

Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz

Von Professor Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

»Die Kunst, die Verbrechen zu zählen ist schwer, solange man im Unklaren ist, was denn eigentlich gezählt werden soll.«

Max Ernst Mayer, AT, S. 156

Es gibt keinen von Natur aus vorgegebenen und für die Konstitution des Einzelverbrechens als verbindlich legitimierten, tatbestandsunabhängigen Begriff des Handlungsindividuum (Elementarhandlung, Einzelakt, Muskelinnervation u. ä.). Eine Kombination verschiedener Strafrahmen, wie sie § 52 für die sog. ungleichartige Idealkonkurrenz vorsieht, ist notwendig, wo sich verschiedene Tatbestandsverwirklichungen im Unrechtsgehalt gegenseitig näher charakterisieren. Wann das der Fall ist, hängt ab von dem abstrakten Verhältnis der tatbestandlichen Unrechtstypen (Unrechtsverwandtschaft oder Unrechtsfremdheit) und der Identität der die Tatbestände in concreto erfüllenden Handlungs- und Erfolgsindividuen (eine Sache, eine Täuschung, die Bundesrepublik Deutschland u. ä.). Die »ein und dieselbe Handlung« i. S. des § 52, die verschiedene Strafgesetze verletzt, ist nicht der Ausgangspunkt der Konstitution des konkreten Einzelverbrechens, sie ist ihr Resultat.

Ein Gelehrtenstreit und sein klägliches Ende

»In der Tat, wenn der wissenschaftliche Wert einer hypothetischen Annahme an den Ergebnissen erkannt werden kann, dann ist der Stab gebrochen über Bindings Normentheorie«, so v. Liszt in seiner Besprechung von Bindings Handbuch des Strafrechts¹. Das Ergebnis, das er meint und das die gesamte Normentheorie diskreditieren soll, ist die Ablehnung der unterschiedlichen Behandlung von Real- und Idealkonkurrenz, die unser StGB bis heute vorsieht und deren Voraussetzungen bis heute von der h. L. genau so wie zur Zeit v. Liszts und Bindings bestimmt werden. Binding hatte im Handbuch geschrieben: »Damit ist eine der bedauerlichsten Taten in der neueren Rechtsgeschichte vollbracht. Denn nicht nur fehlt jeder Grund für eine verschiedene Behandlung der realen und der idealen Konkurrenz, sondern auch ihre Scheidung ist die unglücklichst denkbare.«²

Es ist lange her, daß man sich über dieses Thema so heiß gestritten hat, und dabei geht es um nichts weniger als die grundlegende Frage, was ein einzelnes konkretes Verbrechen, was also der Gegenstand der richterlichen Beurteilung unter Unrechts- und Schuldgesichtspunkten und damit der Strafzu-

1 Aufsätze, S. 246.

2 Vgl. Binding, HdB., S. 571.

messung in jedem Strafverfahren ist. Aus jenem Streit ist bis auf weiteres v. Liszt als Sieger hervorgegangen, der Binding entgegengehalten hatte: »Das Verbrechen ist Handlung, mehrere Verbrechen müssen daher mehrere Handlungen sein; eine natürliche Handlung kann immer auch nur eine verbrecherische Handlung sein.«³ Mit ähnlichen Formulierungen wurde bis in die jüngste Zeit in Lehrbüchern und Kommentaren erklärt, warum unser StGB den von Binding so heftig angegriffenen Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz macht, warum es nur einen Strafausspruch zuläßt, wenn mehrere Gesetze durch »eine Handlung« verletzt werden⁴.

Gegen diese sog. Einheitstheorie wandte sich die Mehrheitstheorie, die das Verbrechen als Normverletzung oder Tatbestandsverwirklichung definiert, so daß sich jeweils so viele Verbrechen ergeben, wie Tatbestände nebeneinander anwendbar sind⁵. Die einst so heftige Kontroverse wird heute allgemein als unfruchtbarer Streit um Worte und Begriffsdefinitionen angesehen, der allenfalls noch historisches Interesse hat⁶. Der Satz »Verbrechen ist Handlung« verschwand nach und nach aus den Lehrdarstellungen und Kommentaren zur Idealkonkurrenz, und an seine Stelle trat . . . nichts.

Wer die neuere Literatur nach einer Erklärung des tiefgreifenden und in seinen praktischen Auswirkungen erheblichen Unterschiedes durchsucht, den unser Gesetz zwischen Real- und Idealkonkurrenz macht, findet wenig mehr als den Hinweis, daß damit einem Schuldgesichtspunkt Rechnung getragen werden soll. Es soll weniger verbrecherische Energie kosten, verschiedene Gesetze zugleich zu verletzen als nacheinander⁷. Das ist jedoch durchaus umstritten⁸, und selbst wenn es richtig wäre, wäre immer noch zu erklären, warum der dem entsprechende Strafrabatt gerade dadurch zu gewähren ist, daß für alle zugleich verwirklichten Rechtsverletzungen nur eine Strafe im Rahmen des strengsten anwendbaren Strafgesetzes verhängt wird, wobei die übrigen allenfalls als Strafschärfungsgründe innerhalb dieses Rah-

3 Aufsätze, S. 248.

4 Wachenfeld, LB, S. 103; R. v. Hippel, LB, Bd. 2, S. 505; M. E. Mayer, AT, S. 156; Maurach, AT, 4. Aufl., S. 731; Mezger, StB. AT, 9. Aufl., S. 247 f.; so heute noch Maurach/Gössel/Zipf, AT II, S. 295 und Baumann, AT, S. 682.

5 So Schmidhäuser, AT, 18/38, FN 30; Dreher/Tröndle, vor § 52, RNR, 4; Mösl, LK 9. Aufl. zu § 73 a. F., RNR, 1; Schönke/Schröder, 14. Aufl., zu § 73 a. F., RNR, 4; Frank zu § 73 a. F., Anm. 1; Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, S. 3, FN 7; Binding, HdB., S. 570 ff.; H. Meyer, AT 1953, S. 142; Niese, Materialien zur Strafrechtsreform, S. 156.

