

## H. Kapitel VII: Die Konkurrenzen

- I. Mehrfachfunktion der Konkurrenzen
- II. Tateinheit § 52, Tatmehrheit § 53 und Gesetzeskonkurrenz und ihre Rechtsfolgen
  1. Tatmehrheit = Realkonkurrenz nach § 53
  2. Tateinheit = Idealkonkurrenz nach § 52
  3. Gesetzeskonkurrenz = Gesetzeseinheit
  4. Der Dreierweg zum richtigen Ergebnis
- III. 1. Schritt: Handlungseinheit
  1. Handlung im natürlichen Sinn
  2. Natürliche Handlungseinheit
  3. Juristische Handlungseinheit
    - a) Mehraktige oder zusammengesetzte Delikte
    - b) Dauerdelikte
    - c) Fortgesetzte Tat
      - aa) Anwendbarkeit
      - bb) Voraussetzungen
      - cc) Rechtsfolgen
    - d) Klammerwirkung
- IV. 2. Schritt: Gesetzeskonkurrenz oder Tateinheit
  1. Gesetzeskonkurrenz
    - a) Spezialität
    - b) Konsumtion
    - c) Subsidiarität
      - aa) Gesetzliche
      - bb) Logische, materielle oder stillschweigende
  2. Ansonsten Tateinheit nach § 52
- V. 3. Schritt: im Rahmen der Handlungsmehrheit: Gesetzeskonkurrenz oder Tatmehrheit
  1. Gesetzeskonkurrenz
    - a) Mitbestrafte Vortat
    - b) Mitbestrafte Nachtat
  2. Ansonsten Tatmehrheit nach § 53
- VI. Besondere Arten der Konkurrenzen
  1. Unechte Wahlfeststellung (Tatsachenalternativität)
  2. Echte Wahlfeststellung (Tatbestandsalternativität)
    - a) Voraussetzungen
    - b) Rechtsfolgen
  3. Postpendenzfeststellung

## Strafrecht Allgemeiner Teil

### H. Kapitel VII: Die Konkurrenzen

#### I. Mehrfachfunktion der Konkurrenzen

Konkurrenzen haben eine Mehrfachfunktion:

Sie dienen einmal dem sachgerechten Aufbau. So fängt man beispielsweise grundsätzlich nicht mit dem zurücktretenden Delikt an.

Der Raub nach § 249 ist vor dem einfachen Diebstahl und der Nötigung nach §§ 242, 240, (Spezialität) und die falsche Verdächtigung nach § 164 ist vor dem Vortäuschen einer Straftat nach § 145 d (gesetzliche Subsidiarität) zu prüfen.

Des weiteren wird in den Konkurrenzen geklärt, aus welchen Delikten die fragliche Person letztlich schuldig zu sprechen ist.

#### II. Tateinheit § 52, Tatmehrheit § 53 und Gesetzeskonkurrenz und ihre Rechtsfolgen

Zur Erleichterung des Verständnisses ist es angezeigt, zunächst die Rechtsfolgen der Konkurrenzen zu klären, bevor anschließend zu ihren Voraussetzungen Stellung bezogen wird.

Im Ergebnis stehen Delikte entweder in Tatmehrheit nach § 53, Tateinheit nach § 52 oder ein Delikt tritt in Gesetzeskonkurrenz hinter dem anderen zurück.

Tatmehrheit § 53	Tateinheit § 52	Gesetzeskonkurrenz
------------------	-----------------	--------------------

##### 1. Tatmehrheit = Realkonkurrenz nach § 53

Bei der *Tatmehrheit (Realkonkurrenz) nach § 53* erscheinen sämtliche realkonkurrierenden Delikte im Urteilstenor. Sie ist die für den Täter ungünstigste Konkurrenz. Sie ist nämlich durch das sogenannte Häufungsprinzip (Asperationsprinzip) gekennzeichnet. Danach wird grundsätzlich eine Gesamtstrafe gebildet. Dies geschieht nach § 54 durch Erhöhung der verwirklichten höchsten Einzelstrafe. Dabei darf allerdings nach § 54 II die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen und bei zeitigen Freiheitsstrafen 15 Jahre, bei Vermögensstrafen den Wert des Tätervermögens sowie bei Geldstrafen 720 Tagessätze nicht übersteigen.

