

Über den Umgang mit den »Konkurrenzen« in der Strafrechtsklausur

Von Privatdozent Dr. Georg Steinberg und Referendarin Andrea Bergmann, Münster*

Die Konkurrenzen bilden selten den Schwerpunkt einer strafrechtlichen Klausur, andererseits sind sie in fast jeder Klausur zu erörtern, was in den strafrechtlichen Anfänger- bis hin zu den Examenklausuren oftmals gar nicht oder nur unzulänglich erfolgt. Dabei ist eine geglückte Bearbeitung der Konkurrenzen nicht nur durchaus machbar, sondern für Kandidaten, die höhere Punkte-regionen anstreben, auch unerlässlich, und in entsprechenden Grenzfällen kann gerade das Fehlen der Konkurrenzbestimmung als negativer Schlusseindruck für den Korrektor zur Bewertung mit »mangelhaft« führen, da die Klausur dann im Ganzen »unvollständig« ist. Auch in der Praxis ist die Konkurrenzlehre von erheblicher Bedeutung – wird doch durch die Anwendung der §§ 52 ff.¹ die Festsetzung der Strafe wesentlich mitbestimmt. Über das (im übrigen weite) Feld der Konkurrenzen gibt der vorliegende Text einen knappen Überblick², der als Grundlage für einen erfolgreichen Umgang mit den Konkurrenzen in der Strafrechtsklausur hinreichen sollte. Insbesondere werden für alle wichtigen Fallkonstellationen Beispielfälle mit konkreten Formulierungsvorschlägen für das Gutachten gegeben.

I. Einführung: Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen, §§ 52–55

Zunächst ist zu klären, worin eigentlich der Sinn der Konkurrenzlehre besteht. Systematisch ist sie eine Art Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat (Welche Straftaten wurden be-

* PD Dr. Georg Steinberg vertritt derzeit einen strafrechtlichen Lehrstuhl an der Universität Münster; Andrea Bergmann befindet sich im Juristischen Referendardienst im Bezirk des OLG Hamm.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

² Zum weiteren Einstieg GEPPERT, **JURA** 2000, S. 598 ff., 651 ff.; KLESCZEWSKI, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2008, § 8; SEHER, JuS 2004, S. 392 ff., 482 ff.; STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil I., 5. Auflage 2004, §§ 17 f.; vertiefend WESSELS/BEULKE, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Auflage 2008, § 17; FRISTER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 2007, Kapitel 30 f.; KÖHLER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, Teil 2 Kapitel 10 IV; ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 33; KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2008, § 21, dort finden sich insbesondere zahlreiche Hinweise auf Übungsfälle. – Der vorliegende Beitrag ist in erster Linie didaktisch angelegt und liefert daher im Folgenden nur sehr sparsam Belege.

gangen?) und der Lehre von den Unrechtsfolgen (Welche Folgen sollen gerechterweise aus begangenen Unrecht resultieren?). Hat der Täter *mehrere* Straftaten schuldhaft begangen, wäre es unangemessen, die für das jeweilige Delikt normierten Strafraumen (also die in der jeweiligen Norm angeordnete Rechtsfolge) einfach zu addieren. Vielmehr »konkurrieren« hier die verschiedenen Deliktsverwirklichungen miteinander.

Die §§ 52 ff. geben daher zwei Modelle vor, nach denen die Strafe im Ganzen geringer ist als die Summe der einzelnen Strafen. – Lesen Sie zunächst aufmerksam diese Normen! – Tateinheit (auch: »Idealkonkurrenz«) gemäß § 52 ist demnach günstiger für den Täter als Tatmehrheit (auch: »Realkonkurrenz«) gemäß § 53 (mit § 54³), denn nach § 52 wird auf eine Einzelstrafe erkannt, die den Strafraumen des gravierendsten verwirklichten Delikts *nicht übersteigen* darf (§ 52 II 1). Nach §§ 53, 54 hingegen wird eine sogenannte Gesamtstrafe gebildet, indem die Strafe des verwirklichten Delikts mit dem höchsten Strafraumen nach dem Ermessen des Gerichts *erhöht* wird (wobei jedoch gemäß § 54 II die Summe der Einzelstrafen nicht erreicht werden darf, eine schlichte Addierung also unzulässig ist). Noch günstiger als die Regelung des § 52 ist für den Täter ein – im Gesetz nicht erwähnter – dritter Typ von Konkurrenzverhältnis, nämlich die Gesetzeskonkurrenz: Hier tritt ein Delikt vollständig hinter dem anderen zurück, wird also im Schuldspruch nicht genannt, weil sein Unrechtsgehalt von dem des anderen voll umfasst ist.

Um zu ermitteln, in welchem Konkurrenzverhältnis die Taten eines Täters zueinander stehen, ist, wie das folgende Übersichts-schema zeigt, gedanklich in zwei Prüfungsschritten vorzugehen⁴. Die nähere Bedeutung dieser Schritte wird systematisch fortschreitend und anhand kurzer Beispielfälle mit Lösungsvorschlägen unter III. erläutert. Der Text schließt mit rekapitulierenden Hinweisen zum Umgang mit der Konkurrenzlehre in der Klausur (unten IV.).

II. Gedankliche Prüfungsreihenfolge (Übersichtsschema)

Schritt 1: Besteht Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit?

