

Grundzüge der strafrechtlichen Konkurrenzlehre (§§ 52 ff. StGB) – Teil 2*

Von Stud. iur. **Jan Bauerkamp**, Stud. iur. **Jean-Marc Chastenier**, Bielefeld**

b) Natürliche Handlungseinheit

Über die natürliche Handlungseinheit werden mehrere Handlungen im natürlichen Sinne aufgrund ihrer „natürlichen“ Zusammengehörigkeit fernab tatbestandlicher Wertungen zusammengefasst. Im Schrifttum wird dieses Vorgehen intensiv diskutiert wie kritisiert.¹ Den kritischen Stimmen im Schrifttum ist zumindest zuzugeben, dass einer derartigen Konstruktion das Natürliche weitestgehend fremd ist;² denn die natürliche Handlungseinheit basiert zwangsläufig auf genuin wertenden Gesichtspunkten, mögen diese auch nicht an tatbestandlichen Wertungen ausgerichtet, sondern aus der Perspektive eines Dritten zu beurteilen sein: Soweit ein Geschehen aus mehreren Handlungen besteht, weist es für sich genommen nicht eine solche Zusammengehörigkeit auf, dass es per se – d.h. ohne einen wertenden Vorgang – einer Handlung im natürlichen Sinne gleichstünde. Augenscheinlich wird versucht, Kriterien der natürlichen Handlung zu abstrahieren und somit über die Einheitlichkeit eines Geschehens zu einer Handlungseinheit zu gelangen. Bereits dieser Prozess ist aber wertend, weshalb mit *Jäger*³ an der insofern verfehlten Terminologie nur aus Gründen der Konvention festzuhalten ist.

aa) Grundsätzliches

Grundsätzlich wird natürliche Handlungseinheit in Konstellationen bejaht, in denen „der Handelnde den auf die Erzielung eines Erfolgs in der Außenwelt gerichteten, einheitlichen Willen durch eine Mehrheit gleichgearteter Akte betätigt und diese einzelnen Betätigungsakte aufgrund ihres räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs objektiv erkennbar derart zusammengehören, dass sie nach der Auffassung des Lebens eine

Handlung bilden“.⁴ Als kumulativ erforderliche Kriterien lassen sich somit

- gleichgeartete Begehungsakte,
- ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang der einzelnen Teilakte,
- ein einheitlicher Wille⁵
- sowie der erkennbare Anschein eines einheitlichen wie zusammengehörigen Geschehens
- festhalten, wobei die Beurteilung jeweils anhand der objektiven Lebensauffassung erfolgt.⁶

Bedeutung wird der natürlichen Handlungseinheit in zwei Konstellationen beigemessen: Einerseits wird versucht, eine aus mehreren natürlichen Handlungen bestehende Verwirklichung *desselben* Tatbestands zu nur einer Gesetzesverletzung zusammenzufassen und hiermit den Konkurrenzen im formellen Sinne zu entziehen, indem ihr die *sukzessive* und *iterative* Tatbegehung zugewiesen wird.⁷ Insofern besteht ein konsensuales Ergebnis – bloß eine Gesetzesverletzung. Umstritten ist derweil, ob dieses Ergebnis über die Konstruktion einer natürlichen oder tatbestandlichen Handlungseinheit zu erreichen ist.⁸ Daneben versucht vornehmlich die Rechtsprechung die Verwirklichung *verschiedener* Tatbestände unter dem Gesichtspunkt einer wertenden Betrachtung des Gesamtvorgangs zu einem in natürlicher Handlungseinheit stehenden Geschehen zusammenzufassen, um es gezielt den Rechtsfolgen der Tateinheit zu unterwerfen.⁹ Die Grenzen dieser Praxis sind dürftig bestimmt und erscheinen selbst innerhalb der entwickelten Rechtsprechungskasuistik undurchsichtig.¹⁰

* Fortsetzung von ZJS 2020, 347.

** Die *Verf.* studieren Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld und sind als stud. Hilfskräfte am dortigen Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie (Prof. Dr. Michael Lindemann) beschäftigt. Sie danken ihm herzlich für die kritische Manuskriptdurchsicht.

¹ Bspw. *Maiwald*, NJW 1978, 300; *Rissing-van Saan*, in: *Cirener/Radtke/Rissing van-Saan* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 13. Aufl. 2019, Vorb. § 52 Rn. 20 f.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 52 f.; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 32/35; *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, Vorb. § 52 Rn. 49 ff.; *Kindhäuser*, *JuS* 1985, 100; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 49. Aufl. 2019, Rn. 1254; *Swoboda*, *NZV* 1995, 465.

² So v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 52 f.; *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 52; *Maiwald*, *JR* 1985, 513 (515); *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 29: „im weiteren Sinne eine tatbestandliche Handlungseinheit [...]“.

³ *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 52.

⁴ So schon *BGHSt* 10, 230 = *NJW* 1957, 1077 mit Verweis auf *RGSt* 44, 223 (226 f.); 58, 113 (116).

⁵ Als einen solchen lässt die Rechtsprechung einen Fluchtwillen genügen, vgl. *BGHSt* 22, 67; *BGH NStZ-RR* 1997, 331 (332); *BGH NZV* 2001, 265.

⁶ Vgl. zu den Kriterien auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 1253; *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 54; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 55; kritisch zum Kriterium des an der natürlichen Lebensanschauung gemessenen Anscheins u.a. *Jakobs* (Fn. 1), 32/35; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 54; *Maiwald*, *NJW* 1978, 300 (302 f.); *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 710 f.

⁷ Vgl. *Rissing-van Saan* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 21; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 53.

⁸ So *Rückert*, *JA* 2014, 826 (828); *Seher*, *JuS* 2004, 392 (395 f.); anders *Steinberg/Bergmann*, *Jura* 2009, 905 (907); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 1250; während *Kretschmer*, *JA* 2019, 581 (587) das Resultat über den Streit stellt.

⁹ Überblick über die Rspr. bei *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 21 Rn. 15 ff.

¹⁰ So auch v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 52; *Jakobs* (Fn. 1), 32/35 a.E., der von einer „vorrechtlichen Typenbildung“ mit beliebiger Handhabung spricht.

Exemplarisch seien hierfür die sog. Polizeifluchtfälle¹¹ angeführt, in denen ein Täter im Rahmen seiner Flucht unterschiedliche Delikte (z.B. §§ 113, 142, 315b StGB)¹² verwicklicht. Diese werden einheitlich unter das Fluchtbestreben und -geschehen gestellt und in der Rechtsprechung als unselbstständige Teilakte der gesamten (als gleichgerichtete Handlungsweise aufgefassten) Fluchthandlung betrachtet. Um das gesamte Geschehen subjektiv zu binden, lässt die Rechtsprechung als einheitlichen Willen einen außertatbestandlichen Fluchtwillen genügen.¹³ Hierbei soll es auf eine Zuordnung zu einem einheitlichen Deliktstypus nicht ankommen, womit sich die Frage der anderweitigen Begrenzbarkeit einer solchen Betrachtung stellt. Letztlich kann sie nur aus dem undefinierten Maßstab der allgemeinen Lebensanschauung oder aus einer erneuten andersartigen Entschlussfassung des Täters folgen. Jedenfalls für den Fall der Schaffung unterschiedlicher Gefahrenlagen ist diese Betrachtungsweise in der Rechtsprechung selbst nicht unwidersprochen geblieben: So hat der 4. Strafsenat des BGH in einem Beschluss aus dem Jahr 1995 – soweit ersichtlich einmalig – darauf hingewiesen, dass ein Entschluss, eine unbestimmte Vielzahl von Straftaten zu begehen, ein Geschehen mit selbstständig begangenen Taten nicht einen könne, sofern diese Gefahrenlagen jeweils absichtlich herbeigeführt wurden.¹⁴ Diese Einsicht wird jedoch nicht weiter verfolgt, obgleich ein Unterschied zwischen einem durchgehenden Flucht- und einem durchgehenden deliktischen Willen schwer erkennbar ist.