6 So vor allem Jescheck, AT, S. 587; ders., ZStW 67, S. 529 (533); Schönke/Schröder/Stree zu § 52 RNR, 3; Vogler, LK, vor § 52, Nr. 6; Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, S. 63 f.; Geerds, Zur Lehre von den Konkurrenzen im Strafrecht, S. 325; schon Honig ging, a.a.O., S. 3, nur zögernd auf diesen Streit ein.

7 Schönke/Schröder/Eser zu § 52, RNR, 1; Samson, SK zu § 52, RNR, 2; H. Meyer, AT 1953, S. 408; Geerds, Konkurrenzen, S. 259; v. Hippel, LB, S. 171.

8 Binding meint, es könne sogar ein Zeichen besonderer Verwegenheit, Kraft oder Geschicklichkeit des Täters sein, wenn er zugleich mehrere strafbare Erfolge erreiche, vgl. HdB. S. 575 f., und Honig weist darauf hin, daß es meist nicht einmal davon, sondern von vom Täter nicht beherrschbaren Zufällen abhängt, ob Handlungseinheit oder -mehrheit i. S. der h. L. vorliegt, vgl. Studien, S. 33 ff.

mens zu Buche schlagen, gleichgültig wie viele es sind und wie schwer sie im Verhältnis zu jenem ins Gewicht fallen.

Soweit an dieser Regelung Kritik geübt wird, geschieht es mit dem Ziel, den Unterschied zwischen Real- und Idealkonkurrenz durch Einführung der Einheitsstrafe zu beseitigen⁹, wie sie unser Jugendstrafrecht und viele ausländische Rechte vorsehen¹⁰.

Aber selbst wenn das letztere geschähe, wäre das Problem nicht aus der Welt geschafft. Solange wir ein Tatschuldstrafrecht haben, steht der Richter vor der Aufgabe, die einzelne Tat des Angeklagten zu bestimmen, die Gegenstand seiner Beurteilung als konkretes Unrecht und konkrete Verschuldung ist, und sie von anderen Taten des gleichen Täters zu trennen. Verzichtet man auf diese Scheidung und behandelt das gesamte dem Richter in einem Prozeß unterbreitete Verhalten des Täters als eine Art »Inbegriff«¹¹, so praktiziert man ein Täterstrafrecht¹². Nur wenn geklärt ist, was die einzelne zu beurteilende Tat ist, ist es möglich, Schuldzumessungsgründe als illegitim auszuschließen, weil sie nicht zu dieser Tat gehören.

Eine Diskussion über den Satz »Verbrechen ist Handlung«

Wollen wir also erfahren, welche Vorstellungen die Strafrechtswissenschaft vom konkreten einzelnen Verbrechen als Gegenstand der Strafzumessung entwickelt hat, so müssen wir zu jenem Satz von Liszt zurückkehren: »Verbrechen ist Handlung, d. h. eine auf menschliches Wollen zurückführbare Veränderung in der Außenwelt, liegt nur eine Handlung vor, so ist mithin nur ein Verbrechen gegeben.«¹³ »Jede Polemik, wie immer begründet, welche sich gegen den (Lisztschen) Schluß wendet, scheint mir sich machtlos zu brechen, an unerschütterlichen Tatsachen der Logik« (Baumgarten¹⁴). »Gegen den Satz . . . läßt sich nicht ankämpfen, weil er nichtssagend ist. Definiert man die Handlung mit v. Liszt als eine auf menschliches Wollen zurückführbare Veränderung in der Außenwelt, dann erhellt aus dieser Definition nicht, welche von den durch menschlichen Willen bewirkten in die Zukunft ins Unendliche fortlaufenden Veränderungen gemeint ist« (Finger¹⁵).

⁹ So schon *Honig*, Studien, S. 57 f.; *ders.*, GS 92, S. 117; *Jescheck*, ZStW 67, S. 543 f.; *Niese*, Materialien, Bd. 1, S. 159 ff.; *Stratenwerth*, AT, RNr. 1208 und 1254 sowie alle Reformentwürfe zum StGB einschließlich des AE mit Ausnahme des EG 2. *Geerds*, Konkurrenzen, S. 483 ff.; *R. Schmitt*, ZStW 75, S. 193 ff.; *Peters*, Kohlrausch-Festschrift, S. 199.

¹⁰ Vgl. zu den ausländischen Rechten *Jescheck*, AT, S. 593; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 71 ff.; *Stoecker*, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 2, S. 449 ff.

¹¹ So *Niese*, Materialien, Bd. 1, S. 160, der betont, daß ein solcher Inbegriff nicht mit der Summe (Menge?) der Straftaten identisch sei; ähnlich schon *Beling*, GS, 93, S. 131.

¹² Näher dazu *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, S. 162, insbesondere Fußnoten 21 und 22.

¹³ So die Fassung in v. Liszt's Lehrbuch, 21.-22. Aufl., S. 222.

¹⁴ Strafr. Abh. Heft 103, S. 14.

¹⁵ LB Bd. 1, S. 367, Fußn. 475.

Zunächst ist festzustellen, daß eine Handlung i. S. jenes Satzes nicht dasselbe sein kann, wie die Handlung i. S. der allgemeinen Handlungslehren¹⁶. Denn sowohl der kausale als auch der finale und die verschiedenen sozialen Handlungsbegriffe sind Relationsbegriffe. Sie definierten die Handlung in bezug auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg, als dessen Ursache oder als auf diesen hinstuernden Mitteleinsatz¹⁷. Der Handlungsbegriff der Konkurrenzlehre muß aber offenbar unabhängig von den jeweils erfüllten Tatbeständen sein, denn er soll ja verschiedene Tatbestandsverwirklichungen zu einer Einheit verbinden, und zwar nach heute ganz selbstverständlicher Vorstellung unabhängig von deren Inhalt. Deshalb bezeichnet Liszt, sobald er auf die ungleichartige Idealkonkurrenz zu sprechen kommt, als Handlung auch nicht mehr eine gewollte »Veränderung in der Außenwelt«, sondern eine »Willensbetätigung«¹⁸.

