

Die Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Privatdozent Dr. **Endrik Wilhelm**, Dresden

I. Einleitung

Die Bildung von Gesamtstrafen regelt das Gesetz in den §§ 53 ff. StGB. Für mehrere Straftaten, die in einem Verfahren behandelt werden, ist gemäß § 53 Abs. 1 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. § 55 Abs. 1 S. 1 StGB führt darüber hinaus zur nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe, wenn ein rechtskräftig Verurteilter, bevor die gegen ihn erkannte Strafe vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Das ist in wenigen Worten die gesetzliche Konzeption der §§ 53 ff. StGB, die für alle auftretenden Konstellationen eine eindeutige Lösung parat haben sollte.

Es kommt jedoch zu Problemen bei der Gesamtstrafenbildung, wenn mehrere Taten abzuurteilen sind, von denen nach dem Wortlaut des Gesetzes jeweils nur zwei durch eine Gesamtstrafe geahndet werden können, während das bezogen auf die jeweils noch übrige Tat nach dem Gesetz nicht möglich ist.¹ Das kann sich zunächst ergeben wegen einer gesetzlich nicht geklärten Kollision zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB. Weiterhin kann es dazu kommen, dass § 55 Abs. 1 S. 1 StGB in mehrfacher Hinsicht Anwendung verlangt, was ebenfalls in unregelte Konflikte führt. Das ist jeweils der Fall, wenn vor einer Verurteilung mehrere Straftaten begangen wurden, von denen zunächst nur eine abgeurteilt wird und es nach der Verurteilung zu einer oder mehreren Straftaten kommt, die entweder gemeinsam mit der vor der Erstverurteilung und noch nicht verhandelten Straftat (§§ 53 Abs. 1, 55 Abs. 1 S. 1 StGB) oder gesondert (§ 55 Abs. 1 S. 1 StGB) abgeurteilt wird bzw. werden.

Zu einer Kollision zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB kommt es konkret in folgender Konstellation: Der Täter begeht nacheinander drei Straftaten A, B und C. Während die Straftat A wenig später geahndet wird, bleibt die ebenfalls vor dem diesbezüglichen Urteil begangene Straftat B zunächst unentdeckt. Der Täter begeht danach die weitere Straftat C.² Nach deren Entdeckung und der zeitlichen Ermittlung der Straftat B kommt es zur gemeinsamen Aburteilung der ebenfalls vor der Erstverurteilung begangenen Straftat B und der danach verwirklichten Straftat C. Gemäß § 53 Abs. 1 StGB wäre in diesem Verfahren für beide Straftaten eine Gesamtstrafe zu bilden. Freilich verlangt § 55 Abs. 1 S. 1 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafe für die Taten A und B, wenn die Strafe für die bereits

abgeurteilte Straftat A noch nicht vollstreckt oder erlassen ist. Die Straftat B müsste ausgehend vom Wortlaut der §§ 53 Abs. 1, 55 Abs. 1 S. 1 StGB also sowohl mit der abgeurteilten Straftat A als auch mit der Straftat C durch jeweils eine Gesamtstrafe geahndet werden. Dagegen erlauben weder § 53 Abs. 1 StGB noch § 55 Abs. 1 S. 1 StGB die Bildung einer Gesamtstrafe für die bereits abgeurteilte Straftat A und die jüngste Straftat C. Die Subsumtion unter § 53 Abs. 1 StGB scheidet daran, dass die bereits abgeurteilte Straftat A nicht Gegenstand des offenen Verfahrens ist, während einer nachträglichen Gesamtstrafe für die Straftaten A und C im Wege steht, dass § 55 Abs. 1 S. 1 StGB die Begehung der Straftat C vor der Verurteilung für die Straftat A verlangen würde. Diese Eigenschaft hat die Straftat C nicht. Die Begehung der Straftat C ändert andererseits nichts daran, dass § 55 Abs. 1 S. 1 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung für die Straftaten A und B verlangt. Im Ergebnis wären ausgehend vom Wortlaut der §§ 53 ff. StGB also zwei Gesamtstrafen zu bilden, nämlich einerseits gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 StGB für die Straftaten A und B und andererseits gemäß § 53 Abs. 1 StGB für die Straftaten B und C. Die Tat B würde damit allerdings zweimal zum Gegenstand einer Gesamtstrafe – was nicht sein kann, weil sie nicht doppelt bestraft werden darf. Die Subsumtion unter die §§ 53 ff. StGB führt damit – so hat es jedenfalls zunächst den Anschein – in einen Widerspruch.

Die Subsumtion unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB kann in ähnliche Schwierigkeiten führen. Die Konstellation ist identisch mit Ausnahme des Umstandes, dass für jede Straftat A, B und C ein gesondertes Verfahren geführt wird und es somit zu keiner Kollision mit § 53 Abs. 1 StGB wegen einer Aburteilung in dem selben Verfahren kommen kann. Auch dazu ein Beispiel: Der Täter wurde wegen einer Straftat A im Verfahren U 1 verurteilt, hatte vor dieser Verurteilung jedoch noch eine weitere Straftat B begangen, die nicht Gegenstand des ersten Verfahrens wurde.³ Kommt es danach zu einer weiteren Straftat C und gesonderten Verfahren für die noch offenen Straftaten B und C, die zu den weiteren Verurteilungen U 2 für die vor dem ersten Urteil begangene und noch nicht abgeurteilte Straftat B und U 3 für die nach dem ersten und vor dem zweiten Urteil begangene Straftat C führen, dann wäre von Gesetzes wegen für die vor dem ersten Urteil liegenden Straftaten A und B gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden. Gleiches würde gelten im Verfahren U 3 für die Bestrafung der nach dem ersten und vor dem zweiten Urteil liegenden Straftat C mit der vor der ersten Verurteilung liegenden, aber nicht den Gegenstand des ersten Verfahrens bildenden Straftat B. Andererseits lässt § 55 Abs. 1 S. 1 StGB im Verfahren U 3 für die im Urteil U 1 abgeurteilte Straftat A und die nach dem ersten Urteil begangene Straftat C keine nachträgliche Gesamtstrafe zu. § 55

¹ Das hat erstmals *Sacksofsky*, NJW 1963, 895 wie nachfolgend dargestellt formuliert.

² Zum besseren Verständnis ist darauf hinzuweisen, dass in der nachfolgenden Darstellung stets von drei Straftaten die Rede sein wird, die diese Eigenschaften haben: Die Straftat A ist in allen Fällen diejenige, die zu einem ersten Urteil geführt hat. Demgegenüber ist die Straftat B stets vor der Verurteilung der Straftat A begangen, aber nicht gemeinsam mit ihr abgeurteilt worden. Die Straftat C ist stets nach dem Urteil für die Straftat A begangen. Die älteste Straftat ist entweder A oder B. Die Straftat C ist stets die jüngste.

³ Vgl. dazu v. *Heintschel-Heinegg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/1, §§ 52-79b StGB, 2005, § 55 Rn. 12.

Abs. 1 S. 1 StGB konkurriert in derartigen Fällen mit sich selbst.

Eine ganz ähnliche Problematik ist übrigens im Recht der Konkurrenzen bei § 52 Abs. 1 StGB unter dem Stichwort „Verklammerung“ anzutreffen.⁴ Die Ausgangslage ist ähnlich, weil von drei Tatbestandsverwirklichungen A, B und C die Ausführungsakte der Straftaten A und B sowie B und C (teil)identisch sind, während die Ausführungsakte der Straftaten A und C diese Eigenschaft nicht haben.⁵ Sie lassen sich deshalb nur teilweise unter § 52 Abs. 1 S. 1 StGB subsumieren, so dass nach dem Gesetzeswortlaut nicht für alle Tatbestandsverwirklichungen eine gemeinsame Einzelstrafe gebildet werden kann. Im Verhältnis der Straftaten, die nicht (teil) identisch verwirklicht wurden, verlangt § 53 Abs. 1 StGB im Gegenteil die Bildung einer Gesamtstrafe.⁶ Eine konsequente Anwendung der Norm führt damit in ein scheinbar unlösbares Problem. Dieses Problem existiert freilich nicht auf der Ebene des Tatbestandes, sondern wurzelt tatsächlich in einer Konkurrenz der Regeln zur Strafenbildung für die einzelnen Tatbestandsverwirklichungen. Während eine Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses der jeweiligen Tatbestandsverwirklichungen zueinander problemlos möglich ist, steht am Ende ein Ergebnis, für das sich dem Gesetz keine Rechtsfolge entnehmen lässt. Die Regeln des § 52 StGB und des § 53 StGB beanspruchen jeweils ihre Anwendung, d.h. sie konkurrieren miteinander. Das hat *Struensee* erstmals erkannt und das Phänomen treffend als „Konkurrenz der Konkurrenzen“ bezeichnet.⁷ Vorliegend ergeben sich ganz ähnliche Probleme aus dem auf den ersten Blick unvereinbaren Nebeneinander der §§ 53 ff. StGB. Auch inhaltlich gibt es Parallelen, denn es geht jeweils um Regeln zur Bildung der zu verhängenden Strafe. Es handelt sich um eine Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung, indem entweder § 53 Abs. 1 StGB mit § 55 Abs. 1 S. 1 StGB oder § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst konkurriert.

⁴ Vgl. dazu allgemein *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönkel/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 52 Rn. 14 m.w.N.

⁵ (Teil-)Identität der Ausführungsakte soll seit der sog. „Formel des RG“ (RGSt 32, 137 [139]) und nach noch heute nahezu einhellig vertretener Auffassung hinreichende Bedingung für die Subsumtion unter § 52 Abs. 1 StGB sein. Vgl. dazu BGHSt 20, 269 (272); 22, 206 (208); 33, 163 (164); *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 271 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991, 33/5; *Struensee*, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971, S. 24; *Wilhelm*, NStZ 2001, 404 m.w.N.

⁶ *Samson/Günther*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 24. Lieferung, Stand: März 1995, § 53 Rn. 4; ausführlich *Struensee* (Fn. 5), S. 101.

⁷ *Struensee*, Das strafprozessuale Wiederholungsverbot bei der Konkurrenz von Straftaten, unveröffentlichte Habilitationsschrift, 1979, S. 166.