bb) Kritik und Restriktionen des Anwendungsbereichs

Die Kritik am Rechtsinstitut der natürlichen Handlungseinheit setzt bereits an dessen Ursprung an. Eine Zusammenfassung der Begehung grundsätzlich heteronomer Straftaten allein wegen ihres engen zeitlich-räumlichen Bezuges und einem irgendwie gearteten Willen, der dazu einer normativen Erfassung ermangelt, erscheint nicht zwingend; dem Gesetz ist diese Wertung vielmehr fremd.¹⁵ Es zwingt auch keine außertatbestandliche Wertung dazu, Polizeifluchtfälle und ähnliche Sachverhalte zu komprimieren. Zur Legitimation wird zwar auf die Einheitlichkeit des Geschehens aus dem

Blickwinkel der Lebensauffassung verwiesen.¹⁶ Exemplarisch an der obig aufgeführten, abweichenden Entscheidung anknüpfend leuchtet es ein, eine Fahrt mit mehreren, voneinander selbstständigen Unfällen oder Straßenverkehrsgefährdungen nicht zu einer Handlung zusammenfassen, was angesichts der mangelnden Trennschärfe der Kasuistik allerdings zur allgemeinen Anwendung wenig beiträgt: Der übergeordnete Wille in einer strafrechtlich relevanten Art tätig zu werden unterscheidet sich nicht hinreichend von dem Willen „irgendwie zu flüchten“ – warum dieser Wille indessen den vom Gesetz implizierten geringeren Unwert beinhaltet erscheint wenig einsichtig.¹⁷ Vielmehr ist in beiden eine Abweichungstoleranz insofern vorhanden, als nicht eindeutig determinierte Handlungskomplexe mit einheitlicher Zwecksetzung angegangen werden. Dem Ergebnis ist freilich schon aus Vernunftgründen zuzustimmen; eine hinreichende Trennschärfe ergibt sich nicht. Soweit man in der natürlichen Handlungseinheit eine Parallelgestalt zur natürlichen Handlung sieht, die sich von dieser nur durch ihren zusammenfassenden Charakter abhebt, wenn man sie also als eine Art umfassende Handlung bestehend aus verschiedenen grundsätzlichen Einzelhandlungen sieht, erscheint es nicht schon prinzipiell schädlich, einen Willen genügen zu lassen, der nicht-normative Ziele anvisiert. Dem steht bei der Handlung im natürlichen Sinne der Handlungserfolg gegenüber. Die eigentliche Kritik liegt dagegen in der Uferlosigkeit dieses Vorgehens begründet. Die Kriterien eines engen Zusammenhangs und die unbestimmte Anknüpfung an eine vermeintliche Lebensauffassung führen nicht zu einer rechtsstaatlich gebotenen Determinante,¹⁸ sind jene Kriterien doch reichlich variabel und eröffnen das Risiko von Einzelfalldefinitionen, die wiederum den Ursprung einer unüberschaubaren Einzelfallkasuistik darstellen können.¹⁹

Im Gegensatz zur tatbestandlichen Handlungseinheit bestehen nämlich keine, (etwa mittels Fallgruppen) hinreichend katalogisierfähigen Fallgestaltungen, die eine Zusammenfassung rechtfertigen. Anders ließe sich die Annahme eines Unterschieds in dogmatischer Hinsicht zwischen Diebstählen innerhalb eines umschlossenen, aber zugänglichen Raumes und einer Reihe von Diebstählen auf offener Straße vermutlich nicht erzeugen.²⁰ Hier läuft man Gefahr, die Differenzierung zwischen autoritärem²¹ und dogmatischem Argument zu verwischen. Insofern erscheint die Begrenzung dieses Rechtsinstituts auf die iterative Tatbegehung wünschenswert, wie

¹¹ Vgl. nur BGHSt 22, 67 (76); BGH NStZ-RR 1997, 331 (331 f.); BGH NZV 2001, 265; zu weiteren Fundstellen vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, Vorb. § 52 Rn. 6a sowie v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 58.

¹² BGH, Urt. v. 14.10.1983 – 4 StR 595/83 = VRS 66 (1984), 20; siehe hierzu auch *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 14 Rn. 82.

¹³ Exemplarisch BGH HRRS 2016, Nr. 1039, Rn. 5: „wonach in dem einheitlichen Entschluss zu einer Flucht [...] eine besondere Sachlage zu sehen ist, die [...] die Zusammenfassung [...] begründet“.

¹⁴ BGH NJW 1995, 1766 (1766 f.); vgl. auch *Rissing-van Saan* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 19.

¹⁵ So wohl auch *Swoboda*, NZV 1995, 465 (468): „[...] neben die tatbestandlichen Handlungsbeschreibungen tritt und deshalb rechtlich irrelevant ist“.

¹⁶ Krit. z.B. *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 711; *Maiwald*, NJW 1978, 300 (300); *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 48.

¹⁷ Diese Erwägung im Ergebnis tragend *Swoboda*, NZV 1995, 465 (467 f.).

¹⁸ Drastisch, aber zutr. *Maiwald*, NJW 1978, 300 (303): „ein Stück nicht nachprüfbarer richterlicher Intuition“; s.a. v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 52; *Kühl* (Fn. 9), § 21 Rn. 17.

¹⁹ So scheinen die Ausführungen *Maiwalds* (NJW 1978, 300 [303]) zu verstehen zu sein; so auch *Kühl* (Fn. 9), § 21 Rn. 17, der von einer „Warnung“ spricht.

²⁰ So aber BGHSt 43, 233 = NJW 1998, 690; krit. v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 52.

²¹ Autoritär im Sinne eines schlichten „der BGH sagt ...“.

auch zumindest solange geboten, wie sich kein hinreichend dogmatisch begrenztes Konzept ergibt.

Beispiel: Auf dem Weg vom Stadion nach Hause begegnet der A einer Gruppe Fans des Vereins N. Vom schlechten Spiel „seiner“ Mannschaft frustriert beschließt er diese „aufzumischen“. Er schlägt mehrfach auf die nichtsahnenden Fans ein und verletzt diese allesamt.