Aber der Satz »Verbrechen ist Handlung« scil. eine Art von Handlung ist selbstverständlich nur auf dem Hintergrund einer zuvor akzeptierten Handlungstheorie, also einer philosophischen Lehre über die Strukturen menschlichen Entscheidens und Verhaltens, die dann auch für das verbrecherische Handeln gelten muß. Der Satz »Verbrechen ist eine Willensbetätigung« fordert mindestens den Einwand heraus, daß er allenfalls einen Teilaspekt oder eine Eigenschaft jedes Verbrechens beschreibt, aber nicht das konkrete einzelne Verbrechen¹⁹. Binding hat auf die in diesem so unanfechtbar erscheinenden Schluß von Liszt enthaltene Begriffsvertauschung hingewiesen: »Eine Mehrheit von Delikten (Normverletzungen) fordert aber unbedingt eine Mehrheit von Handlungen (i. S. der allgemeinen Handlungslehre). Keine Verbrechensmehrheit kann also durch eine Handlung realisiert werden. Dadurch aber, daß man den juristischen Handlungsbegriff mit einem Afterbegriff (Körperbewegung, Willensbetätigung) identifiziert, gelangt man zur Leugnung dieser unbestreitbaren Wahrheit; dadurch, daß man den ersten durch den zweiten Begriff geradezu verdrängt, das Erfordernis der Handlungs- zur Verbrechensmehrheit aber beibehält, gar zur ungerechtfertigten Ausstoßung der Fälle der sog. Idealkonkurrenz aus dem Gebiete der Verbrechensmehrheit.«²⁰

Liszt führt seinen Gegenangriff fast ausschließlich an Hand eines einzigen schon damals klassischen Beispiels, des Beischlafs mit der verheirateten

16 Auf den Handlungsbegriff der allgemeinen Verbrechenslehre berufen sich zur Begründung der ungleichartigen Idealkonkurrenz v. Liszt, LB, 21.–22. Aufl., S. 222, Fußn. 1; Mezger, LB, 496; ders., StB, 9. Aufl., S. 247; und heute noch Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, S. 295.

17 Die heute h. L. spricht dem Handlungsbegriff der allgemeinen Verbrechenslehre jede Relevanz für den Begriff der Handlungseinheit ab, vgl. Jescheck, AT, S. 578 f.; Samson, SK, vor § 52, RNr. 15; Warda, JuS 64, S. 82; näher dazu Puppe, Einzelverbrechen, S. 243 ff.

18 LB 21.–22. Aufl., S. 223.

19 Frank zu § 73 a. F., Anm. II hält dem v. Liszt'schen Satz entgegen: »Richtig ist daran nur, daß zum Delikt eine Handlung, d. h. ein Willensakt gehört. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Zahl der Delikte mit der der Handlungen nicht identisch sein müsse.«

20 HdB., S. 565, Erläuterungen in Klammern von mir.

Schwester, der früher als Ehebruch und Inzest in Idealkonkurrenz strafbar war. Binding, so meint er, verwechsle »Begriff und Ding«²¹, wenn er daraus zwei Straftaten mache. »Fast sieht es so aus, als ob die Normentheorie zu idealistisch wäre, mit dem Beischlaf im Sinne der bloßen Physiologie sich irgendetwie abzugeben. Aber leider, leider, wir Menschen können nicht heraus aus unserer Natur, bis der Tod dem Geist das all erschließt, . . . und so oft unsere Richter einen strafbaren Beischlaf abzuurteilen haben, so ist und war und wird es sein, der brutale Akt ohne jede begriffliche Abstraktion.«²² Also nicht auf den Handlungsbegriff i. S. der allgemeinen Verbrechenlehre oder einer philosophischen Lehre vom menschlichen Handeln beruft sich v. Liszt, sondern auf die Physiologie und unsere Natur. Sie ist es, die uns die Dinge ein für alle Male und für alle Betrachtungsweisen verbindlich vorgibt, die wir dann unter Begriffe subsumieren. So ein naturgegebenes Ding ist z. B. ein Beischlaf.

»Aus den verschiedensten Gesichtspunkten kann über dasselbe Geschehen . . . das Urteil gefällt werden, es stelle eine Einheit dar oder enthalte eine Mehrheit von Vorgängen. Die Sicherheit dieses allzeit schwierigen Urteils entfällt ganz, wenn man nicht den Standpunkt genau präzisiert und den bestimmten tatkräftig und unverwirrt festhält, aus dem der Vorgang auf seine Einheitlichkeit hin beurteilt werden soll«, hatte Binding in seinem Handbuch geschrieben und »Was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgültig.«²³

Dieses Streitgespräch zwischen v. Liszt und Binding zeigt das Dilemma der Idealkonkurrenz: Entweder wir bestimmen sie an Hand eines »Afterbegriffs«, wir würden heute sagen Scheinbegriffs, der naturgegebenen Handlung i. S. von Liszt. Dann müssen wir alles vergessen, was uns die Philosophie von den alten Griechen bis zur modernen Hermeneutik und Sprachtheorie über das Verhältnis von Denken und Wirklichkeit, Sprache und Wahrnehmung, Begriff und Gegenstand zu sagen hat, um einen cruden und unkritischen Naturalismus zu praktizieren. Oder wir ziehen mit Binding nicht nur die Konsequenz, daß § 52 StGB sachlich verfehlt, sondern über Binding hinaus auch die, daß § 52 aus logischen Gründen unerfüllbar ist. Denn wenn wir keinen tatbestandsunabhängigen Handlungsbegriff voraussetzen, also eine einzelne Handlung nicht unabhängig von einem Straftatbestand in legitimer Weise bestimmen können, wie soll dann ein und dieselbe Handlung mehrere Tatbestände erfüllen.

Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom einzelnen Verbrechen

Honig, der eine verbindlich vorgegebene natürliche Handlung nicht anerkennt²⁴, sieht als dogmatisch einwandfreien, wenn auch kriminalpolitisch unbefriedigenden Ausweg aus diesem Dilemma die von ihm sog. For-

²¹ Aufsätze, S. 244.

²² Aufsätze, S. 245.

²³ Binding, HdB., S. 520.

²⁴ Vgl. Studien, S. 3, FN 7.

mel des RG²⁵. »Es ist (für Handlungseinheit) erforderlich, daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß wenigstens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt.«²⁶ Was bedeutet hier »zusammenfallen«? Das RG betont, daß zeitliche Koinzidenz der Tatbestandsverwirklichungen nicht genügt²⁷, und darüber besteht bis heute Einigkeit²⁸. Es wird vielmehr verlangt, daß die Ausführungshandlungen der verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen ganz oder zum Teil identisch sind²⁹. Aber wenn eine Handlung i. S. des Strafrechts nicht unabhängig von einer Tatbestandsverwirklichung bestimmbar ist, wenn also eine Handlung immer nur als eine Tötungshandlung, eine Wegnahme, eine Täuschung bestimmt ist, was soll es dann heißen, daß die Handlungen, die verschiedene Tatbestände verwirklichen, ganz oder zum Teil identisch sind?

Soweit darauf eine Antwort gegeben wird, lautet sie, identisch sind einzelne der »natürlichen (Minimal)handlungen«³⁰, »objektiven« oder »realen Ausführungshandlungen«³¹, »Willensbetätigungen«³² oder »Teilakte«³³. Da haben wir das Weltbild des Juristen: Alles menschliche Handeln ist von Natur aus aufgeteilt in diskrete kleinste Handlungseinheiten. Ein konkretes Verbrechen ist immer entweder eine solche natürliche Minimalhandlung, ein realer Ausführungsakt oder eine unter dem Blickwinkel einer Tatbestandsverwirklichung zusammengefaßte Menge solcher realen Ausführungsakte oder natürlichen Minimalhandlungen. Eine Minimalhandlung kann niemals Bestandteil mehrerer konkreter Verbrechen, d. h. mehrfacher richterlicher Beurteilung sein. Eine Begründung wird dafür nicht mehr gegeben, es sei denn, man fände diese in dem Wort »natürlich«, »objektiv« oder »real«.

25 Studien, S. 40.

26 RG 32, 137 (139 f.).

27 RG 32, 137 (139).

28 Vgl. *Schönke/Schröder/Eser*, vor § 52, RNr. 11; *Samson*, SK, vor § 52, RNr. 17; *Dreher/Tröndle*, vor § 52, RNr. 3; *Lackner*, zu § 52, Anm. 2 a; *Welzel*, LB, S. 231; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 323; *Schmidhäuser*, AT, 18/42; *Stratenwerth*, AT, RNr. 1245; *Baumann*, AT, S. 686; *Jescheck*, AT, S. 591; *Blei*, AT, S. 315; *Wessels*, AT, S. 174; BGH 18, 29 (32 f.) m. w. N. aus der Rechtspr.

29 *Welzel*, LB, S. 231; *Jescheck*, AT, S. 588; *Wessels*, AT, S. 155; *Baumann*, AT, S. 687; *Bockelmann*, AT, S. 241; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 323; *Schmidhäuser*, AT, 18/40; *Stratenwerth*, AT, RNr. 1245; *Lackner* zu § 52, Anm. 2 b; *Vogler*, LK zu § 52, RNr. 21 f.; *Samson*, SK zu § 52, RNr. 3 und 10; *Schönke/Schröder/Eser* zu § 52, RNr. 8 f.; *Dreher/Tröndle* vor § 52, RNr. 3; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit, S. 100; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 275.

30 *Schönke/Schröder/Stree* vor § 52, RNr. 10.

31 *Welzel*, LB, S. 231; *Jescheck*, AT, S. 588; *Stratenwerth*, AT, RNr. 243; *Baumann*, AT, 686; *Vogler*, LK zu § 52, RNr. 22; *Samson*, SK zu § 52, RNr. 12; *Lackner* zu § 52, Anm. 2 b; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 275.

32 So v. *Liszt*, LB, 21.-22. Aufl., S. 223; *Bockelmann*, AT, S. 241.

33 *Wessels*, AT, S. 155; *Lackner* zu § 52, Anm. 2 b; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit, S. 100.

»Die ›einzelnen‹ Handlungen fließen wie ein Fluß eine nach der anderen stetig fort, und so wenig man die einzelnen Tropfen eines Flusses zählen kann, so wenig kann man die einzelnen Handlungen des menschlichen Lebens zählen.« Dieses Bild des Flusses für das Verhaltenskontinuum, das Belling gebraucht³⁴, hat dieser selbst nicht voll ausgeschöpft, denn die wohlweislich gesetzten Anführungszeichen bei »einzelne« läßt er später bei der Definition der ungleichartigen Idealkonkurrenz weg³⁵. Es ist nicht deshalb unmöglich, die »einzelnen Tropfen in einem Fluß« zu zählen, weil es so unendlich viele sind, sondern weil es in einem Fluß keinen einzigen Tropfen gibt. Man kann allerdings aus Wasser auf verschiedene Weise verschieden große Tropfen machen. Genau so verhält es sich mit dem »Handlungsstrom«. Unter den verschiedensten Gesichtspunkten läßt er sich in verschieden große Handlungsabschnitte gliedern. Die Lehre von der natürlichen Minimalhandlung gibt keine Kriterien dafür an. Denn jede beliebige Unterteilung ergibt Willensbetätigungen oder Ausführungsakte, und jeder dieser Akte kann beliebig weiter unterteilt werden in kleinere Einheiten, die ebenfalls wieder Willensbetätigungen oder Ausführungsakte sind. »Was wir eine einzelne Handlung nennen, ist nur ein Teil dieser kontinuierlichen Aktivität« und . . . »dann läßt sich aus diesem Kontinuum der einzelne diskrete mit dem Wort ›Handlung‹ bezeichnete Teil nur abgrenzen mit Rücksicht auf den Standpunkt, von dem aus die Betrachtung dieser kontinuierlichen Reihe erfolgt«, hatte schon Finger Liszt entgegengehalten³⁶. Er kommt zu dem Fazit: »Ist die in dem Vorausgeführten enthaltene Behauptung richtig, daß es unmöglich ist, die Kriterien zu finden, nach denen sich eine Reihe von Veränderungen, die von einem Menschen ausgehen, in unter dem Namen von einzelnen Handlungen zusammengefaßte Teile unterscheiden ließen, dann steht fest, daß die §§ 73 und 74 (a. F.) von unhaltbaren Voraussetzungen ausgehen und daß eine wissenschaftliche Auslegung dieser Bestimmungen kein befriedigendes Ergebnis haben kann.«³⁷ Baumgarten meinte, daß es Finger nicht gelungen sei, den Lisztschen Satz als sinnlos zu entlarven, »denn nicht um Einheit handelt es sich, sondern um Identität«³⁸. Was identisch sein muß, sagt allerdings auch er nicht. Honig meinte sogar, daß neben der Formel von der Teilidentität für einen Begriff der natürlichen Handlung überhaupt kein Raum sei³⁹.

