

Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen

Prof. Dr. Thomas Rönnau und Wiss. Assistent Dr. Kilian Wegner*

I. Einführung

In der medialen Berichterstattung wird häufig der Eindruck erweckt, dass Strafprozesse sich nur mit einzelnen, leicht überschaubaren Gesetzesverletzungen befassen („24-Jähriger wegen Raubes verurteilt“). Angesichts der vielen Tatbestände und Tatbestandsvarianten, die der Besondere Teil des StGB enthält, ist bei näherer Betrachtung jedoch selbst in simpel gelagerten Fällen oft eine Vielzahl von Normen betroffen. So kann etwa ein klassischer Banküberfall mit einer Pistole die Tatbestände der §§ 240 I, 241, 242 I, 244 I Nr. 1 Buchst. a, 246 I, 249, 250 I Nr. 1 Buchst. a, 250 II Nr. 1, 253 I, 255 (nebst § 51 I WaffG) verwirklichen; zahlreiche weitere Strafnormen sind verletzt, wenn jemand bei dem Überfall zu Schaden kommt oder auf einer etwaigen Flucht zusätzliches Unrecht begangen wird.

Die sich damit aufdrängende Frage, aufgrund welcher der verwirklichten Tatbestände welche der gesetzlich angedrohten Strafen verhängt werden muss, ist seit Langem im Streit, wo-

Rönnau/Wegner: Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen (JuS 2021, 17)

18

bei die Debatte sich zwischen zwei (theoretischen) Extrempositionen bewegt: Auf der einen Seite steht das Kumulationsprinzip, wonach gemäß dem Satz *quot crimina, tot poena* („Für jede Straftat eine Strafe“) für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen jeweils eine Strafe festgesetzt und sodann alle Strafen addiert werden. Das Gegenteil lässt sich erreichen, wenn lediglich der schwerste Tatbestand zur Anwendung kommt und alle anderen Delikte vollständig unberücksichtigt bleiben (sog. *Absorptionsprinzip* nach lat. *absorbere*, „einsaugen, verschlingen“).

Im geltenden deutsche Strafrecht hat sich mit den §§ 52, 53 (die durch einige ungeschriebene Regeln zur sog. *Gesetzeskonkurrenz* ergänzt werden) ein Konkurrenzrecht entwickelt, das keines der genannten Prinzipien in Reinform vorsieht, sondern differenziert an das Konkurrenzproblem herangeht. (Nicht nur) viele Studenten lassen sich von der (vermeintlichen) Komplexität dieser Regeln abschrecken und meiden das Thema soweit wie möglich – zu Unrecht! Denn *erstens* führen in juristischen Prüfungen zumeist schon knappe Erwägungen zu den Konkurrenzen zu einer deutlichen (!) Aufwertung der Prüfungsleistung. *Zweitens* hilft ein Verständnis der Konkurrenzlehre dabei, das Gutachten zu strukturieren und überflüssige Ausführungen zu Tatbeständen zu vermeiden, auf die es zB wegen vorrangig zu prüfender speziellerer Vorschriften im Ergebnis gar nicht ankommt. *Drittens* handelt es sich bei der Konkurrenzlehre bei näherer Betrachtung keineswegs um eine unzugängliche „Geheimwissenschaft“, sondern um ein (Teil-)Rechtsgebiet, das sich durch die Kenntnis einiger wesentlicher Grundstrukturen und -prinzipien zügig erschließen lässt. Dabei soll dieser Beitrag helfen.

II. Ziele einer strafrechtlichen Konkurrenzlehre

Während andere Bereiche des AT wie zB die Regeln über den Irrtum oder den Versuch konkrete Vorgänge in der Lebenswelt betreffen, die man sich leicht vorstellen kann (zB die Verwechslung einer Person bei einem Hinterhalt oder einen mangels Beute gescheiterten Raub), trifft das Konkurrenzrecht eine abstrakte Regelung zu einem abstrakten Vorgang (nämlich dem Auftreten mehrerer Straftatbestandsverwirklichungen), was das Verständnis erschwert. Hilfreich kann es daher sein, wenn man sich zunächst vor Augen führt, welches Ziel mit Konkurrenzregeln im

Strafrecht überhaupt verfolgt wird: Es gilt zu entscheiden, wie sich mehrere von einem Täter begangene Strafgesetzerletzungen auf den Schuldspruch, die Bestimmung des Strafrahmens und die Zumessung der Strafe auswirken. Jede Konkurrenzdogmatik, die diesem Ziel dient, hat nach hM drei Anforderungen zu erfüllen:

Einerseits muss bei der Verwirklichung mehrerer Tatbestände verhindert werden, dass derselbe schuldrelevante Umstand (zB das Mit-sich-Führen einer Waffe bei der Tatbegehung) mehrfach zu Gunsten oder zu Lasten des Täters gewertet wird (etwa durch Anwendung mehrerer Tatbestände auf denselben Sachverhalt, die – neben anderen Voraussetzungen – alle das Mit-sich-Führen einer Waffe unter Strafe stellen). Dieses Prinzip, das sich letztlich aus den Grundsätzen *nulla poena sine culpa* und (speziell bei Mehrfachverwertung von belastenden Umständen) *ne bis in idem* ableiten lässt, nennt man *Mehrfachverwertungsverbot*.

