

## Was ist Gesetzeskonkurrenz

### Einleitung

Niemand außerhalb des Justizprüfungsamts weiß bzw. darf wissen, welche Rechtsprobleme in einer Prüfungsklausur gestellt werden. Handelt es sich aber um eine Strafrechtsklausur, so ist eines sicher: die Frage, ob in einer bestimmten Fallkonstellation zwei Tatbestandsverwirklichungen in Gesetzeskonkurrenz oder in Idealkonkurrenz zueinander stehen, kommt mit Sicherheit in der Klausur vor. Trotzdem ist die Lehre von den Konkurrenzen, insbesondere die von der Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Idealkonkurrenz dasjenige Gebiet des allgemeinen Teils des Strafrechts, das sowohl im akademischen Rechtsunterricht, als auch in der Lehrbuchliteratur, als auch in der wissenschaftlichen Spezialliteratur am meisten vernachlässigt wird. Und auch in der Prüfung selbst wird es nachlässig behandelt, sowohl von den Kandidaten, als auch von den Prüfern. Wenn die Kandidaten am Ende der Klausur schließlich zur Frage nach den Konkurrenzverhältnissen der Tatbestandsverwirklichungen kommen, sind sie physisch und psychisch erschöpft und haben keine Zeit mehr. Sie schreiben also im Urteilstil und ohne jede Begründung irgendetwas hin. Wenn diese Ergebnisse nicht grottenfalsch sind, werden sie von den Prüfern auch mehr oder weniger resignierend akzeptiert. Eine Begründung für ihre Feststellungen zu den Konkurrenzverhältnissen der Tatbestandsverwirklichungen wird von den Kandidaten kaum noch erwartet. Dieser Umgang mit den Konkurrenzverhältnissen ist nicht etwa damit zu erklären, dass die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Idealkonkurrenz keine praktische Bedeutung mehr hat, obwohl dies vom BGH<sup>1</sup> und auch in der Literatur<sup>2</sup> gelegentlich sogar behauptet wird.

Idealiter konkurrierende Tatbestandsverwirklichungen sind im Urteilstenor zu nennen und demgemäß auch in der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluss.<sup>3</sup> Stellt sich im Laufe der Hauptverhandlung heraus, dass die Verwirklichung eines weiteren idealkonkurrierenden Tatbestandes in Betracht kommt, so hat der Richter den Angeklagten gemäß § 265 Abs. 1 StPO darüber zu belehren. Nach § 52 ist der Strafrahmen, aus dem die Strafe zu entnehmen ist, dem strengsten der idealkonkurrierenden Gesetze zu entnehmen und die Verwirklichung der übrigen fällt innerhalb dieses Rahmens straferschwerend ins Gewicht. Nebenstrafen und Nebenfolgen, die nur einer der idealkonkurrierenden Tatbestände vorsieht, sind zu verhängen bzw. dürfen verhängt werden.<sup>4</sup>

Mit Ausnahme der Spezialität gilt nach der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung auch bei Gesetzeskonkurrenz, also bei Subsidiarität und Konsumtion, dass die subsidiären oder konsumierten Tatbestandsverwirklichungen in der Strafzumessung zu berücksichtigen sind, ihre Mindeststrafe nicht

---

<sup>1</sup> BGH NStZ 1994, 430 (431).

<sup>2</sup> LK-Rissing-van Saan Vor § 52 Rn 5, 95; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn 103; Stratenwerth/Kuhlen AT 18/39.

<sup>3</sup> KK-StPO-Ott § 260 Rn 34; MüKo-StPO-Maier § 260 Rn 264; LR-Stuckenberg § 260 Rn 80.

<sup>4</sup> Fischer § 52 Rn 7; Lackner/Kühl-Kühl § 52 Rn 9; MüKo-von Heintschel-Heinegg § 52 Rn 114; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch § 52 Rn 43.

unterschriften werden dürfen und ihre Nebenstrafen und Nebenfolgen zu verhängen sind bzw. verhängt werden dürfen.<sup>5</sup>

Der entscheidende Unterschied zwischen der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz, kraft Subsidiarität oder Konsumtion, besteht darin, dass die subsidiären oder konsumierten Straftatbestände im Urteilstenor nicht erscheinen und demgemäß auch weder in der Anklageschrift noch im Eröffnungsbeschluss genannt werden.<sup>6</sup> Der Richter ist denn auch nicht verpflichtet, den Angeklagten über die mögliche Einschlägigkeit einer subsidiären oder konsumierten Tatbestandsverwirklichung zu belehren, falls sie sich erst während der Hauptverhandlung herausstellt. Dabei dienen Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss sowie die Belehrungspflicht des Vorsitzenden nach § 265 StPO dem Interesse des Angeklagten, vollständig darüber informiert zu werden, gegen welche strafzumessungsrelevanten Vorwürfe er sich verteidigen muss. Von den subsidiären oder konsumierten Vorwürfen erfährt er aber erst, wenn er im Urteil die Strafzumessungsgründe lesen kann. Prozessrechtlich behandelt man also die Subsidiarität und die Konsumtion als Gesetzeskonkurrenz und materiell-rechtlich genauso wie Idealkonkurrenz. Es ist also dem Zweiten Senat des BGH zu widersprechen, wenn er ausführt, dass eine im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktretende Tatbestandsverwirklichung nicht im Tenor erscheint sei "ein nur optischer Effekt".<sup>7</sup>