Formen der Handlungseinheit (»dieselbe Handlung« i. S. v. § 52):

1. eine Handlung im natürlichen Sinne
2. eine Handlung im rechtlichen Sinne
 - a. tatbestandliche Handlungseinheit (Folge stets: einmalige Verletzung eines Strafgesetzes)
 - (1) bei mehraktigem Delikt
 - (2) iterative Tatbegehung
 - (3) sukzessive Tatbegehung
 - b. teilweise Handlungsidentität
 - c. Verklammerung
3. natürliche Handlungseinheit
4. fortgesetzte Tat

Falls keiner dieser Fälle gegeben ist, besteht Handlungsmehrheit i. S. v. § 53.

Schritt 2: Liegt Gesetzeskonkurrenz vor?

1. Formen der Gesetzeskonkurrenz bei Handlungseinheit
 - a. Spezialität
 - b. formelle Subsidiarität
 - c. materielle Subsidiarität
 - d. Konsumtion

Falls keine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, besteht Tateinheit, § 52.
2. Formen der Gesetzeskonkurrenz bei Handlungsmehrheit
 - a. mitbestrafte Vortat

b. mitbestrafte Nachtat

Falls keine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, besteht Tatmehrheit, § 53.

III. Bestimmung der Konkurrenzverhältnisse im Einzelnen

1. Erster Schritt: Besteht Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit?

Ausgangspunkt der Konkurrenzermittlung ist stets die Frage, ob das verwirklichte Geschehen eine Handlungseinheit bildet, wobei verschiedene Fallgruppen etabliert sind (dazu sogleich), oder ob, weil keine dieser Fallgruppen vorliegt, Handlungsmehrheit besteht. Liegt Handlungseinheit vor, so ist, falls »mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals« verletzt worden sind (Wortlaut § 52 I), die Anwendbarkeit dieser Norm entsprechend »Schritt 2, 1.« (s. u.) weiter zu prüfen; wurde nur *ein* Strafgesetz *einmal* verletzt (was bei tatbestandlicher Handlungseinheit, unten (1), stets der Fall ist), erübrigt sich eine weitere Konkurrenzdiskussion. Liegt Handlungsmehrheit vor, ist die Anwendbarkeit des § 53 entsprechend »Schritt 2, 2.« (s. u.) weiter zu prüfen. Zunächst also zu den Fallgruppen der Handlungseinheit:

a. eine Handlung im natürlichen Sinne

Eine Handlung im natürlichen Sinne liegt vor, wenn sich *ein* Handlungsentschluss in *einer* Körperbewegung realisiert hat, die zu mehreren strafatbestandlichen Erfolgen führt.

Beispielfall 1: A zündet eine Bombe; vorsätzlich tötet er dadurch den B und verletzt den C.

Hier hat A durch *eine* Handlung, das Zünden der Bombe, zwei Straftatbestände verwirklicht, nämlich §§ 212 I, 211 I, II Gr. 2 Var. 3 und §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5⁵. Im Gutachten formulieren Sie, nachdem Sie die schuldhafte Begehung der Taten festgestellt haben: »*Ergebnisse und Konkurrenzen: A ist strafbar nach §§ 212 I, 211 I, II Gr. 2 Var. 3 und §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5. Er hat den Mord und die gefährliche Körperverletzung gleichermaßen durch das Zünden der Bombe herbeigeführt, also durch eine Handlung im natürlichen Sinne (Handlungseinheit) ...*«

Weitere typische Fallkonstellationen *einer* Handlung im natürlichen Sinn sind die Anstiftung oder Beihilfe zu verschiedenen Taten desselben Haupttäters durch *eine* Bestimmungs- beziehungsweise Gehilfenhandlung.

b. eine Handlung im rechtlichen Sinne

Problematischer sind Fälle, in denen *mehrere* Handlungen im *natürlichen* Sinne vorliegen, die aber bei *rechtlicher* Betrachtung dennoch als »dieselbe«, als *eine* Handlung interpretiert werden. Wenn dabei die Terminologie verwirrend ist und Fallgruppen als dogmatisch schwer greifbar erscheinen, so wird dies verständlich vor dem praktischen Hintergrund, dass die Rechtsprechung im Sinne gerechter, schuldangemessener Strafe mitunter bestrebt ist, statt § 53 den für den Täter günstigeren § 52 anzuwenden, auch wenn dies im Einzelfall dogmatisch schwer zu begründen ist. Letztlich rührt das Problem aus der unzulänglichen Fassung des Gesetzestextes. Behalten Sie jedenfalls diese rechtspolitische Motivation zum Verständnis des Diskussionsfeldes im Hinterkopf.

Eine weitere Vorbemerkung: Für die Frage, ob sich ein Ge-

³ § 55, der sich im Wesentlichen selbst erklärt, bezieht sich auf eine strafprozessuale Sonderkonstellation, die für die hier interessierende materielle-rechtliche Seite der Konkurrenzen ohne Bedeutung ist.

⁴ Die hier vorgeschlagene Prüfungsreihenfolge ist nicht die einzig logisch mögliche, aber üblich und systematisch in sich stimmig, vgl. KÜHL, AT (Fn. 2), § 21 Rdn. 72–74 b.