Andererseits ist sicherzustellen, dass kein schuldrelevanter Umstand bei der Bestrafung des Täters unberücksichtigt bleibt und insbesondere auch im Schuldspruch zum Ausdruck gebracht wird (Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs). Dieses sog. *Ausschöpfungsgebot* findet seine Grenzen jedoch dort, wo Umstände betroffen sind, die zwar einen zusätzlichen Unrechtsgehalt verkörpern, deren Berücksichtigung im Schuldspruch oder in der Strafzumessung wegen ihrer relativen Bedeutungslosigkeit jedoch unangemessen, wenn nicht gar lächerlich erschiene. Das Standardbeispiel für eine solche *quantité négligeable*, die nach dem Grundsatz *de minimis non curat praetor* bei der Bestrafung des Täters sinnvollerweise außer Betracht bleibt, stellt die Sachbeschädigung dar, die bei einer Tötung mit einem Messer an der Kleidung des Getöteten begangen wird: Anklage und Schuldspruch im Namen des Volkes lauten hier richtigerweise nur auf Totschlag oder Mord. Wo die angemessene Grenze zwischen vollständiger Sachverhaltsausschöpfung und opportuner Auslassung im Einzelfall zu verlaufen hat, kann allerdings unterschiedlich beurteilt werden.

Drittens muss ein Konkurrenzrecht in Strafsachen respektieren, dass der Gesetzgeber – trotz immer wiederkehrender Forderungen seiner Abschaffung – im Erwachsenenstrafrecht am Prinzip des Tatschuldrechts festhält. Damit ist gemeint, dass die Konkurrenzlehre in der Lage sein muss, Straftaten voneinander abzugrenzen und ihrem jeweiligen Schuldgehalt nach zu sanktionieren. Das beispielsweise im Jugendstrafrecht gewählte Modell der Einheitsstrafe (vgl. § 31 JGG), bei der alle verwirklichten Tatbestände zu einer einheitlich sanktionierten Tat zusammengefasst werden, steht damit als (vergleichsweise einfaches) Konkurrenzmodell nicht zur Verfügung.

III. Grundstruktur der Konkurrenzregeln im deutschen Strafrecht

Im deutschen Strafrecht manifestieren sich die genannten Prinzipien in den §§ 52, 53, die im Ausgangspunkt danach differenzieren, ob der Täter das Gesetz mehrfach durch eine Handlung oder durch mehrere Handlungen verletzt.

1. Tateinheit

Verletzt dieselbe Handlung das Gesetz mehrfach, liegt ein Fall der Tateinheit (aus historischen Gründen auch als Idealkonkurrenz bezeichnet) gem. § 52 I vor. Unterscheiden lassen sich hier die sog. *gleichartige Tateinheit*, bei der dasselbe Gesetz durch eine Handlung mehrfach verletzt wird (zB Tötung von zwei Menschen durch denselben Schuss), und die *ungleichartige Tateinheit*, bei der es um die Verletzung verschiedener Gesetze durch dieselbe Handlung geht (wie etwa beim Betrug und der Urkundenfälschung durch Vorlage eines manipulierten Gehaltsnachweises bei der Bank). Rechtsfolge ist in beiden Fällen, dass der Täter nur eine Strafe erhält, die sich nach dem Strafrahmen jenes Tatbestands bestimmt, der die schwerste Strafe androht (§ 52 II 1). Dadurch

werden die anderen verwirklichten Tatbestände aber nicht – im Sinne des eingangs genannten absoluten Absorptionsprinzips – vollständig „verschlungen“, sondern behalten Bedeutung. So muss das Gericht beispielsweise alle in Tateinheit verwirklichten Tatbestände im Schuldspruch aufführen und auch bei der Strafzumessung berücksichtigen (vgl. § 46 II unter den Gesichts-

Rönnau/Wegner: Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen (JuS 2021, 17)

19

punkten der „Art der Ausführung“ und der „verschuldeten Auswirkungen“ der Tat). Wenn einer der verwirklichten Tatbestände eine Mindeststrafe enthält, darf diese ferner bei der Bildung der Strafe nicht unterschritten werden (§ 52 II 2). Sieht einer der verwirklichten Tatbestände die Verhängung von Nebenstrafen, Nebenfolgen oder Maßnahmen der Besserung und Sicherung vor, kann (bei manchen Normen: muss) das Gericht diese anordnen.

2. Tatmehrheit

Sind dagegen mehrere Gesetze (oder ein Gesetz mehrfach) durch mehrere Handlungen verletzt (sog. *Tatmehrheit*, auch *Realkonkurrenz* genannt), greift § 53 I. Rechtsfolge ist hier, dass der Täter für jede Gesetzesverletzung einzelne Strafen erhält, die zu einer sog. *Gesamtstrafe* zusammengefasst werden. Diese Gesamtstrafe bildet man, indem die höchste der Einzelstrafen (sog. *Einsatzstrafe*) im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Taten verschärft wird (sog. *Asperation*, von lat. *asperare*, „schärfen, spitzen“). Das Gericht ist dabei nicht an den Strafraumen des Einsatzdelikts gebunden, sondern kann die Einsatzstrafe bis zur Summe der Einzelstrafen schärfen (maximal dürfen jedoch 15 Jahre Freiheitsstrafe und bei Geldstrafe 720 Tagessätze verhängt werden, § 54 II 2).

3. Wesentlicher Unterschied zwischen Tateinheit und Tatmehrheit

Schon bei diesem ersten Blick auf die §§ 52 ff. wird deutlich, dass die Annahme von Tateinheit, bei der das Gericht auf den Strafraumen des schwersten Delikts beschränkt ist, für den Täter günstiger ist als eine Anwendung von § 53, der es dem Gericht erlaubt, über den Strafraumen des schwersten Delikts noch hinauszugehen. Traditionell wird diese erhöhte Strenge bei Anwendung von Tatmehrheit damit begründet, dass es strafwürdiger sei, wenn sich ein Täter durch mehrere Handlungen immer wieder erneut gegen die Rechtsordnung auflehnt, als wenn er sich nur einmal zum Bruch der Rechtsordnung entschlossen hat und in diesem „schwachen Moment“ mehrere Gesetze verletzt.