Und nun können wir sehen, warum die Lehre von den Konkurrenzen, insbesondere die Unterscheidung zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz in der Juristenausbildung so vernachlässigt wird: weil sie in der Theorie und auch in der Praxis so vernachlässigt worden ist. In seinem großen Lehrbuch erklärt *Roxin* das Rechtsinstitut der Gesetzeskonkurrenz wie folgt: "Von Gesetzeskonkurrenz spricht man, wenn zwar formal mehrere Tatbestände verwirklicht sind, aber schon durch die Bestrafung aus einem dieser Tatbestände der Unrechts- und Schuldgehalt des Geschehens vollständig abgegolten wird"<sup>8</sup>, ähnliche Formulierungen finden sich in den meisten anderen Lehrbüchern und Kommentaren zu Beginn der Erläuterungen zur Gesetzeskonkurrenz.<sup>9</sup> Einige Randziffern später heißt es dann aber: "Das verdrängte Gesetz kann bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, soweit deren allgemeine Grundsätze (Verbot der Doppelverwertung!) nicht entgegensteht"<sup>10</sup>, ähnliche Formulierungen finden sich in anderen

---

<sup>5</sup> BGHSt 6, 25 (27); 8, 46 (52); 10, 312 (315); 15, 345 (346); 19, 188 (189); 20, 235 (238); 22, 248 (249); 30, 166 (167) = JR 1982, 166 m.Anm. *Bruns*; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn 1106; *Roxin* AT/2 33/228; *Kindhäuser* AT 46/4; *Fischer* Vor § 52 Rn 45; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch* Vor § 52 Rn 144; *LK-Rissing-van Saan* Vor § 52 Rn 95; *Lackner/Kühl-Kühl* Vor § 52 Rn 29.

<sup>6</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt-Meyer-Goßner* § 265 Rn 9; *SK-StPO-Velten* § 265 Rn 14; *Löwe/Rosenberg-Stuckenberg* § 265 Rn 30; *KMR-ders.* § 265 Rn 30 f.

<sup>7</sup> BGH NSTZ 1994, 430 (431); kritisch dazu *Puppe* AT 33/17 f; *dies.* NK Vor § 52 Rn 49 f, 56 ff; *dies.* ZIS 2007, 254 (257); *SSW-Eschelbach* § 52 Rn 7, 29.

<sup>8</sup> *Roxin* AT II § 33 Rn 170.

<sup>9</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn 1095; *Kindhäuser* AT § 46 Rn 1; *Stratenwerth/Kuhlen* AT 18/2; *Fischer* Vor § 52 Rn 39; *von Heintschel-Heinegg* MüKo Vor § 52 Rn 19; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch* Vor § 52 Rn 102;

<sup>10</sup> *Roxin* AT II § 33 Rn 228.

Lehrbüchern.<sup>11</sup> Wenn es aber nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstößt, die Verwirklichung des zurücktretenden Gesetzes straferschwerend zu berücksichtigen, so kann es nicht richtig sein, dass der Unrechts- und Schuldgehalt des zurücktretenden Gesetzes durch die Strafzumessung nach dem dominanten Gesetz vollständig abgegolten ist. Dass der Unrechts- und Schuldgehalt der Verwirklichung des zurücktretenden Gesetzes vollständig im Unrechts- und Schuldgehalt des dominanten Gesetzes enthalten ist, gilt nur für das Verhältnis der Spezialität. Und bei Spezialität der Tatbestandsverwirklichungen verbietet denn auch das Doppelverwertungsverbot, die Verwirklichung der *lex generalis* in der Strafzumessung straferschwerend zu berücksichtigen, denn sie ist in der Verwirklichung der *lex specialis* ja vollständig enthalten.

Glauben Sie nicht, dass den Lehrbuchautoren, Kommentatoren und BGH-Richtern dieser Widerspruch entgangen ist. Er hat sie nur nicht interessiert. Das ist damit gemeint, wenn ich sage, dass die Lehre von den Konkurrenzen in Theorie und Praxis vernachlässigt worden ist. Also bleibt den Kandidaten nichts anderes übrig, als die verschiedenen von der herrschenden Lehre anerkannten Formen der Gesetzeskonkurrenz schicksalsergeben zu lernen. Erklären kann er sie sich nicht mehr, denn ein Widerspruch erklärt nun einmal gar nichts.<sup>12</sup> Die Kandidaten müssen sich um dieses Widerspruchs willen auch keine weiteren Kopfschmerzen machen, denn zur Strafzumessung müssen sie sich in der Klausur ja nicht äußern.

## Die Spezialität

Die Spezialität ist die einzige Form der Gesetzeskonkurrenz, auf die das zutrifft, was zur Erklärung dieses Rechtsinstitut allgemein gesagt wird, nämlich dass die dominante Tatbestandsverwirklichung die zurücktretende in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt vollständig enthält. Denn ein spezieller Tatbestand enthält alle Merkmale des generellen und außerdem noch ein oder mehrere weitere. Jede Berücksichtigung der Verwirklichung des generellen Tatbestandes neben der des speziellen würde also gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen. Eine Privilegierung wäre gesetzestechnisch kaum noch durchführbar, wenn der privilegierende Tatbestand den Grundtatbestand nicht verdrängen würde. Denn dann wäre gemäß den allgemeinen Regeln der Idealkonkurrenz der Strafrahmen des schwereren Tatbestandes, also des Grundtatbestandes maßgeblich und nicht der der Privilegierung.