A hat im Januar einen Raub (§ 249) und im Mai hiervon unabhängig eine Körperverletzung (§ 223) begangen. Der Richter hält eine Freiheitsstrafe von 1 Jahr für den Raub und von 6 Monaten für die Körperverletzung für schuld- und tatangemessen. Die Gesamtstrafe wird gebildet, indem die höchste Strafe für den Raub (1 Jahr) um die Strafe für die Körperverletzung (6 Monate) erhöht wird. Allerdings darf die Bestrafung nicht die Summe der Einzelstrafen (1 Jahr 6 Monate) erreichen. Der Richter kann deshalb A zwischen 1 Jahr und 1 Monat und 1 Jahr und 5 Monate bestrafen (Beachten Sie § 39, wonach Freiheitsstrafen unter einem Jahr nach vollen Wochen und Monaten, Freiheitsstrafe von längerer Dauer nach vollen Monaten und Jahren bemessen wird.).

## 2. Tateinheit = Idealkonkurrenz nach § 52

Auch bei der *Tateinheit (Idealkonkurrenz)* nach § 52 werden alle Delikte im Urteilsspruch genannt. Anders als im Rahmen der Realkonkurrenz ist die Tateinheit aber durch das Einschlußprinzip (eingeschränkte Absorptionsprinzip) gekennzeichnet. Die Strafe ist entweder dem mehrmals verletzen Strafgesetz (§ 52 I) oder bei Erfüllung mehrerer Tatbestände dem strengsten dieser Strafgesetze zu entnehmen (§ 52 II). Auf Geldstrafe, Nebenstrafen, Nebenfolgen, Maßregeln der Besserung und Sicherung, Einziehung, Unbrauchbarmachung und Verfall muß oder kann in den durch § 52 III, IV festgelegten Grenzen gesondert erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze dies vorschreibt oder zuläßt.

A hat im Januar einen Raub (§ 249) begangen und durch die Gewaltanwendung gleichzeitig eine Körperverletzung (§ 223) verübt. Der Richter hält eine Freiheitsstrafe von 1 Jahr für den Raub und von 6 Monaten für die Körperverletzung für schuld- und tatangemessen. Die Strafe ist dem strengsten der Strafgesetze, dem Raub (1 Jahr) zu entnehmen. Damit wird A wegen Raubes in Tateinheit mit Körperverletzung zu einem Jahr Freiheitsstrafe bestraft.

## 3. Gesetzeskonkurrenz = Gesetzeseinheit

Die *Gesetzeskonkurrenz (Gesetzeseinheit)* ist eine unechte Konkurrenz. Das primär anzuwendende Gesetz verdrängt die übrigen Gesetze. Anders als in der Tateinheit erscheint der verdrängte Tatbestand nicht im Schuldspruch des Urteilstenors. Der Mindeststrafrahmen des verdrängten Gesetzes darf bei der Strafzumessung aber nicht unterschritten werden. Das verdrängte Strafgesetz behält ferner Bedeutung als qualifizierter Versuch beim Rücktritt, für Nebenstrafen und die Anordnung von Maßnahmen i.S.d. § 11 I Nr. 8.

A begeht einen Einbruchsdiebstahl nach §§ 242, 243 I Nr. 1, indem er die Wohnungstür zerschlägt und in den Geschäftsraum des Antiquitätenhändlers eindringt. Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung nach §§ 123, 303 werden typischerweise mit einem Einbruchsdiebstahl verwirklicht (Konsumtion). Beide Delikte treten in Konsumtion hinter §§ 242, 243 I Nr. 1 zurück und werden nicht im Urteil mit tenoriert.

## 4. Der Dreierweg zum richtigen Ergebnis

Bei den Konkurrenzen unterscheidet man zunächst zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit.

Handlungseinheit	Handlungsmehrheit
------------------	-------------------

Diese Begriffe sind nicht gleichzusetzen mit Tateinheit nach § 52 und Tatmehrheit nach § 53. Zwar ist jede Tateinheit eine Handlungseinheit und jede Tatmehrheit eine Handlungsmehrheit, nicht aber umgekehrt, da Handlungseinheit und Handlungsmehrheit gleichermaßen auch Gesetzeskonkurrenz sein können.

Handlungseinheit		Handlungsmehrheit	
Gesetzeskonkurrenz	Tateinheit § 52	Gesetzeskonkurrenz	Tatmehrheit § 53

Um festzustellen, wie der Betroffene schuldig zu sprechen ist, ist auf folgenden Dreierschritt zu achten, der zunächst im großen und anschließend im Detail beschrieben wird. Relevant werden können aber immer nur 2 Schritte.

1. Schritt: Zu klären ist vorrangig das Vorliegen von Handlungseinheit. Sollte dies bejaht werden, muß in einem
2. Schritt gefragt werden, ob Gesetzeskonkurrenz gegeben ist. Im Falle der Ablehnung, lautet das Ergebnis automatisch Tateinheit nach § 52. Im
3. Schritt ist schließlich für den Fall, daß Handlungseinheit nicht eingreift in der Handlungsmehrheit die Gesetzeskonkurrenz auszusondern. Anderenfalls bleibt Tatmehrheit nach § 53 übrig.