Der Fall wirft die vieldiskutierte²² Fragestellung auf, ob einer Zusammenfassung entgegensteht, dass höchstpersönliche Rechtsgüter mehrerer Rechtgutsträger tangiert werden. Während die Rechtsprechung eine Zusammenfassung auch dann zulässt, wenn eine Einzelwürdigung der Handlungen aus der Sicht der allgemeinen Lebensauffassung „willkürlich und gekünstelt“ erschiene,²³ dies etwa mit Blick auf eine sehr enge zeitliche Aufeinanderfolge, ist dem mit beachtlichen Stimmen im Schrifttum²⁴ entgegenzutreten: Höchstpersönliche Rechtsgüter als solche sind einer additiven Betrachtungsweise schlicht nicht zugänglich.²⁵

cc) Iterative Tatbegehung

Der wohl klausurrelevanteste Unterfall der juristischen Handlungseinheit besteht in der sog. iterativen Tatbegehung. Bejaht wird die iterative Tatbegehung in Fällen, in denen der Täter denselben Tatbestand wiederholt mittels einer im Wesentlichen gleichartigen Begehungsweise innerhalb einer engen zeitlichen Aufeinanderfolge verwirklicht.²⁶ Ihre Voraussetzungen fußen in der Überlegung, dass der Täter ungeachtet mehrerer Handlungen im natürlichen Sinne einen einheitlichen Unwert bzw. eine einheitliche Schuld²⁷ verwirklichen kann: Seine Handlungen beruhen auf einem einheitlichen Tatplan und stellen eine nur quantitative Steigerung desselben Unrechts dar.²⁸ Basierend auf der letzten Feststellung, können die verschiedenen Handlungsweisen nicht grundverschieden sein, sondern müssen von der Begehungs- und Angriffsweise her eine gewisse Identität besitzen. Zudem dürfen sie zeitlich wie örtlich nicht so weit auseinander liegen, dass nicht mehr von einem einheitlichen Unrecht die Rede sein kann.

²² Statt vieler *Mitsch*, JuS 1993, 385 (388); *Rissing-van Saan* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 15; *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 57; s.a. *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 13 Rn. 14 m.w.N.

²³ Vgl. BGH HRRS 2012, Nr. 583, Rn. 7 = NStZ 2012, 562; BGH, Beschl. v. 24.10.2000 – 5 StR 323/00 = HRRS-Datenbank, Rn. 2 = NStZ-RR 2001, 82.

²⁴ *Mitsch*, JuS 1993, 385 (388); *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 58; diff. *Jakobs* (Fn. 1), 32/36; *Kühl* (Fn. 9), § 21 Rn. 19 f.

²⁵ Vgl. *Kühl* (Fn. 9), § 21, Rn. 19 f. bezugnehmend auf *Maiwald*, NJW 1978, 300 (303).

²⁶ Abweichende Terminologie bei v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), § 52 Rn. 34; so wohl auch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2018, S. 651.

²⁷ So *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 22.

²⁸ Statt nahezu aller *Rissing-van Saan* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 40.

Beispiel: Fußball-Fan A betritt das Vereinsheim des verfeindeten Vereins N. Er hat zuvor den Plan gefasst, alles seiner Ansicht nach Wertvolle in seinen Rucksack zu packen und anschließend im Internet zu verkaufen. In Umsetzung seines Plans nimmt der A nacheinander drei Pokale, zwei wertvolle Trikots und eine Geldkassette mit.

Im Beispiel verwirklicht A den Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB wiederholt bezogen auf mehrere Tatobjekte. Seine Handlungen basieren allerdings auf einem einheitlichen Tatentschluss, erfolgen in einer unmittelbaren zeitlichen Aufeinanderfolge und betreffen den gleichen Rechtgutsträger. Es wird immer nur dessen Eigentum als Rechtgut betroffen und dieses Unrecht grundsätzlich nur quantifiziert. Insofern geht man hier von nur einer Gesetzesverletzung mittels iterativer Tatbegehung aus. Die verschiedenen Handlungen werden zu einer Einheit zusammengefasst. Klausurökonomisch zweifelhaft wäre es daher, im Beispiel die Prüfung von sechs einzelnen Diebstählen durchzuführen. In eindeutigen Fällen der iterativen Tatbegehung ist deren Vorliegen bereits im Obersatz in der Weise zu verdeutlichen, dass als Tatobjekte sämtliche Gegenstände aufzuzählen sind.

Die nähere dogmatische Begründung der iterativen Tatbegehung ist streitig. In der Literatur wird sie sowohl unter die tatbestandliche²⁹ als auch die natürliche Handlungseinheit eingeordnet.³⁰ Was in Bezug auf Tatbestände mit quantitativ offenen Handlungsformulierungen noch ohne weiteres konsistent erscheinen mag – die „körperliche Misshandlung“ i.S.v. § 223 Abs. 1 StGB kann etwa durchaus auch mehrere Handlungen umfassen; eine „Behandlung“ kennt typischerweise keine Determinierung in quantitativer Hinsicht –, wirft in der klassischen Diebstahlskonstellation zumindest Potential terminologischer Zweifel auf, da der Tatbestand von einer Sache spricht. Insofern erschiene eine Lösung über die natürliche Handlungseinheit wünschenswert, die zur Zusammenfassung nicht auf die konkrete Fassung des Tatbestandes angewiesen und infolge terminologischer Auslegungsdivergenzen in ihrer Herleitung nicht erschütterbar ist. Gleichwohl ist für ein solches Vorgehen keine hinreichende dogmatische Begründung ersichtlich. Über die natürliche Handlungseinheit scheint nur der Schluss begründet, mehrere Handlungen mit Hilfe der Verkehrsanschauung zu einer Handlung im juristischen Sinne zu verbinden. Insofern ist mit *Mitsch*³¹ der Vergleich zu den Fällen einer Handlung im natürlichen Sinne zu ziehen: Wenn mehrere Verstöße gegen ein Strafgesetz und somit mehrere Eingriffe in den dort vertypen Rechtsgüterschutz mittels nur einer Handlung zur Tateinheit im Sinne von § 52 StGB führen, ist nicht einzusehen, weshalb dies bei der Annahme von Handlungseinheit anders sein sollte. Die Frage der Gesetzesverletzungen ist denn eine zutiefst normative und hat mit den Ansichten einer natürlichen Lebens-

²⁹ So z.B. *Jäger* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 22; *Kühl* (Fn. 9), § 21 Rn. 18; *Steinberg/Bergmann*, Jura 2009, 905 (907).

³⁰ So z.B. *Rückert*, JA 2014, 826 (828); *Walter*, JA 2004, 572 (572 f.); indessen das Resultat über den dogmatischen Streit stellend *Kretschmer*, JA 2019, 581, (587).

³¹ *Mitsch*, JuS 1993, 385 (388).

anschauung nichts zu tun. Ersichtlich würden somit die natürlich-wertende Handlungsebene und die normative Gesetzes-ebene vermengt, indem die mehrfache Verwirklichung desselben Unrechts als nur additive Steigerung der Verletzung desselben Gesetzes empfunden wird.³² Fasst der Tatbestand das Verhalten also nicht – wie im Fall tatbestandlicher Handlungseinheit – zu nur einer Verletzung zusammen, verstößt der Schluss von einer Handlung im juristischen Sinne auf eine einzige Verletzung des Tatbestands – soweit es ersichtlich einer Legitimation dessen ermangelt – schlicht gegen die Systematik des Gesetzes. Diese Annahme wird durch die Wertung des Gesetzes passivlegitimiert, indem es selbst diese Handlungen nicht zu einer Gesetzesverletzung zusammenfasst. In derartigen Fällen erscheint eine Zusammenfassung nicht zuletzt vor dem Hintergrund eines effektiven Rechtsgüterschutzes zweifelhaft. Mag auch dasselbe Rechtsgut betroffen sein, so wird mit dem erneuten Eingriff in jenes stets neues, wenn auch gleichartiges Unrecht verwirklicht. Eine reine Addition aber findet nicht auf Ebene der Gesetzesverletzung, sondern vielmehr in der Verarbeitung auf Ebene der Konkurrenzen im Wege der Tateinheit statt.³³ Konsequenter erscheint es daher, in Fällen, in denen eine Zusammenfassung nicht durch tatbestandliche Handlungseinheit bedingt ist, auf eine tateinheitliche Begehung desselben Delikts zu entscheiden.³⁴