In den Darstellungen der Konkurrenzlehre ist meistens davon die Rede, dass „die Tatbestände“ bei Spezialität im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz stehen<sup>13</sup> und manchmal wird sogar behauptet, dass

---

<sup>11</sup> *Kindhäuser* AT § 46 Rn 4; *Lackner/Kühl-Kühl* Vor § 52 Rn 29; *Fischer* Vor § 52 Rn 44 f; *LK-Rissing-van Saan* Vor § 52 Rn 95; *Frister* AT 31/3.

<sup>12</sup> *Puppe* Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 124 f.

<sup>13</sup> *Rengier* AT 56/29; *Fischer* Vor § 52 Rn 40; *Stratenwerth/Kuhlen* AT 18/6; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch* Vor § 52 Rn 105; *Roxin* AT/2 33/180 f; *Frister* AT 31/7; *Baumann/Weber/Mitsch* AT 36/7 f; *Klug* ZStW 68 (1956), 399 (400).

man dieses Verhältnis allein durch die Lektüre der abstrakten Tatbestände erkennen könne.<sup>14</sup> Das stimmt nicht. In Konkurrenz zueinander stehen nicht die abstrakten Tatbestände, sondern deren Verwirklichungen im Einzelfall.<sup>15</sup> Das lässt sich gerade an der Spezialität besonders einfach zeigen. Der Tatbestand des Raubes ist im Verhältnis zum Tatbestand des Diebstahls der speziellere. Trotzdem wird durch die Verwirklichung eines Raubdelikts nur die Verwirklichung des Diebstahls verdrängt, zu dessen Duldung der Täter das Opfer durch die tatbestandsmäßige Gewalt oder Drohung genötigt hat. Ein weiterer Diebstahl, den der Täter darüber hinaus bei anderer Gelegenheit begangen hat, wird selbstverständlich nicht durch den Raub verdrängt. Aber das gilt nicht nur dann, wenn die beiden Tatbestandsverwirklichungen im Verhältnis der Handlungsmehrheit stehen. Nötigt der Täter durch das räuberische Mittel, also die Gewalt oder die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben dem Opfer außer der Duldung des Diebstahls noch eine weitere Handlung ab, beispielsweise die Mitteilung seiner PIN, so wird die dadurch begangene Nötigung nicht durch den Raub verdrängt, die Verwirklichung des Nötigungstatbestandes wird nur insoweit von der des Raubtatbestandes verdrängt, als sie in dieser Tatbestandsverwirklichung enthalten ist.<sup>16</sup>

Eine Tatbestandsverwirklichung wird nicht nur wegen Spezialität einer anderen verdrängt, wenn sie begrifflich notwendig in dieser enthalten ist, sondern auch dann, wenn sie aus empirischen Gründen notwendig in ihr enthalten ist. Man kann keinen Menschen töten, ohne ihn an seiner Gesundheit zu schädigen. Deshalb verdrängt die Verwirklichung eines Tötungsdelikts die des Körperverletzungsdelikts, soweit diese notwendig in der Tötung enthalten ist. Geht aber die Verwirklichung des Körperverletzungstatbestandes über die des Tötungstatbestandes hinaus, etwa wenn sich der Täter erst nach Beginn der Körperverletzungshandlung zur Tötung entschließt, so stehen beide Tatbestände im Verhältnis der Idealkonkurrenz.<sup>17</sup> Im Verhältnis der Idealkonkurrenz steht auch, im Gegensatz zu einer früheren Rechtsprechung, ein Tötungsversuch zu der mit ihm verbundenen erfolgreichen Körperverletzung,<sup>18</sup> denn die vollendete Körperverletzung ist in der versuchten Tötung begrifflich nicht enthalten. Ein empirisches Spezialitätsverhältnis führt auch dann zur Verdrängung der Verwirklichung des generellen Tatbestandes, wenn es nur zu einer einzelnen Alternative des speziellen Tatbestandes oder auch zu einer Alternative eines Regelbeispiels besteht. So ist beispielsweise der Wohnungseinbruch nur eine Alternative des besonders schweren Diebstahls i.S. von § 244. Trotzdem verdrängt die Verwirklichung dieser Alternative den notwendig mit ihr verbundenen Hausfriedensbruch.

---

<sup>14</sup> Schmidhäuser AT 18/26 f; LK<sup>10</sup>-Vogler Rn 108; Jescheck/Weigend AT 69 II 1; Stratenwerth/Kuhlen AT 18/6; S/S-Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn 104; SK-Jäger Vor § 52 Rn 80; krit. LK-Rissing-van Saan Vor § 52 Rn 99 aE.

<sup>15</sup> Puppe AT 33/10, 34/28; dies. NK Vor § 52 Rn 12.