⁵ Genau genommen hat A vier Tatbestände (§ 212, § 211, § 223, § 224) verwirklicht, von denen zwei (§ 212, § 223) als LEGES GENERALES zurücktreten, vgl. unten 2. a. (1); das ist nicht weiter problematisch.

schehen als Handlungseinheit oder -mehrheit darstellt, ist auf den ersten Blick vor allem der äußerliche (objektive) Geschehensablauf maßgeblich. Wie die folgenden Erörterungen zeigen, spielt aber letztlich die subjektive Seite, nämlich die Frage, ob die Handlungen des Täters von einem einheitlichen Vorsatz getragen waren (bzw. sich als *eine* Sorgfaltspflichtverletzung darstellen), die entscheidendere Rolle. Ist dies der Fall, hat er subjektiv geringeres Unrecht verwirklicht, sich nämlich (im Falle vorsätzlichen Handelns) nur *einmal* für einen Verstoß gegen die Rechtsordnung entschieden, was die Anwendung des § 52 statt des § 53 rechtfertigt. Bei der argumentativen Begründung der Konkurrenzverhältnisse in der Klausur sollten Sie daher stets auch die subjektive Seite des Geschehens in den Blick nehmen.

(1) tatbestandliche Handlungseinheit

(a) bei mehraktigem Delikt

Delikte, deren Tatbestand mehrere Akte erfordert (zum Beispiel § 249: Nötigung und Wegnahme), bewirken, dass die jeweiligen Teilhandlungen bereits aufgrund dieser Mehraktigkeit des Tatbestands als Handlungseinheit gelten, die zusammengenommen den betreffenden Tatbestand *einmal* erfüllen. Dies bedeutet, dass eine Handlungseinheit vorliegt, dass aber, ohne dass auf die Frage einer Gesetzeskonkurrenz einzugehen wäre, die Anwendung des § 52 schon deshalb ausgeschlossen ist, weil nicht »dasselbe Strafgesetz *mehrmals*« (Wortlaut), sondern nur *einmal* verletzt ist. Ergebnis ist hier also schlicht *eine* Straftatverwirklichung. In der Klausur ist dieses Faktum nicht besonders zu erwähnen, es kommt in einer korrekten Subsumtion beispielsweise des § 249 hinreichend zum Ausdruck.

(b) iterative Tatbegehung

Bei der iterativen (wörtlich: »wiederholenden«) Tatbegehung wird die wiederholte Tatbestandsverwirklichung durch gleichartige Akte, die in unmittelbarer zeitlicher Abfolge auf derselben subjektiven Basis (Vorsatz/Fahrlässigkeit) erfolgen, zu einer Bewertungseinheit zusammengefasst mit der Folge, dass der Tatbestand als nur *einmal* verletzt gilt. Auch hier entfällt also die Anwendung des § 52, da durch die in Handlungseinheit stehenden Akte nur *einmal ein* Straftatbestand verwirklicht wird.

Beispielfall 2: A verprügelt den O, indem er ihm einen Schlag unters Kinn und einen auf den Kopf sowie einen Fußtritt in die Körpermitte versetzt.

Hier liegt trotz der verschiedenen durch A vorgenommenen Einzelakte nur *eine* Körperverletzung gemäß § 223 I vor. Im Gutachten können Sie mit dieser Konstellation auf zwei unterschiedliche Arten umgehen: Entweder Sie prüfen jede Einzelhandlung zunächst als eigene Straftat und formulieren, daran anschließend: »Die drei festgestellten Verwirklichungen des § 223 I sind, da sie in unmittelbarer zeitlicher Abfolge durch gleichartige Handlungen gegen denselben Rechtgutsträger erfolgten und von einem einheitlichen Verletzungsvorsatz getragen waren, als eine Verwirklichung des § 223 I anzusehen.«

Oder Sie prüfen, eleganter, die betreffenden Handlungen von vornherein als *eine*: »A könnte sich, indem er dem O einen Schlag unters Kinn und auf den Kopf sowie einen Tritt versetzte, nach § 223 I strafbar gemacht haben...« Beachten Sie aber: Grundsätzlich ist jede Handlung punktuell und separat zu prüfen; oftmals sind studentische Bearbeitungen gerade deswegen fehlerhaft, weil sie dies nicht beachten (z. B. durch Zusammenziehen von Handlungen, die teilweise gerechtfertigt sind, teilweise nicht). Prüfen Sie also sorgfältig, ob dem Zusammenziehen mehrerer Handlungen im konkreten Fall nichts entgegensteht.

Typische Fallkonstellationen einer iterativen Tatbegehung sind auch die stückweise Wegnahme der Diebesbeute, § 242, sowie das zeitlich gestreckte Unterlassen (beispielsweise der Hilfeleistung, § 323 c) und die Verwirklichung von Dauerdelikten

(zum Beispiel § 239, § 316). In den letzteren Fällen ist es offensichtlich, dass nur *eine* Verletzung *eines* Strafgesetzes vorliegt, so dass eine Erörterung dieses Faktums in der Klausur überflüssig ist.

(c) sukzessive Tatbegehung

Im Gegensatz zur iterativen Tatbegehung erfolgt die sukzessive Begehung einer Tat »allmählich«, es wird also auch bei punktueller Betrachtung der tatbestandliche Erfolg nur einmal herbeigeführt. Im Übrigen gilt das zur iterativen Begehung Gesagte für die sukzessive ebenso.

Beispielfall 3: A will in das Gartenhaus des O eindringen, um einen Rasenmäher zu stehlen. Als er die Tür mit einem Dietrich öffnen will, bricht dieser ab. A greift nicht auf den zweiten mitgebrachten Dietrich zurück, sondern bemerkt plötzlich ein offenes Fenster, durch das er einsteigt und den Rasenmäher stiehlt.