Für das Beispiel bedeutet dies, dass eine Zusammenfassung zu nur einer Gesetzesverletzung im Wege einer Handlung nur unter Rückgriff auf die tatbestandliche Handlungseinheit möglich erscheint, der Diebstahlstatbestand insofern eine Zusammenfassung zumindest zulassen müsste. Dem sind allein deshalb nicht die obig gegen die Zusammenfassung mittels der natürlichen Handlungseinheit angeführten Argumente entgegenzuhalten, weil der Tatbestand normativ die Handlungen zu einer *Tathandlung* und somit auch zu nur einer Gesetzesverletzung zusammenfasst. Das Risiko, dass diffuse Lebensanschauungen zu unbestimmten Wertungen führen, erscheint hier als nicht gegeben. Dass der Tatbestand des Diebstahls die einzelnen Handlungen zusammenfasst, ist entgegen potenzieller terminologischer Bedenken gut begründbar, weshalb hier nur eine Gesetzesverletzung anzunehmen ist.

3. Sonderfall der Verklammerung

Die sog. Verklammerung bildet eine Mischform tatbestandlicher und natürlicher Handlungseinheit³⁵ und erfasst Sachverhalte, in denen zwei oder mehr natürliche Handlungen, die nach den vorbenannten Grundsätzen in Handlungsmehrheit zueinander stehen, ungeachtet dessen deshalb zu einer einzigen Handlung „verklammert“ werden, weil sie – je für sich –

in Handlungseinheit zu *derselben* dritten bzw. weiteren Handlung stehen.³⁶

Beispiel: A sperrt den B in seinem Keller ein. Am ersten Tag nötigt (§ 240 Abs. 1 StGB), am sechsten verletzt (§ 223 Abs. 1 StGB) und am zehnten beleidigt (§ 185 StGB) er (A) ihn (B).

Nötigung, Körperverletzung und Beleidigung stehen in Handlungsmehrheit, denn die Handlungen bilden ersichtlich weder eine Handlung im natürlichen noch im juristischen Sinne. Konstruktiv wird nun trotzdem erwogen, eine Handlungseinheit zwischen den drei Handlungen anzunehmen, indem man sie als über die jeweils begleitend-handlungseinheitliche Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) als sog. „Klammer-tat“ miteinander verklammert betrachtet.³⁷ Dahinter steht der Gedanke, dass andernfalls die Freiheitsberaubung dreifach als Strafzumessungsfaktor in die Gesamtstrafenbildung einzubeziehen wäre, was als wertungswidrige Unrechtskumulation bedenklich erscheint.³⁸ Häufig handelt es sich bei den Klammertaten um Dauer- oder Organisationsdelikte, zwingend ist dies indessen nicht.³⁹

Dieses im Ausgang nachvollziehbare Konstrukt wirft in den Einzelheiten umstrittene Folgefragen auf. Fraglich ist etwa, ob als zusätzliche Voraussetzung zu fordern ist, dass die zu verklammernden Handlungen allesamt oder immerhin zum Teil annähernd denselben Unrechtsgehalt wie die „Klammer-tat“ aufweisen. Während der BGH⁴⁰ einst gefordert hat, dass *sämtliche* zu verklammernden Delikte annähernd denselben Unrechtsgehalt wie die Klammertat aufweisen müssen oder gar die Klammertat schwerer zu wiegen hat, soll nunmehr eine Verklammerung auch im Falle einer zu verklammernden Tat in Betracht kommen, die schwerer wiegt als die Klammertat, falls neben ihr mindestens eine Tat besteht, die einen ähnlichen oder geringeren Unwert aufweist als die Klammertat.⁴¹ Hintergrund dieser Sichtweise ist ein Kompromiss: Wie dargelegt soll der Täter zwar über die Klammertat nicht unbillig benachteiligt werden, andererseits soll ihm gerade für

³² Mitsch, JuS 1993, 385 (388).

³³ So auch Mitsch, JuS 1993, 385 (388).

³⁴ Ähnlich Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 11 Rn. 4, die allein auf normative Gesichtspunkte abstellen wollen.

³⁵ Rückert, JA 2014, 826 (828) m.w.N.

³⁶ Zur Verklammerung vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 54 Rn. 96 ff.; Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 52 Rn. 14 ff.; Geppert, Jura 1997, 214; Roxin (Fn. 2), § 33 Rn. 101 ff.

³⁷ Weitere Beispiele bei Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 56 Rn. 65 ff.; Bock (Fn. 26), S. 669 ff.

³⁸ Murmann, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 31 Rn. 42.

³⁹ Siehe etwa Dorn-Haag, Jura 2020, 322 (328), zu einem Beispiel, dem § 252 StGB als Klammertat zugrunde liegt; zum unerlaubten Waffenbesitz als Klammertat siehe Heinrich, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, § 52 WaffG Rn. 167 ff.; siehe allg. Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 36), § 52 Rn. 15.

⁴⁰ So etwa BGHSt 29, 388 (291 f.)

⁴¹ BGH NStZ 2013, 158; zu § 276 StGB als Klammertatdelikt BGH NStZ 2014, 272 (red. Ls.) m. krit. Anm. Becker.

den Fall, dass die zu verklammernden Taten unrechtsintensiver sind als die Klammertat, aus deren (ggf. rein zufälliger) Existenz auch keine unverdiente Privilegierung aus der Annahme von Tateinheit in strafzumessungsrechtlicher Hinsicht zuteilwerden.⁴² Daneben wird in der Literatur weiterhin die ursprüngliche Rechtsprechungsauffassung, nach der ohne Einschränkung gelten soll, dass sämtliche Taten annähernd gleich schwer wiegen wie die Klammertat oder jene schwerer, vertreten.⁴³ Noch weitreichender ist die prinzipielle Kritik am Rechtsinstitut der Verklammerung, die es bereits als dem Grunde nach unbillig erachtet, dem Täter vor dem Hintergrund eine günstigere Strafzumessung zuzubilligen, dass eine weitere Tat hinzutritt.⁴⁴ Ferner stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien der Unwert der Taten miteinander zu vergleichen ist. Zum Teil wird auf die abstrakte Strafandrohung abgestellt, etwa indem zwischen Verbrechen und Vergehen (§ 12 StGB) differenziert wird, teils wird die konkrete Straferwartung im Einzelfall unter Berücksichtigung etwaiger Strafschärfungen oder -milderungen herangezogen.⁴⁵ Der BGH lässt eine Betrachtung der konkreten Straferwartung im Einzelfall zu.⁴⁶

4. Fortgesetzte Handlung

Unter einer fortgesetzten Handlung verstand die Rechtsprechung einst „die von einem Gesamtvorsatz getragene wiederholte Begehung gleichartiger Straftaten“, die sich über einen längeren Zeitraum gegen das gleiche Rechtsgut richtete, wobei der Zeitraum durchaus mehrere Jahre bis Jahrzehnte umfassen konnte.⁴⁷

Beispiel: A hinterzieht, wie von Anfang an geplant, über einen Zeitraum von 30 Jahren immer wieder Steuern (strafbar nach § 370 AO).