<sup>16</sup> BGHR § 323 c StGB Konkurrenzen 1; BGH NStZ 2008, 209 (216); 2007, 529; 2005, 387; NStZ-RR 2007, 59; 2005, 340; BGH NStZ RR 2014, 13; vgl als weitere Beispiele von Idealkonkurrenz zwischen lex specialis und lex generalis RGSt 55, 239; für § 241 zu § 249/§ 255 RGSt 31, 301 (302); für § 239 zu § 240 BGH NStZ 1993, 39; für § 177 zu § 178 BGHSt 18, 26 (27); für § 239 zu § 177 BGH NJW 1978, 1450; NStZ 2008, 209 (210); 1994, 283, 430 (431), 481 für § 239 b zu § 177.

<sup>17</sup> Jakobs AT 31/32.

<sup>18</sup> BGHSt 44, 196; Fischer § 212 Rn 22.

Manche Fälle der Spezialität von Tatbestandsverwirklichungen werden von der herrschenden Lehre der Subsidiarität zugeschlagen.<sup>19</sup> Ich kann keine Tat vollenden, ohne sie vorher versucht zu haben. Eine Vollendung ist also der Spezialfall eines Versuchs. Hat der Täter einen umfangreicheren Erfolg angestrebt, als er erreichen konnte, so tritt allerdings der Versuch insoweit in Tateinheit zur Vollendung. Konkrete Gefährdungsdelikte wie beispielsweise § 315 c StGB bauen auf abstrakten Gefährdungen auf. Sind diese gesondert unter Strafe gestellt, wie beispielsweise durch § 316 StGB das Fahren in fahruntüchtigem Zustand, so wird die Verwirklichung des abstrakten Gefährdungsdelikts als genereller Fall von der des konkreten als spezieller Fall verdrängt. Das unechte Unterlassungsdelikts, also die Garantienpflichtverletzung verhält sich als Spezialfall zum echten Unterlassungsdelikts, also der Verletzung einer Allgemeinpflicht etwa nach § 323 c oder § 138. Die Täterschaft ist ein spezieller Fall der Beteiligung an einer Straftat, nämlich eine solche, die durch die Tätermerkmale, sei es die Tatherrschaft, sei es der *animus auctoris*, qualifiziert wird.<sup>20</sup> Die Mittäterschaft verdrängt als spezieller Fall nicht nur die Beihilfe, sondern auch die Anstiftung. Denn richtiger Ansicht nach begründet der gemeinsame Tatplan eine gegenseitige Anstiftung unabhängig davon, ob ein Mittäter den Tatvorschlag als erster gemacht oder ihn nur angenommen hat.<sup>21</sup> In der Klausur lohnt es sich allerdings nicht, sich in einer solchen Konstellation mit der herrschenden Lehre nur wegen ihrer begrifflichen Unsauberkeit anzulegen.

#### Die Subsidiarität

Zu unterscheiden ist die ausdrückliche und die stillschweigende Subsidiarität. Erstere liegt vor, wenn ein Strafgesetz ausdrücklich anordnet, dass die Verwirklichung seines Tatbestandes neben bestimmten anderen Tatbeständen (spezielle Subsidiaritätsklausel) oder neben allen anderen Tatbeständen (generelle Subsidiaritätsklausel) nicht auf die gleiche Tat angewandt werden soll. Solche Subsidiaritätsklauseln dienen lediglich der Vereinfachung des Urteilstenors, einen tieferen Sinn haben sie nicht.<sup>22</sup> Demgemäß wird der subsidiäre Tatbestand in der Strafzumessung auch mitberücksichtigt. Die Anwendung der speziellen Subsidiaritätsklauseln ist relativ unproblematisch, es muss nur bedacht werden, dass es auch hier nicht Tatbestände sind, sondern Tatbestandsverwirklichungen, die im Verhältnis der Subsidiarität stehen. Das subsidiäre Gesetz tritt also nur dann und insoweit zurück, als sein Unrechtsgehalt vom dominanten Gesetz erfasst wird. Hat beispielsweise der Täter den Tatbestand des § 145d Abs. 2 1. Alt. dadurch verwirklicht, dass er vor der Polizei einen Unschuldigen einer Straftat bezichtigt hat, um seinen Freund, der diese tatsächlich begangen hat, vor Strafe zu schützen, so tritt diese Verwirklichung des § 145d hinter der Strafvereitelung kraft ausdrücklicher Subsidiarität zurück, nicht aber

<sup>19</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn 109 ff; Lackner/Kühl-Kühl Vor § 52 Rn 26; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn 1101; Fischer Vor § 52 Rn 41; Kindhäuser AT 46/10; LK-Rissing-van Saan Vor § 52 Rn 130 ff; SK-Jäger Vor § 52 Rn 91; anders Frister AT 31/8.

<sup>20</sup> Puppe NK Vor § 52 Rn 10; dies. GA 2013, 514 (522); dies. AT 22/6; dies. GA 1984, 111 (112); vgl auch v. Heintschel-Heinegg Jakobs-FS (2007), 131 (137); SK-Hoyer § 25 Rn 127.

<sup>21</sup> Puppe ZIS 2007, 234 (235).

<sup>22</sup> Puppe NK Vor § 52 Rn 24.

eine weitere falsche Verdächtigung, die der Täter in dem gleichen Schriftstück geäußert hat. Zweifelhaft ist dies allerdings dann, wenn diese zweite falsche Anschuldigung dazu dient, die erste und damit die Begünstigung glaubhafter zu machen. Das Beispiel lehrt, dass selbst die scheinbar so einfach handhabbaren speziellen Subsidiaritätsklauseln in der praktischen Anwendung Schwierigkeiten aufwerfen, die den Vorteil der Vereinfachung des Tenors bei weitem überwiegen.