Die damit formulierte Pauschalannahme, dass es stets strafwürdiger sei, mehrere Gesetze durch mehrere Handlungen statt durch nur eine Handlung zu verletzen, wurde in der Literatur jedoch zu Recht immer wieder kritisiert. Denn zum einen muss ein Täter, der das Gesetz durch eine Handlung mehrfach verletzt, zwar nur einmal die Hemmschwelle zur Verletzung von Rechtsgütern überschreiten; in vielen Fällen ist die Hemmschwelle bei der simultanen Rechtsgutsverletzung dafür aber auch höher, als wenn die Verletzungen auf mehrere Handlungen verteilt sind (zB wenn eine große Menge von Büroartikeln des Arbeitsgebers auf einmal gestohlen wird, anstatt dieselbe Menge über einen langen Zeitraum *peu à peu* mit nach Hause zu nehmen). Zudem hält es der Gesetzgeber zum Teil gerade für besonders strafwürdig, wenn der Täter zwei Gesetzesverletzungen räumlich und zeitlich eng miteinander verknüpft. Als Beispiel können hier die Nötigung und der Diebstahl gelten, die das Gesetz deutlich strenger ahndet, wenn sie im Rahmen eines Raubes final (oder nach Ansicht einer Meinung im Schrifttum: kausal) miteinander verknüpft zusammenfallen und nicht gestreckt und unabhängig voneinander begangen werden. Für die Rechtspraxis und damit auch die juristische Ausbildung ändert die Überzeugungskraft dieser Kritik allerdings nichts daran, dass *de*

lege lata an der Grundunterscheidung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit anhand der Differenzierung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit festzuhalten ist.

IV. Mehrere Gesetzesverletzungen durch eine Handlung: Tateinheit (§ 52 I StGB)

Wie schon dargelegt, setzt die Annahme von *Tateinheit* nach § 52 I voraus, dass der Täter durch eine Handlung (1) mehrere Gesetze oder ein Gesetz mehrfach (2) verletzt hat.

1. Handlungseinheit

Die Frage, wann mehrere Gesetzesverletzungen durch „dieselbe“ Handlung iSv § 52 I vorliegen, ist seit jeher umstritten und wird auch von der Rechtsprechung bis heute im Detail wechselhaft beantwortet. Ausgangspunkt der hM ist dabei die Vorstellung einer sog. *Handlung im natürlichen Sinne*. Darunter wird die durch einen Willensentschluss hervorgerufene Bewegung oder Kraftanstrengung eines Körperteils (zB eines Armes) bzw. eine durch Willensentschluss hervorgerufene pflichtwidrige Nichttätigkeit (beim Unterlassen) verstanden. Demnach begeht zwei Handlungen, wer mit der Hand schlägt und gleichzeitig mit dem Mund (also einem anderen Körperteil) Beleidigungen ausspricht. Dass dieses (pseudo-)naturalistische Handlungsverständnis weder biologisch haltbar ist (nicht zuletzt werden alle bewegten Körperteile zeitgleich durch dasselbe Hirn gesteuert) noch der sozialen Komplexität einer Straftat gerecht wird, wurde durch die Literatur – insbesondere von *Puppe* – zu Recht kritisiert. Im Normalfall wird es auf dieses unterschiedliche Grundverständnis des Handlungsbegriffs allerdings nicht ankommen, weil auch die hM – allen voran die Rechtsprechung – bei ihrem naturalistischen (engen) Ausgangspunkt nicht stehenbleibt, sondern anerkennt, dass mehrere Handlungen im natürlichen Sinne unter wertenden Gesichtspunkten zu einer Handlungseinheit iSv § 52 I zusammengefasst werden können. Hier wird traditionell zwischen der sog. *natürlichen Handlungseinheit* und Formen der sog. *rechtlichen Handlungseinheit* unterschieden.

a) Natürliche Handlungseinheit

Die Rechtsfigur der natürlichen Handlungseinheit fasst mehrere Handlungen (im natürlichen Sinne) zusammen, wenn diese auf Grund eines übergreifenden Tatentschlusses und ihres engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs bei natürlicher Betrachtung eine Handlung bilden. Die Rechtsprechung setzt sie – verwirrenderweise – in zwei völlig unterschiedlichen Konstellationen mit jeweils gegensätzlichen Rechtsfolgen ein.

aa) Natürliche Handlungseinheit als Abgrenzungskriterium zwischen einfacher Tatbestandsverwirklichung und gleichartiger Handlungseinheit

Zum einen ist die natürliche Handlungseinheit bei der *iterativen* (dh wiederholten) Begehung desselben Delikts von Bedeutung: Wenn ein Dieb in einem Laden in kürzester Zeit drei Sachen wegnimmt oder ein Täter den Verletzten sechs Mal ohrfeigt und zweimal mit dem Fuß tritt, dann lassen diese Verhaltensweisen sich bei wertender Betrachtung zu einer Verletzung des § 242 bzw. zu einer

Rönnau/Wegner: Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen (JuS 2021, 17)

20

Handlung gem. § 223 (ggf. iVm § 224) zusammenfassen, statt drei Fälle des Diebstahls bzw. acht Fälle der (gefährlichen) Körperverletzung anzunehmen. Nach ganz hM wird das Gesetz in dieser Konstellation nur einmal verletzt wird; es liegt also kein Konkurrenzfall vor, so dass § 52 nicht anwendbar ist.

bb) Natürliche Handlungseinheit als Abgrenzungskriterium zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit

Auf der anderen Seite verwendet die Rechtsprechung die Figur der natürlichen Handlungseinheit aber auch, um mehrere Tatbestandsverwirklichungen zu bündeln und die Anwendung des § 52 zu begründen. Das bekannteste Beispiel hierfür sind sog. *Polizeiflucht-Fälle*, bei denen der Täter während des Fluchtgeschehens durch gefährliche Fahrmanöver (etwa das Durchbrechen einer Straßensperre oder das Ausweichen auf den Gehweg) verschiedene Straftaten (zB nach den §§ 113, 114, 223 ff., 303 ff., 315 b ff.) begeht. Dass die Rechtsprechung hier häufig alle Delikte wegen des übergreifenden Motivs des Täters, sich der Strafverfolgung zu entziehen, zu einer natürlichen Handlungseinheit verbindet und den Täter nach § 52 verurteilt, wird in der Literatur nicht zu Unrecht als zweifelhafte Form der Einheitsstrafe kritisiert, die dem Prinzip des Tatschuldrechts zuwiderläuft.