Nach eingehender Kritik⁴⁸ aus der Literatur gab der *Große Senat für Strafsachen* diese Rechtsfigur faktisch auf, indem er deren Voraussetzungen konkretisierte und im Anschluss in keinem Fall mehr bejahte.⁴⁹ Ihr kommt damit keine praktische Bedeutung mehr zu.

⁴² Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 36), § 52 Rn. 15; noch weitergehend Dorn-Haag, Jura 2020, 322 (329).

⁴³ So etwa Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 36), § 52 Rn. 16; Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 721; tendenziell auch Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, § 47 Rn. 18.

⁴⁴ Siehe Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 30 Rn. 19 m.w.N. und seiner Gegenkritik; Puppe, JuS 2017, 503 (506); Seher, JuS 2004, 392 (395).

⁴⁵ Steinberg/Bergmann, Jura 2009, 905 (908); s.a. Rückert, JA 2014, 826 (828) m.w.N.

⁴⁶ Nachweise bei Rengier (Fn. 7), § 56 Rn. 63.

⁴⁷ Frister (Fn. 44), Kap. 30 Rn. 28; ausf. Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 714 ff.

⁴⁸ Skizziert bei Gropp (Fn. 12), § 14 Rn. 88 ff.

⁴⁹ BGHSt 40, 138 = NStZ 1994, 383; zur Entscheidung und ihren Folgen ausf. Geppert, NStZ 1996, 57 und ders., NStZ 1996, 118; s.a. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 1), Rn. 1260 ff.

III. Gesetzeskonkurrenz

Nicht in den §§ 52 ff. StGB geregelt ist die Gesetzeskonkurrenz. Sie führt im Ergebnis dazu, dass ein Tatbestand hinter einem anderen zurücktritt und im Schuldpruch nicht mehr auftaucht. Daraus folgt, dass mangels eines Nebeneinanders mehrerer Tatbestandsverwirklichungen nicht mehr im eigentlichen Sinne eine Konkurrenz vorliegt.⁵⁰ In Reaktion auf die insofern irreführende Terminologie sind die synonymen Bezeichnungen „unechte“ und „scheinbare“ Konkurrenz gebräuchlich geworden.⁵¹ Für die Gesetzeskonkurrenz ist nicht maßgeblich, inwieweit sich selbstständige Delikte gegenüberstehen und wie sie strafzumessungsrechtlich zu behandeln sind, sondern wesentlich ist vielmehr das grundsätzliche Verhältnis der verwirklichten Tatbestände zueinander, wonach gedanklich vorgelagert zu fragen ist.⁵² Der Gesetzeskonkurrenz liegt zugrunde, dass sich in unserem Strafrecht Tatbestandsverwirklichungen hinsichtlich des von ihnen erfassten Unrechtsgehaltes in erheblichem Maße überdecken und ergänzen können,⁵³ obwohl diese Verwirklichungen in ihrer Schnittmenge nicht sämtlich nebeneinander Bestand haben sollen.⁵⁴ Die Gesetzeskonkurrenz fragt folgerichtig nach der vollständigen Erfassung des Unrechts einer Tat im Verhältnis zu anderen einschlägigen Tatbeständen: Erfasst ein Tatbestand das Unrecht eines anderen bereits oder soll letzterer (u.U. klarstellend) fortgelten?⁵⁵ Besteht ein gesetzliches Unrechtsrangverhältnis, so konkurrieren die betroffenen Delikte mit Blick auf das Schuldprinzip nicht materiell im Sinne der §§ 52 ff. StGB, sondern sie *laufen zusammen*.⁵⁶ Aus dem Umstand, dass sie tatbestandlich unzweifelhaft gegeben sind, ist eine Beteiligung an in Gesetzeskonkurrenz verdrängten Tatbeständen möglich.⁵⁷ Auch bilden sie weiterhin den Anknüpfungspunkt für sog. Anschlussdelikte (etwa §§ 257, 259 StGB) und leben regelmäßig wieder auf, sofern der Täter vom verdrängenden Delikt zurückgetreten ist.⁵⁸

Im Bereich der Gesetzeskonkurrenz wird zwischen Handlungseinheit und -mehrheit unterschieden. Für den erstgenannten Fall stehen – in den konkreten Formen teils nicht unumstritten – Subsidiarität, Spezialität sowie Konsumtion zur Verfügung, wohingegen die Fälle der Tatmehrheit mit den Instituten der sog. mitbestraften Vor- oder Nachtat bewältigt werden. Die Einordnung konkreter Beispiele in diese

⁵⁰ Zur Berücksichtigungsfähigkeit auf Rechtsfolgenebene s. statt vieler Bock (Fn. 26), S. 653 und Freund/Rostalski (Fn. 34), § 11 Rn. 52.

⁵¹ Murmann (Fn. 38), § 31, Rn. 5; Kühl (Fn. 9), § 21 Rn. 5; daneben findet sich der Begriff der *Gesetzeseinheit*, siehe Frister (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 1.

⁵² Hilgendorf/Valerius (Fn. 22), § 13 Rn. 5; Rissing-van Saan (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 107.

⁵³ Dorn-Haag, Jura 2020, 322 (329) m.w.N.

⁵⁴ Jakobs (Fn. 1), 31/2.

⁵⁵ Rissing-van Saan (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 107; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 1434.

⁵⁶ Hergeleitet aus dem Lateinischen, vgl. Seher, JuS 2004, 482 (482).

⁵⁷ S. Dorn-Haag, Jura 2020, 322 (330).

⁵⁸ Vgl. hierzu Bock (Fn. 26), S. 653 f.

traditionelle Typisierung ist nicht selten umstritten und versteht sich als Vorschlag. Dies beruht nicht zuletzt darauf, dass sämtliche Untergliederungen dem einheitlichen Grundgedanken folgen, dass Sonderregelungen unter materiellen Gesichtspunkten der Vorrang eingeräumt werden soll.⁵⁹

1. Handlungseinheit

a) Spezialität

Spezialität liegt immer dann vor, wenn ein Tatbestand alle Merkmale eines anderen Tatbestands in sich vereint, diesen also vollständig enthält, und über die Normierung mindestens eines weiteren Merkmals im Unrechtsgehalt noch über diesen hinausgeht. Somit enthält jede Verwirklichung des spezielleren und regelmäßig unrechtsintensiveren Tatbestands gleichsam notwendig die Verwirklichung des generellen Tatbestands.⁶⁰ Dieser Form der Gesetzeskonkurrenz liegt ein logisches gesetzliches Rangverhältnis zugrunde,⁶¹ aufgrund dessen das spezielle das generelle Delikt verdrängt (*lex specialis derogat legi generali*).