II. Die Rechtsprechung zur Zäsurwirkung

Die Rechtsprechung behilft sich in derartigen Konstellationen mit der Behauptung, die Erstverurteilung bewirke eine Zäsur, die der Bildung einer Gesamtstrafe für die vor der Erstverurteilung für die Straftat A begangenen Straftat B mit der nach der Verurteilung begangenen Straftat C im Wege stünde. Eine Gesamtstrafe könne deshalb nur im Verhältnis der beiden vor der Erstverurteilung begangenen Straftaten A und B gebildet werden, während die Straftat C mit einer gesondert zu vollstreckenden Einzelstrafe zu ahnden sei. Das soll sowohl bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 StGB als auch bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst gelten.⁸

Bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB wird das in der Weise vollzogen, dass die Vorschrift des § 53 Abs. 1 StGB auf die den Gegenstand der letzten Verhandlung bildenden Straftaten B und C nicht angewandt wird.⁹ Wegen der sich aus dieser Entscheidung der Konkurrenz ergebenden Folgen soll zu Gunsten des Angeklagten bei der Letztverurteilung ein Härteausgleich in der Strafzumessung aufzunehmen sein, wenn die zur Zäsur führende Verurteilung relativ geringfügig ist und zur Notwendigkeit zweier Gesamtstrafen führt, deren Summe das Maß einer ohne die zäsurbildende Verurteilung zu verhängenden Gesamtstrafe deutlich übersteigen würde. Der BGH spricht in derartigen Fällen von einem „Gesamtstrafenübel“.¹⁰ Das alles soll so lange gelten, bis die zur Zäsur führende Verurteilung vollstreckungsrechtlich erledigt sei. Nach der Erledigung der Vollstreckung der Strafe für die Straftat A stelle sich die Frage einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 StGB im Verhältnis der Straftaten A und B nicht mehr. Das befreie § 53 Abs. 1 StGB von dem störenden Einfluss des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB und ebne den Weg für die Bildung einer Gesamtstrafe für die noch offenen Taten B und C auf Grundlage des § 53 Abs. 1 StGB.¹¹ Eine Erledigung durch Vollstreckung soll überdies zu einem den Angeklagten begünstigenden Härteausgleich bei der Strafzumessung führen.¹²

Konkurriert § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst, soll eine Gesamtstrafe ebenfalls nur für die bis zur Erstverurteilung U 1 begangenen Straftaten A und B gebildet werden können. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB wäre zwar für die vor der Erstverurteilung begangene und nicht den Gegenstand dieses Verfahrens bildende Straftat B und die nach der Erst- aber vor der Zweitverurteilung begangene

⁸ Ständige Rspr. seit RGSt 4, 53, die von BGH GA 1955, 244 und BGHSt 9, 370 (383) übernommen wurde. Vgl. auch noch BGH NStZ 2005, 32 sowie die zahlreichen Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Rissing-van Saan*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, Stand: 1.8.1998, § 55 Rn. 13 in Fn. 21.

⁹ Vgl. z.B. BGHSt 9, 393.

¹⁰ BGH NStZ 1996, 382; 2000, 137; 2002, 196.

¹¹ BGH NStZ 2005, 32; zahlreiche weitere Nachweise aus der jüngeren Rechtsprechung bei *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 55 Rn. 16. Anders BGHSt 33, 367.

¹² Ständige Rspr., vgl. nur BGHSt 31, 102 (103); 33, 131.

Straftat C ebenfalls eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden. Der BGH entscheidet auch diese Konkurrenz mit Hilfe der Annahme einer Zäsur durch die Erstverurteilung jedoch zugunsten einer Gesamtstrafenbildung für die Straftaten A und B. Eine im Urteil U 2 für die vor der Erstverurteilung begangenen Straftaten A und B zu diesem Zeitpunkt bereits gebildete Gesamtstrafe bleibt unangetastet, so dass in einem weiteren Verfahren U 3 eine gesondert zu vollstreckende Einzelstrafe für die Straftat C zu bilden ist.¹³ Bei der Zumesung dieser Strafe ist nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH freilich erneut ein Härteausgleich vorzunehmen wegen der entstehenden Folgen aus der unterbleibenden Gesamtstrafenbildung, wenn die Bestrafung dem Unrechts- und Schuldgehalt der Taten andernfalls nicht mehr gerecht wird (Gesamtstrafenübel).¹⁴ Erneut entfällt die einmal entstandene Zäsurwirkung erst mit der vollständigen Erledigung der zur Zäsur führenden Strafe. Das gilt insbesondere auch dann, wenn in einer Gesamtstrafenentscheidung im Urteil U 2 für die vor der Erstverurteilung begangenen Straftaten A und B gemäß § 53 Abs. 2 S. 2 StGB auf die Einbeziehung einer für die Straftat A verhängten Geldstrafe verzichtet wurde.¹⁵

Ausgehend von dieser Rechtsprechung ist der Tatrichter nach allem gehalten, für die bis zum Zeitpunkt einer eine Zäsur begründenden Verurteilung im jeweiligen Verfahren feststellbaren Taten eine Gesamtstrafe zu bilden, während für danach liegende Taten gesonderte Strafen zu verhängen sind, die gegebenenfalls mit Hilfe von § 53 Abs. 1 StGB oder unter erneuter Subsumtion unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB in deren Verhältnis mit einer Gesamtstrafe geahndet werden können. Die Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB einerseits und von § 55 Abs. 1 S. 1 andererseits StGB unterscheidet sich strukturell also nur durch die verfahrensrechtliche Situation. Materiell führen die von der Rechtsprechung des BGH aufgestellten Regeln zu identischen Ergebnissen.

1. Dogmatische Grundlagen

Es gibt in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze, die Zäsur zu begründen. Das BVerfG und ein Teil der Literatur berufen sich auf eine Warn- und Appellfunktion, die sich aus der die Zäsur begründenden Verurteilung ergeben soll. Der BGH und mit ihm einige Literaten versuchen, die Zäsur unmittelbar aus dem Gesetz abzuleiten.

a) Die Theorie von der Warn- und Appellfunktion

Vor allem das BVerfG und *Stree* sehen in einer Verurteilung eine Warnung mit Auswirkungen auf die §§ 53 ff. StGB. Die Missachtung der in einer Verurteilung liegenden Warnung rechtfertigt es, dem Angeklagten den Vorteil einer – gegeb-

nenfalls erneuten – Gesamtstrafenbildung zu versagen. Ein Straftäter, der unbelehrbar weitere Straftaten nach einer Verurteilung begehe, müsse die besonderen Härten hinnehmen, die sich aus einer später unterbleibenden Gesamtstrafenbildung ergeben können.¹⁶ Das BVerfG vertritt diese Auffassung nicht zuletzt mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, um die mitunter wesentlich härtere Behandlung zu rechtfertigen, die sich durch eine unterbleibende Gesamtstrafenbildung ergeben kann.¹⁷

Festzustellen ist zu der Argumentation zunächst, dass sie aus dem Gesetz nicht ableitbar ist. Es leuchtet zwar unmittelbar ein, dass sich aus der Missachtung der in einer Verurteilung liegenden Warnung Nachteile für den Täter ergeben können. Das Gesetz gibt aber keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich das auf der Ebene der Gesamtstrafenbildung abspielen soll. Die insoweit maßgebliche Norm ist vielmehr § 46 Abs. 2 StGB, wonach eine Vorverurteilung dem Angeklagten bei der konkreten Bemessung der Strafe zum Nachteil gereichen kann. Die Regeln der §§ 53 ff. StGB bestimmen demgegenüber nur die Technik der Strafenbildung. Sie haben keinen strafzumessenden Charakter. Der vom Gesetz für die Bewertung von Vorverurteilungen zum Nachteil des Angeklagten vorgesehene Ort ist mithin allein § 46 Abs. 2 StGB. Daraus ergibt sich nicht nur die fehlende Verankerung der Theorie von der Warn- und Appellfunktion im Gesetz; es stellt sich überdies die Frage, ob eine schwerere Bestrafung wegen der unterbleibenden Subsumtion unter § 53 Abs. 1 StGB bzw. § 55 Abs. 1 S. 1 StGB und die nach wie vor mögliche Berücksichtigung der Vorverurteilung bei der Strafzumessung nicht eine unzulässige Doppelverwertung bedeutet. Zumindest eine diesbezügliche Gefahr und ein daraus womöglich resultierender Verstoß gegen das in § 46 Abs. 3 StGB über dessen Wortlaut hinaus zum Ausdruck kommende Verbot doppelter Verwertung strafzumessungsrelevanter Tatsachen ist nicht von der Hand zu weisen.¹⁸ Eine Antwort darauf geben bislang weder das BVerfG noch *Stree*.

Freilich kommt es für eine Bewertung der Theorie von der Warn- und Appellfunktion im Ergebnis nicht darauf an, ob sie dem Gesetz zu entnehmen ist oder die Gefahr eines Verstoßes gegen das Verbot doppelter Verwertung zum Nachteil des Angeklagten birgt. Denn es entstehen nicht nur Schwierigkeiten bei dem Versuch, die Annahmen aus dem Gesetz abzuleiten. Bei näherer Betrachtung ergibt sich im Gegenteil die Unvereinbarkeit der Theorie mit dem Gesetz. Das folgt daraus, dass eine konkurrenzlose Gesamtstrafenbildung wieder möglich wird, wenn die zur Zäsur führende Strafe vollstreckt, verjährt oder erlassen ist. Mit der Erledigung der Vollstreckung entfällt das Hindernis für die Sub-

¹³ Ständige Rspr. seit BGHSt 32, 190; vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 7.5.2004 – 2 StR 24/04; Beschl. vom 17.6.2003 – 2 StR 105/03; BGH NStZ 2003, 200; vgl. weiterhin *Bringewat*, Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987, Rn. 233.

¹⁴ BGH NStZ 1996, 382; 2000, 137; 2002, 196.

¹⁵ BGHSt 32, 190 (194); 44, 179 (184); BGH NStZ-RR 2001, 103 f.; BGHR, § 55 Abs. 1 S. 1, Zäsurwirkung 9.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 26.5.1999 – 2 BvR 694/99 sowie BVerfG NStZ 1999, 500; *Stree*, JR 1987, 73; *ders.*, NStZ 1999, 182. In diesem Sinne gegen *Sacksofsky* auch schon *Bender*, NJW 1964, 807.

¹⁷ BVerfG NStZ 1999, 500.

¹⁸ Vgl. zum Umfang des in § 46 Abs. 3 StGB geregelten Doppelverwertungsverbots vorerst nur *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl. 2007, § 46 Rn. 82 ff.

sumtion unter § 53 Abs. 1 StGB, die das Gesetz für nicht unter § 52 Abs. 1 StGB zu subsumierende Mehrheiten von Tatbestandsverwirklichungen stets zwingend verlangt.¹⁹ Gleichermaßen entfällt die Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst, wenn die eine Zäsur auslösende Verurteilung erledigt ist. Die in der Verurteilung liegende Warnung wirkt sich bei der Strafenbildung also in beiden Fällen nur so lange aus, bis die verhängte Strafe erledigt ist.²⁰ Das führt in einen Wertungswiderspruch, der sich nicht auflösen lässt. Er besteht darin, dass einem noch nicht vollstreckten Urteil eine aus der Warn- und Appellfunktion resultierende Wirkung zukommen soll, die durch die Vollstreckung verloren gehen soll. Das kann nicht richtig sein. Der warnende Charakter einer Strafvollstreckung dürfte ohne jeden Zweifel auch im modernen Strafvollzug weit über die im bloßen Umstand der Verurteilung liegende Warnung hinaus gehen.²¹ Es kann deshalb nicht sein, dass die sich aus der Warnung ergebende Wirkung entfällt, wenn die Strafvollstreckung erledigt ist. Es gilt vielmehr: Wenn einem noch nicht vollstreckten Urteil wegen der darin liegenden Warnung Zäsurwirkung zukommt, dann muss das für ein vollstrecktes Urteil erst recht gelten. Ebenso gilt umgekehrt: Wenn einem vollstreckten Urteil trotz der darin liegenden Warnung an den Täter keine Zäsurwirkung zukommt, dann muss das für den bloßen Umstand der Verurteilung erst recht gelten.²²