Auch hier liegt angesichts des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs des Geschehens, sowie angesichts desselben angegriffenen Rechtsguts und derselben Motivlage beim Täter nur *ein* Diebstahl vor (§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1)⁶, wobei der Tatbestand des § 242 I nicht rasch hintereinander mehrmals, sondern *einmal sukzessiv* verwirklicht worden ist. Der BGH hat in der »Dagobert«-Entscheidung klargestellt, dass nur *eine* Tat vorliegt, wenn »die der Tatbestandsvollendung dienenden Teilakte einen einheitlichen Lebensvorgang bilden, wobei der Wechsel des Angriffsmittels nicht von entscheidender Bedeutung ist«⁷. Diese Einheit ende erst dort, wo der Täter nach den Regelungen über den Rücktritt nicht mehr strafbefreiend zurücktreten könnte, also insbesondere bei Fehlschlag des Versuchs. Die Parallele zu § 24 überzeugt, weil der Täter von mehreren Einzelakten, die einen einheitlichen Lebensvorgang, also *einen* Versuch bilden, gemäß § 24 insgesamt zurücktreten könnte; demnach kann es sich bei Fehlen eines Rücktritts auch nur um *eine* Tatbestandsverwirklichung handeln.

Analog zu den zwei Lösungsvarianten bei der iterativen Tatbegehung könnten Sie auch hier entweder zunächst den versuchten Diebstahl (Türöffnungsversuch mittels Dietrich) und dann den vollendeten Diebstahl (Einstieg durch das Fenster und Wegnahme des Rasenmähers) getrennt prüfen und daran anschließend erläutern, warum letztlich nur *eine* Tatbegehung vorliegt. Vorzugswürdig ist es u. E., die Handlungen von vornherein zusammenzuziehen: »A könnte sich, indem er zunächst mit dem Dietrich die Gartenhaustür zu öffnen suchte, dann durch das Fenster einstieg und den Rasenmäher mitnahm, nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 strafbar gemacht haben...« Dass nur *eine* Tatbestandsverwirklichung vorliegt, stellen Sie dann im Rahmen der Prüfung des objektiven und subjektiven Tatbestands (*ein* Vorsatz) klar.

(2) teilweise Handlungsidentität

Bei Verwirklichung *eines* Delikts durch eine Handlung, die zugleich *Teilakt* eines *anderen mehraktigen* Delikts ist (Teilidentität), stehen die beiden Delikte in Handlungseinheit.

Beispielfall 4: A schlägt der B ins Gesicht. Die verängstigte B verhindert nicht, dass A ihr die Handtasche abnimmt und verschwindet.

Hier steht der von A verwirklichte Raub, § 249, in Handlungseinheit mit der Körperverletzung, § 223 I, da die Körperverletzungshandlung zugleich die Nötigung im Sinne von § 249 darstellt. Im Gutachten formulieren Sie, nachdem Sie die schuldhaftige Begehung von § 249 und § 223 I festgestellt haben:

»Ergebnisse und Konkurrenzen: A hat sich nach § 223 I und § 249 strafbar gemacht. Die Körperverletzungshandlung war zu-

⁶ Abgesehen von dem zusätzlich verwirklichten Hausfriedensbruch, § 123.

⁷ BGHSt 41, 368 ff., 369 = NStZ 1996, 429 ff. mit Anmerkung BEULKE/SATZGER.

gleich Raubmittel, so dass die Taten in Handlungseinheit stehen (partielle Handlungsidentität) . . .«

(3) Verklammerung

Zwei Tathandlungen, die zueinander (eigentlich) in Handlungsmehrheit stehen, können durch eine dritte Handlung, zu der sie jeweils in Handlungseinheit stehen, zu einer Handlungseinheit verklammert werden. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn der Unrechtsgehalt des (potentiell) verklammernden Delikts nicht hinter dem Unrechtsgehalt der anderen Straftatbestände zurückbleibt. Strittig ist, ob die Klammerwirkung eintritt, wenn das (potentiell) verklammernde Delikt in seinem Unrechtsgehalt hinter *nur einem* der zu verklammernden Delikte zurückbleibt. Strittig ist des Weiteren, ob es für die Bestimmung des Unrechtsgehalts (abstrakt) auf den jeweiligen Strafrahmen der Norm ankommt oder auf das im (konkreten) Einzelfall verwirklichte Unrecht.

Beispielfall 5: A hält den O zehn Tage lang gefangen. Am ersten Tag misshandelt er ihn körperlich. Am dritten Tag beleidigt er ihn.

Nach der Prüfung von § 239 I, III Nr. 1, § 223 I Alt. 1 und § 185 formulieren Sie hierzu im Gutachten: »*Ergebnisse und Konkurrenzen: A hat sich nach § 239 I, III Nr. 1, § 223 I und § 185 strafbar gemacht. Die Freiheitsberaubung steht, da sie während der Körperverletzung fort dauerte, mit dieser in Handlungseinheit, dasselbe gilt für die Freiheitsberaubung im Verhältnis zur Beleidigung. Hingegen wurden die Körperverletzung und die Beleidigung an verschiedenen Tagen und auf der Basis eines jeweils separaten Tatentschlusses begangen, wonach Handlungsmehrheit vorläge. Fraglich ist mithin, ob eine Verklammerung dieser Delikte durch das jeweils mit diesen in Handlungseinheit stehende Dauerdelikt (§ 239 I) möglich ist. Die schwere Freiheitsberaubung weist sowohl bei abstrakter Betrachtung der Strafrahmen (Verbrechen, § 12 II) als auch nach den konkreten Umständen des Falles einen weit höheren Unrechtsgehalt auf als die Körperverletzung und die Beleidigung. Eine Verklammerung ist also möglich. Demnach bilden alle drei Taten eine Handlungseinheit. . .«*