cc) Keine natürliche Handlungseinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter

Regelmäßig ausgeschlossen ist die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit in beiden vorstehend genannten Konstellationen nach der Rechtsprechung dann, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter (Leben, Leib, Bewegungs- und Willensentschließungsfreiheit, sexuelle Selbstbestimmung) verschiedener Rechtsgutsträger betroffen sind. Wenn der Täter also zB erst einen anderen mit Faustschlägen traktiert, um sodann ein Messer zu ziehen und eine weitere Person zu stechen, soll trotz eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs nicht Handlungseinheit, sondern Handlungsmehrheit angenommen werden (*BGH*, NStZ-RR 2019, 211). Ausnahmsweise Handlungseinheit soll aber dann bestehen, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene, etwa bei mehreren Schüssen auf zwei Personen innerhalb weniger Sekunden ohne jegliche zeitliche Zäsur (*BGH*, NStZ-RR 2001, 82). Weil höchstpersönliche Rechtsgüter von mehreren Personen betroffen sind, liegt auch in dieser Situation aber nicht eine bloß einfache Tatbestandsverwirklichung (iSe *iterativen* Begehung desselben Delikts), sondern gleichartige Tateinheit vor. Der Täter würde also nicht einfach wegen Totschlags bestraft (wie es bei mehreren Schüssen auf dieselbe Person der Fall wäre), sondern wegen tateinheitlich begangenen zweifachen Totschlags gem. §§ 212 I, 52 I Var. 2.

b) Rechtliche Handlungseinheit

Mehrere Handlungen im natürlichen Sinne können nicht nur im Rahmen einer natürlichen Handlungseinheit, sondern auch durch unterschiedliche Formen rechtlicher Handlungseinheit zusammengefasst werden. Das Begriffspaar „natürlich“ / „rechtlich“ sollte dabei nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in jedem Fall normative Erwägungen sind, die über den Zuschnitt der Handlungseinheit entscheiden.

aa) Tatbestandliche Handlungseinheit

Von tatbestandlicher Handlungseinheit als Form der rechtlichen Handlungseinheit spricht man, wenn ein Tatbestand mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer rechtlich-sozialen Bewertungseinheit verbindet. Ein klassisches Beispiel hierfür ist der Raub, der den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels mit der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache verbindet. Ebenfalls eine tatbestandliche Handlungseinheit bildet die sukzessive (schrittweise) Tatbegehung, wie sie etwa bei § 238 (Nachstellung) zu beobachten ist: Um den Tatbestand zu erfüllen, muss der

Täter „beharrlich“ die von § 238 I umschriebenen Belästigungshandlungen vornehmen, die folglich – unabhängig von ihrem räumlich oder zeitlichen Zusammenhang – eine Handlungseinheit bilden.

Gleiches gilt für sog. *Delikte mit pauschalierender Handlungsbeschreibung*, die eine Vielzahl von Handlungen zu einer Handlungseinheit zusammenfassen. Typische Beispiele für solche Tatbestände sind die Beihilfe nach § 27, das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln iSv § 29 BtMG sowie die Beteiligung an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung nach den §§ 129, 129 a. Die tatbestandliche Handlungseinheit bezieht dabei aber grundsätzlich nur Verhaltensweisen ein, die nicht auch noch andere Tatbestände verwirklichen (s. näher unter bb).

In der Form der tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst wird zudem Verhalten, das die Voraussetzungen eines Dauerdelikts wie beispielsweise den Hausfriedensbruch (§ 123), die Freiheitsberaubung (§ 239) oder die Trunkenheit im Verkehr (§ 316) erfüllt. Die Handlungseinheit wird dabei auch durch ein vorübergehendes Aussetzen des tatbestandsmäßigen Verhaltens (zB im Rahmen eines rotlichtbedingten Anhaltens des trunkenen Fahrers bei § 316) nicht aufgehoben, wenn der Täter nicht auf Grund eines Zäsurereignisses (wie etwa eines Verkehrsunfalls) einen neuen Entschluss zur Weiterführung der Tat bilden muss.

bb) Handlungseinheit bei partieller Handlungsidentität

Von rechtlicher Handlungseinheit spricht man schließlich auch dann, wenn mehrere Tatbestandshandlungen zwar nicht vollständig zusammenfallen, sich jedoch überschneiden. Das kann etwa der Fall sein, wenn ein Tatbestand in der Beendigungsphase eines anderen Delikts verwirklicht wird. So hat der BGH etwa im Fall einer räuberischen Erpressung gegenüber einem Tankstellenwart, bei der der Täter auf der Flucht einen Verfolger zwecks Beutesicherung, aber auch zur Verdeckung seiner Täterschaft beinahe durch einen Schuss tötete, Handlungseinheit zwischen dem Geschehen in der Tankstelle (= räuberische Erpressung) und dem Schuss auf den Verfolger (= versuchter Mord) angenommen (BGH, NStZ 2004, 329 = JuS 2004, 927 [Kudlich]). Ein bloßes bewegungs- oder zeitgleiches Zusammenfallen der betroffenen Tatbestände genügt zur Annahme von rechtlicher Handlungseinheit jedoch nicht; vielmehr muss sich auch der Unrechtsgehalt der verwirklichten Delikte überschneiden, um die Anwendung des in § 52 manifestierten (eingeschränkten) Absorptionsprinzips zu rechtfertigen. Daher wird bei einem Zusammentreffen von Dauerdelikt und Zustandsdelikt (sei es ein Begehungs- oder Unterlassungsdelikt) von vielen zu Recht gefordert, dass beide Delikte in einer Mittel-Zweck-Relation stehen müssen. Handlungseinheit ist daher zB anzunehmen, wenn der Täter eine

Rönnau/Wegner: Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen (JuS 2021, 17)

21

andauernde Freiheitsberaubung (Dauerdelikt nach § 239) ausnutzt, um sexuelle Handlungen zu erzwingen (Begehungsdelikt gem. § 177 I). Dagegen liegt – anders als die Rechtsprechung zum Teil meint – Handlungsmehrheit vor, wenn in einem Auto Rauschgift transportiert wird und der Täter während der Fahrt eine Verkehrsgefährdung gem. § 315 c begeht, da beide Tatbestandsverwirklichungen keinen Unrechtsbezug zueinander haben.