Erst recht gilt das für die generellen Subsidiaritätsklauseln. Die für unsere Leser wichtigste steht in § 246. Nach der Rechtsprechung besagt eine generelle Subsidiaritätsklausel, dass die Verwirklichung des betreffenden Tatbestandes hinter jeder Verwirklichung eines schwereren Tatbestandes zurücktritt, die mit ihr in Idealkonkurrenz steht, auch wenn die beiden Tatbestandsverwirklichungen außer der Handlungseinheit nichts gemeinsam haben. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum wendet dagegen auch eine generelle Subsidiaritätsklausel nur dann an, wenn die dominante Tatbestandsverwirklichung das gleiche Rechtsgut oder mindestens die gleiche Angriffsrichtung hat wie die subsidiäre.<sup>23</sup> Nach der Rechtsprechung verstößt dies gegen den Wortlaut der generellen Subsidiaritätsklausel und damit gegen Art. 103 GG.<sup>24</sup> Damit setzt der BGH als selbstverständlich voraus, dass unter der "Tat" im Sinne der Subsidiaritätsklausel nichts anderes verstanden werden kann, als "ein und dieselbe Handlung" im Sinne von § 52. Aber diese Auslegung der Subsidiaritätsklausel ist keineswegs zwingend. In § 11 Abs. 1 Ziff. 5 definiert das Gesetz selbst die rechtswidrige Tat als die Verwirklichung eines Straftatbestandes und im gesamten Allgemeinen Teil versteht das Gesetz unter der Tat nichts anderes als eben die Tatbestandsverwirklichung.<sup>25</sup> Obwohl dem BGH bei seiner Auslegung der generellen Subsidiaritätsklausel ersichtlich nicht wohl ist, hat er an diese Möglichkeit, das Wort Tat zu verstehen, gar nicht gedacht. Es ist also mit der herrschenden Lehre Subsidiarität einer Tatbestandsverwirklichung nur dann anzunehmen, wenn diese das gleiche Rechtsgut oder mindestens die gleiche Angriffsrichtung aufweist, wie die dominante Tatbestandsverwirklichung. Das bedeutet beispielsweise für § 246, dass seine Verwirklichung nur hinter der eines Eigentumsdelikts oder Vermögensdelikts zurücktritt.<sup>26</sup>

Die nähere Betrachtung der formellen Subsidiarität zeigt, dass sich dieses Instrument der Gesetzgebung im Ganzen nicht bewährt. Manche spezielle Subsidiaritätsklauseln, wie beispielsweise die in § 316 oder § 323a, sind schon deshalb überflüssig, weil die dort genannten Tatbestände schon kraft ihrer Spezialität vorgehen. Andere spezielle Subsidiaritätsklauseln wie beispielsweise die Subsidiarität von § 145d im Verhältnis zu § 258 sind nicht einsichtig, weil beide Tatbestände völlig verschiedene Rechtsgüter schützen. Im Übrigen stehen die Schwierigkeiten der Anwendung sowohl der generellen als auch der speziellen Subsidiaritätsklauseln in keinem Verhältnis zu dem zweifelhaften Vorteil der Vereinfachung des

---

<sup>23</sup> LK-Rissing-van Saan Vor § 52 Rn 126 ff; Wessels/Hillenkamp BT/2 Rn 327; Rengier BT/1 5/66 f; vgl. auch Roxin AT/2 33/196; SK-Jäger Vor § 52 Rn 86.

<sup>24</sup> BGHSt 43, 237 (238 f); 47, 243 (244 f); zust. Fischer Vor § 52 Rn 42; S/S/W-Eschelbach § 52 Rn 18.

<sup>25</sup> Etwa in sämtlichen Vorschriften zum Rücktritt (§§ 22-24), zur Teilnahme (§§ 25-27, § 31) und zur Rechtfertigung (§§ 32, 34, 35).

<sup>26</sup> Puppe AT 34/25 ff.

Urteilstenors. Trotzdem müssen wir die Subsidiaritätsklausel bei der Feststellung der Konkurrenzen selbstverständlich beachten.