Die Theorie von der Warn- und Appellfunktion wäre unbeschadet ihrer zweifelhaften dogmatischen Verankerung zur Begründung der Zäsur danach nur noch haltbar, wenn auch eine erledigte Vorverurteilung für die Straftat A ihre Zäsurwirkung behielte und die Bildung einer Gesamtstrafe für die vor der Erstverurteilung liegende und noch nicht abgeurteilte Straftat B und die danach begangene Straftat C dauerhaft verhindern würde. Das wird freilich nicht einmal von den Verfechtern der Theorie verlangt²³ und verstieße – wie dargelegt – auch gegen das Gesetz, das mit den §§ 55 Abs. 1 S. 1, 53 Abs. 1 StGB ausdrücklich das Gegenteil regelt. Folge einer Auslegung des Gesetzes über die Grenze des Wortlauts wäre überdies eine den Angeklagten benachteiligende Analo-

gie. Es entzöge ihm die sich aus § 54 StGB ergebenden Vorteile bei der Gesamtstrafenbildung nach Erledigung der Erstverurteilung. Spätestens das beweist zugleich, dass die Theorie von der Warn- und Appellfunktion in den Überlegungen des Gesetzgebers keine Rolle gespielt haben kann.

b) Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH verwendet das Argument von der Warn- und Appellfunktion der die Zäsur bildenden Verurteilung – vielleicht auch wegen der soeben dargelegten Konsequenzen – erst gar nicht.²⁴ Der 1. und 4. Senat relativieren bzw. leugnen sogar ausdrücklich die Bedeutung einer in der Verurteilung liegenden Warnung für die Frage der Gesamtstrafenbildung.²⁵ Der 1. Senat hat sich mit Blick auf *Stree*, der aus einer fehlenden oder unzureichenden Intensität der Warnung Folgen ableiten will für Inhalt und Reichweite der Zäsur,²⁶ von der Warnung als den die Zäsur begründenden Umstand sogar ausdrücklich distanziert.²⁷ Der BGH geht von einer unabhängigen Existenz der Zäsur aus und leitet daraus ab, eine Einschränkung in Abhängigkeit von einer Warnung sähe das Gesetz nicht vor.²⁸ Zum Nachweis seiner Auffassung beruft sich der BGH darauf, die Bezugnahme in § 55 Abs. 1 S. 1 StGB auf die §§ 53, 54 StGB zeige, dass die nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach den selben Regeln wie die Gesamtstrafenbildung bei gemeinsamer Aburteilung mehrerer Straftaten erfolgen und der Täter mithin bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung im Ergebnis weder besser noch schlechter gestellt werden solle.²⁹

Diese apodiktische Behauptung der Existenz der Zäsur setzt indes voraus, was es zu beweisen gälte. Bei einem Konflikt mit § 53 Abs. 1 StGB steht § 55 Abs. 1 S. 1 StGB zwar einer auf § 55 Abs. 1 S. 1 StGB basierenden Gesamtstrafe zwischen der vor der Erstverurteilung liegenden und abgeurteilten Straftat A und der nach der ersten Verurteilung liegenden Straftat C entgegen. Auch ist eine Subsumtion unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB bei mehrfacher Vorverurteilung insgesamt nur einmal möglich, weil das Gesetz eine Gesamtstrafe das für zwei der drei Straftaten nicht zulässt. Und es ist sicher ebenfalls zutreffend, dass der Täter durch eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung nicht besser oder schlechter gestellt werden soll. Das heißt aber noch lange nicht, dass daraus ein Hindernis für eine Subsumtion der Straftaten B und C unter § 53 Abs. 1 StGB in deren gemeinsamen Verfahren oder eine Entscheidung der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst abzuleiten ist. Denn die sich aus § 55 Abs. 1 S. 1 StGB ergebenden Konsequenzen gelten nur bei der jeweili-

¹⁹ Vgl. dazu *Struensee* (Fn. 5), S. 101.

²⁰ BGH NStZ 2005, 32; zahlreiche weitere Nachweise aus der jüngeren Rechtsprechung bei *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 55 Rn. 16. Anders BGHSt 33, 367.

²¹ BGHSt 33, 367 hatte das dazu veranlasst, von einer Fortwirkung der Zäsur trotz Vollstreckung auszugehen. Diese Rechtsprechung hat der BGH inzwischen aber mit Blick auf den Wortlaut des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB aufgegeben. Vgl. dazu Fn. 8.

²² Dieses Problem hat *Stree*, JR 1987, 73, durchaus gesehen, meint aber, das könne wegen der sich allgemein aus der Rechtsprechung zur Zäsur ergebenden Zufälligkeiten kein Argument sein, weil der Zufall auch umgekehrt wirken könne. Das vermag nicht zu überzeugen, weil die Aufgabe darin besteht, zufällige Auswirkungen auszumerzen statt sie argumentativ zu nutzen, um eine zufällige Auswirkung der verfochtenen Theorie zu rechtfertigen.

²³ Vgl. erneut *Stree*, JR 1987, 73 sowie *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 55 Rn. 16 m.w.N.

²⁴ Ausdrücklich dagegen auch *Tröndle/Fischer* (Fn. 18), § 55 Rn. 9. Ebenso *Rissing-van Saan* (Fn. 8), § 55 Rn. 14.

²⁵ BGH NStZ-RR 2001, 368; BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1, Anwendungspflicht 1; vgl. weiter BGH NStZ 1997, 593.

²⁶ NStZ 1999, 184.

²⁷ BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1, Zäsurwirkung 3; BGH NStZ 1999, 182.

²⁸ BGH NStZ-RR 2001, 368; BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1, Anwendungspflicht 1.

²⁹ BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1, Zäsurwirkung 3; BGH NStZ 1999, 182.

gen Subsumtion unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB. Eine übergreifende Bedeutung erhielte die nach § 55 Abs. 1 S. 1 StGB fehlende Möglichkeit einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung für die nach der Erstverurteilung liegende Tat C mit der Straftat B in deren gemeinsamen Verfahren bzw. deren Subsumtion unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB nur, wenn das Gesetz eine Reihenfolge bei der Subsumtion vorgeben würde. Das regelt es aber nicht, sondern wird vom BGH erst durch die Annahme der Zäsur in das Gesetz hinein interpretiert. Das Gesetz gibt im Gegenteil überhaupt keinen Anhaltspunkt, dass zunächst gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafe für die Straftaten A und B zu bilden ist und die Regeln des § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB im Verhältnis der Straftaten B und C dadurch etwa „verdrängt“ werden oder dass eine Verurteilung für die Straftat A die Subsumtion der ansonsten dem Wortlaut der Vorschriften unterfallenden Straftaten B und C in einem späteren Verfahren verbietet. Am Allerwenigsten folgt das aus der Bezugnahme in § 55 Abs. 1 S. 1 StGB auf die §§ 53, 54 StGB. Die Bezugnahme auf die §§ 53, 54 StGB beweist nicht mehr, als dass sämtliche in den §§ 53 ff. StGB enthaltenen Regeln stets Anwendung finden sollen. In Ermangelung einer vom Gesetz vorgegebenen Reihenfolge bei der Subsumtion ist es ausgehend von den sonstigen Regeln dabei ebenso gut möglich, zunächst eine Gesamtstrafe für die beiden unter § 53 Abs. 1 StGB bzw. § 55 Abs. 1 S. 1 StGB subsumierbaren Straftaten B und C zu bilden, um daraus eine „Schranke“ für die Subsumtion der Straftaten A und B unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB abzuleiten. Insbesondere wäre es bei einer bereits erfolgten Gesamtstrafenbildung im Verhältnis der Straftaten A und B auf der Grundlage des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB möglich, diese Gesamtstrafe aufzulösen,³⁰ um eine Gesamtstrafe für die nach der Erstverurteilung begangene Straftat C mit der Straftat B gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 StGB zu bilden. Die Einzelstrafe für die Straftat A bliebe dann daneben bestehen. Die Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung ließe sich auf diese Weise nicht mehr und nicht weniger fundiert auf der Grundlage eines ebenfalls in das Gesetz hinein zu interpretierenden „Vorrangs der letzten Verurteilung“ entscheiden.³¹

Ebenso wenig ergibt sich übrigens aus § 55 Abs. 1 S. 2 StGB ein diesbezüglicher Ansatz, wenn auch davon Abweichendes behauptet wird.³² Die Vorschrift macht zwar die Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe davon abhängig, dass sich die einzubeziehende Strafe aus einem früheren Urteil ergibt. Das ist jedoch nicht mehr als eine Präzisierung der Regeln zur nachträglichen Gesamtstrafenbildung und sagt nichts aus über den Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 StGB.³³ Die Zäsur durch das erste Urteil und ihre Wirkung lassen sich mithin auch auf diese Weise nicht aus dem Gesetz begrün-

den.³⁴ Die dogmatische Grundlage der Zäsur erweist sich danach nach allen Betrachtungsweisen als überaus zweifelhaft.

2. Zufallsergebnisse

Die generelle Annahme einer Zäsur durch eine noch nicht erledigte Erstverurteilung beruht freilich nicht nur auf einer unsicheren dogmatischen Grundlage. Sie führt überdies in einigen Konstellationen zu gelinde gesagt seltsam anmutenden Ergebnissen. Die Annahme einer Zäsur kann sich dabei auf mehr oder weniger zufälliger Grundlage sowohl positiv als auch negativ für den Angeklagten auswirken. Das gilt mit weit reichenden Konsequenzen erneut sowohl bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB als auch in den Fällen, in denen § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst streitet. Das soll anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden:

a) Nachteile einer Zäsur

Ein ganz erheblicher Nachteil ist es, wenn die Zäsur eine Gesamtstrafe für mehrere hohe Freiheitsstrafen verhindert.³⁵ Denn die Höchstgrenzen des § 54 Abs. 1 und 2 StGB finden ausgehend von der Rechtsprechung des BGH bei der Verhängung mehrerer Gesamtstrafen bzw. einer weiteren Einzelstrafe neben einer Gesamtstrafe keine Beachtung. Das war z.B. der Fall in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1998.³⁶ Sie betraf einen Konflikt zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB. Der Angeklagte hatte drei Tötungsdelikte (Straftaten A, C 1 und C 2) begangen, für die das LG zwei Einzelstrafen von jeweils 12 Jahren für das erste und zweite sowie eine weitere von 11 Jahren für das letzte Delikt als angemessen erachtete. Wegen einer nach dem ersten und vor dem zweiten Tötungsdelikt in anderer Sache verhängten und noch nicht erledigten Bewährungsstrafe von 6 Monaten (Straftat B) sah sich das LG mit Blick auf die Zäsur daran gehindert, für alle drei Tötungsdelikte eine Gesamtstrafe zu bilden. Es verhängte statt dessen zwei Gesamtstrafen in Höhe von 12 Jahren und drei Monaten für das erste Tötungsdelikt (Straftat A) unter Einbeziehung der noch nicht erledigten Freiheitsstrafe von sechs Monaten (Straftat B) sowie in Höhe von 15 Jahren für die beiden noch offenen Tötungsdelikte C 1 und C 2. Der BGH hob von den verhängten Strafen nur die zweite Gesamtstrafe für die Taten C 1 und

³⁰ Die Rechtskraft der Entscheidung steht einer Auflösung der Gesamtstrafe jedenfalls nicht entgegen, vgl. dazu nur Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 55 Rn. 13.