Rechtliche Handlungseinheit wird von der Rechtsprechung ferner zwischen mehreren Tathandlungen angenommen, die zwar weder bewegungs- noch zeitgleich begangen werden, sich aber jeweils mit demselben dritten Delikt überschneiden, wodurch eine sog. *Verklammerung* eintritt. Dieses Phänomen kommt bei mehraktigen Delikten (zB dem Raub, wo zwischen dem Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme begangene zusätzliche Delikte [wie etwa eine Körperverletzung am Genötigten oder eine Sachbeschädigung am Schrank, der die Beute enthält] von § 249 zu einer Handlungseinheit verklammert werden können) sowie bei Dauer- und Organisationsdelikten vor und kann dazu führen, dass der Täter mit den Vorzügen des § 52 noch

dafür belohnt wird, wenn er neben mehreren (eigentlich in Handlungsmehrheit stehenden und daher zur Anwendung des täterungünstigen § 53 führenden) Tathandlungen noch ein weiteres (verklammerndes) Delikt begeht. Um dieses Problem einzudämmen, setzt der *BGH* für eine Verklammerung voraus, dass annähernde Wertgleichheit zwischen dem verklammernden Delikt und zumindest einem der verklammerten Delikte besteht oder dass das verklammernde Delikt das schwerste ist. Wenn daher beispielsweise ein Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 StVG) vier Kfz-Diebstähle (§§ 242, 243) verbindet, nimmt die Rechtsprechung eine sog. *Entklammerung* vor und spaltet die schweren Delikte (im Beispiel: die Kfz-Diebstähle) in mehrere Handlungen auf, die jeweils mit dem verbindenden Delikt in Tateinheit stehen (im Beispiel würde der Täter also wegen Diebstahls in vier Fällen, jeweils in Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis, verurteilt). In jüngeren Entscheidungen des *BGH* sind (zarte) Tendenzen erkennbar, sich von dem vielfach als logisch inkonsistent kritisierten Wechselspiel zwischen Ver- und Entklammerung zu lösen, und stattdessen Dauer- und Organisationsdelikte – im Fahrwasser von *Puppe* – von vornherein in einzelne Handlungen aufzuspalten, wenn während der Begehung des Dauer- oder Organisationsdelikts zugleich weitere Tatbestände verwirklicht werden (lesenswert: *BGHSt* 60, 308 = NJW 2016, 657). Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

2. Gesetzesmehrheit

a) Mehrfache Verletzung desselben Gesetzes

Wenn durch eine Handlung derselbe Tatbestand mehrfach erfüllt wird, liegt darin eine *gleichartige Tateinheit* iSv § 52 I Var. 2, sofern die Tatbestandsverwirklichungen nicht ausnahmsweise zeitlich und räumlich so eng beieinander liegen, dass bei wertender Betrachtung der Tatbestand nur einmal verwirklicht wurde und daher kein Konkurrenzfall vorliegt (s. schon IV 1 a) mit dem Beispiel kombinierter Hiebe und Tritte als einer Körperverletzung). Ein eindeutiger Fall der gleichartigen Tateinheit liegt etwa vor, wenn mehrere Personen durch einen Sprengsatz getötet werden. Im Urteilstenor wird gleichartige Tateinheit durch die Angabe einer Fallzahl gekennzeichnet (zB „Der Angeklagte wird wegen tateinheitlich begangenen sechsfachen Totschlags zu ... verurteilt“; teilweise wird synonym auch die Formulierung „sechs rechtlich zusammentreffende Fälle“ verwendet).

b) Verletzung mehrerer Gesetze

Dagegen verlangt die *ungleichartige Tateinheit* gem. § 52 I Var. 1, dass „mehrere Strafgesetze“ verletzt wurden. Dies erscheint trivial, wenn der Täter mehrere Tatbestände verwirklicht hat. Bei genauerem Hinsehen ist es jedoch denkbar, dass einer der verwirklichten Tatbestände das Unrecht bereits erfasst, das durch einen oder mehrere der anderen verwirklichten Tatbestände adressiert wird, so dass eigentlich nur „ein Strafgesetz“ verletzt wurde und kein Konkurrenzfall vorliegt (man spricht daher auch von „unechter“ Konkurrenz).

aa) Spezialität

Unmittelbar einleuchtend ist dies in Fällen der sog. *Spezialität*. Damit ist gemeint, dass die Verwirklichung eines (spezielleren) Tatbestands (a + b + c) zwingend die Verwirklichung eines anderen (allgemeinen) Tatbestands (a + b) miteinschließt. So sieht beispielsweise § 250 II Nr. 1 Var. 1 eine erhöhte Strafe vor, wenn der Täter eines Raubes bei der Tat eine Waffe verwendet. Gleichzeitig erfüllt dieses Verhalten stets auch das Merkmal des Bei-sich-Führens einer Waffe bei einem Raub iSv § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 1, da man eine Waffe nur verwenden kann, wenn man sie auch (zumindest ganz kurz) bei sich führt. Würden in einer solchen Situation sowohl § 250 II