Spezialität besteht idealtypisch zwischen Qualifikation bzw. Privilegierung und Grundtatbestand, im Verhältnis des erfolgsqualifizierten Deliktes (bei Fahrlässigkeit bzgl. der schweren Folge, § 18 StGB) zum entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestand sowie zwischen Vorsatzdelikt und korrespondierendem Fahrlässigkeitsdelikt. Richtigerweise kommt dagegen Strafzumessungsnormen, v.a. Regelbeispielen, unabhängig von der konkreten Norm kein solches Rangverhältnis zu, da es sich nicht um Tatbestände handelt. In der Klausurbearbeitung ist regelmäßig nur das spezielle Gesetz zu prüfen und in einem Satz zu erwähnen, dass das im Verhältnis allgemeinere aufgrund von Spezialität dahinter zurücktritt.⁶²

b) Konsumtion

Im Einzelnen wohl am umstrittensten⁶³ ist die Gesetzeskonkurrenz in Gestalt der Konsumtion. Sie wird in Abgrenzung zur Spezialität dann angenommen, wenn das Unrecht und die Schuld des zurücktretenden Tatbestands zwar nicht denknotwendig, wohl aber regelmäßig und *typischerweise* in der Verwirklichung des konsumierenden Tatbestands enthalten ist.⁶⁴ Dies ist immer dann der Fall, wenn die Verwirklichung mehrerer Tatbestände grundsätzlich zusammentrifft, sie also

im Verhältnis zueinander *typische Begleittaten*⁶⁵ bilden. Auch hiernach kann das zurückgetretene Delikt indessen im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden.⁶⁶

Eine nicht nur für die Examensklausur interessante Frage wurde in jüngerer Vergangenheit durch die Rechtsprechung entschieden: Diskutiert wurde, ob die Beschädigung durch Aufbrechen eines Tankautomaten sowie die eines Ladenlokals im Wege der Konsumtion hinter einem Diebstahl im besonders schweren Fall in Form des §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 StGB bzw. dessen Versuch zurücktritt.⁶⁷ Die Begründungsansätze beanspruchen aber ebenso Geltung für das Konkurrenzverhältnis zum Hausfriedensbruch⁶⁸ und tragen zum grundsätzlichen Verständnis der Konsumtion bei.⁶⁹ Der *I. Strafsenat* des BGH formuliert: „Eine Sachbeschädigung ist selbst bei dem Regelbeispiel des „Einbrechens“ (Nr. 1) nicht zwingend.“⁷⁰ Dem ist zuzustimmen, doch ist diese Erkenntnis für die Annahme der Konsumtion zunächst ohne Folge: Es geht nicht darum, welche Tat eine *zwingende* Begleittat des jeweilig konsumierenden Delikts ist – wäre dem so, hätte der Gesetzgeber eine derartige Systematik unlängst kennzeichnen können –, sondern welche Tat *typischerweise* begleitend neben das konsumierende Delikt tritt. Zunächst argumentiert der *Senat* mit der Rechtsnatur des Regelbeispiels und dessen Funktion als Bestandteil der Strafzumessung; Regelbeispiele könnten Tatbeständen nicht verdrängen.⁷¹

Diesem Hinweis auf die Rechtsnatur ist mit dem Schluss zu begegnen, dass nicht das Regelbeispiel, sondern der Tatbestand des Diebstahls in der Begehungsform des Regelbeispiels für eine Konsumtion sorgt.⁷² Soweit indessen gegen die differenzierte Behandlung nach dem Aspekt des eigenen, über die begleitattspezifische Unterordnung hinausgehenden Unrechts Bestimmtheitsbedenken erhoben werden,⁷³ erscheinen diese ebenso begründet wie jeder am Schutzzweck ausgerichteten Argumentation. Die übrigen Argumente des

⁵⁹ Freund/Rostalski (Fn. 34), § 11 Rn. 28 u. 48, insoweit erscheint hier vieles vertretbar.

⁶⁰ Jäger (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 86; Steinberg/Bergmann, Jura 2009, 905 (909); zur Gebotenheit durch das Doppelverwertungsverbot Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 10 und Jakobs (Fn. 1), 31/12.

⁶¹ So auch Frister (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 5.

⁶² So die Empfehlung von Gropp (Fn. 12), § 14, Rn. 28 f.; anders nur, wenn ein Fall der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz vorliegt, s.u.

⁶³ Vgl. hierzu nur Grosse-Wilde, HRRS 2019, 160; zur Legitimation dieses Rechtsinstituts u.a. Frister (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 17.

⁶⁴ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 52 Rn. 14; Heinrich (Fn. 55), Rn. 1441.

⁶⁵ Übersicht zu den Begleittaten bei Kühl (Fn. 9), § 21 Rn. 60 ff.

⁶⁶ Puppe, JuS 2016, 961 (962).

⁶⁷ BGH, Urt. v. 7.8.2001 – 1 StR 470/00 = BGH, NJW 2002, 150.

⁶⁸ So wohl auch Fahl, JR 2019, 108 (115), wenn er konstatiert, die Ausführungen gelten bis auf „Salzkörnchen“ auch für dieses Verhältnis.

⁶⁹ Einen solchen Zusammenhang sehen ebenfalls Jäger, JA 2019, 386 (388); Fahl, JR 2019, 107 (114 ff.).

⁷⁰ BGH, Urt. v. 7.8.2001 – 1 StR 470/00 = BGH, NJW 2002, 150 = HRRS-Datenbank, Rn. 13.

⁷¹ BGH, Urt. v. 7.8.2001 – 1 StR 470/00 = BGH, NJW 2002, 150 = HRRS-Datenbank, Rn. 11.

⁷² So auch Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 245; Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 65; Frister (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 17; a.A. Rengier, JuS 2002, 850 (854); Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, Rn. 167 a.E.

⁷³ BGH, Urt. v. 7.8.2001 – 1 StR 470/00, HRRS-Datenbank, Rn. 15.

1. *Strafsenats* hinsichtlich der versuchten Revidierung eines typischen Zusammenhangs zwischen den genannten Delikten – welche teils vom 2. *Strafsenat* für die Behandlung von §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 303 Abs. 1 StGB übernommen wurden⁷⁴ – erscheinen dagegen wenig überzeugend, sofern man das herrschende Verständnis des Wesens der Konsumtion als Basis zugrunde legt: Wenn man akzeptiert, dass §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB nicht notwendig § 303 Abs. 1 StGB enthalten muss, so erscheint zweifelhaft, inwieweit die fortschreitende Entwicklung innerhalb der Sicherung von Türen und Fenstern – außerhalb gewerblicher Nutzung scheint wohl die 2001 prognostizierte „fortgeschrittene technische Entwicklung“⁷⁵ noch nicht in beachtlicher Dimension im Durchschnittshaushalt angekommen zu sein – oder auch die Möglichkeit ohne Sachbeschädigung in ein Haus einzudringen an der Eigenschaft als typische Begleitart etwas ändern sollten.⁷⁶ Der 1. *Strafsenat* hat sich hier augenscheinlich nicht auf statistisch fixierte Erfahrungswerte berufen, sondern musste die Behauptung ohne quantitativen Bezug genügen lassen. Derweil ist ihm im Hinblick auf die erwähnte teilweise fehlende Identität der Rechtsgutsinhaberschaft⁷⁷ zuzugeben, dass die Annahme von Konsumtion in diesem Falle unterbleiben muss. Indessen gebietet diese Einsicht keineswegs eine gleichzeitige Abkehr von der Eigenschaft als typische Begleitart, sondern ändert an dem grundsätzlichen Geschehensablauf erstmal wenig. Vielmehr ist diesem Aspekt mit der Annahme eines atypischen Falls und der Notwendigkeit der Annahme von Tateinheit zu begegnen.⁷⁸ Auch ergibt sich aus der normativen Gleichstellung der jeweiligen Begehungsalternativen im Ergebnis nichts anderes. Vielmehr gibt diese über die Häufigkeit und quantitativen Fallzahlen schlicht keine zuverlässige Auskunft. Dass der Gesetzgeber diese Begehungsformen unrechtmäßig als gleichermaßen missbilligenswert ansieht, lässt über diesen Schluss hinaus keine normative Typisierung zu. Einer tatbestandlichen Vorzeichnung im Sinne einer Notwendigkeit der Begehung des anderen Delikten – z.B. Sachbeschädigung – bedarf es nicht.⁷⁹ Für den Fall der konkurrenzrechtlichen Handhabung der Konstellation mit Regelbeispiel erscheint – vorbehaltlich zulässiger einzelfallbezoge-