In der Tat ist das Problem der Kontinuität menschlichen Handelns noch nicht die eigentliche Crux der »Formel des RG« und der heute h. L. von der ungleichartigen Idealkonkurrenz, denn die »Formel des RG« läßt sich auch

34 Lehre vom Verbrechen, S. 334.

35 A.a.O., S. 378.

36 LB, Bd. 1, S. 367.

37 A.a.O., S. 369.

38 Strafr. Abh., Heft 103, S. 13.

39 Vgl. »Studien«, S. 32, während das RG gerade in der von ihm für die »Formel« in Anspruch genommenen Entscheidung von einer vortatbestandlichen natürlichen Einheit der Handlung ausgeht, vgl. RG 32, 137 (138); näher dazu Puppe, Einzelverbrechen, S. 263, insbesondere FN 15.

ohne eine vorgegebene Unterteilung des Verhaltenskontinuums in diskrete Minimalhandlungen ausdrücken. Die heutige Lehre geht von solchen Minimalhandlungen als Individuen aus, die unter dem Blickwinkel eines Tatbestandes zu Mengen zusammengefaßt werden, die dann ganz oder teilweise aus den gleichen Elementen bestehen können. Aber man kann auch von den verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen als Individuen ausgehen und die Handlungseinheit dann als eine Beziehung zwischen mehreren solchen Individuen auffassen, die ganz oder teilweise handlungsgleich sind. Verzichteten wir zunächst auf eine nähere Bestimmung dieser Beziehung, um uns das logische Verfahren klar zu machen. Eine Handlungseinheit ist die Klasse aller Tatbestandsverwirklichungen, die *mindestens zu einem anderen Element der Klasse, in dieser Beziehung der vollständigen oder teilweisen Handlungsgleichheit stehen*. Diese »eine Handlung« ist nicht ein vorgegebenes Konkretum, von dem man eine oder mehrere Tatbestandsverwirklichungen irgendwie abstrahiert, sondern umgekehrt eine Art Abstraktion aus den Tatbestandsverwirklichungen, die ihrerseits der Rechtfertigung bedarf. Logisch gesehen wäre es die transitive Hülle einer Teilgleichheitsrelation von Tatbestandsverwirklichungen^{39a}. Die h. L. ist also, darin haben Baumgarten und Honig gegen Finger Recht, auch ohne eine vorgegebene Gliederung des Verhaltenskontinuums in diskrete Handlungseinheiten logisch einwandfrei durchführbar. Nur ist das Verfahren dazu logisch höchst kompliziert und sein Resultat ein abstraktes und komplexes Gebilde und alles andere als natürlich.

Das dürfte der Grund dafür sein, daß die h. L. die so eindeutige und klare Lösung, die gewünschte Handlungseinheit als (vollständige oder teilweise) Gleichzeitigkeit zu definieren, verschmäht und hartnäckig darauf besteht, daß mehrere Handlungen i. S. des § 52 gleichzeitig vorhanden sein können⁴⁰, mögen auch die Beispiele, die als Beleg dafür angeführt werden, noch so lebensfremd und grotesk anmuten. Ein Beispiel dafür soll etwa sein, daß der Täter mit der einen Hand auf eine Person schießt und mit dem Fuß nach einer anderen tritt⁴¹, daß er mit der einen Hand dem Verkäufer Falschgeld anbietet und mit der anderen heimlich Ware vom Tresen nimmt⁴²; noch am lebensnächsten ist das Beispiel des Gangsters, der mit einer Hand eine Person als Schutzschild vor sich hält, während er mit der anderen auf seine Verfolger feuert⁴³. Was unterscheidet diese Fälle (außer ihrer Lebensfremdheit) von denen, in denen die h. L. Idealkonkurrenz annimmt, etwa von dem, daß der Täter mit einer Bombe 20 Menschen tötet und einen Häuserblock niederbrennt? Hier würde die h. L. nur ein Verbrechen annehmen, weil nur ein Bombenwurf vorliegt. Ohne Anerkennung einer vorgegebenen

39a Näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 263, insbesondere FN 15.

40 S. FN 28.

41 So *Schönkel/Schröder/Stree*, vor § 52, RNR. 11; *Samson* nennt das Beispiel, daß ein Täter ein Opfer mit der Rechten ersticht und gleichzeitig ein anderes mit der Linken erschlägt, vgl. SK vor § 52, RNR. 17.

42 Das Beispiel bringen *Welzel*, LB, S. 231 f. und *Schmidhäuser*, 18/42.

43 So *Stratenwerth*, AT, RNR. 1245.

natürlichen Handlungseinheit ist das nicht zu erklären, jedenfalls wurde bisher kein Versuch dazu gemacht.