c. natürliche Handlungseinheit

Die Rechtsprechung fasst des Weiteren mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer Handlung zusammen mittels der Figur der natürlichen Handlungseinheit. Die Terminologie ist irreführend. Sie erschließt sich, wenn man sich klarmacht, dass sich hier weder *ein* Handlungsentschluss in *einer* Körperbewegung realisiert hat (also keine Handlung im natürlichen Sinne vorliegt), noch sich aus den verwirklichten Tatbeständen oder aufgrund von Teilidentität der Ausführungshandlung oder Klammerwirkung eine Handlungseinheit ableiten lässt, gleichwohl aber bei »natürlicher Betrachtungsweise« – letztlich im Hinblick auf Schuldprinzip und Gleichheitssatz – die Anwendung des § 53 als unangemessen hart erscheint. Eine natürliche Handlungseinheit liegt demnach vor, wenn die gleichartig erfolgende Begehung mehrerer Straftaten in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang steht, einen einheitlichen Willensentschluss zur Grundlage hat und sich für Dritte als einheitliches Tun darstellt.

Beispielfall 6: In blinder Zerstörungswut tritt A nach einem verlorenen Fußballerby auf dem Heimweg bei sechs Autos, die am Straßenrand stehen, nacheinander die Außenspiegel ab.

Diese Sachbeschädigungen (§ 303 I) des A können nicht als *eine* (iterative) Begehung interpretiert werden, weil das Eigentum verschiedener Rechtsgutsträger (der jeweiligen Eigentümer) verletzt wurde. Allerdings erscheint es allzu hart, von Handlungsmehrheit auszugehen, also den A nicht in den Genuss des § 52 kommen zu lassen. Als Handlung im natürlichen Sinn können die Sachbeschädigungen daher zu einer Handlungseinheit zusammengefasst werden. Im Gutachten formulieren Sie nach Feststellung der sechs Sachbeschädigungen:

»*Ergebnisse und Konkurrenzen: A hat sechs Sachbeschädigungen mittels sechs Handlungen im natürlichen Sinn verwirklicht. Diese können, da jeweils unterschiedliche Rechtsgutsträger betroffen sind, nicht als eine (iterativ begangene) einheitliche Sachbeschädigung interpretiert werden. Fraglich ist aber, ob die Taten als natürliche Handlungseinheit anzusehen sind. Die Voraussetzungen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs und des einheitlichen Vorsatzes (allgemeine »blinde Zerstörungswut«) sind gegeben; auch stellen sich die Taten für Dritte als einheitlicher Vorgang dar. Bei natürlich-wertender Betrachtung ist das Geschehen somit eine Einheit, so dass die Rechtsfolge des § 53 unangemessen hart wäre. Die Taten bilden also eine natürliche Handlungseinheit im Sinne des § 52. . .«*

Der BGH hat beispielsweise auch in einem Polizeifluchtfall für die strafbaren Handlungen, die der Täter während der Flucht begangen hatte, Handlungseinheit angenommen, da sie »ein in sich geschlossenes Verhalten, eine natürliche Handlungseinheit« bildeten⁸. Entscheidend dabei war, dass der Handlungswille des Täters beim Verüben der Straftaten einheitlich war, dieser war nämlich von dem Gedanken beherrscht, den Verfolgern zu entkommen. – Das Ergebnis mag im konkreten Fall gerecht gewesen sein. Bereits diese Entscheidung zeigt allerdings auch, auf welch unsichere Abgrenzungskriterien sich die Figur der natürlichen Handlungseinheit stützt, was zu deutlicher Kritik in der Literatur geführt hat⁹. Wenden Sie die Figur in der Klausur eher zurückhaltend an! Ablehnen sollte man sie jedenfalls, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter (v. a. Leib, Leben, Freiheit) verschiedener Rechtsgutsträger beeinträchtigt worden sind, der Täter zum Beispiel kurz nacheinander drei Menschen getötet hat.

d. fortgesetzte Tat

Kurz erwähnt sei schließlich die »fortgesetzte Tat«. Mit dieser seitens der Rechtsprechung entwickelten Figur wurden zeitlich weit auseinanderliegende (daher keine iterative Begehung und auch keine natürliche Handlungseinheit), aber von einem »Gesamtvorsatz« getragene gleichartige Handlungen zu einer Handlungseinheit verbunden, zum Beispiel über einen längeren Zeitraum immer wieder begangene Ladendiebstähle (§ 242), Schwarzfahrten (§ 265 a I Var. 3) oder Sexualstraftaten (§§ 174 ff.). Rechtspolitisches Ziel war es, den »Serientäter« in den Genuss des § 52 kommen zu lassen. Nachdem die Literatur die Figur schon immer kritisiert hatte, hat sich 1994 auch der BGH in einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (§ 132 GVG) grundsätzlich von ihr distanziert¹⁰. In Klausuren ist sie nicht mehr zu diskutieren; mit Blick auf die mündliche Prüfung sollte man sie kennen.