³¹ Insoweit zutreffend Stree, NSTZ 1999, 184. Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 55 Rn. 13.

³² So aber Frister, in: Neumann/Puppe/Schild (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 1995, § 55 Rn. 3.

³³ Stree, NSTZ 1999, 184.

³⁴ Samson/Günther (Fn. 6), § 53 Rn. 9 sehen in der Annahme einer Zäsur sogar einen Verstoß gegen das Gesetz. Das ist mit Blick auf den Wortlaut nachvollziehbar, aber nicht zwingend. Den Nachweis, dass es unmöglich ist, die Zäsur auf andere Weise zu begründen, ohne die Bedeutung des Wortlauts zu missachten, erbringen sie nicht.

³⁵ Vgl. dazu auch Vogler, in: Jescheck/Ruß/Wilms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985, § 55 Rn. 14, der zur Vermeidung der nachfolgend beschriebenen Ergebnisse ausnahmsweise die den Angeklagten am meisten begünstigende Entscheidung der Konkurrenz wählen will. Das findet im Gesetz in dieser Konsequenz aber keine Grundlage.

³⁶ BGH NSTZ 1999, 182.

C 2 und dort allein die in ihr enthaltene Einzelstrafe für das zweite Tötungsdelikt C 2 von 11 Jahren mit der Maßgabe auf, dass wegen des durch die Zäsur entstehenden Gesamtstrafenübels ein diese besondere Härte berücksichtigender Ausgleich erfolgen müsse. Die bei einer Gesamtstrafenbildung zu beachtende absolute Höchstgrenze des § 54 Abs. 2 S. 1 StGB von 15 Jahren sollte dabei jedoch nicht maßgeblich sein.³⁷ Das sei zulässig, weil sich der Angeklagte – und hier wurde sich der BGH in offensichtlicher Begründungsnot untreu bei der Ablehnung der Warn- und Appellfunktion der Erstverurteilung – von dem nach dem ersten Tötungsdelikt gegen ihn in anderer Sache ergangenen und die Zäsur begründenden Urteil nicht habe warnen und von der Begehung weiterer Straftaten nicht habe abhalten lassen.³⁸ Das LG verhängte ausgehend von der rechtskräftigen Gesamtstrafe von 12 Jahren und drei Monaten für die Straftaten A und B sowie der nicht aufgehobenen Einzelstrafe von 12 Jahren (Straftat C 1) für das noch offene Tötungsdelikt C 2 eine Einzelstrafe von neun Jahren. Das führte zu einer zweiten Gesamtstrafe von 14 Jahren. Im Ergebnis waren gegen den Angeklagten damit zwei Gesamtstrafen von 12 Jahren und drei Monaten (Straftaten A und B) und 14 Jahren (Straftaten C 1 und C 2), insgesamt mithin 26 Jahre und drei Monate Freiheitsstrafe zu vollstrecken.³⁹

Derartige Nachteile können sich in gleicher Weise bei mehreren Vorverurteilungen einstellen. Das veranschaulicht der nachfolgende Fall, der die den Nachvollzug erschwerende Besonderheit hat, dass die verschiedenen Verurteilungen nicht der Reihenfolge der Straftaten entsprechen, was aber keinerlei inhaltliche Besonderheiten aufwirft⁴⁰: Der Täter war im Jahre 1982 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren für die Straftat A verurteilt worden (Urteil U 1).⁴¹ 1984 kam es wegen einer 1983 begangenen und mit der bereits erfolgten Verurteilung nicht gesamtstrafenfähigen Straftat C zu einer weiteren Verurteilung zu zehn Jahren Freiheitsstrafe (Urteil U 2). Nach dieser Verurteilung wurde noch ein Verfahren wegen einer 1981 begangenen Straftat B geführt. In diesem Verfahren wurde für die 1981 begangene Straftat B eine Einzelstrafe von 13 Jahren verhängt, wobei nur mit der 1982 verhängten Freiheitsstrafe von zwei Jahren für die Straftat A eine nachträgliche Gesamtstrafe gebildet wurde, die nach der vom BGH gebilligten Entscheidung des LG neben den bereits

verhängten zehn Jahren für die Straftat C zu vollstrecken war (Urteil U 3). Eine Gesamtstrafe im Verhältnis der für die 1981 begangenen Tat B (13 Jahre Freiheitsstrafe) mit der Strafe für die 1984 abgeurteilte Tat C (zehn Jahre Freiheitsstrafe) wäre gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 StGB zwar auch möglich gewesen, weil die der letzten Verurteilung zu 13 Jahren Freiheitsstrafe zugrunde liegende Tat B vor der Verurteilung zu zehn Jahren Freiheitsstrafe für die Straftat C begangen worden war. Die Annahme einer Zäsur durch die nach der Tat A erfolgte Verurteilung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe im Verfahren U 1 führte jedoch zu dem Ergebnis, dass allein mit der die Zäsur bildenden Verurteilung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe eine nachträgliche Gesamtstrafe für die Taten A und B gebildet wurde. Das führte zu einer Freiheitsstrafe von 23 Jahren und damit zur Überschreitung der von § 54 Abs. 1 S. 2 StGB vorgesehenen Höchstgrenze von 15 Jahren, nachdem die beiden Strafen von zehn Jahren und 13 Jahren nacheinander zu vollstrecken waren.

b) Vorteile einer Zäsur

Vorteilhaft kann sich die Zäsur im Konflikt zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB auswirken, wenn die Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung die Bildung mehrerer unabhängig voneinander zu vollstreckender Strafen erzwingt, die jeweils bewährungsfähig sind, während ohne die Zäsur eine unbedingt zu vollstreckende Gesamtstrafe zu verhängen wäre.⁴² Das kann der Fall sein, wenn die abgeurteilte und zur Zäsur führende Straftat A relativ geringfügig ist und für die beiden noch offenen Straftaten B und C die Grenze zur Bewährungsfähigkeit erreichende Freiheitsstrafen zu verhängen sind.⁴³ Dabei kann sich die Sachlage

⁴² Die Prüfung der Voraussetzungen für eine Strafaussetzung unterliegt auch in derartigen Fällen nach einhelliger Auffassung keinen besonderen Regeln, vgl. nur Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 55 Rn. 13.

⁴³ Dabei ist der Begriff „Vorteil“ erläutersbedürftig. Denn man muss natürlich darüber streiten, ob wegen der bei einer Gesamtstrafenbildung stets geringeren Höhe der Strafe als der Summe der ansonsten zu verhängenden zwei Strafen (§ 54 Abs. 2 S. 1 StGB) eine unterbleibende Gesamtstrafenbildung tatsächlich ein Vorteil sein kann. Für die Frage der Strafenbildung ist die Unterschreitung der Bewährungsgrenze tatsächlich auch nur ein mittelbarer Vorteil. Die Summe der zu verhängenden Strafen ist zwar in jedem Fall höher als bei der Bildung einer Gesamtstrafe. Der Verlust der Gesamtstrafenfähigkeit für die Straftaten A und C durch eine Subsumtion unter § 53 Abs. 1 StGB bleibt damit auch auf jeden Fall ein Nachteil, wenn es entweder gar nicht um aussetzungsfähige Strafen geht oder es im Ergebnis nicht zu einer Strafaussetzung kommt bzw. die zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafen später vollstreckt werden. Ein Angeklagter empfindet eine Chance auf Strafaussetzung im Vergleich zu einer sicher zu vollstreckenden – wenn auch etwas niedriger zu erwartenden – Freiheitsstrafe jedoch zunächst einmal ausschließlich als Vorteil, während eine an einer unbedingten Freiheitsstrafe interessierte Staatsanwaltschaft die zur Bewährungsfähigkeit der Einzelstrafen führende Zäsur als Risi-

³⁷ Das findet in der Literatur überwiegend Zustimmung. Vgl. nur Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 55 Rn. 16 sowie Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 4), § 55 Rn. 15.

³⁸ So auch BGH NStZ 2000, 137; indirekt mit einer Warnfunktion argumentiert auch BGH NStZ 1997, 593. Vgl. weiterhin BGH NStZ 2000, 84 und NStZ-RR 2001, 368.

³⁹ LG Dresden, Urt. v. 6.1.1999 – 5 Ks 411 Js 40035/96.

⁴⁰ BGHSt 33, 367; vgl. auch BVerfG NStZ 1999, 500. Besonderheiten bei der Subsumtion unter die vom BGH entwickelten Regeln zur Zäsur ergeben sich daraus nicht.

⁴¹ Es handelte sich dabei um eine aus mehreren Einzelstrafen gebildete Gesamtstrafe, worauf es im Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Problematik aber nicht ankommt, weil dieser Umstand keinen Einfluss nahm auf die Bildung der Gesamtstrafe im Übrigen.

sogar noch während des laufenden Verfahrens mehrfach verändern, wie der folgende erst kürzlich vom LG Leipzig⁴⁴ entschiedene Fall zeigt⁴⁵: Der in Untersuchungshaft befindliche Angeklagte war vom AG zu zwei Freiheitsstrafen (ein Jahr und zehn Monate für die Straftaten A und B sowie zwei Jahre für die Straftat C) verurteilt worden, die nicht zur Bewährung ausgesetzt worden waren.⁴⁶ Die Bildung zweier Strafen war wegen eines nach einer Tat liegenden und noch nicht erledigten Strafbefehls für die Straftat A erfolgt, der die Erstverurteilung darstellte.⁴⁷ Gegen das Urteil legten der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft Berufung ein. Vor der Hauptverhandlung wurde die Geldstrafe für die Straftat A durch Unterbrechung der Untersuchungshaft vollstreckt. Damit verlor sie ihre Zäsurwirkung, so dass eine gemeinsame Gesamtstrafe für die noch offenen Straftaten B und C zu bilden gewesen wäre. Die im wesentlichen auf das Strafmaß beschränkte und eine Bewährung anstrebende Berufung des Angeklagten konnte bei dieser Sachlage keinen Erfolg haben, weil eine Freiheitsstrafe unter zwei Jahren unrealistisch war, wenn es nicht zu zwei verschiedenen Strafen für die Straftaten B und C kommen würde. Die Chancen des Rechtsmittels des Angeklagten hatten sich damit durch die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe ganz erheblich verschlechtert. Der besondere Nachteil der nicht mehr bewährungsfähigen Gesamtstrafe hätte ausgehend von der Rechtsprechung des BGH zwar mit einem Härteausgleich berücksichtigt werden müssen.⁴⁸ Eine Bewährungsstrafe wäre gleichwohl unerreichbar geblieben. Das Rechtsmittel hatte dennoch Erfolg, weil den Angeklagten eine weitere Bestrafung begünstigte. Es stellte sich heraus, dass noch ein weiterer unerledigter Strafbefehl existierte, der nur wenige Tage jünger war als der erledigte. Diese Straftat A* bewirkte eine neue Zäsur zu fast identischer Zeit und verlangte die Bildung zweier Strafen für die Straftat B und die bereits abgeurteilte Tat A* einerseits als Gesamtstrafe und die nach der Zäsur begangene Straftat C andererseits. Das LG Leipzig verhängte unter Abänderung der erstin-

ko und damit als Nachteil begreift. Es kommt dann darauf an, ob es zu einer Bewährung kommt oder nicht, was unabhängig von der Anzahl der verhängten Strafen und deren Summe allein ausgehend von den die Strafhöhe nicht bestimmenden §§ 56 ff. StGB beurteilt wird. Erst dann kann abschließend bewertet werden, ob sich die Zäsur für den Angeklagten mittelbar als – bejahendenfalls enormer – Vorteil auswirkt oder nur nachteilige Folgen hat.