Es bleibt also dabei, die naturgegebene Minimalhandlung, ein Schuß, ein Griff, ein Tritt, ein Schlag, ein Wurf usw. fordert unabweisbar ihr Recht, die Zahl der Gegenstände strafrechtlicher Beurteilung zu bestimmen. Es war und ist und wird immer sein der eine Schuß, der eine Griff, der eine Tritt, der eine Beischlaf »ohne jede begriffliche Abstraktion«. Die allgemein anerkannte Bestimmung der Idealkonkurrenz läßt sich ohne einen zuvor als naturgegeben akzeptierten Begriff der Einzelhandlung zwar formulieren, aber – und hierin hat Finger gegen Baumgarten und Honig Recht – nicht ohne einen solchen Begriff rechtfertigen. Der gegenwärtige Stand der Lehre vom konkreten Verbrechen ist der v. Liszt's im Jahre 1886.

Von der Notwendigkeit ungleichartiger Idealkonkurrenz

Wenn das aber die einzig mögliche Interpretation und Erklärung der gesetzlichen Unterscheidung zwischen Real- und Idealkonkurrenz ist, muß es bei dem Urteil Bindings bleiben, daß mit ihr »eine der bedauerlichsten Taten der neueren Rechtsgeschichte vollbracht« wurde. Ist aber die Unterscheidung zwischen Real- und Idealkonkurrenz »nur mit Kriterien zu gewinnen, die das Wesen menschlichen Handelns ebenso verfehlen, wie ihnen ein sinnvoller Bezug zu den in § 52, § 53 ff. vorgesehenen Rechtsfolgen fehlt«⁴⁴, warum hat sich dann diese Regelung trotz ständiger Kritik, die bis heute nicht verstummt ist⁴⁵, über ein Jahrhundert behauptet und ist auch aus der großen Strafrechtsreform fast unverändert hervorgegangen? Das spricht dafür, daß wenn nicht in allen, so doch in einem Großteil der Fälle, die die h. L. unter die Idealkonkurrenz faßt, das in § 52 angeordnete Strafzumessungsverfahren das Richtige ist, nämlich die Strafe dem Rahmen des schwerwiegendsten der erfüllten Tatbestände zu entnehmen und die anderen Tatbestandsverwirklichungen nur innerhalb dieses Rahmens als Strafschärfungsgründe zu berücksichtigen.

Nach der bis heute allgemein anerkannten abstrakten Beschreibung der Idealkonkurrenz brauchen die Tatbestandsverwirklichungen nichts miteinander gemeinsam zu haben als eine »natürliche«, d. h. tatbestandsunabhängig bestimmte Handlung, theoretisch kann jeder Tatbestand mit jedem anderen in dieser Weise zusammentreffen. Bei den Beispielen, mit denen die Idealkonkurrenz dann in den Lehrbüchern zunächst plausibel gemacht wird,

44 So Blei, AT, S. 311.

45 Vgl. Binding, HdB, S. 571 f.; Hälschner, LB, Bd. 1, S. 672; Finger, LB, Bd. 1, S. 366 f.; Coenders, Über die Idealkonkurrenz, S. 22 ff.; Lobe, GS 93, S. 125; Honig, Studien, S. 57 f., ders., GS 92, S. 117; Peters, Kohlrausch-Festschrift, S. 199; Geerds, Konkurrenzen, S. 483 ff.; Schmitt, ZStW 75, S. 193 ff.; H. Mayer, AT 1953, S. 414; Niese, Materialien, Bd. 1, S. 155 ff.; Jescheck, ZStW 67, S. 543 ff.; Geerds, Konkurrenzen, S. 432 ff.; Stratenwerth, AT, RNr. 1208; Blei, AT, S. 311, Schönkel/Schröder/ Stree, vor § 52, RNr. 7.

ist das aber anders. Bei dem klassischen Beischlaf mit der verheirateten Schwester geht es um zwei Sexualdelikte, also eng verwandte Tatbestände. Nachdem der Ehebruch als Tatbestand abgeschafft ist, wird der Richter wohl auch weiterhin bei der Beurteilung eines Inzests den Ehebruch strafschärfend berücksichtigen. Nehmen wir ein weniger pikantes und dafür weniger antiquiertes Lehrbuchbeispiel: Die betrügerische Täuschung durch Gebrauch einer unechten Urkunde⁴⁶. Beide einschlägigen Tatbestände sind Ausnahmen vom Grundsatz der Erlaubtheit der Täuschung. Die betrügerische Täuschung ist strafbar, weil sie zu einer Vermögensschädigung führt und in Bereicherungsabsicht geschieht, der Gebrauch einer falschen Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr, weil als Täuschungsmittel eine Scheinerklärung eines anderen dient. Diese Täuschung zeichnet sich also vor anderen aus durch ihren Inhalt, eine angeblich von einem anderen abgegebene Erklärung und durch ihr Mittel, eine scheinbare originale, d. h. vom Aussteller autorisierte Verkörperung dieser angeblichen Erklärung. Es ist also plausibel, die betrügerische Täuschung dadurch als in ihrem Unrechtsgehalt näher bestimmt und qualifiziert anzusehen, daß sie gerade durch eine falsche Urkunde erfolgte, und umgekehrt den Gebrauch der Falschurkunde dadurch, daß er einer Selbstschädigung des Getäuschten diene. Dem entspricht die Strafzumessungsregel des § 52 genau.

Es ist sogar unmöglich, in diesem Falle nach § 53 zu verfahren, Betrug und Urkundenfälschung also gesondert zu beurteilen. Will der Richter das Unrecht eines bestimmten Betrugers ermessen, muß er sich auch fragen, welchen Inhalt die Täuschung hatte und mit welchen Mitteln sie durchgeführt wurde. Dabei stößt er auf die Merkmale einer Urkundenfälschung, die das Gesetz selbst als einen besonders gravierenden Fall der Täuschung ausgezeichnet hat. Geht der Richter von der Urkundenfälschung aus, so stößt er bei der weiteren Bestimmung des Merkmals »zur Täuschung im Rechtsverkehr« auf die Frage, zu welchem rechtserheblichen Verhalten der Getäuschte veranlaßt werden sollte und welche vom Täter verschuldeten Folgen dies für ihn hatte, und damit auf die Tatbestandsmerkmale des Betrugers.