**Zusammenfassung I: Der Dreierschritt der Konkurrenzen**

1. Schritt: Handlungseinheit wenn (-) → wenn (+)		Handlungsmehrheit	
↓			
2. Schritt: Gesetzeskonkurrenz wenn (-) →	Tateinheit § 52	3. Schritt: Gesetzeskonkurrenz wenn (-) →	Tatmehrheit § 53

Die Prüfungspunkte werden nun im Detail behandelt.

**III. 1. Schritt: Handlungseinheit**

Im Rahmen der *Handlungseinheit* unterscheidet man die Handlung im natürlichen Sinne, die natürliche Handlungseinheit und die juristische Handlungseinheit.

Handlungseinheit		
Handlung im natürlichen Sinne	Natürliche Handlungseinheit	Juristische Handlungseinheit

**1. Handlung im natürlichen Sinn**

Eine *Handlung im natürlichen Sinn* liegt vor, wenn sich ein Handlungsentschluß in einer Willensbetätigung realisiert. Die Höchstpersönlichkeit der Rechtsgüter ändert am Vorliegen einer Handlungseinheit nichts.

A zündet eine Bombe, wodurch mehrere Menschen sterben.  
 Durch dieselbe Handlung hat A denselben Tatbestand mehrmals (Mord nach §§ 212, 211) begangen.  
 Darüber hinaus liegt das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion nach § 308 III, Sachbeschädigungen nach § 303 und Körperverletzungen nach §§ 223 ff. vor. Durch dieselbe Handlung hat A damit auch verschiedene Tatbestände verwirklicht.

**2. Natürliche Handlungseinheit**

Von einer *natürlichen Handlungseinheit* spricht man, wenn sich ein Handlungsentschluß in mehreren Willensbetätigungen niederschlägt.

Die Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit sind in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Nach einer Ansicht in der Literatur bilden mehrere gleichartige Tätigkeitsakte, die auf einem einheitlichen Willensentschluß beruhen und den gleichen Straftatbestand in unmittelbarer Aufeinanderfolge wiederholt verwirklichen, eine natürliche Handlungseinheit.

A entwendet bei einem Diebstahl (§ 242) nacheinander mehrere Sachen.  
B verpaßt C mehrere Ohrfeigen (§ 223).

Die Rechtsprechung dehnt den Begriff noch auf andere Sachverhalte aus. So soll es genügen, daß mehrere Verhaltensweisen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs derart eng miteinander verbunden sind, daß sie nach der natürlichen Lebensauffassung als Einheit erscheinen. Anders als die Ansicht der Literatur ist damit die Verwirklichung desselben Tatbestandes nicht erforderlich.

Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 StVG), Körperverletzung (§ 223), Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113) und Unfallflucht (§ 142) in unmittelbarer Aufeinanderfolge gelten als eine Handlung aufgrund des einheitlichen Fluchtwillens des Täters.

### Zusammenfassung II: Natürliche Handlungseinheit

Ein Handlungsentschluß spiegelt sich in mehreren Willensbetätigungen wider.	
Literatur	Rechtsprechung
<ul style="list-style-type: none"> <li>- mehrere gleichartige Tätigkeitsakte,</li> <li>- die auf einem einheitlichen Willensentschluß beruhen</li> <li>- und den gleichen Straftatbestand</li> <li>- in unmittelbarer Aufeinanderfolge wiederholt verwirklichen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- mehrere Verhaltensweisen</li> <li>- die von einem einheitlichen Willen getragen werden</li>   <li>- und aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs derart eng miteinander verbunden sind, daß sie nach der natürlichen Lebensauffassung als Einheit erscheinen</li> </ul>

### 3. Juristische Handlungseinheit

Eine *juristische oder rechtliche Handlungseinheit* ist in vier Fällen gegeben:

Bei mehraktigen oder zusammengesetzten Delikten,  
bei Dauerdelikten,  
bei der fortgesetzten Tat,  
und bei der Klammerwirkung.

#### a) Mehraktige oder zusammengesetzte Delikte

Manche Tatbestände setzen die Vornahme mehrerer Einzelakte voraus. Sie sind Teil der juristischen Handlungseinheit und werden als *mehraktige oder zusammengesetzte Delikte* bezeichnet.

Die Vergewaltigung nach § 177 II setzt sich aus Nötigung und Beischlaf zusammen (mehraktiges Delikt).  
Der Raub nach § 249 besteht aus Gewaltanwendung und Wegnahme (zusammengesetztes Delikt).