ner Abweichungen – die konsumtionsrechtliche Lösung vorzugswürdig.⁸⁰

Unterdessen scheint sich die Ansicht zugunsten der Tateinheit in der BGH-Rechtsprechung auch für die Behandlung der konkurrenzrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Wohnungseinbruchsdiebstahl und der Sachbeschädigung durchgesetzt zu haben, sollte allerdings im Ergebnis ähnlichen Bedenken begegnen.⁸¹

c) Subsidiarität

Ergibt sich aus einer Strafnorm explizit oder implizit, dass sie nur *hilfsweise* Geltung beanspruchen soll, also nur für den Fall, dass keine ihr vorrangigen Normen greifen, ist der Bereich der Subsidiarität angesprochen, bei der der nachrangige Tatbestand vom vorrangigen verdrängt wird (lex primaria derogat legi subsidiariae).⁸² Subsidiäre Strafnormen erfüllen mithin eine Auffangfunktion. Teils ist eine nachrangige Anwendung – mal generalisiert, mal spezialisiert⁸³ – gesetzlich geregelt, so (v.a.)⁸⁴ in den §§ 145d Abs. 1, 246 Abs. 1, 248b Abs. 1, 265 Abs. 1, 316 Abs. 1 StGB jew. a.E. (sog. *formelle Subsidiarität*). Teils ist sie aus Wertungsgesichtspunkten herzuleiten, die auf dem Gedanken beruhen, dass ein Tatbestand, der ein Rechtsgut bei identischer Schutzrichtung intensiver schützt, indem er höheres Unrecht erfasst, dem allgemeineren vorgeht, wenn nicht schon Spezialität gegeben ist (sog. *materielle Subsidiarität*).⁸⁵ Im Kern beruht die Subsidiarität auf dem Gedanken, dass hinsichtlich desselben Rechtsguts qualitative Unrechtsabstufungen zwischen mehreren Tatbeständen bestehen, sei es im Hinblick auf *unterschiedliche Stadien* oder bedingt durch *unterschiedlich intensive Angriffe*.⁸⁶ Selbstverständlich ist immerzu Voraussetzung, dass es um dieselbe Person und dasselbe deliktische Verhalten geht. Beispiele, die auf breiten Konsens stoßen, sind etwa.⁸⁷

Beispiel: Jede Tötung enthält durchgangsweise eine Körperverletzung, jede Körperverletzung durchgangsweise eine konkrete Gefährdung und jede konkrete Gefährdung wiederum durchgangsweise eine abstrakte Gefährdung. In

⁷⁴ BGH, HRRS 2018, Nr. 841 = BGH NStZ 2018, 708.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 7.8.2001 – 1 StR 470/00, HRRS-Datenbank, Rn. 15.

⁷⁶ So auch *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 72), Rn. 245.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 7.8.2001 – 1 StR 470/00, HRRS-Datenbank, Rn. 12.

⁷⁸ So auch *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 72), Rn. 245; *Fahl*, JR 2019, 108 (116), der allerdings selbst keine Konsequenzen in der mangelnden Rechtgutsträgeridentität sieht.

⁷⁹ Anders scheinbar BGH, HRRS 2018, Nr. 841, Rn. 30 = NStZ 2018, 708, wenn er einen „systematischen Bruch“ konstatieren will (indessen für den Fall des Konkurrenzverhältnisses von § 303 StGB und § 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 [Abs. 4] StGB).

⁸⁰ *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 243 Rn. 62; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 72), Rn. 245; *Kühl* (Fn. 9), § 21 Rn. 60; *Dölling*, JuS 1986, 688 (693).

⁸¹ Vgl. hierzu BGH NStZ 2018, 708, jew. m. zust. Anm. *Mitsch*, NJW 2019, 1086 (1091), *Jäger*, JA 2019, 386 (388 ff.), der hiermit indessen die Möglichkeit der Abkehr von diesem Rechtsinstitut verbindet.

⁸² *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 734.

⁸³ Hierzu *Seher*, JuS 2004, 482 (482), der ausf. die allgemeine und spezielle Subsidiarität gegenüberstellt.

⁸⁴ Weitere Beispiele formeller Subsidiarität bei *Bock* (Fn. 26), S. 656.

⁸⁵ Siehe *Kretschmer*, JA 2019, 666 (668); synonym: systematische Subsidiarität, siehe *Heinrich* (Fn. 55), Rn. 1438.

⁸⁶ *Rissing-van Saan* (Fn. 1), Vorb. §§ 52 ff. Rn. 148.

⁸⁷ Zu den Standardbeispielen i.F. siehe *Frister* (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 1268; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 43), § 46 Rn. 10.

jeder Vollendung ist das Entschluss-, Vorbereitungs- und Versuchsstadium mitenthalten. Jeder täterschaftliche Beitrag umfasst etwaige Beiträge als Teilnehmer. Die Anstiftung enthält das Unrecht der Beihilfe. Die Vorsatztat enthält etwaige Fahrlässigkeitstaten wie auch das positive Tun ein begehungs gleiches Unterlassen.

Ordnet ein Tatbestand mit formeller Subsidiaritätsklausel ohne Konkretisierung ein Zurücktreten hinter „Vorschriften mit schwererer Strafe“ an, ist zunächst diskutabel, ob dies tatsächlich sämtliche Vorschriften mit höherer Strafandrohung erfassen soll oder nur solche, die dieselbe Schutzrichtung aufweisen.⁸⁸ Wohl prominentestes Beispiel ist § 246 Abs. 1 StGB. Ob eine Unterschlagung nur hinter anderen Eigentumsdelikten (v.a. die §§ 242 ff. StGB) oder aber hinter sämtlichen Tatbeständen höheren Strafmaßes (z.B. die §§ 211 ff. StGB) zurücktritt, ist umstritten. Stellvertretend für alle offenen Subsidiaritätsklauseln steht einem auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützten, für ein weites Verständnis ins Feld geführten Wortlautargument ein auf den oben skizzierten telos der Subsidiarität gestütztes, schutzrichtungsspezifisches Verständnis entgegen. In einer Klausur sind beide Auffassungen vertretbar.