⁴⁴ LG Leipzig, Urt. v. 1.9.2006 – 12 Ns 306 Js 69499/04.

⁴⁵ Ähnlich BGH, Urt. v. 2.3.1994 – 2 StR 740/93.

⁴⁶ Es handelte sich jeweils um aus mehreren Einzelstrafen gebildete Gesamtstrafen. Im Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Problematik kommt es darauf aber nicht an. Eine Darstellung der jeweils darin verarbeiteten Einzelstrafen ist für die Zwecke der Untersuchung deshalb entbehrlich.

⁴⁷ Bei einem Strafbefehl soll bei unterbleibendem Einspruch und deshalb nicht durchgeführter Hauptverhandlung der Zeitpunkt seines Erlasses für die Zäsur maßgeblich sein, vgl. nur BGHSt 33, 231 sowie Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 55 Rn. 3 (str.).

⁴⁸ BGH, Urt. v. 2.3.1994 – 2 StR 740/93.

stanzlichen Entscheidung Freiheitsstrafen von einem Jahr und zwei Monaten und einem Jahr und zehn Monaten, die zur Bewährung ausgesetzt werden konnten und wurden.⁴⁹

Kommt es nacheinander zu mehrfachen Verurteilungen, kann sich ein derartiger Vorteil ergeben, wenn die beiden ersten Verurteilungen für die Straftaten A und B zu einer Bewährungsstrafe geführt haben und die nunmehr nicht mehr einbeziehungs-fähige Strafe für die Straftat C im dritten Verfahren im Falle einer Gesamtstrafenbildung zu einer nicht mehr aussetzungsfähigen Strafe geführt hätte. Wurde der Täter also zunächst für die Straftat A zu einer geringfügigen Geldstrafe und alsdann für die Begehung der Straftat B unter Einbeziehung der Geldstrafe zu einer zweijährigen Bewährungsstrafe verurteilt, dann ist die nochmalige Bildung einer Gesamtstrafe mit der Straftat B in einem weiteren Verfahren wegen einer nach der Verhängung der Geldstrafe für die Straftat A begangenen Straftat C nicht möglich. Das kann dazu führen, dass es in einem weiteren Verfahren wegen der Begehung der Straftat C erneut zu einer Geld- oder Bewährungsstrafe kommt, was im Falle einer Einbeziehung der zur Zweitverurteilung führenden Strafe für die Straftat B nicht mehr möglich gewesen wäre. Veröffentlichte Entscheidungen sind zwar nicht ersichtlich. Ausgehend von den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist ein solches Ergebnis aber jederzeit möglich.

c) Ursache der Vor- und Nachteile

Die Ursache für solche Ergebnisse liegt in der Annahme der Zäsur selbst und in § 55 Abs. 1 S. 1 StGB. Beides zusammen lässt den Ermittlungs- und Vollstreckungsstand der die Zäsur bildenden Straftat bzw. Verurteilung zu entscheidenden Faktoren werden. Das macht das Schicksal des Angeklagten abhängig von der Geschwindigkeit, mit der die Strafverfolgungsbehörden einzelne Straftaten aufklären, die Gerichte urteilen und deren Urteile vollstreckt werden.⁵⁰

Je nachdem, welche Straftat zuerst entdeckt und abgeurteilt wird, begründet das eine andere Zäsur. Das kann weit reichende Folgen haben: In dem Beispiel, in dem der Täter wegen dreier Tötungsdelikte und einer weiteren geringfügigen Straftat zu 26 Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe verurteilt wurde, hätte sich eine spätere Entdeckung der die Zäsur begründenden Verurteilung dahin ausgewirkt, dass es zu einer Verurteilung zu 15 Jahren Freiheitsstrafe (§ 54 Abs. 2 S. 1 StGB) gekommen wäre, während auf eine Verfolgung der in den sechs Monaten Freiheitsstrafe gemündeten Tat vermutlich mit Blick auf § 154 Abs. 1 StPO verzichtet worden wäre. Gleiches gilt in allen anderen Fällen. Wäre die zu der Verurteilung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe führende Tat A in dem weiteren geschilderten Beispiel, das eine Verurteilung zu 23 Jahren Freiheitsstrafe zum Ergebnis hatte,⁵¹ erst nach der Verurteilung zu zehn Jahren Freiheitsstrafe im Jahre

⁴⁹ Urt. v. 1.9.2006 – 12 Ns 306 Js 69499/04.

⁵⁰ So auch BGH NStZ 1996, 382; BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1, Zäsurwirkung 3 merkt ebenfalls ausdrücklich an, dass die aufgestellten Regeln zu zufälligen Ergebnissen führen können.

⁵¹ BGHSt 33, 367.

1984 entdeckt worden, hätte es durch die Verurteilung im Jahre 1982 keine Zäsur gegeben. Es wäre zu einer Gesamtstrafe für die beiden Einzelstrafen von zehn Jahren und 13 Jahren gekommen, die erneut höchstens 15 Jahre betragen hätte. Und eine Bewährungschance hätte sich für den Angeklagten im Verfahren vor dem LG Leipzig auch nicht mehr ergeben, wenn die Straftaten A und A* bis zur Verurteilung unentdeckt geblieben wäre.

Mindestens ebenso bedeutsam sind eine Erledigung der Strafvollstreckung durch Zeitablauf bzw. Straferlass und die Schnelligkeit der Vollstreckungsabteilung, nachdem die Zäsur durch die Vollstreckung des entsprechenden Urteils ihre Bedeutung verliert. Insoweit gilt wegen des Wegfalls der Zäsur nichts anderes als im Falle einer unterbliebenen Entdeckung, so dass auf das soeben Gesagte verwiesen werden kann. Darüber hinaus kann es der Angeklagte unter bestimmten Umständen sogar selbst in der Hand haben, statt zu mehreren Gesamtstrafen nur zu einer einzigen verurteilt zu werden. Das kann er etwa dann beeinflussen, indem er eine zur Zäsur führende Geldstrafe noch kurz vor der Urteilsverkündung bezahlt, damit die Verurteilung ihre Wirkung verliert. Das kann erneut positiv oder negativ wirken. In den geschilderten Beispielfällen, die zu Freiheitsstrafen von 26 Jahren und drei Monaten bzw. 23 Jahren führten, hätte es für den Angeklagten überaus positive Konsequenzen gehabt, wenn es sich bei der die Zäsur begründenden Verurteilung um eine Geldstrafe gehandelt hätte: Der Angeklagte hätte durch Bezahlung der Geldstrafe noch bis kurz vor der erstinstanzlichen Urteilsverkündung die ihn ansonsten erwartende Freiheitsstrafe von 26 Jahren und drei Monaten bzw. 23 Jahren auf höchstens 15 Jahre (§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB) begrenzen können – wenn er über die finanziellen Mittel zur Bezahlung der Geldstrafe verfügt hätte.⁵² Dem gegenüber kam dem Angeklagten in der vom LG Leipzig entschiedenen Sache die unterbliebene Bezahlung der aus der Straftat A* stammenden Geldstrafe nachhaltig zu Gute.

3. Kritik

Sowohl die fehlenden dogmatischen Grundlagen als auch die durch und durch seltsamen Ergebnisse lassen Zweifel daran aufkommen, ob die Rechtsprechung von der Zäsurwirkung eine tragfähige Basis hat. Diese Zweifel scheinen bereits bei oberflächlicher Betrachtung berechtigt: Es kann schlechterdings nicht richtig sein, dass die für den Angeklagten wichtigste Frage des ganzen Verfahrens, nämlich die nach der auszusprechenden Strafe, ganz wesentlich abhängen soll von Rechtssätzen, die dogmatisch nicht abgesichert sind und zu ebenso befremdenden wie zufällig anmutenden Ergebnissen führen.

Es kommt hinzu, dass sich der Faktor Zufall je nach Interessenlage entgegengesetzt auswirken und normkonformes Verhalten Nachteile auslösen kann. Das die Zäsur bildende Urteil bzw. die fehlende Erledigung führten in den geschilderten BGH-Entscheidungen zu exorbitanten Freiheitsstrafen.

⁵² Vgl. dazu vor allem *Stree*, NStZ 1999, 184, der ebenfalls auf die große Bedeutung des Zufalls in derartigen Konstellationen hinweist.

Umgekehrt kamen dem Angeklagten in der vom LG Leipzig entschiedenen Sache die zusätzliche Straftat und eine womöglich böswillige Vollstreckungsverweigerung zu Gute, während eine von Reue getragene unverzügliche Bezahlung der Geldstrafe für ihn geradezu fatale Konsequenzen gehabt hätte. Dass die Rechtsprechung mit diesen Folgen sehenden Auges lebt,⁵³ kann nur daran liegen, dass noch niemand eine bessere Lösung angeboten hat.

Völlig unberücksichtigt bleibt zumindest nach der Rechtsprechung des BGH auch, dass es auch und gerade mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer tragfähigen Argumentation bedürfte, um ganz wesentliche Unterschiede in der Bestrafung von derartigen Umständen abhängig zu machen. Es kann schlechterdings nicht sein, dass die Frage, ob ein Täter – im Extremfall – zu den von § 54 Abs. 1 und 2 StGB vorgesehenen Höchststrafen von ein Mal lebenslänglich bzw. 15 Jahren oder zu zwei lebenslänglichen Freiheitsstrafen bzw. insgesamt 30 Jahren abzüglich eines kaum spürbaren Härteausgleichs wegen des Gesamtstrafenübels verurteilt wird, davon abhängt, ob er zwischen seinen Taten irgendwann einmal einen noch so geringfügigen Strafbefehl erhalten hat, den er bis zu seiner Verurteilung zu zwei Gesamtstrafen nicht bezahlen konnte. Das hat zumindest das BVerfG offenbar erkannt und dazu bewegt, die vom BGH nicht übernommene Theorie von der Warn- und Appellfunktion aufzugreifen.⁵⁴ Jedenfalls führt das BVerfG aus, Rechtsnachteile im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG würden bei der Unmöglichkeit der Gesamtstrafenbildung wegen der Missachtung der Warnwirkung einer Verurteilung durch den Mehrfachtäter grundsätzlich nicht eintreten; sie würden gegebenenfalls durch einen Härteausgleich bei der Strafzumessung beseitigt.⁵⁵ Das wäre für sich gesehen womöglich sogar geeignet, den Unterschied in der den Angeklagten benachteiligenden Behandlung zu begründen, was selbst den BGH zeitweise dazu bewog, den ansonsten von ihm strikt abgelehnten Gedanken in seine Überlegungen einzubinden.⁵⁶ Die oben dargelegte Unvereinbarkeit der Theorie von der Warn- und Appellfunktion mit dem Gesetz steht dem jedoch unüberwindbar im Wege. Und die sonstigen Überlegungen des BGH machen es noch nicht einmal im Ansatz nachvollziehbar, warum es zu derart gravierenden Unterschieden kommen soll.⁵⁷

Insgesamt zeigt sich danach, dass die Annahme einer Zäsur durch eine Verurteilung auf einem überaus brüchigen Fundament steht. Das Konstrukt hat keine dogmatische Grundlage und führt zu geradezu abenteuerlich anmutenden Ergebnissen. Es scheint danach zwingend erforderlich, diese Rechtsprechung zu den §§ 53 ff. StGB zu überdenken, zumal

⁵³ So ausdrücklich BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1, Zäsurwirkung 3.