2. Zweiter Schritt: Liegt Gesetzeskonkurrenz vor?

Haben Sie nach alledem festgestellt, ob Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt (und dass im ersteren Fall mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt sind, also nicht nur *eine* Straftat begangen wurde), ist als nächstes zu prüfen, ob Tateinheit (§ 52) beziehungsweise Tatmehrheit (§ 53) vorliegen, oder ob nicht *ein* Delikt durch ein *anderes* im Wege der Gesetzeskonkurrenz vollständig verdrängt wird, also in den Schuldpruch nicht mit aufgenommen wird. Dies letztere soll dann geschehen, wenn der Unrechtsgehalt des einen verwirklichten Delikts von dem eines anderen verwirklichten Delikts bereits voll erfasst ist, so dass es dem Schuldprinzip und dem Gleichheitssatz widerspräche, beides in den Schuldpruch aufzunehmen. Umgekehrt entfällt die Verdrängung eines Delikts im Wege der Gesetzeskonkurrenz, wenn die Erwähnung beider Delikte zur Klar-

⁸ BGHSt 22, 67 ff., 76.

⁹ Vgl. KÜHL, AT (Fn. 2), § 21 Rdn. 10–20.

¹⁰ BGHSt GrS 40, 138 ff.

stellung des insgesamt verwirklichten Unrechtsgehalts erforderlich ist (»Klarstellungsfunktion« des § 52). Sowohl bei der Handlungseinheit als auch bei der Handlungsmehrheit sind verschiedene Formen von Gesetzeskonkurrenz zu unterscheiden.

a. Formen der Gesetzeskonkurrenz bei Handlungseinheit

(1) Gesetzeskonkurrenz in Form von Spezialität

Spezialität liegt vor, wenn dieselbe Handlung mehrere Tatbestände verwirklicht, von denen einer (die *lex specialis*) den anderen (die *lex generalis*) sprachlich logisch umfasst, wenn also eine Strafnorm begriffsnotwendig alle Merkmale einer anderen sowie mindestens ein weiteres Merkmal enthält. Beispielsweise steckt in jeder gefährlichen Körperverletzung (§ 224) eine »einfache« Körperverletzung (§ 223), so dass der Täter A, der den B mit einem Messer sticht, nicht tateinheitlich beide Delikte realisiert, sondern nur *eine* gefährliche Körperverletzung nach § 224 I Nr. 2 Alt. 2.

Im Gutachten stellen Sie dies bei *Qualifikationen* dadurch klar, dass Sie die Normen gemeinsam prüfen: »A könnte sich nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 strafbar gemacht haben, indem er...«; eine weitere Erörterung der Konkurrenzlage ist dann überflüssig. – Spezialität anderer, nicht qualifizierender Normen, zum Beispiel die des § 249 im Verhältnis zu § 242, oder auch die des § 224 I Nr. 2 Alt. 1 im Verhältnis zu Alt. 2, berücksichtigen Sie in der Klausur schlicht dadurch, dass Sie die speziellere Norm vorrangig prüfen.

(2) Gesetzeskonkurrenz in Form formeller Subsidiarität

Für manche Tatbestände ist die Gesetzeskonkurrenz im Verhältnis zu anderen Tatbeständen im Gesetz explizit angeordnet, nämlich als formelle Subsidiarität (subsidiär = »zur Aushilfe dienend«), vergleiche z. B. § 145 d I a. E., § 246 I a. E., § 248 b I a. E., § 265 I a. E. und § 316 I a. E.

Beispielfall 7: A verkauft und übereignet sein Fahrrad an den eingeweihten B und meldet es dann bei seiner Versicherung als gestohlen. Versicherungsmitarbeiter V kommt aber dem A auf die Schliche und verweigert die Auszahlung.

Hier hat A einen Versicherungsmissbrauch begangen, indem er das gegen Diebstahl versicherte Fahrrad einem anderen überlassen hat (§ 265 I Var. 5). Mit der Schadensmeldung hat A auch einen Betrug versucht, §§ 263 I, III 2 Nr. 5, 22, der mangels Auszahlung nicht zur Vollendung gelangte. In der Klausur tragen Sie der formellen Subsidiarität des § 265 Rechnung, indem Sie zuerst den Betrug prüfen und, nachdem Sie unter »1.« festgestellt haben, dass A nach §§ 263 I, III 2 Nr. 5, 22 strafbar ist, folgendermaßen formulieren: »2. Der womöglich ebenfalls verwirklichte Versicherungsmissbrauch tritt jedenfalls aufgrund formeller Subsidiarität (§ 265 I a. E.) hinter dem versuchten Versicherungsbetrug zurück.« Eine weitere Prüfung des § 265 ist überflüssig.

Beachten Sie im Übrigen zweierlei hinsichtlich der formellen Subsidiarität des § 246 I: Zum einen bezieht sich diese auch auf § 246 II, vgl. den Wortlaut »in den Fällen des Absatzes 1«. Zum anderen ist bezogen auf § 246 I streitig, ob die Subsidiarität sich auf alle oder nur auf Vermögensdelikte bezieht. Überzeugend mit Verweis auf den Wortlaut folgt die Rechtsprechung dem ersteren¹¹.

(3) Gesetzeskonkurrenz in Form materieller Subsidiarität

Materielle Subsidiarität liegt vor, wenn eine Tatbestandsverwirklichung weniger intensiv das von beiden Normen geschützte Rechtsgut verletzt als die andere, ohne dass ein Fall der Spezialität vorliegt.

Beispielfall 8: A und B tüfteln einen Plan aus, wie sie gemeinsam O töten können. Tags darauf hält, wie geplant, A den O fest, und B injiziert ihm ein tödlich wirkendes Gift.