#### b) Dauerdelikte

Eine weitere Gruppe innerhalb der rechtlichen Handlungseinheit bilden die *Dauerdelikte*. Jeder Tätigkeitsakt, der der Begründung oder Aufrechterhaltung des widerrechtlichen Zustandes dient, stellt eine Handlung dar.

Sperrt A sein Opfer am Montag in einen Raum ein und fesselt er es am Dienstag, so dienen beide Handlungen einer Freiheitsberaubung nach § 239 und bilden eine rechtliche Handlungseinheit.

### **c) Fortgesetzte Tat**

Eine besondere Erscheinung der rechtlichen Handlungseinheit stellt die *fortgesetzte Tat* dar. Ihre Existenzberechtigung wurde dem Haftgrund aus § 112 a I Nr. 2 StPO entnommen, um den Anwendungsbereich der Realkonkurrenz bei gleichartig wiederkehrenden Tatbestandsverwirklichungen zu begrenzen.

#### **Papierfall:**

A entschließt sich jedesmal, wenn er in einem Kaufhaus ist, umsonst ein Paket Papier (Preis 10,- DM) mitzunehmen. Dies macht er von Januar – Dezember 1999 ein Jahr lang jeden Monat einmal.

Ohne die Rechtsfigur der fortgesetzten Tat wäre A wegen 12 Diebstählen (§ 242) in Tatmehrheit (§ 53) zu bestrafen.

### **aa) Anwendung**

Seit der Grundsatzentscheidung des Großen Senats für Strafsachen (St GrS 40, 138) setzt die fortgesetzte Handlung voraus, daß Handlungseinheit - was am speziellen Deliktscharakter des Straftatbestand zu messen ist - zur sachgerechten Erfassung des verwirklichten Unrechts und der Schuld unumgänglich ist. Damit bleibt der Fortsetzungszusammenhang nur seltene Ausnahme. Der Fortsetzungszusammenhang wurde bisher aufgegeben bei:

§§ 263, 173, 174, 174 a, 174 b, 176, 177, 178, 178, 185, 186, 242, 255, 334, 266 a, 261 StGB, 369, 370 AO, 29, 29a BtMG und im OwiG.

Der BGH hat bisher keine einzige Ausnahme anerkannt. Damit ist in der Sache die Rechtsfigur der fortgesetzten Tat abgeschafft. Dennoch sollen kurz ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen am Beispiel des § 242, für den der BGH den Fortsetzungszusammenhang aufgegeben hat, dargestellt werden:

### **bb) Voraussetzungen**

Eine fortgesetzte Tat setzte mehrere gleichartige Begehungsweisen gegen dasselbe Rechtsgut - bei höchstpersönlichen Rechtsgütern mußte sogar immer derselbe Rechtsgutträger betroffen sein – und einen Gesamtvorsatz bzw. einen Fortsetzungsvorsatz voraus. Während die Rechtsprechung im Gesamtvorsatz forderte, daß der Tatentschluß sämtliche Teile der geplanten Handlungsreihe in den wesentlichen Teilen ihrer künftigen Gestaltung umfaßte und der Gesamtvorsatz spätestens vor Beendigung des 1. Teilaktes gefaßt sein mußte, genügte für die Literatur der Fortsetzungsvorsatz, wenn der Täter also ohne vorausgegangen

umfassenden Entschluß sich immer von neuem entschloß, die begonnene Handlungsweise fortzusetzen.

### **Zusammenfassung III: Voraussetzungen der fortgesetzten Tat**

Mehrere gleichartige Begehungsweisen	Gegen dasselbe Rechtsgut (bei höchstpersönlichen Rechtsgütern mußte derselbe Rechtsgutsträger betroffen sein)	Gesamtvorsatz oder Fortsetzungsvorsatz
--------------------------------------	---	--

### **cc) Rechtsfolgen**

Die fortgesetzte Tat hat folgende Konsequenzen:

Bei Geringwertigkeit einer Sache werden die Werte addiert.

Im obigen Papierfall lag damit ein Diebstahl im Wert von 120,- DM vor, so daß die Geringwertigkeitsgrenze des § 248 a überschritten wurde.

Eine Qualifikation ergreift die ganze Tat.

Hätte A im Papierfall einmal eine Pistole dabei, hätte sich A insgesamt eines Diebstahls mit Waffen nach § 244 I Nr. 1 a) strafbar gemacht.

Auch wenn eine Handlung nur versucht worden wäre, und die übrigen vollendet, erstreckt sich die Vollendung auf die ganze Tat

Bei Annahme von Handlungseinheit beginnt die Verjährung erst mit Ende des letzten Handlungsteiles.

Im Papierfall ist damit für den Beginn der Verjährung nach § 78 b nicht die Beendigung der einzelnen Diebstahlshandlungen, sondern die Beendigung der fortgesetzten Tat im Dezember 1999.