Von stillschweigender Subsidiarität spricht man, wenn eine Tatbestandsverwirklichung zwar nicht notwendig aber doch in aller Regel mit der Verwirklichung eines strengeren Tatbestandes zusammentrifft, sog. mitbestrafe Begleittat. Auch dies dient ausschließlich der Vereinfachung des Urteilstenors. Es wäre wohl einigermaßen befremdlich, neben einer Verurteilung wegen eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts auch noch die Sachbeschädigung an den Kleidern des Opfers im Tenor zu erwähnen oder auch die Beschädigung der Tür neben dem Einbruchsdiebstahl. Auch dabei ist aber zu bedenken, dass nicht Tatbestände sondern Tatbestandsverwirklichungen im Verhältnis der stillschweigender Subsidiarität stehen. Die kriminalistische Erfahrung lehrt, dass oft der Schaden, der bei einem Einbruch an Fenstern und Türen angerichtet wird, größer ist als der Vermögensverlust durch die Wegnahme von Sachen. In einem solchen Fall nimmt der BGH neuerdings Idealkonkurrenz zwischen Sachbeschädigung und schwerem Diebstahl i. S. von § 244 oder auch 243 an.<sup>27</sup> Statt zur Verhinderung der Erwähnung völlig nebensächlicher Tatbestandsverwirklichungen im Tenor ein besonderes Rechtsinstitut der stillschweigenden Subsidiarität zu pflegen, wäre es einfacher, dieses „Problem“ nach § 154a StPO zu erledigen. Einen etwas pikanten Fall von stillschweigender Subsidiarität stellt die von der herrschenden Lehre angenommene Verdrängung des Diebstahls am Kraftstoff bei Gebrauchsanmaßung an einem Kraftfahrzeug i.S. von § 248b dar. Das Ergebnis entspricht sicherlich dem Willen des Gesetzgebers aber der Wortlaut des § 248b gebietet eigentlich das gegenteilige Ergebnis, denn § 248b enthält eine generelle Subsidiaritätsklausel, wonach der mit schwererer Strafe bedrohte Diebstahl eigentlich vorgehen müsste.

Wie schon ausgeführt begründet die herrschende Lehre auch das Zurücktreten des Versuchs hinter der Vollendung der gleichen Tatbestandsverwirklichung mit einer stillschweigenden Subsidiarität, während in Wahrheit Spezialität vorliegt. Keine Spezialität besteht jedoch zwischen einer besonders unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlung und dem Versuch und zwischen der Verabredung zu einem Verbrechen und dessen Versuch oder Vollendung. Nicht jedes gemeinsam begangene Verbrechen wird zuvor verabredet. Auch die besonders unter Strafe gestellten Vorbereitungen, beispielsweise die Vorbereitung einer Geldfälschung nach § 149 durch Bereitstellung von Fälschungsmitteln, ist nicht notwendig mit jeder Geldfälschung verbunden. Schließlich kann man eine Geldfälschung auch ohne die in § 149 genannten Fälschungsmittel durchführen, etwa mit einem leistungsfähigen Farbkopierer oder von Hand. Der Grund dafür, dass diese Vorbereitungen eines Verbrechens gleichwohl hinter dessen Versuch oder Vollendung zurücktreten, besteht in der Identität des angestrebten Erfolges, also der Vollendung des verabredeten Verbrechens bzw. des Herstellens von Falschgeld mit den in § 149 angeführten Mitteln.<sup>28</sup> Deshalb wird das Vorbereitungsdelikt vom Ausführungsdelikt auch nur dann verdrängt, wenn der Erfolg des Vorbereitungsdelikts vollständig in dem des Ausführungsdelikts enthalten ist. Haben die Komplizen mehrere Verbrechen verabredet, aber nur eines versucht, so tritt die Verabredung der unversuchten Verbrechen natürlich

---

<sup>27</sup> BGH NJW 2002, 150; NStZ 2014, 40.

<sup>28</sup> Puppe NK Vor § 52 Rn 37.

nicht hinter dem versuchten zurück. Deshalb tritt die Herstellung oder Beschaffung von Fälschungsmitteln i.S. von § 149 auch nur dann hinter einer Geldfälschung zurück, wenn diese Fälschungsmittel nach der Geldfälschung vernichtet werden oder sonst untergehen und nicht für weitere Geldfälschungen des Täters oder eines Dritten zur Verfügung stehen.<sup>29</sup>

Die Identität des Erfolges ist auch der Grund dafür, dass die herrschende Lehre und die Rechtsprechung eine fahrlässige Erfolgsverursachung als subsidiär zurücktreten lässt, wenn der Täter anschließend vorsätzlich eine weitere Erfolgsursache setzt oder den Erfolg zu verhindern unterlässt.<sup>30</sup> Der Unfallverursacher lässt das lebensgefährlich verletzte Opfer im Stich. Das Gleiche gilt im Fall des dolus generalis für die der Vorsatztat nachfolgende fahrlässige Todesverursachung durch Verbergen der vermeintlichen Leiche. Wegen der Identität des Erfolges können die vorsätzliche und die fahrlässige Erfolgsverursachung nicht getrennt bestraft werden. Andererseits darf der Fahrlässigkeitsvorwurf neben dem Vorsatzvorwurf nicht gänzlich unter den Tisch fallen. Da nun die herrschende Lehre sich wegen der Verschiedenheit der Handlungen gehindert glaubt, offen Idealkonkurrenz anzunehmen, lässt sie die leichtere Tat, also die Fahrlässigkeitstat scheinbar zurücktreten (Subsidiarität oder auch Konsumtion) und berücksichtigt sie gleichwohl in der Strafzumessung.