Hier ist auf Konkurrenzebene zu prüfen, wie sich die Verbre-

chensverabredung, § 30 II Var. 3, zum plangemäß verwirklichten mittäterschaftlichen Totschlag, §§ 212 I, 25 II, verhält. Spezialität liegt nicht vor, da § 212 I *sprachlich* nicht alle Elemente des § 30 II Var. 3 erfasst, hingegen ist materielle Subsidiarität gegeben. Im Gutachten können Sie formulieren: »*Ergebnisse und Konkurrenzen: A und B sind strafbar nach § 30 II Var. 2 und §§ 212 I, 25 II. Die Handlungen bilden, indem durch sie der Taterfolg sukzessive herbeigeführt wurde, eine rechtliche Handlungseinheit. Allerdings bildet die Verbrechensverabredung einen weniger intensiven Angriff auf das durch die Tötung (plangemäß) ebenso angegriffene Rechtsgut, nämlich das Leben des O, und tritt daher als materiell subsidiär zurück. Es verbleibt eine Strafbarkeit von A und B nach §§ 212 I, 25 II.*«

Es existieren auch Fälle der materiellen Subsidiarität, die so offensichtlich sind, dass sie in der Klausur noch nicht einmal erwähnt werden müssen, zum Beispiel die mit jedem Totschlag zwingend verwirklichte Körperverletzung oder auch die im Totschlag enthaltene fahrlässige Tötung. Ebenso ist die Beihilfe, § 27, subsidiär im Verhältnis zur Mittäterschaft, § 25 II, die versuchte Anstiftung, § 30 I 1 Alt. 1, zur Anstiftung, § 26, etc.; in der Klausur bringen Sie dies zum Ausdruck, indem Sie stets die intensivere Beteiligungsform zuerst prüfen und nur bei deren Nichtvollendung sodann die nächst schwächere in Betracht kommende.

(4) Gesetzeskonkurrenz in Form der Konsumtion

Konsumtion liegt vor, wenn ein Tatbestand zwar nicht sprachlich oder sachlich logisch zwingend (keine Spezialität, keine Subsidiarität), aber doch *typischerweise* bei der Begehung einer dem Unrechtsgehalt nach wesentlich höheren Tat als Begleittat mitverwirklicht wird. Die typische Begleittat wird dann konsumiert (tritt zurück).

Beispielfall 9: A schießt den B tödlich in die Brust und verdirbt dabei dessen Smoking.

In der Klausur formulieren Sie nach Feststellung der begangenen Delikte: »*Ergebnisse und Konkurrenzen: A hat sich nach § 212 I und nach § 303 I strafbar gemacht. Die Sachbeschädigung am Smoking wird als typische und in ihrem Unrechtsgehalt deutlich untergeordnete Begleittat der Tötung konsumiert, so dass A im Ergebnis nach § 212 I strafbar ist.*«

Als Fallkonstellation sollte Ihnen insbesondere die Konsumtion von Sachbeschädigung (am Türschloss), § 303 I, und Hausfriedensbruch, § 123, durch den begangenen Wohnungseinbruchdiebstahl, §§ 242 I, 244 I Nr. 3, bekannt sein. Ebenso sollte Ihnen die Streitfrage bekannt sein, ob die genannten Begleittaten auch durch einen besonders schweren Fall des Diebstahls nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2 konsumiert werden können. Dies ist im Ergebnis zu verneinen, weil Regelbeispiele aufgrund ihres Charakters reiner Strafzumessungsregeln keine Tatbestände konsumieren können¹².

b. Formen der Gesetzeskonkurrenz bei Handlungsmehrheit

Als Formen der Gesetzeskonkurrenz bei Handlungsmehrheit kommen die mitbestrafte Vortat und die mitbestrafte Nachtat in Betracht. Ursache des Zurücktretens eines Delikts als mitbestrafte Vor- oder Nachtat ist, dass der Unrechtsgehalt dieser Tat von dem der Haupttat bereits umfasst ist, weil sie zwar nicht zwingend, aber *typischerweise* als Vorbereitungshandlung zur Begehung der Haupttat (mitbestrafte Vortat) oder nach Begehung der Haupttat zwecks Sicherung oder Verwertung der Vortate vorgenommen wird (mitbestrafte Nachtat). Es handelt sich also der Sache nach um Fälle der Konsumtion bei Handlungsmehrheit¹³.

¹¹ Vgl. LACKNER/KÜHL, 26. Auflage 2007, § 246 Rdn. 14.

¹² Vgl. (a. A.) DIES., § 243 Rdn. 24.

¹³ Str., vgl. LK-RISSING VAN SAAN, 12. Auflage 2006, Vor § 52 Rdn. 149.

(1) mitbestrafte Vortat

Beispielfall 10: A, der Ex-Freund der O, entnimmt bei seinem Auszug aus der gemeinsamen Wohnung die EC-Karte der O aus deren Portemonnaie. Als O mit A noch glücklich war, hatte sie ihm die Pin-Nummer verraten. Mit der Karte hebt A am nächsten Geldautomaten € 1.000,- ab.