Die Rechtskraftwirkung erstreckt sich auch auf noch nicht entdeckte Einzelakte bis zur Aburteilung.

Wurde im obigen Papierfall ein Diebstahl z.B. im Mai nicht entdeckt, und wurde A wegen eines fortgesetzten Diebstahls zwischen Januar und Dezember 1999 verurteilt, liegt Strafklageverbrauch (ne bis in idem) für die Tat im Mai vor.

### **Zusammenfassung IV: Rechtsfolgen einer fortgesetzten Tat**

Bei Geringwertigkeit (Relevanz z.B. für § 248 a) werden die Werte addiert
Qualifikation erstreckt sich auf alle Handlungen
Bei Versuch einzelner Teilakte erstreckt sich die Vollendung auf die ganze Tat
Verjährungsbeginn mit dem letzten Teilakt
Rechtskraftwirkung bezieht sich auf noch nicht entdeckte Einzelakte

**dd) Klammerwirkung**

Schließlich bildet die *Klammerwirkung* eine rechtliche Handlungseinheit. Diese liegt vor, wenn zwei voneinander unabhängige Delikte jeweils mit einem dritten (i.d.R. einem Dauerdelikt) in Idealkonkurrenz stehen. Dabei muß das Klammerdelikt wenigstens so schwer wiegen, wie das leichteste von den zu verklammernden Delikten. In der Praxis ist dabei die konkrete Straferwartung entscheidend, für die Übungsfälle soll aber der abstrakte Strafraum des Delikts zugrunde gelegt werden.

A, der unbefugt ein KFZ benutzt (§ 248 b), überfährt sorgfaltswidrig einen Menschen (§ 222) und begeht anschließend eine Unfallflucht (§ 142):

§ 248 b bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe	
In Tateinheit § 222 bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe	In Tateinheit § 142 bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe
In Tatmehrheit	

Der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeuges verbindet die fahrlässige Tötung und die Unfallflucht, da sie genauso schwer wiegt wie das leichteste zu verklammernde Delikt der Unfallflucht. Daß die fahrlässige Tötung höher bestraft wird, spielt keine Rolle.

B führt eine Waffe unter Verstoß gegen das Waffengesetz (§ 53 I Nr. 3a WaffG 6 Monate - 5 Jahre). Dieses Delikt verbindet Totschlag (§ 212) und Nötigung (§ 240)

§ 53 I Nr. 3 a WaffG 6 Monate – 5 Jahre	
In Tateinheit § 212 nicht unter 5 Jahren	In Tateinheit § 240 bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe
In Tatmehrheit	

Der Verstoß gegen das Waffengesetz verbindet den Totschlag und die Nötigung, da sie schwerer wiegt als das leichteste zu verklammernde Delikt der Nötigung. Daß der Totschlag mit schwerer Strafe bedroht ist als der Verstoß gegen das Waffengesetz, ist unerheblich.

Wiegen beide Delikte allerdings schwerer, so kommt Handlungsmehrheit in Betracht.

C nötigt D sexuell (§ 177) und stiehlt (§ 242) während eines Hausfriedensbruchs (§ 123)

§ 123 bis zu einem Jahr oder Geldstrafe	
In Tateinheit § 177 nicht unter 1 Jahr	In Tateinheit § 242 bis zu 5 Jahre oder Geldstrafe
In Tatmehrheit	

Da der Hausfriedensbruch leichter wiegt als beide zu verklammernde Delikte, bricht die Klammer und es liegt ein Fall der Handlungsmehrheit in Form der Tatmehrheit nach § 53 vor.



**Zusammenfassung V: Handlungseinheit**

Handlungseinheit					
Handlung im natürlichen Sinne	Natürl. Handlungseinheit	Juristische Handlungseinheit			
				Zusammengesetztes oder mehraktiges Delikt	Dauerdelikt

**IV. 2. Schritt: Gesetzeskonkurrenz oder Tateinheit**

Steht fest, daß entweder eine Handlung im natürlichen Sinne, eine natürliche Handlungseinheit oder eine juristische Handlungseinheit vorliegt, ist in einem 2. Schritt zu klären, ob Gesetzeskonkurrenz in Betracht kommt.

**1. Gesetzeskonkurrenz**

Anerkannte Fallgruppen der Gesetzeskonkurrenz sind die Spezialität, die Konsumtion und die Subsidiarität.

Spezialität	Konsumtion	Subsidiarität
-------------	------------	---------------

**a) Spezialität**

*Spezialität* liegt vor, wenn eine Vorschrift begriffsnotwendig sämtliche Tatbestandsmerkmale einer anderen Strafbestimmung enthält, das strafbare Verhalten aber noch unter einem weiteren zusätzlichen Aspekt erfaßt.