Die mitbestrafte Vor- und Nachtat, sog. Konsumtion

Um Erfolgseinheit geht es auch bei der sog. mitbestraften Vor- und Nachtat. Deshalb wäre die Fallkonstellation des neben der Vollendung oder dem Versuch des Ausführungsdelikts zurücktretenden Vorbereitungsdelikts hier systematisch besser untergebracht, als bei der Subsidiarität. Wenn ein- und derselbe Unrechtserfolg durch zwei verschiedene Tatbestandsverwirklichungen, die in Handlungsmehrheit stehen, vorbereitet und vollendet oder vollendet und abgesichert wird, dann müsste man den gleichen Unrechtserfolg bzw. die Unrechtsabsicht doppelt bestrafen, wenn man für die beiden Tatbestandsverwirklichungen gemäß § 53 verschiedene Einsatzstrafen zumessen würde. Man muss sie also als eine Tat behandeln, obwohl es mehrere Handlungen im Sinne von § 52 f sind,<sup>31</sup> daher spricht man von einer mitbestraften Vortat oder Nachtat.<sup>32</sup> Eine mitbestrafte Nachtat ist beispielsweise ein Betrug, durch den der Täter verhindert, dass der Bestohlene seinen Anspruch aus § 985 BGB oder 823 BGB gegen ihn geltend macht. Als mitbestrafte Vor- bzw. Nachtat wird jeweils die weniger schwerwiegende Tatbestandsverwirklichung von der anderen verdrängt, unabhängig davon welches die

---

<sup>29</sup> Vgl. NK-Puppe § 149 Rn 20.

<sup>30</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn 119, 121.

<sup>31</sup> Puppe ZIS 2007, 254 (255); dies. NK Vor § 52 Rn 25 ff.

<sup>32</sup> Lackner/Kühl-Kühl Vor § 52 Rn 31; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn 1107 ff; Kindhäuser LPK Vor §§ 52-55 Rn 35 ff; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn 127 ff; Fischer Vor § 52 Rn 64 ff; MüKo-von Heintschel-Heinegg Vor § 52 Rn 56; SK-Jäger Vor § 52 Rn 97.

Erlangungstat und welches eine Vorbereitungs- oder Sicherungstat ist. Deshalb verdrängt die zur Sicherung eines Diebstahls begangene Erpressung oder räuberische Erpressung den Diebstahl und nicht etwa umgekehrt.<sup>33</sup>

Da die mitbestrafte Tat in der Strafzumessung zu Buche schlägt, würde es der Klarheit des Tenors und den Interessen des Angeklagten dienen, beide als idealkonkurrierend und nicht als Gesetzeskonkurrenz zu behandeln. Das schlage ich seit langem vor.<sup>34</sup> Die herrschende Lehre hält das deshalb für ausgeschlossen, weil sie für Idealkonkurrenz eine Handlungseinheit in einem äußerlich naturalistischen Sinne voraussetzt und sich damit der Erkenntnis verschließt, dass eine Tat im strafrechtlichen Sinne nicht nur eine Körperbewegung oder Willensbetätigung mit gewissen Eigenschaften ist, sondern ein komplexer Sachverhalt, der außer aus einer Willensbetätigung aus verschiedensten anderen Elementen besteht, die zueinander in Beziehung treten, beispielsweise einem herbeigeführten Erfolg, dem Vorsatz diesen herbeizuführen, überschießenden Innentendenzen, besonderen Tätereigenschaften oder Beziehungen zwischen Täter und Opfer usw. Lässt sich die mitbestrafte Vortat bzw. Nachtat und die durch sie vorbereitete oder gesicherte Tat als verschiedene Handlungsalternativen unter ein und denselben Straftatbestand subsumieren, so hat die herrschende Lehre keinerlei Schwierigkeiten aus den beiden getrennt voneinander verwirklichten Handlungsalternativen eine sog. tatbestandliche Handlungseinheit zu bilden. Standardbeispiel dafür ist die tatbestandliche Handlungseinheit der Herstellung einer unechten Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr mit ihrem Gebrauch zur Täuschung im Rechtsverkehr.<sup>35</sup>

Einige Autoren wollen nur zwei Formen der Gesetzeskonkurrenz anerkennen, die Spezialität und die Subsidiarität, und schlagen die Fälle der sog. mitbestraften Vortat und Nachtat, also der Erfolgseinheit, der Subsidiarität zu.<sup>36</sup> Auch auf diesen Streit um Worte sollten Sie sich jedenfalls in der Klausur nicht einlassen. Sie können ihn vermeiden, indem Sie nur davon sprechen, dass die straflose Vortat oder Nachtat hinter der dominanten, schweren Tatbestandsverwirklichung zurücktritt, ohne sich auf Konsumtion oder Subsidiarität festzulegen.

#### Schlussbemerkung

Die Lehre von den Konkurrenzen, insbesondere die von der Gesetzeskonkurrenz hat allein den Sinn, eine tatgerechte Strafzumessung zu ermöglichen bzw. vorzubereiten. Für die Strafzumessung gelten zwei allgemeine

---

<sup>33</sup> NK *Puppe* Vor § 52 Rn 33; *Kindhäuser* LPK § 242 Rn 132; *Eschelbach* S/S/W § 52 Rn 22.

<sup>34</sup> *Puppe* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (1979), S. 324 ff, 327 f; *dies.* ZIS 2007, 254 (257 f); *dies.* AT 33/18; *dies.* NK Vor § 52 Rn 57 ff. Das stößt deshalb auf Ablehnung, weil die Idealvorstellung der herrschenden Lehre von der Idealkonkurrenz darin besteht, dass die idealkonkurrierenden Tatbestände nichts anderes gemeinsam haben, als einen Teil der Körperbewegungen, durch die sie ausgeführt werden (*Stratenwerth/Kuhlen* AT 18/5). Die Rechtswirklichkeit lehrt etwas anderes. Der Mensch tut selten mit einer Körperbewegung zwei Dinge, die sonst nichts miteinander zu tun haben, NK-*Puppe* § 52 Rn 35 f.