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.5.1999 – 2 BvR 694/99 sowie BVerfG NStZ 1999, 500.

⁵⁵ BVerfG NStZ 1999, 500.

⁵⁶ BGHSt 33, 367

⁵⁷ Zutreffend insoweit erneut *Stree*, NStZ 1999, 184.

der BGH selbst schon Zweifel daran geäußert hat, ob sich die §§ 53 ff. StGB widerspruchsfrei anwenden lassen.⁵⁸

III. Die Subsumtion unter die §§ 53 ff. StGB

Die Ablehnung der vom BGH entwickelten Rechtsprechung zur Zäsur durch die Erstverurteilung kann nicht das Ende der Überlegungen sein. Es ist vielmehr nach einem Weg zu suchen, die in Rede stehenden Probleme gesetzeskonform und sinnvoll zu lösen. Um auf dieser Grundlage sachgerechte Ergebnisse zu finden, ist es freilich zunächst einmal erforderlich, den Kern des Problems offen zu legen. Danach wird der Frage nachzugehen sein, ob es unumstößliche Rechtssätze gibt, die bei der Entscheidung der Konkurrenz auf jeden Fall zu beachten sind. Im Anschluss daran ist nach Ableitungen zu suchen, die zu einer befriedigenden Lösung führen. Diese sind schließlich darauf zu überprüfen, ob sie für sämtliche denkbaren Fälle eine widerspruchsfreie Anwendung der aufgestellten Regeln erlauben.

1. Der Kern des Problems

Die Wurzel allen Übels besteht zweifelsohne in der fehlenden Weitsicht des Gesetzgebers. Er hat schlicht übersehen, dass es in der Rechtswirklichkeit Konstellationen gibt, die sich nicht ohne Weiteres sinnvoll in das System der §§ 53 ff. StGB einfügen. Das Gesetz regelt bei isolierter Betrachtung der §§ 53 ff. StGB den Fall nicht, in dem von drei Taten A, B und C für jeweils zwei entweder nach § 55 Abs. 1 S. 1 StGB (A und B) oder nach § 53 Abs. 1 StGB (B und C) eine Gesamtstrafe zu bilden wäre, während eine Gesamtstrafenbildung für alle drei Taten nach dem Wortlaut des Gesetzes unmöglich ist.⁵⁹ Ebenso wenig regelt das Gesetz den Konflikt, der bei mehreren Verurteilungen ausschließlich mit Blick auf § 55 Abs. 1 S. 1 StGB entsteht, wonach erneut einerseits die Straftaten A und B sowie andererseits die Straftaten B und C die Bildung einer Gesamtstrafe verlangen. Das führt in die vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollte Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB bzw. die Konkurrenz von § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst.

2. Axiome

Die §§ 53 ff. StGB enthalten mehrere unumstößliche Rechtssätze, die für die in Rede stehenden Konstellationen von Bedeutung sind. Das gilt sowohl bei der Konkurrenz zwi-

schen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB als auch bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst. Die entstehenden Probleme unterscheiden sich bei näherer Betrachtung nicht.

a) Keine Gesamtstrafe für alle Straftaten

Das erste und wichtigste Axiom betrifft eine auf jeden Fall unmögliche Lösungsvariante: Gänzlich ausgeschlossen ist es nach dem Gesetz in beiden Fällen der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung, nur eine Gesamtstrafe für sämtliche Straftaten zu bilden.⁶⁰

Bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB gibt es in jeder denkbaren Konstellation zwei definierbare Straftaten, die nach den Vorgaben des Gesetzes unter keinen Umständen kumulativ mit den jeweils beiden anderen in eine Gesamtstrafe einfließen dürfen. Das gilt bezogen auf die bereits abgeurteilte Straftat A und die nach der Erstverurteilung begangene Straftat C. Weder § 53 Abs. 1 StGB noch § 55 Abs. 1 S. 1 StGB erlaubt eine Verbindung dieser beiden Straftaten zu einer Gesamtstrafe.⁶¹ Die Entscheidung der Konkurrenz muss mithin stets dazu führen, dass die Erstverurteilung für die Straftat A und die danach begangene Tat C mit gesonderten Strafen geahndet werden. Bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst gilt nichts anderes. Es ist auch bei ausschließlicher Subsumtion unter § 55 Abs. 1 S. 1 StGB unmöglich, für die in der Erstverurteilung abgeurteilte Straftat A mit der nach diesem Urteil begangenen Straftat C eine Gesamtstrafe zu bilden.

b) Bildung von mindestens zwei Strafen mit einer notwendigen Beteiligung

Daraus folgt unmittelbar die zweite zwingende Erkenntnis, wonach es auf jeden Fall zu zwei unabhängig voneinander zu vollstreckenden Strafen kommen muss. Auch das gilt gleichermaßen für beide Fälle der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung.

Bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB gilt: Wenn die aus der Erstverurteilung stammende Bestrafung für die Straftat A und die Strafe für die nach der Erstverurteilung begangene Tat C nicht in eine Gesamtstrafe einfließen können, dann ergibt sich daraus zwingend, dass als Ergebnis stets zwei – wie auch immer zu bildende – Strafen nebeneinander stehen müssen. Und als weitere Erkenntnisse sind festzuhalten, dass die Strafe für die vor der Erstverurteilung liegende und noch offene Straftat B in eine Gesamtstrafe einfließen muss und keinesfalls als Einzelstrafe bestehen bleiben darf, weil das bei ihr sowohl § 53 Abs. 1 StGB als auch § 55 Abs. 1 S. 1 StGB im Verhältnis zu den beiden anderen Straftaten A und C verlangen. Insgesamt kann die Strafe für die vor der Erstverurteilung liegende und noch offene Straftat B aber auch nur ein Mal in eine Gesamtstrafe einfließen, weil deren Beurteilung nicht teilbar ist und

⁵⁸ Das bringt der 5. Senat im Beschluss vom 17.7.2000 – 5 StR 280/00 deutlich zum Ausdruck (ähnlich auch schon in wistra 1999, 262), wenn es heißt: „Allerdings stehen die der Gesamtstrafenbildung vom Trichter zugrunde gelegten Überlegungen zu mehreren Zäsuren mit der Folge notwendig zu bildender mehrerer Gesamtstrafen prinzipiell im Einklang mit den Grundsätzen der Rechtsprechung zu § 55 StGB (vgl. nur BGHSt 35, 243; BGHR StGB, § 55 Abs. 1 S. 1 – Strafen, einbezogene 4) – die schwer zu durchschauen, darzustellen und zu befolgen sind, schon daher dringlich im Sinne einer Einheitsstrafenregelung reformbedürftig erscheinen ...“

⁵⁹ Vgl. erneut Sacksofsky, NJW 1963, 895.

⁶⁰ So aber Sacksofsky, NJW 1963, 895 und Samson/Günther (Fn. 6), § 53 Rn. 9.

⁶¹ Im Ergebnis ebenso z.B. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 55 Rn. 13.

alles andere deshalb gegen das Verbot doppelter Bestrafung verstoßen würde. Diese Vorgaben muss jede Entscheidung der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 S. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB beachten.

Ähnliches gilt bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst. In derartigen Fällen kann es unmöglich sein, dass die Strafe für die Straftat A aus dem Urteil U 1 und die Strafe für die nach dem Urteil begangene Straftat C in eine Gesamtstrafe einfließen, weil der allein nachträgliche Gesamtstrafen erlaubende § 55 Abs. 1 S. 1 StGB das nicht erlaubt. Daraus folgt auch bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst, dass es stets zu zwei unabhängig voneinander zu vollstreckenden Strafen kommen muss. Und als weitere Erkenntnisse sind auch hier festzuhalten, dass die Einzelstrafe für die Straftat B in eine Gesamtstrafe einfließen muss, weil § 55 Abs. 1 S. 1 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafe insoweit sowohl mit der Strafe für die Straftat A als auch für die Strafe wegen der Straftat C verlangt. Insgesamt kann die Strafe für die Straftat B aber erneut nur ein Mal bei einer Strafenbildung Berücksichtigung finden, weil aus einer anderen Entscheidung ein Verstoß gegen das Verbot doppelter Bestrafung folgen würde. Diese Vorgaben muss jede Entscheidung der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst beachten.

3. Ableitungen

In dem Bewusstsein, dass es sich um ein vom Gesetzgeber nicht vorher gesehenes Problem handelt und die soeben beschriebenen Vorgaben stets zu beachten sind, ist nun nach einem Weg zu suchen, der sich in die Regeln der §§ 53 ff. StGB einfügt. Das ist durchaus möglich. Freilich setzt das eine vorurteilsfreie Betrachtung des Regelwerks und ein Ausblenden der Überlegungen voraus, die zur Annahme einer Zäsur führen. Die Aufgabe besteht dabei darin, die Konkurrenz ausgehend von den sonstigen Vorgaben des Gesetzes oder mit Hilfe zu entwickelnder Kriterien zu entscheiden. Mit dieser Vorgabe lässt sich aus den einzelnen in den §§ 53 ff. StGB enthaltenen Regeln für jede denkbare Fallgestaltung eine befriedigende Lösung ableiten. Das gilt erneut sowohl für die Konkurrenz des § 53 Abs. 1 StGB mit § 55 Abs. 1 S. 1 StGB als auch für die Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst.

a) Die Reduktion des Problems

Aus der stets bestehenden Notwendigkeit zur Bildung zweier Gesamtstrafen mit den soeben dargelegten Eigenschaften folgt eine überaus hilfreiche Reduzierung der Aufgabe. Sie besteht jetzt nicht mehr darin, aus allen denkbaren Kombinationsmöglichkeiten die mit den §§ 53 ff. StGB am ehesten in Einklang zu bringende zu ermitteln. Die Frage ist jetzt allein noch, mit welcher Tat die auf jeden Fall in eine Gesamtstrafe einfließende Straftat B eine Gesamtstrafe bilden muss.

Bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB kann die Lösung nur darin bestehen, für die vor der Erstverurteilung liegende und noch offene Straftat B eine Gesamtstrafe mit der bereits abgeurteilten Straftat A oder der noch offenen Straftat C zu bilden. Nichts anderes gilt bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich

selbst: Die Strafe für die vor der Erstverurteilung liegende Straftat B ist auf jeden Fall in eine Gesamtstrafe aufzunehmen, entweder mit der bereits verhängten Strafe für die Straftat A oder mit der Strafe für die Straftat C. Die Anzahl der noch denkbaren Lösungsvarianten verringert sich damit ganz erheblich. Das bildet den Hintergrund bei der nunmehr in Angriff zu nehmenden Aufgabe, die nach dieser Vorgabe zu entscheidende Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung aus dem Gesetz abzuleiten.

b) Ableitungen aus § 54 StGB

Für einen Großteil der überhaupt denkbaren Fallgestaltungen lässt sich die Entscheidung der Konkurrenz nunmehr aus § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB ableiten. Die Vorschriften finden bei einer Gesamtstrafenbildung sowohl auf § 53 Abs. 1 StGB als auch auf § 55 Abs. 1 S. 1 StGB Anwendung. Daraus folgt, dass es für die Bildung der Gesamtstrafe darauf ankommt, welche die schwerste und damit „führende“ Einzelstrafe ist. Mithin ist zunächst für jede einzelne Straftat – gegebenenfalls nach vorheriger Subsumtion unter § 52 StGB – eine Strafe zu bilden. Die höchste danach gebildete Einzelstrafe ist gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB der Ausgangspunkt im Rahmen der Gesamtstrafenbildung.

Die weitere Frage ist dann, mit welcher der beiden anderen Strafen eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Die Antwort darauf hängt zunächst davon ab, ob die höchste Einzelstrafe für eine der beiden nicht miteinander gesamtstrafenfähigen Strafen A und C ausgesprochen wurde. Ist das der Fall, ist die Konkurrenz entschieden. Denn der höchsten Einzelstrafe ist damit von § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB die Aufgabe zugewiesen, die Basis für die Gesamtstrafenbildung mit der Strafe für Straftat B zu stellen, weil diese zwingend in eine Gesamtstrafe einfließen muss. Das entscheidet die Konkurrenz entweder zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB oder die Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst. Daraus folgt ein erster Grundsatz zur Entscheidung der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung: Ist eine der beiden Strafen für die Straftaten A und C (die miteinander auf keinen Fall eine Gesamtstrafe bilden können) höher als die Strafe für die Tat B (die auf jeden Fall in eine Gesamtstrafe einfließen muss), wird zwischen der höchsten Strafe für die Straftat A oder C und der Straftat B unter Führung der höchsten Strafe eine Gesamtstrafe gebildet. Diese Entscheidung der Konkurrenz führt weiter dazu, dass die zwingend in eine Gesamtstrafe mündende Strafe für die Straftat B mit der noch offenen Einzelstrafe in keine weitere Gesamtstrafe mehr einfließen kann, weil das zu einer Doppelbestrafung der Straftat B führen würde. Die nach der Gesamtstrafenbildung noch offene Einzelstrafe bleibt vielmehr daneben gesondert bestehen.

Wird für die zwingend einer Gesamtstrafe zuzuführende Straftat B die höchste Strafe verhängt und beansprucht sie damit gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB selbst die Führung bei der Bildung einer Gesamtstrafe mit einer der beiden anderen Einzelstrafen für die Straftaten A oder C, lässt sich die Lösung aus § 54 Abs. 2 StGB ableiten. Aus der Vorschrift ergibt sich ein Begünstigungswille des Gesetzgebers durch die Gesamtstrafenbildung. Er wirkt sich dahin aus, dass an-

ders als bei der Vollstreckung einzelner Strafen die Summe der Einzelstrafen bei der Gesamtstrafenbildung nicht erreicht werden darf und 15 Jahre bzw. eine einzige lebenslängliche Freiheitsstrafe die absoluten Höchstgrenzen für eine Gesamtstrafe sein sollen. Das erlaubt es, dem Täter bei bestehender und nicht anders lösbarer Konkurrenz die höchstmögliche Begünstigung zukommen zu lassen. Sie besteht in der Gesamtstrafenbildung zwischen der für die zwingend in eine Gesamtstrafe einzubindende Straftat B ausgerichteten Einzelstrafe und der nächst schweren Strafe. Handelt es sich – bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 S. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB – dabei um die bereits abgeurteilte Straftat A, gewinnt § 55 Abs. 1 S. 1 StGB die Konkurrenz, sonst gebührt § 53 Abs. 1 StGB durch eine Gesamtstrafenbildung mit der Straftat C der Vorrang. Bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst kommt es ebenfalls darauf an, welche Straftat der beiden noch zu behandelnden Straftaten A und C die nächst schwere ist. Die schwerere von beiden ist mit der zwingend eine Gesamtstrafe verlangenden und in diesem Fall auch schwersten Straftat B in eine Gesamtstrafe aufzunehmen. Die in beiden Konkurrenzsituationen noch offene und mildeste Strafe wird hingegen als gesonderte Einzelstrafe verhängt und vollstreckt. Das ist zugleich der zweite Grundsatz zur Entscheidung der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung.

Ungeklärt ist danach noch, zu welcher Rechtsfolge es bei gleicher Höhe der miteinander nicht verbindbaren Einzelstrafen für die Straftaten A und C kommt, wenn sie schwerer oder leichter oder gleich schwer wiegen als die unbedingt in eine Gesamtstrafe einzubindende Straftat B. Dabei handelt es sich zumindest teilweise zugleich um ein allgemeines Problem der Subsumtion unter § 54 Abs. 1 S. 2 StGB, denn auch anlässlich einer konkurrenzlosen Gesamtstrafenbildung kann es vorkommen, dass für zwei Straftaten identische Strafhöhen ausgesprochen werden, die jeweils die Führung bei der Gesamtstrafenbildung beanspruchen. Der Fall ist im ausschließlichen Zusammenhang mit § 54 Abs. 1 S. 2 StGB allerdings – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden, vermutlich weil bislang noch kein Tatrichter dieses Problem herauf beschwören wollte. Auch das führt jedoch nicht in unüberwindbare Schwierigkeiten, weil es bei Identität der beiden nicht zu verbindenden Strafen für die Straftaten A und C oder Identität sämtlicher Einzelstrafen für die Straftaten A, B und C dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben kann, die Konkurrenz zu entscheiden. Dabei wird der Tatrichter sich – im Rahmen eines dritten Grundsatzes zur Entscheidung der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung – leiten lassen können vom zeitlichen Abstand der Taten oder einer etwaigen Deliktsähnlichkeit einzelner Straftaten. Ein grundlegendes Problem würde sich in keiner der beschriebenen Konstellationen stellen, um zu einer sachgerechten und mit dem Gesetz zu vereinbarenden Lösung zu gelangen. Es kommt stets zur Bildung zweier Strafen mit der Strafe für die Straftat B als zwingendem Bestandteil einer Gesamtstrafe, während für die nicht in eine Gesamtstrafe einfließende Straftat eine gesonderte Einzelstrafe zu verhängen ist.

4. Ergebnisprüfung

Das vorgestellte Modell lässt sich nicht nur mühelos aus dem Gesetz ableiten und hat damit eine sichere dogmatische Grundlage. Es führt überdies zu widerspruchsfreien und sachgerechten Ergebnissen. Das gilt in sämtlichen in Betracht kommenden Fällen, und zwar auch und gerade in den weiter oben beschriebenen Beispielfällen.

a) Hohe Freiheitsstrafen bei relativ geringfügiger weiterer Verurteilung

In den diesbezüglichen Entscheidungen des BGH⁶² wäre eine sachgerechte Lösung einfach zu finden gewesen. Das gilt sowohl bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB als auch bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst.

Die Strafe wäre im ersten Beispiel bei der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB⁶³ zu bilden gewesen unter Beachtung der verhängten Einzelstrafen für die zuerst verurteilte Straftat A von sechs Monaten Freiheitsstrafe, dem vor der Erstverurteilung begangenen, aber zu diesem Zeitpunkt unentdeckten Tötungsdelikt B (12 Jahre Freiheitsstrafe), und den weiteren Einzelstrafen für die nach der Erstverurteilung begangenen Taten C 1 und C 2 von erneut 12 Jahren und 11 Jahren (bzw. neun Jahren nach erfolgter Zurückverweisung). Die beiden letzten Einzelstrafen waren gemäß § 53 Abs. 1 StGB ohne Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB auf jeden Fall innerhalb einer Gesamtstrafe zu ahnden und durften unter keinen Umständen in eine Gesamtstrafe mit der bereits verhängten Freiheitsstrafe von sechs Monaten für die abgeurteilte Straftat A eingehen. Unter Zugrundelegung des oben Gesagten wäre noch zu entscheiden gewesen, die Einzelstrafe für das erste Tötungsdelikt B entweder in eine Gesamtstrafe mit den bereits verhängten sechs Monaten Freiheitsstrafe für die Straftat A oder mit den beiden weiteren Einzelstrafen für die Straftaten C 1 und C 2 einfließen zu lassen. Nachdem sowohl die Einzelstrafe für das erste Tötungsdelikt B als auch die Einzelstrafe für die Tat C 1 nach der Erstverurteilung 12 Jahre betragen, wäre die Entscheidung der Konkurrenz wahlweise § 54 Abs. 1 S. 2 StGB oder § 54 Abs. 2 StGB zu entnehmen gewesen. Sowohl eine Führung des ersten Tötungsdelikts B als auch eine Führung des zweiten Tötungsdelikts C 1 führt zu dem Ergebnis, dass § 53 Abs. 1 StGB die Konkurrenz mit § 55 Abs. 1 S. 1 StGB für sich entscheidet:

Die Annahme der Führung der für das erste Tötungsdelikt B zu bildenden Einzelstrafe von 12 Jahren ergibt die Notwendigkeit einer Gesamtstrafe mit der nach der Erstverurteilung begangenen Straftat C 1 als härtester daneben stehender Strafe mit Blick auf den in § 54 Abs. 2 StGB enthaltenen Begünstigungsgrundsatz. Die Strafe für die Straftat C 2 wäre gemäß der sich aus § 53 Abs. 1 StGB ergebenden und konkurrenzlosen Verbindung zu der für die Straftat C 1 gebildeten Einzelstrafe ebenfalls in dieser Gesamtstrafe abzugelten gewesen.

⁶² BGHSt 33, 367 und BGH NSTZ 1999, 182.

⁶³ BGH NSTZ 1999, 182.

Die auf § 54 Abs. 1 S. 2 StGB gegründete Annahme der Führung der Einzelstrafe von 12 Jahren für die Straftat C 1 hätte im Ergebnis ebenfalls zu einer Gesamtstrafe für die Taten C 1, B und C 2 gemäß § 53 Abs. 1 StGB geführt. Das Gericht hätte also dahin stehen lassen können, ob die Strafe für die älteste Straftat B oder die nach der Erstverurteilung liegende Einzelstrafe von 12 Jahren für die Straftat C 1 bei der Gesamtstrafenbildung führend sein soll. Ergebnis wäre auf jeden Fall eine Gesamtstrafe für die drei Tötungsdelikte von bis zu 15 Jahren gewesen, während die Freiheitsstrafe von sechs Monaten daneben stehen geblieben wäre. Das wäre für die in Rede stehenden Taten ein sachgerechtes Ergebnis gewesen, vor allem frei von den Zufälligkeiten des Vollstreckungsstandes betreffend die vergleichsweise geringfügige Verurteilung zu sechs Monaten Freiheitsstrafe.