Für bestimmte Fälle des Zusammentreffens von Tatbeständen ist also eine Regelung der Strafzumessung, wie sie § 52 vorsieht, geradezu notwendig, es sei denn, man verzichtet überhaupt auf eine Strafzumessung für die einzelnen Verbrechen und läßt sie in einer Einheitsstrafe aufgehen. Die Tatbestände und die Rechtsfolgebestimmungen des Strafrechts sind unvollständig und müssen durch den Richter ergänzt werden. Das Ergebnis ist eine Rechtsnorm mit einer bestimmten Strafe als Rechtsfolge und einem in seinen einzelnen Merkmalen präzisierten Tatbestand (Strafzumessungsnorm). Wir können hier offen lassen, in welcher Form dabei die verschiedenen Strafzwecke, Spezialprävention, Generalprävention, Schuldausgleich, miteinander zu »verrechnen« sind. In unserem Zusammenhang interessiert nur der Teil der Rechtsfolgenbestimmung, der an den verwirklichten Tatbestän-

46 Verwendet von *Jescheck*, AT, S. 587; *Welzel*, LB, S. 232; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 294.

den und der Tatschuld orientiert ist. Alle dabei verwerteten Strafzumessungstatsachen müssen als nähere Bestimmungen *des Unrechts* und *der Schuld* legitimiert werden, die der Tatbestand allgemeiner beschreibt. Das fordert das Tatschuldprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz *nulla poena sine lege*⁴⁷.

Es kann nun nicht ausgeschlossen werden, daß als solche näheren Bestimmungen eines tatbestandsspezifischen Unrechts Merkmale eines anderen Tatbestandes auftreten. Da die Tatbestände, jedenfalls die Grundtatbestände, zunächst die Aufgabe haben, die Mindestvoraussetzungen anzugeben, unter denen ein Verhalten überhaupt strafbar ist, kann der Gesetzgeber die Tatbestände nicht so gegeneinander »abschotten«, daß die in ihren vertyp-ten Unrechtsarten nichts miteinander gemein haben. Deshalb ist für den Fall, daß die Verwirklichungen verschiedener Tatbestände sich im Unrechts- und damit auch im Schuldgehalt gegenseitig näher charakterisieren, eine Regelung der Strafzumessung notwendig, wie sie § 52 vorsieht.

Wie schon am Beispiel erläutert, bildet diese Strafzumessungsregel das Verhältnis der sich gegenseitig charakterisierenden Tatbestandsverwirklichungen genau ab. Daß vom Strafraumen des strengsten der erfüllten Gesetze auszugehen ist, versteht sich, denn wie sollte es dem Täter zugute kommen, daß er außer diesem noch weitere erfüllt hat? Aus dem gleichen Grunde ist die Mindeststrafe jedes der milderen Strafgesetze verbindlich, wenn sie höher liegt als die des strengsten. Die Verwirklichung der milderen Tatbestände erscheint als nähere, und zwar erschwerende Bestimmung des Unrechts des strengsten Tatbestandes, die sich innerhalb des so ermittelten Strafraumens straf erhöhend auswirken muß.

Die Strafraumen der Tatbestände sind also dahin zu verstehen, daß sie jeweils alle milderen Gesetze mitberücksichtigen, deren Erfüllung das Unrecht des betreffenden Tatbestandes näher charakterisieren kann. Diese Interpretation ist deshalb möglich, weil nach unserer Konzeption der Idealkonkurrenz nicht jeder beliebige Tatbestand mit beliebigen und beliebig vielen anderen in Idealkonkurrenz treten kann, so daß alle Strafraumen eigentlich nach oben offen sein müßten; sondern es für jeden Tatbestand einen *numerus clausus* möglicherweise ideal konkurrierender Tatbestände gibt. Das Maß des in einer Strafzumessung nach § 52 zu erfassenden Unrechts ist danach jeweils tatbestandsimmanent begrenzt. Jeder Tatbestand enthält die mit ihm möglicherweise idealkonkurrierenden milderen Tatbestände wie alle anderen für ihn in Betracht kommenden Unrechts- und Schuldbestimmungsgründe als mögliche Ergänzungen seiner Unrechts- und Schuldbeschreibung latent in sich.

Die Beziehung der Tatbestände, kraft deren sie zueinander in Idealkonkurrenz treten können, kann nur eine Verwandtschaft im vertyp-ten Unrecht sein, nicht eine allein auf ihren Schuldmerkmalen beruhende. Alle Schuldmerkmale, etwa die Gesinnungsmerkmale aus Habgier, böswillig, roh oder

⁴⁷ Näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 53 ff., 97 ff. und 117 ff.

aus niedrigen Beweggründen sind als Tatmerkmale ihrerseits Beziehungen des Täters zum begangenen Unrecht⁴⁸. Auch wenn in zwei nicht unrechtsverwandten Tatbeständen das gleiche Schuldmerkmal vorkommt, so handelt es sich jeweils doch um verschiedene konkrete Verschuldungen. Setzt man sie gleich, so erhält man statt des Tatschuldmerkmals das entsprechende Charaktermerkmal des Täters, das nicht Grund der Bestrafung sein darf⁴⁹.