Nr. 1 Var. 1 als auch § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 1 angewendet, verstieße das gegen das Mehrfachverwendungsverbot, weil alle Unrechtsmerkmale des § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 1 schon von § 250 II Nr. 1 Var. 1 abgedeckt werden. Nach der allgemeinen Regel *lex specialis derogat legi generali* wird § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 1 daher durch § 250 II Nr. 1 Var. 1 verdrängt; der Täter verletzt durch seine Handlung also nur ein Gesetz (hier § 250 II Nr. 1 Var. 1). In einer solchen Situation, die man als Gesetzeseinheit bezeichnen kann (zT ist auch von Gesetzeskonkurrenz die Rede, was allerdings eher verwirrt, weil ja gerade nicht mehrere Gesetze konkurrieren, sondern nur eines verletzt ist), wird § 52 StGB nicht angewendet. Vielmehr erscheint das verdrängte Gesetz (im Beispiel § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 1) weder im Schuldspruch noch wird es in der Strafzumessung berücksichtigt.

Die (noch) hM nimmt eine solche Gesetzeseinheit, die die Anwendung von § 52 trotz Vorliegens von Handlungseinheit ausschließt, nicht nur bei Spezialität, sondern auch noch in zwei weiteren Fallgruppen an:

bb) Subsidiarität

Von *Subsidiarität* wird gesprochen, wenn ein Tatbestand nur dann Geltung beansprucht, wenn nicht ein anderer Tatbestand eingreift (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).

Bei manchen Normen – wie etwa § 246 I, der seinem Wortlaut nach nur anwendbar ist, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“ – erwähnt das Gesetz diese Voraussetzung ausdrücklich (sog. *formelle Subsidiarität*). Teilweise ist dabei genau bezeichnet, welche Tatbestände Vorrang haben sollen (zB in § 145 d I mit Blick auf die §§ 164, 258, 258 a). An anderer Stelle wird nur pauschal auf „andere Vorschriften“ verwiesen. Dies ist nach richtiger

Rönnau/Wegner: Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen (JuS 2021, 17)

22

Auffassung so zu verstehen, dass sich die Subsidiarität auf Vorschriften beschränkt, die wenigstens teilweise dasselbe Rechtsgut schützen wie der subsidiäre Tatbestand oder mit ihm typischerweise verknüpft sind. Denn nur auf diese Weise wird dem Ausschöpfungsgebot ausreichend Rechnung getragen und das verwirklichte Unrecht im Schuldspruch korrekt abgebildet.

Neben der formellen Subsidiarität existiert nach hM auch eine *materielle Subsidiarität*, die im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet ist. Sie liegt vor, wenn der Täter auf Grundlage eines gleichbleibenden Willensentschlusses mehrere Straftatbestände verwirklicht hat, die verschiedene Angriffsstadien oder unterschiedlich intensive Angriffsarten auf dasselbe Rechtsgut erfassen, und die Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs es nicht erfordert, auch die weniger intensive Angriffsform zum Ausdruck zu bringen. Verdrängt werden danach etwa die Versuchsstrafbarkeit durch die Vollendungsstrafbarkeit, das (echte oder unechte) Unterlassungsdelikt durch das Begehungsdelikt, § 323 c durch das unechte Unterlassungsdelikt, die Anstiftung und die Beihilfe durch die Mittäterschaft sowie die Beihilfe durch die Anstiftung. In vielen dieser Fälle liegt jedoch – wie insbesondere *Puppe* zutreffend betont – bereits schon Spezialität vor (weil zB jede Vollendung einer Straftat notwendigerweise auch das unmittelbare Ansetzen zur Tat und damit einen Versuch einschließt; ferner erfüllt jeder Fall der Mittäterschaft auch die Voraussetzungen einer Beihilfestrafbarkeit), so dass die Rechtsfigur der materiellen Subsidiarität an dieser Stelle eigentlich überflüssig ist. Das gilt freilich nicht für Konstellationen, in denen das Unrecht der subsidiären Tat sich zwar mit dem vorrangigem Delikt überschneidet, aber nicht vollständig von ihm erfasst wird (wie zB im Verhältnis von Anstiftung zur Mittäterschaft, da nicht jeder mittäterschaftliche Tatbeitrag auch die Anstiftung eines anderen beinhaltet). In diesen Konstellationen ist die Annahme von Gesetzeseinheit aber gleichwohl zweifelhaft, da die subsidiären Gesetzesverletzungen nach hM nicht im Anklagesatz oder im Schuldspruch erwähnt werden, aber bei der Strafzumessung dennoch zu

berücksichtigen sind. Dadurch wird die Informationsfunktion von Anklagesatz und Schuldspruch unterminiert und der Angeklagte büßt nebenbei auch den Schutz des § 265 I StPO ein, wonach er auf jeden rechtlichen Gesichtspunkt, der zwar nicht in der Anklage erwähnt worden ist, aber gleichwohl zu seinen Lasten verwertet werden soll, zur Ermöglichung einer effektiven Verteidigung hinzuweisen ist. Besser wäre es in solchen Fällen daher, schlichtweg § 52 anzuwenden (so *Puppe* und letztlich auch der Gesetzeswortlaut).