Hierzu zählen

- Qualifikationen (z.B. § 244 gegenüber § 242)
- Erfolgsqualifikationen (z.B. § 227 gegenüber §§ 223 ff., 222)
- Privilegierungen (z.B. § 216 gegenüber § 212)
- Und verselbständigte Abwandlungen (z.B. § 249 gegenüber §§ 240, 242)

**b) Konsumtion**

Von *Konsumtion* spricht man, wenn ein Tatbestand in einem anderen zwar nicht notwendigerweise, aber doch typischerweise und regelmäßig enthalten ist, so daß sein Unrechtsgehalt von dem anderen schwereren Delikt aufgezehrt wird.

Beim Totschlag konsumiert § 212 die Vorschrift des § 303 bei einem tödlichen Schuß durch die Jacke des Opfers.

Der Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2 konsumiert nach neuer Rechtsprechung nicht immer die Sachbeschädigung nach § 303, wenn diese einen höheren Schaden verursacht hat. Zudem gibt der BGH grundsätzlich zu bedenken, daß die Verwirklichung eines Regelbeispiels für die Frage der Konkurrenzen außer Betracht bleiben muß, so daß Tateinheit vorliegt.

### c) Subsidiarität

Die *Subsidiarität* liegt vor, wenn eine Vorschrift nur hilfswise anzuwenden ist, wenn nicht schon eine andere Strafbestimmung eingreift. Zu unterscheiden gilt die gesetzliche und die logische Subsidiarität.

Spezialität	Konsumtion	Subsidiarität	
		Gesetzliche	Logische. Materielle oder stillschweigende

#### aa) Gesetzliche

Teilweise findet sich die *Subsidiarität* bereits ausdrücklich in einer *gesetzlichen Bestimmung* wie in

§ 145 d, der subsidiär ist gegenüber §§ 164, 258;  
 § 316, der in gesetzlicher Subsidiarität hinter §§ 315 a, 315 c zurücktritt;  
 §§ 246, 248 b, 265 a, die nur dann Geltung beanspruchen, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist  
 und § 323 a, der nur eingreift, wenn der Täter wegen seines Vollrausches nicht bestraft werden kann.

#### bb) Logische, materielle oder stillschweigende

Subsidiarität kann sich aber auch durch Auslegung aus dem Sinnzusammenhang ergeben. Diese Subsidiarität bezeichnet man als *logische materielle oder stillschweigende Subsidiarität*.

So wird die Teilnahme von der Täterschaft, die Beihilfe von der Anstiftung, der Versuch von der Vollendung, das konkrete Gefährdungsdelikt (z.B. § 221) von Verletzungsdelikte (z.B. § 211), das echte Unterlassungsdelikt (z.B. § 323 c) vom unechten Unterlassungsdelikte (z.B. §§ 212, 13), das Durchgangsdelikt (§§ 223 ff.) gegenüber einem unrechtserschwerenden Delikt (§§ 212, 211) in logischer Subsidiarität verdrängt.

## 2. Ansonsten Tateinheit nach § 52

Liegt keine Gesetzeskonkurrenz vor, handelt es sich aber um einen Fall der Handlungseinheit, stehen die Delikte in *Tateinheit nach § 52*.

### V. 3. Schritt: im Rahmen der Handlungsmehrheit: Gesetzeskonkurrenz oder Tatmehrheit

Liegt keine Handlungseinheit vor, kann nur Handlungsmehrheit gegeben sein. Hierbei ist wiederum zuerst zu klären, ob ein Fall der Gesetzeskonkurrenz in Betracht kommt.

#### 1. Gesetzeskonkurrenz

Innerhalb der *Gesetzeskonkurrenz* im Rahmen der Handlungsmehrheit unterscheidet man die mitbestrafte Vortat von der mitbestraften Nachtat.

Gesetzeskonkurrenz im Rahmen der Handlungsmehrheit	
Mitbestrafte Vortat	Mitbestrafte Nachtat

### a) Mitbestrafte Vortat

Bei der *mitbestraften Vortat* entfällt die Strafbarkeit aufgrund von Subsidiarität oder Konsumtion, da der Unrechtsgehalt des früheren Tuns von dem des späteren Tuns erfaßt wird. Auch im Rahmen der Subsidiarität gilt es zwischen gesetzlicher und logischer Subsidiarität zu unterscheiden.

Stiehlt A etwa im Januar einen Pkw-Schlüssel und im Februar das dazugehörige Auto, so erfaßt der KFZ-Diebstahl den Schlüsseldiebstahl (§ 242) als typische Begleitatt in Konsumtion. Ein versuchtes oder vollendetes Delikt (z.B. §§ 212, 211) erfaßt die Verbrechenverabredung (§ 30 II) im Rahmen logischer Subsidiarität. § 265 ist mitbestrafte Vortat in Form der gesetzlichen Subsidiarität zum Betrug nach § 263.