Die Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst wäre in dem erörterten Beispielfall⁶⁴ ebenfalls problemlos lösbar gewesen. Die Verurteilung für die Straftat B zu 13 Jahren hätte die Führung beansprucht. Die Tat stammte aus dem Jahr 1981 und damit aus einer Zeit vor der ersten Verurteilung, so dass sie mit beiden späteren Verurteilungen gesamtstrafenfähig war. Sie hätte also entweder mit der danach begangenen und 1982 abgeurteilten Tat A (zwei Jahre Freiheitsstrafe) oder mit der 1983 begangenen und 1984 abgeurteilten Tat C (zehn Jahre Freiheitsstrafe) durch eine Gesamtstrafe geahndet werden müssen, während die Straftaten A und C nicht gesamtstrafenfähig waren. Das hätte auf der Grundlage der hier entwickelten Rechtssätze zu einer nachträglichen Gesamtstrafe zwischen der Einzelstrafe von 13 Jahren für die Straftat B und der nächst schweren Einzelstrafe von zehn Jahren für die Straftat C geführt. Die daneben noch bestehende Freiheitsstrafe von zwei Jahren für die Straftat A wäre gesondert zu vollstrecken gewesen.

b) Bewährungschance wegen weiterer Verurteilung

Auch die Entscheidung des LG Leipzig⁶⁵ birgt ausgehend von den oben dargelegten Rechtssätzen keine Probleme mehr auf dem Weg zu einer sachgerechten Lösung. Auch in diesem Fall gebührt § 53 Abs. 1 StGB der Vorrang vor § 55 Abs. 1 S. 1 StGB. Denn der nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH zur Zäsur führende Strafbefehl für die Straftaten A bzw. A* hatte im Vergleich zu beiden vor bzw. danach liegenden Taten B und C das geringste Gewicht. Es hatte sich bei den Strafen für die Straftaten A und A* um Geldstrafen gehandelt, während die Strafen für die Straftat B ein Jahr und zwei Monate und für die Straftat C ein Jahr und zehn Monate betragen hatte. Folglich wäre die Gesamtstrafe gemäß § 53 Abs. 1 StGB aus den vor und nach der Erstverurteilung liegenden Straftaten B und C unter Führung der höchsten Strafe, der für die Straftat C, zu bilden gewesen. Die Geldstrafe aus dem rechtskräftigen, aber noch nicht vollstreckten Strafbefehl für die Straftat A* wäre daneben stehen geblieben. Das hätte den Angeklagten und den *Verf.* als dessen Verteidiger zwar nicht gerade gefreut, weil es nicht mehr zu einer Bewährung hätte kommen können. Die Frage der Bewährungsfähigkeit

stellt sich bei der Entscheidung der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung jedoch nicht. Sie stellt sich erst – und nur dann – wenn die Regeln zur Strafenbildung in eine bewährungsfähige Strafe geführt haben.⁶⁶ Es ergibt sich aus diesem Nachteil also kein Argument gegen die hier vertretene Auffassung.

Nichts anderes gilt schließlich bei der analog vorstellbaren Begünstigung bei mehreren Vorverurteilungen. Eine bereits gebildete und die Grenze der Bewährungsfähigkeit erreichende Gesamtstrafe mit einer relativ geringfügigen Strafe aus einer Erstverurteilung führt nicht länger zu einer Zäsur und der damit einher gehenden Möglichkeit, für die noch zu bildende Einzelstrafe in einem Rahmen zu bleiben, der eine erneute Bewährungsstrafe erlaubt.

c) Denkbare andere Zufallswirkungen

Die hier aufgestellten Grundsätze sind selbstverständlich auch noch darauf zu überprüfen, ob die eliminierten Zufälle nicht durch andere ersetzt werden. Das ist indes nicht der Fall. Das gilt in sämtlichen denkbaren Fällen der Konkurrenz des § 53 Abs. 1 StGB mit § 55 Abs. 1 S. 1 StGB bzw. der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst.

Bei der Konkurrenz des § 53 Abs. 1 StGB mit § 55 Abs. 1 S. 1 StGB kann es zu dem vom BGH so genannten Gesamtstrafenübel nur noch dann kommen, wenn das vom Gesetzgeber auch so gewollt ist. Denn eine derartige Rechtsfolge ist nur noch möglich, wenn die nicht verbindbaren Strafen jeweils entsprechend hoch sind. Das setzt aber voraus, dass der Angeklagte zu einer hohen Freiheitsstrafe verurteilt wurde und danach eine Straftat begeht, die eine ebenso hohe Freiheitsstrafe rechtfertigt. Von einem Gesamtstrafenübel kann in derartigen Fällen keine Rede sein, denn wer etwa als verurteilter Mörder im Gefängnis erneut mordert, kann sich über eine weitere lebenslange Freiheitsstrafe nicht wirklich beschweren.

Nichts anderes gilt bei der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst. Extrem hoch anmutende Strafen sind auch hier nur möglich, wenn die beiden von Gesetzes wegen nicht verbindbaren Freiheitsstrafen eine entsprechende Höhe erreichen. Das ist aber parallel zur Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 S. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB nur der Fall, wenn der Täter nach einer Verurteilung zu einer hohen Freiheitsstrafe eine weitere Straftat begeht, die eine ähnlich hohe Freiheitsstrafe begründet. Es ist nicht erkennbar, was in derartigen Fällen dagegen sprechen könnte, dass es zu nebeneinander zu vollstreckenden hohen Freiheitsstrafen kommt.

Eine Bewährungschance wegen einer weiteren Verurteilung ergibt sich nach Maßgabe der obigen Ausführungen in keiner denkbaren Konstellation. Auch ist nicht erkennbar, dass die Rechtsfolgen einer Tat vom Stand der Ermittlungen in anderer Sache oder vom Vollstreckungsstand abhängen. Andere dem Zufall geschuldete Ergebnisse sind ebenfalls nicht ersichtlich.

⁶⁴ BGHSt 33, 367.

⁶⁵ LG Leipzig, Urt. v. 1.9.2006 – 12 Ns 306 Js 69499/04.

⁶⁶ Vgl. erneut Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 55 Rn. 13.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

1. Zusammenfassung

Die Annahme einer Zäsur durch die Erstverurteilung hat sich als haltlos erwiesen. Sie entbehrt einer dogmatischen Grundlage und führt zu Ergebnissen, die weder schlüssig noch erträglich sind. Hingegen ermöglicht das hier entwickelte Modell für eine Regelung der Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung in allen denkbaren Fällen eine aus dem Gesetz abzuleitende Entscheidung der Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB bzw. der Konkurrenz des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst. Es lässt sich in folgenden Aussagen zusammenfassen:

1. Die Konkurrenz der Regeln zur Gesamtstrafenbildung führt bei einer Konkurrenz zwischen § 53 Abs. 1 StGB und § 55 Abs. 1 S. 1 StGB oder des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB mit sich selbst stets zu einer Gesamtstrafe zwischen der vor der Erstverurteilung begangenen, aber nicht den Gegenstand der Erstverurteilung bildenden Straftat B und entweder der bereits abgeurteilten Tat A oder der jüngsten Tat C. Daneben verbleibt es bei einer gesondert zu verhängenden und vollstreckenden Einzelstrafe für die nicht in die Gesamtstrafe einfließende Taten A oder C. Eine gegebenenfalls bereits gebildete Gesamtstrafe in einem früheren Verfahren ist aufzulösen, um diese Folgen herbei zu führen.

2. Wird die vor der Erstverurteilung liegende, aber nicht den Gegenstand dieser Verurteilung bildende Straftat Tat B mit der schärfsten Strafe geahndet, wird für diese eine Gesamtstrafe mit der nächst schweren Strafe gebildet. Handelt es sich dabei um die Strafe für die bereits abgeurteilte Straftat A, wird mit ihr eine Gesamtstrafe gebildet, sonst mit der für die jüngste Straftat C gebildeten Strafe.

3. Wurde die mit der Erstverurteilung abgeurteilte Tat A mit der schärfsten Strafe geahndet, ist unter Führung der Strafe für die Tat A gemeinsam mit der vor der Erstverurteilung begangenen Straftat B eine Gesamtstrafe zu bilden. Für die Tat C ist eine gesonderte Strafe zu verhängen. Entsprechend übernimmt die Strafe für die Straftat C die Führung bei einer Gesamtstrafenbildung mit der Straftat B, wenn die Strafe für die Straftat C die schwerste ist. In diesem Fall ist die für die Straftat A in der Erstverurteilung bereits gebildete Einzelstrafe gesondert zu vollstrecken.

4. Bei gleicher Strafhöhe der miteinander nicht verbindbaren oder sämtlicher Einzelstrafen für die Straftaten obliegt es tatrichterlichem Ermessen, einer der Strafen eine Führungsrolle im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB zuzuweisen, um gemeinsam mit einer weiteren Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden. Es ist dabei jedoch zu beachten, dass es keinesfalls zu einer gemeinsamen Strafe für die unter keinen Umständen miteinander verbindbaren Straftaten A und C kommt.

5. Die Aufgabe des Trichters besteht nach allem darin, gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB die höchste Einzelstrafe festzustellen, um ausgehend davon die Strafen auszumachen, die mit dieser höchsten Einzelstrafe nach Maßgabe des § 53 Abs. 1 StGB oder des § 55 Abs. 1 S. 1 StGB gesamtstrafenfähig sind. Unter den danach nicht gesamtstrafenfähigen Strafen ist die Prozedur zu wiederholen mit der Maßgabe, dass bereits verarbeitete Einzelstrafen auch dann nicht mehr für

die Bildung einer Gesamtstrafe zur Verfügung stehen, wenn der Wortlaut der §§ 53 Abs. 1 StGB oder 55 Abs. 1 S. 1 StGB das erlaubt.

2. Ausblick

Der BGH wird dieses Modell hoffentlich aufgreifen und die Rechtsprechung zur Zäsurwirkung aufgeben. Es hat eine gesunde Basis, liefert widerspruchsfreie Ergebnisse und befreit den Angeklagten aus den Klauen des Zufalls der Geschwindigkeit des Strafverfahrens bzw. der Strafvollstreckung. Die Frage, ob ein Täter zu 15 oder bis zu 30 Jahren verurteilt wird, hängt danach nicht mehr davon ab, ob er zwischen der Begehung verschiedener Kapitalverbrechen irgendwann einmal wegen einer Sachbeschädigung, Beleidigung oder fahrlässigen Körperverletzung einen Strafbefehl von vielleicht – wenig praxisnah, theoretisch aber immerhin denkbar – 5 Tagessätzen zu € 1 (vgl. § 40 StGB) erhalten hat und die Strafe bis zum Ende der Hauptverhandlung nicht bezahlen konnte oder wollte. Es wäre auch ausgeschlossen, dass sich die Aussicht auf eine Bewährungsstrafe daraus ergeben könnte, dass der Angeklagte zwischen der Begehung zweier Straftaten wegen einer weiteren verurteilt wurde und deren Vollstreckung bis zum neuerlichen Urteil böswillig vereitelt. Erledigen würden sich übrigens auch weite Teile des vom BGH entwickelten Systems des im Rahmen der Subsumtion unter die §§ 53 ff. StGB vorzunehmenden Härteausgleichs. Auch die Korrektur eines Urteils wegen eines sonst zu konstatierenden Gesamtstrafenübels wäre überflüssig, weil sich die Möglichkeit der sachgerechten Bestrafung aus der dafür vorgesehenen Quelle ergäbe: dem Gesetz.