cc) Konsumtion

Ähnlich zweifelhaft wie die Subsidiarität, aber gleichwohl weithin anerkannt und deshalb auch bei der Fallbearbeitung anzusprechen ist die *Konsumtion*. Unter diesem Topos sollen sog. *Begleitdelikte*, die zwar nicht stets, aber typischerweise neben einer vorrangigen Tatbestandsverwirklichung begangen werden, hinter dieser zurücktreten, wenn das vorrangige Delikt den Unrechtsgehalt der Tathandlung schon ganz überwiegend erfasst und eine Erwähnung im Schuldspruch daher verzichtbar erscheint. Zu denken ist hier an die schon eingangs erwähnte Sachbeschädigung, die zwar nicht immer, aber doch häufig bei einer Tötung durch Erschießung an der Kleidung des Verletzten begangen wird und gegenüber dem Tötungsunrecht nicht ins Gewicht fällt. Über solche klaren Fälle hinaus hat die Rechtsprechung die Anwendungsvoraussetzungen der Konsumtion nicht klar konturiert. So vertrat beispielsweise der *BGH* lange die Position, ein schwerer Bandendiebstahl nach den §§ 244 a I, 244 I Nr. 3, 243 I 2 Nr. 1 Var. 1 oder ein Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 I Nr. 3 Var. 1 konsumierten eine durch dieselbe Handlung begangene Sachbeschädigung, wenn diese im Einzelfall nicht vom typischen Verlauf eines Einbruchs abweicht. Angesichts der zahlreichen Unwägbarkeiten, die diese Abgrenzung mit sich bringt, hat das *Gericht* diese Position nunmehr aufgegeben und nimmt zwischen schwerem Bandendiebstahl bzw. Wohnungseinbruchdiebstahl und Sachbeschädigung Tateinheit an (*BGHSt* 63, 253 = NJW 2019, 1086).

Für die Annahme von Tateinheit in solchen Fällen sprechen auch grundsätzliche Einwände gegen die Rechtsfigur der Konsumtion, die (ähnlich wie die Subsidiarität) die prozessuale Position des Beschuldigten dadurch verkürzt, dass das verdrängte Delikt weder im Anklagesatz noch im Schuldspruch erwähnt wird und auch nicht der Hinweispflicht nach § 265 I StPO unterfällt, nach hM aber dennoch im Rahmen der Strafzumessung (gewissermaßen „heimlich“) verwertet werden kann. Den besseren Weg weist das Gesetz: Grundsätzlich greift § 52 I, weil der Täter durch dieselbe Handlung mehrere Gesetze verletzt. Sind dagegen eine oder mehrere Gesetzesverletzungen gegenüber gewichtigeren Tatbestandsverwirklichung(en) völlig unbedeutend (wie etwa die Sachbeschädigung an der Kleidung des erschossenen Verletzten), kann die Verfolgung gem. § 154 a StPO auf das bedeutsame Delikt beschränkt werden (sog. *prozessuale Lösung*).

V. Mehrere Gesetzesverletzungen durch mehrere Handlungen: Tatmehrheit (§ 53 I StGB)

Hat der Täter durch mehrere Handlungen mehrfach gegen das Gesetz verstoßen, greifen nach § 53 I die Regeln der Tatmehrheit mit der eingangs (III 2) schon skizzierten Rechtsfolge der Gesamtstrafe. Wie bei § 52 kann auch hier zwischen *gleichartiger* (= mehrere Handlungen verletzen dasselbe Gesetz; Tenor: „wird verurteilt wegen Körperverletzung in XY Fällen“) und *ungleichartiger Tatmehrheit* (= mehrere Handlungen verletzen mehrere Gesetze; Tenor: „wird verurteilt wegen vorsätzlicher Körperverletzung und Urkundenfälschung“) unterschieden werden. Anders als bei Handlungseinheit kann es bei Handlungsmehrheit keinen (echten) Fall der Gesetzeseinheit durch Spezialität geben, weil mehrere Handlungen zwangsläufig mehrfach das Gesetz verletzen. Die Gedanken der Subsidiarität und der Konsumtion überträgt die hM dagegen auch auf die Handlungsmehrheit und ist dabei mit Blick auf die Informationsfunktion von

Anklagesatz und Schuldspruch, die Beschuldigtenrechte nach § 265 I StPO und die vorzugswürdige prozessuale Lösung über §§ 154, 154a StPO ähnlichen Einwänden ausgesetzt wie bei der Handlungseinheit. Statt der Begriffe Subsidiarität und Konsumtion greift die hM in diesem Zusammenhang häufig auf die Termini der *mitbestraften Vor-* und *Nachtat* zurück, die zwar im Schuldspruch nicht erscheinen, der hM nach aber gleichwohl bei der Verschärfung der Einsatzstrafe im Rahmen der Gesamtstrafenbildung zu berücksichtigen sind.

1. Mitbestrafte Vortat

Typische Fälle einer *mitbestraften* (weil subsidiären) *Vortat* sind rechtlich selbstständige Vorbereitungshandlungen sowie

Rönnau/Wegner: Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen (JuS 2021, 17)

23

der Versuch gegenüber einer separat begangenen Tatvollendung, wenn alle Handlungen bei durchgängigem Tatvorsatz auf die Herbeiführung desselben Taterfolgs gerichtet sind (Beispiel: *T* versucht *O* zu erschießen, was jedoch misslingt, da *O* sich schnell genug in Sicherheit bringt. Weiterhin zur Tat entschlossen, hat *T* am nächsten Tag bei einem erneuten Anlauf Erfolg.). Dem Gedanken der Konsumtion folgend wird ferner zB die Unterschlagung eines Autoschlüssels, die der Vorbereitung eines Autodiebstahls dient, als mitbestrafte Vortat verdrängt.

2. Mitbestrafte Nachtat

Eine *mitbestrafte Nachtat* liegt vor, wenn der Täter den Erfolg der Haupttat oder die daraus erlangte Position durch eine selbstständige Tatbestandsverwirklichung zu sichern, auszunutzen oder zu verwerten versucht. Häufig genanntes Beispiel ist in diesem Zusammenhang der sog. *Sicherungsbetrug*, bei dem der Täter das Opfer eines Vermögensdelikts (zB § 242) täuscht, um so zu verhindern, dass das Opfer ihm zustehende Herausgabe oder Schadenersatzansprüche gegen den Täter geltend macht. Hier kann allerdings im Einzelfall zweifelhaft sein, ob der jeweilige Restitutionsanspruch des Opfers werthaltig war und ob folglich durch die Sicherungstäuschung überhaupt ein Vermögensschaden iSv § 263 I entstanden ist. Jedenfalls ausgeschlossen ist die Annahme von Gesetzeseinheit, wenn durch die neuerliche Tatbestandsverwirklichung ein neues Rechtsgut verletzt oder der Schaden der Vortat deutlich vertieft wird.