### b) Mitbestrafte Nachtat

Die *mitbestrafte Nachtat* liegt vor, wenn sich die Nachtat in der Sicherung oder Auswertung der durch die Tat erlangten Vorteile erschöpft, den Schaden nicht oder nicht wesentlich erweitert und kein neues Rechtsgut verletzt wird. Die Nachtat ist regelmäßig dadurch gekennzeichnet, daß sie der Täter begehen muß, damit die Vortat für ihn einen Sinn erhält (Konsumtion).

Das Passieren der Kasse ohne zu bezahlen nach einem Ladendiebstahl (§ 242) stellt sich als strafloser Sicherungsbetrug (§ 263) dar. Das Weiterveräußern des Diebesgutes (§ 242) durch den Dieb (§ 246) ist mit der Konkurrenzlösung mitbestrafte Nachtat.

## 2. Ansonsten Tatmehrheit nach § 53

Nach Aussonderung der mitbestraften Vor- und Nachtat in der Handlungsmehrheit führen die verbleibenden Vorschriften zur *Tatmehrheit* (Realkonkurrenz) nach § 53.

## VI. Besondere Arten der Konkurrenzen

Nach dem Gesetzlichkeitsprinzip und dem Grundsatz „in dubio pro reo“ kann ein Angeklagter nur verurteilt werden, wenn seine Strafbarkeit erwiesen ist. Ist allerdings nach Ausschöpfung der Beweis- und Erkenntnismöglichkeiten sicher, daß der Täter einen Tatbestand begangen hat aber unklar, durch welches Verhalten er eine bestimmte Tat verwirklicht hat oder welche Straftat von mehreren Taten verübt worden ist, würde der Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Unbilligkeiten führen.

Deshalb werden vom Grundsatz „in dubio pro reo“ in der Wahlfeststellung und der Postpendenzfeststellung Ausnahmen gemacht.

Ausnahmen vom „in dubio pro reo Grundsatz“	
Wahlfeststellung	Postpendenzfeststellung

Innerhalb der Wahlfeststellung ist die unechte von der echten Wahlfeststellung zu unterscheiden.

Wahlfeststellung	
Unechte (Tatsachenalternativität)	Echte (Tatbestandsalternativität)

### 1. Unechte Wahlfeststellung (Tatsachenalternativität)

Von einer *unechten Wahlfeststellung oder Tatsachenalternativität* spricht man, wenn in allen denkbaren Sachverhaltsvarianten derselbe Tatbestand verwirklicht worden ist, aber ungewiß ist, welche Handlung konkret den Straftatbestand erfüllt.

Es läßt sich nicht mehr klären, welche der beiden sich widersprechenden Aussagen vom 1.5. oder 3.5. des A vor Gericht falsch ist (§ 153).

A wird eindeutig wegen falscher uneidlicher Aussage nach § 153 bestraft. Im Urteilstenor muß nicht erwähnt werden, ob sich die Tat am 1. oder 3.5. ereignete. Eine Verurteilung ist aber nur dann möglich, wenn beide Taten angeklagt waren.

### 2. Echte Wahlfeststellung (Tatbestandsalternativität)

Von einer *echten Wahlfeststellung oder Tatbestandsalternativität* spricht man, wenn zweifelhaft ist, welche von mehreren alternativ in Betracht kommenden Handlungen tatsächlich vorgelegen haben und welcher Tatbestand deshalb erfüllt ist.

#### **Diebstahls- oder Betrugsfall:**

Es ist unklar, ob A dem B die Beute mittels Täuschung weggenommen hat (§ 242) oder sie dem Opfer mittels Vermögensverfügung abgeschwindelt hat (§ 263).

#### **a) Voraussetzungen**

Für die echte Wahlfeststellung müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- aa) Es darf kein Stufenverhältnis zwischen den Straftatbeständen bestehen, da ansonsten bereits der Grundsatz in dubio pro reo eingreift.

Ein Stufenverhältnis besteht beispielsweise bei:

Teilnahme und Täterschaft, Versuch und Vollendung, Grundtatbestand und Qualifikation, Vorsatz und Fahrlässigkeit

- bb) Es muß sicher sein, daß eines von mehreren Delikten begangen wurde.

- cc) Eine eindeutige Feststellung des Tatbestandes darf nicht möglich sein.

