dem“ verfassungsrechtlichen und „dem“ prozessualen Tatbegriff. Bereits die Anklageschrift muss den Gegenstand des Verfahrens hinreichend umgrenzen. Dabei

<sup>45</sup> Strafrecht dient der Verhaltenssteuerung. Mögen Besitzdelikte auch nach Auffassung des BVerfG verfassungskonform sein (vgl. BVerfG [2. Kammer des *Zweiten Senats*], Beschl. v. 16.6.1994 – 2 BvR 1157/94 = NJW 1994, 2412; BVerfG [2. Kammer des *Zweiten Senats*], Beschl. v. 6.7.1994 – 2 BvR 855/94 = NJW 1995, 248), so muss eine Strafbarkeit im Lichte des Schuldprinzips an ein Verhalten anknüpfen, das dem Normadressaten vorgeworfen werden kann.

<sup>46</sup> Dazu bspw. *Hochmayr*, *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, 2005, S. 96 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 42 m.w.N.

<sup>47</sup> Dann liegt ein Fall der Pflichtenkollision vor und der Pflichtige macht sich ohnehin nur eines Unterlassungsdelikts schuldig.

<sup>48</sup> Bspw. BGH, Urt. v. 15.6.2005 – 1 StR 499/04 = NStZ-RR 2007, 195 (196); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 13), § 52 Rn. 74; jeweils m.w.N.

<sup>49</sup> Vgl. nur *Ott* (Fn. 11), § 261 Rn. 64 m.w.N.

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 23.8.1988 – 1 StR 136/88 = NStZ 1989, 38.

<sup>51</sup> Das Abstellen auf die Atemalkoholkonzentration als Beweismittel ist nur im Ordnungswidrigkeitenverfahren gem. § 24a Abs. 1 StVG zulässig, nicht hingegen im Strafverfahren betreffend §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 316 StGB; insoweit darf allein auf die Blutalkoholkonzentration abgestellt werden (dazu bspw. *Hecker*, in: Schönke/Schröder [Fn. 46], § 316 Rn. 15 m.w.N.).

<sup>52</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.3.2006 – Ss (B) 2/2006 (3/06) = VRS 110 (2006), 362 ff.

<sup>53</sup> BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 466/03 = NStZ 2004, 694 ff.

<sup>54</sup> So exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 = BVerfGE 56, 22 (28).

sind auch Tatzeit und Tatort anzugeben (§ 200 Abs. 1 S. 1 StPO). Daraus folgt aber nicht, dass Strafklageverbrauch schon kraft Identität von Tatzeit und Tatort folgt. Vielmehr stellen mehrere zur selben Zeit am selben Ort verwirklichte (materielle) Delikte nur dann einen einheitlichen Lebensvorgang dar, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen besteht, was sich nach den Umständen des Einzelfalls bemisst.<sup>55</sup>

Einen solchen inneren Zusammenhang sah der *1. Strafsenat* des OLG Hamm darin, dass typischerweise gleichzeitig mitgeführte Waffen dem Zweck dienen, die Betäubungsmittel zu verteidigen. Nach den Ausführungen des *Senats* gab es hierfür keine konkreten Anhaltspunkte, sondern es handelt sich lediglich um Unterstellungen aus allgemeinen Erfahrungssätzen heraus. Der *Senat* sieht sich hierzu berechtigt, weil auch in Bezug auf Verfahrenshindernisse der Zweifelssatz gelte. Methodisch gesehen ist diese Aussage problematisch; der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt nicht für Verfahrensfragen.<sup>56</sup> In der Sache ist sie hingegen zutreffend; so ist mittlerweile anerkannt, dass ein Verfahrenshindernis auch dann besteht, wenn allein die Möglichkeit gegeben ist, dass es vorliegt.<sup>57</sup> Allerdings reichen insofern „indes bloß theoretische, nur denkgesetzlich mögliche Zweifel nicht aus; sie müssen sich vielmehr auf konkrete tatsächliche Umstände gründen und nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten unüberwindbar sein.“<sup>58</sup> Solche konkreten Umstände teilt der *Senat* hingegen nicht mit, sondern beruft sich auf allgemeine Erfahrungssätze.