<sup>35</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn 1064; *Roxin* AT/2 33/21; *LK-Rissing-van Saan* Vor § 52 Rn 21.

<sup>36</sup> *Klug* ZStW 68 (1956), 399 (409, 415).

Prinzipien: das Doppelverwertungsverbot und das Ausschöpfungsgebot.<sup>37</sup> Das Doppelverwertungsverbot verbietet es, ein und denselben Unrechtssachverhalt zweimal zu verwerten, das Ausschöpfungsgebot verbietet es, ein tatbestandliches Unrechtselement nur deshalb unberücksichtigt zu lassen, weil der Täter zugleich noch schwereres oder anderes Unrecht verwirklicht hat. Aus dem Doppelverwertungsverbot folgt die Verdrängung der generellen Tatbestandsverwirklichung durch die spezielle, weil in der speziellen die generelle vollständig enthalten ist. Beide Gebote zusammen zwingen dazu, zwei Tatbestandsverwirklichungen zusammenzufassen, wenn sie teils gemeinsame, teils verschiedene Unrechtselemente aufweisen. Würde man sie getrennt beurteilen, so müsste man die gemeinsamen Unrechtselemente doppelt verwerten, würde man eine der Tatbestandsverwirklichungen unberücksichtigt lassen, um die Doppelverwertung zu vermeiden, so würde man das Ausschöpfungsgebot verletzen. Deshalb bleibt nichts übrig, als beide Tatbestandsverwirklichungen zusammenzufassen. Das sachlich richtige Ergebnis wäre ihre Behandlung als Idealkonkurrenz nach § 52.<sup>38</sup> Daran sieht sich die herrschende Lehre aber durch ihr Verständnis des § 52 gehindert, wonach die eine Tat im Sinne dieser Vorschrift nur die Identität der Handlung in einem ganz naturalistischen und äußerlichen Sinne, nämlich als Körperbewegung, voraussetzt. Deshalb nimmt die herrschende Lehre bei Teilidentität der Unrechtselemente zweier Tatbestandsverwirklichungen Gesetzeskonkurrenz an, nämlich Subsidiarität oder Konsumtion. Danach kann eine Tatbestandsverwirklichung eine andere auch dann verdrängen, wenn beide durch verschiedene Handlungen geschehen sind. Um des Ausschöpfungsgebots willen wird aber für diese Fälle der Gesetzeskonkurrenz anerkannt, dass die zurücktretende Tatbestandsverwirklichung in der Strafzumessung berücksichtigt wird, genau wie das bei Idealkonkurrenz geschehen würde. Eine begrifflich in sich stimmige Lösung ist das nicht, aber sie wird doch letzten Endes den Bedürfnissen der Strafzumessung gerecht.

Mit der begrifflichen Unstimmigkeit der Lehre von den Konkurrenzen erklärt es sich auch, dass für manche Konstellationen Uneinigkeit darüber besteht, ob sie der Spezialität, der Subsidiarität oder Konsumtion zugehören. Wir haben festgestellt, dass zwischen Versuch und Vollendung, Täterschaft und Teilnahme, abstraktem und konkretem Gefährdungsdelikt das Verhältnis der Spezialität besteht, während die herrschende Lehre von Subsidiarität spricht. Für die regelmäßige Begleittat werden alle Konkurrenzformen vertreten, die Spezialität<sup>39</sup>, die Subsidiarität<sup>40</sup> und auch die Konsumtion<sup>41</sup>. Lassen Sie sich auf diesen begrifflichen Streit in der Klausur nicht ein. Liegt ein eindeutiger und unstreitiger Fall der Spezialität der Tatbestandsverwirklichungen vor, so sprechen Sie von Spezialität, im Übrigen nur davon, dass eine Tatbestandsverwirklichung hinter der anderen zurücktritt. Sie sollten aber verstehen, dass es in der Sache nur zwei Formen der Gesetzeskonkurrenz gibt, die echte, bei der der zurücktretende Tatbestand auch in der Strafzumessung nicht berücksichtigt wird, ist die Spezialität im logisch

---

<sup>37</sup> Puppe AT 33/4 ff; dies. NK Vor § 52 Rn 2 ff; dies. Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (1979), S. 125 ff und passim.

<sup>38</sup> Puppe Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (1979), S. 303.

<sup>39</sup> Jakobs AT 31/34 ff.

<sup>40</sup> Stratenwerth/Kuhlen AT 18/16; Klug ZStW 68 (1956), 399 (409).

<sup>41</sup> Roxin AT/2 33/213 ff; Kindhäuser AT 46/14 ff; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch Vor §§ 52 ff Rn 125; S/S/W-Eschelbach § 52 Rn 27; SK-Jäger Vor § 52 Rn 97.

strengen Sinne. Konsumtion und Subsidiarität sind eigentlich nur scheinbare Fälle des Zurücktretens eines Tatbestandes, denn der zurücktretende Tatbestand schlägt in der Strafzumessung zu Buche. Deshalb habe ich diese Formen der Konkurrenz als unechte Gesetzeskonkurrenz bezeichnet.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> *Puppe* NK Vor § 52 Rn 8.