A begeht den Diebstahl an der Karte, § 242 I, zwecks Ermöglichung des Computerbetrugs, § 263 a I Var. 3¹⁴. In der Klausur formulieren Sie: *»Ergebnisse und Konkurrenzen: A hat sich nach § 242 I und § 263 a I Var. 3 strafbar gemacht. Dieser letzteren Tat geht typischerweise ein Diebstahl an der Karte voraus. Auch war die Geschädigte beider Delikte (O) identisch, und jeweils wurde auch dasselbe Rechtsgut (das Vermögen) beeinträchtigt. Der Diebstahl weist daher im Verhältnis zum Computerbetrug keinen eigenständigen Unrechtsgehalt auf, er wird als mitbestrafte Vortat konsumiert. A ist im Ergebnis strafbar nach § 263 a I Var. 3«¹⁵.*

Typischer Fall einer mitbestraften Vortat ist etwa auch der Diebstahl eines Schlüssels zwecks späterer Verwendung desselben für einen weiteren Diebstahl.

(2) mitbestrafte Nachtat

Beispielfall 11: Dieb D nimmt das Fahrrad des O mit nach Hause, um es für sich zu behalten. Nachdem er sich am nächsten Tag verletzt hat und daher nicht mehr Radfahren kann, zertrümmert er aus Frustration das Fahrrad mit einer Axt.

Hier kommt die Verdrängung der Sachbeschädigung, § 303 I, durch den Diebstahl, § 242 I, als mitbestrafte Nachtat in Betracht. In der Klausur formulieren Sie nach Feststellung der Strafbarkeit nach § 242 I und § 303 I: *»Ergebnisse und Konkurrenzen: Fraglich ist, in welchem Konkurrenzverhältnis die Sachbeschädigung zum Diebstahl steht. Die Taten wurden in deutlichem zeitlichem Abstand begangen, und die Sachbeschädigung erfolgte aufgrund eines eigenen separaten Tatentschlusses, so dass Handlungsmehrheit vorliegt. Fraglich ist, ob § 53 zur Anwendung kommt, oder ob Gesetzeskonkurrenz in Form der mitbestraften Nachtat vorliegt. Beide Taten richteten sich gegen dasselbe Rechtsgut (Eigentum) desselben Rechtsgutsträgers (O). Allerdings handelt es sich bei der Zerstörung des Rades nicht um eine typische Verwertungstat (wie beispielsweise der Konsum gestohlener Esswaren). Andererseits kommt in der Zerstörung der Sache vor allem die Anmaßung der Eigentümerstellung (§ 903 BGB) zum Ausdruck, die als Unrecht bereits vollumfänglich durch § 242 I sanktioniert ist. Einen eigenen Unrechtsgehalt weist die Zerstörung daher nicht auf, und die spätere Zerstörung des Diebesguts (aus welchem Grund auch immer) kann auch als typisch angesehen*

werden. § 303 I tritt mithin als mitbestrafte Nachtat zurück. Es verbleibt eine Strafbarkeit des D nach § 242 I.«¹⁶

Als mitbestrafte Nachtat kommt insbesondere auch der sogenannte Sicherungsbetrug, § 263 I, im Verhältnis zum Diebstahl in Betracht (Täuschung des Bestohlenen, damit dieser die Sache nicht zurückfordert). Das Verhältnis des Diebstahls zur nachfolgenden Hehlerei regelt § 259 bereits auf Tatbestandsebene: Der Vortäter ist nach dem Wortlaut nicht tauglicher Täter der Nachtat.

IV. Abschließende Hinweise

Nachdem die Fallgruppen und wichtigsten Probleme der Konkurrenzlehre dargestellt worden sind, seien abschließend nochmals die zwei Grundregeln für den Umgang mit Konkurrenzfragen im Gutachten rekapituliert.

1. Offensichtlichen Konkurrenzverhältnissen im Bereich der Spezialität und Subsidiarität (zum Beispiel der Subsidiarität der Körperverletzung im Verhältnis zum Totschlag) tragen Sie Rechnung, indem Sie das vorgehende Delikt prüfen, das zurücktretende hingegen noch nicht einmal (oder allenfalls kurz) erwähnen. Daraus folgt auch, dass Sie sich zu Anfang der Klausurbearbeitung, nicht erst am Ende, über die Konkurrenzverhältnisse der in Betracht kommenden Delikte Klarheit verschaffen müssen, da andernfalls Ihr Gutachten in eine völlig falsche Richtung gehen kann; die Konkurrenzlehre zu beherrschen ist kein »Luxus«, sondern unerlässliches Handwerkszeug!

2. Die verbleibenden Konkurrenzfragen erörtern Sie, nachdem Sie die jeweilige Deliktsverwirklichung festgestellt haben. Dies ist möglich im Rahmen von »Zwischenergebnissen« oder auch am Ende der Klausur (»Ergebnisse und Konkurrenzen«). Die Grundregeln einer jeden rechtsgutachterlichen Bearbeitung – Kurzfassung von Unproblematischem; Schwerpunktsetzung auf Problematischem – gelten dabei auch für die strafrechtliche Konkurrenzlehre. Und auch hier reicht es nicht aus, Ergebnisse festzustellen (auch wenn dies leider als »studentischerseits übliche Praxis« bezeichnet werden muss), sondern eine kurze Begründung ist stets erforderlich! Diese sollte im Regelfall sowohl die objektive als auch die subjektive Seite des Tatgeschehens in den Blick nehmen.

¹⁴ Die weiteren verwirklichten Delikte (z. B. § 274 I Nr. 2) seien aus didaktischen Gründen ignoriert.

¹⁵ Str., vgl. FISCHER, Strafrechtbuch, 56. Auflage 2009, § 263 a Rdn. 38.

¹⁶ Str., vgl. DERS., § 242 Rdn. 59.