- dd) Schließlich ist erforderlich, daß die Verhaltensweisen rechtsethisch vergleichbar sind, d.h. die Schuldvorwürfe müssen annähernd gleich schwer wiegen und müssen nach dem allgemeinen Rechtsempfinden sittlich und rechtlich vergleichbar sein. Zudem ist die psychologische Vergleichbarkeit Voraussetzung, d.h. es besteht eine vergleichbare seelische Beziehung des Täters zu den mehreren in Frage stehenden Verhaltensweisen.

Ein solches Stufenverhältnis wurde bisher vom BGH angenommen bei:

einen Diebstahl (§ 242) oder eine Unterschlagung (§ 246) (vor dem 6. StrRG entschieden)  
 einen Raub (§ 249) oder eine räuberischen Erpressung. (§§ 253, 255)  
 einen Diebstahl (§ 242) oder eine Hehlerei (§ 259)  
 einen gewerbsmäßigen Diebstahl (§ 242, 243 I 2 Nr.3) oder einer gewerbsmäßigen Hehlerei (§ 260)  
 einem Diebstahl (§ 242) oder einer Pfandkehr (§ 289)  
 einem Trickdiebstahl (§ 242) einem oder Sachbetrug (§ 263)  
 einem Betrug (§ 263) oder einer Unterschlagung (§ 246) (vor dem 6. StrRG entschieden)  
 einem Betrug (§ 263) oder einem Computerbetrug (§ 263 a)

Im Diebstahls- oder Betrugsfall stehen die Delikte nach §§ 242, 263 nicht in einem Stufenverhältnis. Sicher ist, daß entweder eine Wegnahme und damit ein Trickdiebstahl oder ein Sachbetrug durch eine Vermögensverfügung vorlag. Eine eindeutige Feststellung des Tatbestandes war aber nicht möglich. Da sich Trickdiebstahl und Sachbetrug gleichermaßen nur auf das Eigentum beziehen können, ist das Rechtsgut vergleichbar. Dasselbe gilt für das Strafmaß (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahre oder Geldstrafe). Zudem ist die Täuschung beiden Verhaltensweisen gemeinsam.

### **Zusammenfassung VI: Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung**

1. Grundsatz „in dubio pro reo“ darf nicht eingreifen
2. Es ist sicher, daß eines von mehreren Delikten begangen wurde
3. Eine eindeutige Feststellung des Tatbestandes darf nicht möglich sein
4. Die Verhaltensweisen müssen rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein

### **b) Rechtsfolgen**

Der Täter ist wahlweise zu verurteilen. Die Strafe ist dem milderen Gesetz zu entnehmen

Im Diebstahls- oder Betrugsfall ist A wahlweise wegen Diebstahls nach § 242 oder Betrugs nach § 263 zu bestrafen.

### **3. Postpendenzfeststellung**

Bei einer *Postpendenzfeststellung* steht der Sachverhalt einer Nachtat eindeutig fest, es ist jedoch zweifelhaft, ob und inwieweit der Täter bereits an der Vortat beteiligt gewesen ist bzw. ob eine Vortat überhaupt begangen worden ist (doppelte Rechtsnormungsgewißheit bei nur einseitiger Sachverhaltungsgewißheit).

Im Gegensatz zur Wahlfeststellung ist eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Delikte nicht erforderlich.

A wird von der Polizei geschnappt. Als er Diebesgut an X veräußert. Unklar ist, ob A selbst den Diebstahl und damit die Vortat in Mittäterschaft mit C begangen hat, oder ob er ohne Mittäterschaft die Beute von C erhalten hat.

Der Sachverhalt der Hehlerei steht fest (Absatz einer gestohlenen Sache). Fraglich ist nur, ob A als Mittäter auch Vortäter eines Diebstahls war. In diesem Fall wäre A aber kein Hehler, da der Diebstahl von keinem „anderen“ begangen worden wäre.

Die Verurteilung bei der Postpendenzfeststellung erfolgt aufgrund des in tatsächlicher Hinsicht feststehenden Verhaltens.

A wird also wegen Hehlerei nach § 259 bestraft.

**Zusammenfassung VII: Wahlfeststellung und Postpendenzfeststellung**

Ausnahmen vom „in dubio pro reo Grundsatz“	
Wahlfeststellung	
Postpendenzfeststellung Doppelte Rechtsnormungewißheit bei nur einseitiger Sachverhaltungewißheit	
Unechte (Tatsachenalternativität)	Echte (Tatbestandsalternativität)
	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Grundsatz „in dubio pro reo“ darf nicht eingreifen</li> <li>2. Es ist sicher, daß eines von mehreren Delikten begangen wurde</li> <li>3. Eine eindeutige Feststellung des Tatbestandes darf nicht möglich sein</li> <li>4. Die Verhaltensweisen müssen rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein</li> </ol>