Unabhängig davon, dass der *Senat* nach den insoweit zutreffenden Maßstäben der Rechtsprechung des BGH also gerade nicht unterstellen durfte, dass der Schlagring im Rahmen von „vom Angeklagten befürchteter oder gar erwarteter Auseinandersetzungen im Rahmen von Betäubungsmittelgeschäften“ zum Einsatz kommen sollte, stellt sich die Frage, ob eine solche Absicht überhaupt einen „inneren Zusammenhang“ begründen würde, der das Geschehen zu einem einheitlichen Lebenssachverhalt verbände. Denn wie bereits dargestellt (s.o.), soll es nach der Rechtsprechung des BGH auch bei den Einfuhr-Fällen gerade nicht auf die subjektive Zielsetzung

ankommen und auch der thematische Zusammenhang zwischen Rauschfahrt und Betäubungsmittelbesitz wurde als nicht ausreichend erachtet.<sup>59</sup>

Die besseren Gründe sprechen daher für die Annahme von mehreren Taten und gegen die Annahme des Strafklageverbrauchs. Der *Senat* hätte daher das – falsch bezeichnete – Einstellungsurteil aufheben und das Verfahren an das AG Hamm zur (erneuten) Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen müssen. Anderenfalls hätte der *Senat* wegen der Abweichungen von der Rechtsprechung des BGH die betreffenden Rechtsfragen gem. § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG diesem vorlegen müssen.

#### IV. Zusammenfassung

Die Entscheidung des OLG Hamm ist ersichtlich darum bemüht, ein Verfahren, in dem bereits verschiedene Fehler gemacht worden waren, endlich abzuschließen. Das Ergebnis überzeugt hingegen ebenso wenig wie die Begründung.

Der Begriff der „Tat“ muss in unterschiedlichen Regelungskontexten nach Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschriften ausgelegt und es sollte nicht vorschnell vom einen Ergebnis auf das andere geschlossen werden. Die Entscheidung macht deutlich, wie schwierig es sein kann, auch sehr einfach gelagerte Sachverhalte den jeweiligen Regelungen zu subsumieren. Gleichzeitig eignet sie sich, um allgemeine Grundsätze des Konkurrenzrechts, des Verfassungs- und des Strafverfahrensrechts zu rekapitulieren. Sie sollte jedoch nicht als Vorbild für Studierende dienen; empfehlenswert ist stattdessen die von der Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Erklärung (§ 347 StPO, § 142 Abs. 1 Nr. 2 GVG) herangezogene Entscheidung des KG Berlin<sup>60</sup>.

*Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen\**

<sup>55</sup> Vgl. mit umfangreichen Nachweisen aus des Rechtsprechung *Stuckenberg*, in: Erb. u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 264 Rn. 17.

<sup>56</sup> Dazu *Stuckenberg*, in: Erb. u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 206a Rn. 39 m.w.N.

<sup>57</sup> Bspw. BayObLG, Urt. v. 30.7.1968 – RReg. 2a St 135/68 = NJW 1968, 2118; BGH, Beschl. v. 30.3.2001 – StB 4/01, StB 5/01 = BGHSt 46, 349 (352) = NJW 2001, 1734 (1734); *Miebach*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 261 Rn. 346; *Stuckenberg* (Fn. 56), § 206a Rn. 37 ff. m.w.N.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 30.7.2009 – 3 StR 273/09 = NSTz 2010, 160 unter Fortführung von BGH, Beschl. v. 30.3.2001 – StB 4/01, StB 5/01 = BGHSt 46, 349 (352) = NJW 2001, 1734 (1734); zust. *Stuckenberg* (Fn. 56), § 206a Rn. 40.

<sup>59</sup> In die gegenteilige Richtung hingegen LG Freiburg i.Br., Beschl. v. 13.2.1990 – 4 Qs 19/90 = StV 1991, 16; dazu kritisch *B. Heinrich*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, WaffG § 52 Rn. 175 f.

<sup>60</sup> KG, Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06) = NSTz-RR 2008, 48.

\* Der *Verf.* ist Akad. Rat a.Z. und Habilitand an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Thomas Rotsch). Er dankt Herrn Wiss. Mitarbeiter *Maximilian Hartwig*, Herrn Wiss. Mitarbeiter *Dennis Klein*, Herrn Rechtsreferendar *Sören Lichtenthaler* sowie Frau Wiss. Mitarbeiterin *Désirée Mehl* herzlich für wertvolle Anmerkungen.