Bedeutend schwieriger sind die in den Feinheiten äußerst umstrittenen Fragen im Bereich der materiellen Subsidiarität, denn es mangelt an festen Kriterien, anhand derer eine materielle Subsidiarität zu ermitteln ist.⁸⁹ Daher kann eine wertungsorientierte Argumentation, je nachdem, ob es im Grundsatz für sinnvoller gehalten wird, jede tatbestandliche Verwirklichung in den Tenor oder einzig die wesentlichen aufzunehmen,⁹⁰ regelmäßig vertretbar in beide Richtungen entschieden werden. In einer Klausur kann nicht mehr als eine knappe Auseinandersetzung verlangt und benotet werden.⁹¹

Keine Subsidiarität liegt jedenfalls vor, wenn es der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz bedarf⁹²

Beispiel: A möchte seinen Arbeitskollegen B aus dem Weg räumen und gibt in der Absicht, ihn zu töten, Gift in dessen Kaffee. Wider Erwarten wird B lediglich schwer verletzt in ein Krankenhaus eingeliefert, überlebt jedoch.

Im Beispiel könnte man erwägen, die vollendete gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB als von dem versuchten Heimtückemord (§§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB) aus Subsidiaritätsgründen verdrängt anzusehen. Sieht man dies so, wird aus dem Urteils tenor nicht hinreichend ersichtlich, dass eine gefährliche Körperverletzung zur Vollendung gelangt ist.⁹³ Der Tenor würde dem Fall entsprechen, dass B den Kaffee erst gar nicht trinkt und nicht verletzt wird. Aus Klarstellungsgründen bleiben daher beide Verwirklichungen nebeneinanderstehen. Dies ist gemeint, wenn von der *Klarstellungsfunktion der Tateinheit* die Rede ist.⁹⁴ In unstrittigen Subsidiaritätsfällen (z.B. vollendete Tötung und in ihr enthaltene Körperverletzung) bietet sich eine (kurze) Konkurrenzbestimmung auf Tatbestandsebene an. In evidenten Fällen kann auf eine Darstellung gänzlich verzichtet werden,⁹⁵ so muss etwa nicht eigens erwähnt werden, dass das vollendete Delikt den Versuch mitenthält.

2. Handlungsmehrheit

Ist eine Handlungsmehrheit gegeben, kann eine Gesetzeskonkurrenz in Gestalt einer mitbestraften Vortat oder Nachtat vorliegen. Mitbestrafte Vor- bzw. Nachtaten sind Taten, die im zeitlichen Umfeld einer Tat erfolgen, die ihrerseits bei einer Gesamtwürdigung des Lebenssachverhalts das verwirklichte Unrecht bereits erschöpfend erfasst, d.h. sie fallen nicht eigens ins Gewicht.⁹⁶ Mitbestrafte Vortaten sind solche, die entweder notwendiges oder aber zumindest regelmäßiges Mittel zur Begehung einer nachfolgenden Straftat sind und mitbestrafte Nachtaten solche, die der Sicherung, Auswertung oder Verwertung einer vorangegangenen Tat dienen, ohne sich gegen einen anderen als den Rechtsträger der Vortat zu richten und das bereits verwirklichte Unrecht zu vertiefen.⁹⁷ Es zeigt sich, dass wertungsmäßig den mitbestraften Umfeldtaten die bereits erörterten Grundgedanken der Subsidiarität und Konsumtion zugrunde liegen.⁹⁸

Beispiele mitbestrafter Vortaten: Unterschlagung eines Autoschlüssels (§ 246 StGB), wenn sie dazu dient, mit diesem einen PKW zu stehlen (§ 242 StGB);⁹⁹ Diebstahl einer EC-Karte (§ 242 StGB), um mit dieser Geld abzuheben (§ 263a StGB);¹⁰⁰ Vorbereitung einer Geld- bzw. Wertzeichenfälschung (§ 149 StGB) im Verhältnis zur späteren Fälschung (§§ 146, 148 StGB).¹⁰¹ Teilweise auch

⁸⁸ Das weite Verständnis vertritt die Rspr., siehe nur BGHSt 43, 237 (zu § 125 StGB); 47, 243 = NStZ 2002, 480 und BGH NStZ-RR 2018, 118 (red. Ls. 3) zu § 246 StGB; zust. *Heghmanns*, JuS 2003, 954; *Kretschmer*, JA 2019, 666 (668); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 246 Rn. 14; krit. bis abl. *Duttge/Sotelsek*, NJW 2002, 3756; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 22. Aufl. 2020, § 5 Rn. 66; *Freund/Putz*, NStZ 2003, 242; s.a. die Nachweise in *Seher*, JuS 2014, 482 (483); *Walter*, JA 2005, 468 (469 f.); *Bock* (Fn. 26), S. 657 a.E.

⁸⁹ *Frister* (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 13.

⁹⁰ *Frister* (Fn. 44), Kap. 31 Rn. 13.

⁹¹ *Gropp* (Fn. 12), § 14 Rn. 38 rät wohl aus Gründen der Klausurökonomie einen weitgehenden Verzicht auf eine Begründung an.

⁹² BGHSt 44, 196 = NJW 1999, 69.

⁹³ *Kretschmer*, JA 2019, 581 (581).

⁹⁴ *Walter*, JA 2005, 468 (470); ausf. *Abels*, Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz, 1991, passim.

⁹⁵ Allg. Empfehlung, siehe nur *Rengier* (Fn. 37), § 56 Rn. 39.

⁹⁶ v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 1), Vorb. § 52 Rn. 56.

⁹⁷ *Fischer* (Fn. 11), Vorb. § 52 Rn. 64 m.w.N.

⁹⁸ *Rengier* (Fn. 37), § 56 Rn. 43.

⁹⁹ *Murmann* (Fn. 38), § 31 Rn. 68.

¹⁰⁰ So etwa *Steinberg/Bergmann*, Jura 2009, 905 (910); a.A. aber *Rückert*, JA 2014, 826 (829 f.), sowie der BGH unter Verweis darauf, dass unterschiedliche Rechtsgüter und Rechtsgutsträger betroffen sind, vgl. BGH NJW 2001, 1508.

¹⁰¹ *Walther*, JA 2005, 468 (469).

hier verortet: Verabredung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 StGB) oder die Anstiftung zu einer Tat (§ 26 StGB) im Verhältnis zur später tatsächlich begangenen Tat.¹⁰²

Beispiele mitbestrafter Nachtaten: Sicherungsbetrug (§ 263 StGB), um den Besitz einer gestohlenen Sache (§ 242 StGB) zu erhalten;¹⁰³ Diebstahl eines Tagebuches (§ 242 StGB), das der Täter aufgrund eines neuen Willensent-schlusses verbrennt (§ 303 StGB);¹⁰⁴ Abheben von Geld (§ 263 StGB) durch Vorlage eines gestohlenen Sparbuchs (§ 242 StGB);¹⁰⁵ Fälle der sog. doppelten Zueignung im Rahmen des § 246 StGB, sofern man eine solche tatbe-standlich als gegeben ansieht.¹⁰⁶

IV. Feststellung von Tateinheit/-mehrheit

Liegt eine Gesetzeskonkurrenz nicht vor, so führt die Handlungseinheit zu Tateinheit und die Handlungsmehrheit zu Tatmehrheit, was im Gutachten unter Benennung der jeweils einschlägigen Normen kurz festzustellen ist.

¹⁰² Kretschmer, JA 2019, 666 (670).

¹⁰³ Seher, JuS, 482 (484); Puppe, JuS 2016, 961 (965).

¹⁰⁴ Siehe Steinberg/Bergmann, Jura 2009, 905 (910); str.

¹⁰⁵ Rückert, JA 2014, 826 (830).

¹⁰⁶ Krit. Walther, JA 2005, 468 (469).