VI. Fallbearbeitung

Bei der Bearbeitung einer Klausur oder Hausarbeit sind folgende Überlegungen beim Zusammentreffen begangener Strafgesetzesverletzungen wichtig:

1. Wenn bei der Vorbereitung des Gutachtens festgelegt wird, welche Verhaltensweisen als mögliche Tatbestandswirklichkeiten erörtert werden, sollten mehrere Körperbewegungen, die – im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit durch *iterative* Deliktsbegehung – nur als eine Gesetzesverletzung zu werten sind (zB acht Tritte und Hiebe gegen dasselbe Opfer; die Wegnahme verschiedener Gegenstände bei einem Ladendiebstahl) ohne weitere Begründung in einem einheitlichen Obersatz zusammengefasst werden (zB: „*T* könnte sich gem. § 223 I strafbar gemacht haben, indem er *O* sechs Ohrfeigen verabreichte und ihn zweimal trat“). Ebenfalls nur ein Obersatz sollte bei gleichartiger Tateinheit durch dieselbe Körperbewegung (zB die Tötung mehrerer Menschen durch einen Sprengsatz) gebildet werden. Hier kann dann im Ergebnissatz auf die gleichartige Tateinheit hingewiesen werden (etwa durch eine Formulierung wie „*T* hat sich durch die Zündung des Sprengsatzes gem. §§ 212 I, 52 I Var. 2 des Totschlags in zwei rechtlich zusammentreffenden Fällen schuldig gemacht“).

2. Bei Tatbeständen, die im Wege der Spezialität verdrängt werden, ist Fingerspitzengefühl und Klausurerfahrung gefragt. Vor allem wenn es um eine Kombination aus Grundtatbestand und (Erfolgs-)Qualifikation geht, werden diese häufig traditionell nacheinander im Gutachten geprüft (etwa bei §§ 223, 224, §§ 242, 244 oder §§ 249, 250, 251). Bei manchen Tatbeständen ist dies aber wiederum unüblich. So empfiehlt es sich zB nicht, ausführlich die Voraussetzungen des Beisich-Führens eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 2 zu erörtern, wenn das Werkzeug iSv § 250 II Nr. 1 Var. 2 verwendet wurde. Hier sollte sogleich § 250 II Nr. 1 Var. 2 geprüft und § 250 I Nr. 1 Buchst. a Var. 2 gar nicht mehr angesprochen werden. Befremdlich wäre es ferner, nach Bejahung eines vollendeten Raubes noch ausführlich zu den stets mitverwirklichten § 240 und § 242 Stellung zu nehmen. Anzufügen ist hier im Ergebnissatz allenfalls ein Hinweis nach dem Muster „Die gleichsam mitverwirklichten Tatbestände der Nötigung und des Diebstahls werden im Wege der Spezialität durch die Verwirklichung des Raubes verdrängt“.

3. Wiederum anders müssen Fälle der Subsidiarität oder der Konsumtion bzw. der mitbestraften Vor- und Nachtat behandelt werden. Da die Voraussetzungen dieser Rechtsfiguren in den meisten Fallkonstellationen umstritten ist (wenn man sie nicht sogar gänzlich ablehnt) und die hM die verdrängten Tatbestände gleichwohl in der Strafzumessung berücksichtigt, sollten auch diese Tatbestände zumindest kurz (!) erörtert werden, um sodann eine kurze Begründung für ihre Verdrängung zu liefern. Wer hier unsicher ist, kann beim Vorliegen von Handlungseinheit notfalls auf eine Pauschal-Formulierung wie „Die Verwirklichung des Tatbestands X wird durch die Begehung des Tatbestands Y im Wege der Gesetzeskonkurrenz bzw. Gesetzeseinheit verdrängt, da das verwirklichte Unrecht im Wesentlichen schon durch Y erfasst wird“ zurückgreifen. Bei Handlungsmehrheit bietet sich eine ähnliche Formulierung an, wenn statt Gesetzeskonkurrenz bzw. Gesetzeseinheit von mitbestrafter Vor- bzw. Nachtat gesprochen wird.

4. Zum Standort der Behandlung der Konkurrenzen ist Folgendes zu empfehlen: Am Ende eines jeden Gutachtenabschnitts und am Ende der Arbeit sollte unter der Überschrift „Konkurrenzen“ bzw. „Gesamtergebnis“ kurz Stellung zum Konkurrenzverhältnis aller verwirklichten Tatbestände genommen werden, die nicht schon zuvor im Gutachten wegen Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion bzw. als mitbestrafte Vor- oder Nachtat ausgeschieden wurden. Hier bleibt dann nur noch zu prüfen, ob die verwirklichten Tatbestände in Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit begangen wurden und daher entweder § 52 I oder § 53 I anwendbar sind. Sofern dies nicht eindeutig ist, sollte eine kurze Begründung unter Rückgriff auf die hier in IV 1 genannten Grundformen der Handlungseinheit erfolgen.

VII. Literaturhinweise

Einführung: *Puppe*, JuS 2016, 961; *dies.*, JuS 2017, 507 ff. u. 637 ff.; *Laue* in *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, 8. Aufl. 2014, §§ 54–56; *Dorn-Haag*, JA 2020, 322.

Vertiefung: *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, 1979; *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung – Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gem. § 46 II StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßelehre, 2017; *El-Ghazi*, Revision der Konkurrenzlehre – Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, 2020

Klausurtraining: *Seher*, JuS 2007, 132; *Rückert*, JA 2014, 826.

* Der Autor *Rönnau* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht an der Bucerius Law School in Hamburg und Mitherausgeber dieser Zeitschrift;

der Autor *Wegner* ist Wiss. Assistent an diesem Lehrstuhl. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.