Es ist möglich und nötig, allgemein zu bestimmen, welche Tatbestände unrechtsverwandt sind, sie wären in einem Kommentar zu einem Straftatbestand ebenso aufzuführen, wie diejenigen, die mit ihm in Gesetzeskonkurrenz stehen. Voraussetzungen der Unrechtsverwandtschaft lassen sich nicht in einer für alle Tatbestände gültigen Form abstrakt angeben, denn sie hängen ja vom Unrechtsgehalt der Tatbestände ab, immerhin lassen sich einige abstrakte Regeln dafür aufstellen. Kommt ein Unrechtsmerkmal in zwei Tatbeständen vor, wie etwa das Merkmal Täuschung in Betrug und Urkundenfälschung, so sind diese unrechtsverwandt. Ebenso wenn ein Merkmal eines Tatbestandes zu einem Merkmal eines anderen im Verhältnis der Spezialität steht, wie etwa die Körperverletzung zur Gewalt gegen die Person. Deshalb sind z. B. Nötigung und Körperverletzung und die zu beiden Grundtatbeständen gehörigen Spezialtatbestände wie Raub, schwere Körperverletzung, Totschlag und Mord untereinander unrechtsverwandt. Sieht das Gesetz für einen Grundtatbestand als Qualifikation einen Spezialfall eines anderen Tatbestandes vor, wie etwa die schwere Körperverletzung als qualifizierende Folge einer Freiheitsberaubung oder Geiselnahme, so sind auch die beiden Grundtatbestände unrechtsverwandt, hier also einfache Körperverletzung und Freiheitsberaubung. Denn hat das Gesetz einen Spezialfall eines Tatbestandes ausdrücklich zum Unrechtserhöhungsgrund für einen anderen erklärt, so muß der Unrechtszusammenhang auch für den allgemeinen Fall bestehen.

Ein Gefährdungsdelikt wie etwa § 315 c ist unrechtsverwandt mit dem fahrlässigen Verletzungsdelikt, das die Realisierung der strafbaren Gefährdung darstellt. Generell läßt sich nur sagen, daß unrechtsverwandte Tatbestände explizit oder implizit einen gemeinsamen Unrechtsgedanken enthalten. So ist der Diebstahl unrechtsverwandt mit Betrug und Erpressung, weil

48 So bestimmte etwa *Jescheck*, AT, S. 344, die Schuld als »die rechtswidrige Tat mit Rücksicht auf die in ihr aktualisierte rechtlich mißbilligte Gesinnung«; nach *Gallas*, ZStW 67, S. 45 ff. ist Schuld »der auf die konkrete Tatbestandsverwirklichung bezogene Gesinnungsunwert«; ebenso *Wessels*, AT, S. 84; nach *Schmidhäuser*, AT 10/2 das »nach Form und Gehalt als tatbestandlich geschilderte rechtsgutverletzende geistige Verhalten des Täters in der Tat«; näher zur Unterscheidung zwischen Tatschuld- und Charaktermerkmalen *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 80 ff.

49 *Peters* hat in Festschrift für Kohlrausch, S. 206 ff., die Relevanz der Handlungseinheit (i. S. der h. L.) für die Einheit des Verbrechens als Gegenstand der Strafzumessung gerade mit der Identität der Motive begründet, die den Täter zu der Handlung getrieben haben. Dem liegt eine besondere Art von Begriffsvertauschung zugrunde, Ausdrücke wie habgierig, böswillig oder roh bedeuten etwas Verschiedenes, je nachdem, ob sie eine Person charakterisieren sollen, eine Handlung in einem »natürlichen« wertfreien Sinne oder eine Rechtsverletzung. Was hier stattfindet, ist eine Konfusion der Konstitutionsstufen des Verbrechens, näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 152 ff.

er ein Vermögensdelikt ist, auch wenn er nicht unbedingt einen Vermögensschaden erfordert⁵⁰.

Sind zwei Merkmale verschiedener Tatbestände inhaltsgleich oder unrechtsverwandt, d. h. können sie sich gegenseitig näher bestimmen, so gilt das auch für die gesamten Tatbestände, es gibt also keine Unrechtsverwandtschaft nur zwischen Teilen von Tatbeständen. Das ergibt sich, wenn man die plausible Annahme akzeptiert, daß alle Unrechtsmerkmale innerhalb eines Tatbestandes sich gegenseitig näher charakterisieren, also beispielsweise beim Raub das Nötigungsunrecht das Wegnahmeunrecht steigert und nicht einfach beziehungslos neben ihm steht. Plausibel ist die Annahme deshalb, weil unsere Tatbestände nicht einfach Kumulationen heterogener Unrechtsmerkmale sind, die sich zu einem strafwürdigen Unrecht summieren, sondern homogene Unrechtstypen, deren Merkmale erst in ihren (inhaltlich verschiedenen) Beziehungen zueinander die Gestalt des vertypten Unrechts ergeben.

Danach kann es nicht zu einer bloßen Teilidentität der in Idealkonkurrenz stehenden Tatbestandsverwirklichungen kommen, und das ist ein großer Vorteil gegenüber der h. L. Diese könnte nämlich konsequent nur dann durchgeführt werden, wenn es auch eine Teilidentität der Strafen gäbe. Sie wird sich schon dadurch untreu, daß sie sich für eine Identität der Strafe mit einer bloßen Teilidentität der Ausführungshandlungen begnügt. Denn ist die Identität der Ausführungshandlungen der Grund und die Rechtfertigung für die Identität der Strafe, so ist die volle Identität der Strafe bei bloßer Teilidentität der Ausführungshandlungen schon nicht mehr gerechtfertigt.

50 Um die h. L. von der Idealkonkurrenz zu rechtfertigen, hat *Baumgarten* ein Unrechtselement aufzuzeigen versucht, daß allen Tatbeständen gemeinsam ist, die »Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung«, die bei einer Handlung i. S. der h. L. eben nur einmal geschieht, vgl. *Strafr. Abh.*, Heft 103, S. 49 ff. und *Festschrift für Frank*, S. 192 ff. Aber ähnlich wie bei den Schuldmerkmalen stellt sich zunächst die Frage, ob man diesen Ausdruck auf die »natürliche« Handlung beziehen darf oder nur auf das tatbestandsmäßige Unrecht. Versteht man die Auflehnung als Zuwiderhandlung gegen eine materielle Rechtsnorm, also als bestimmtes Unrecht, so liegen so viele Auflehnungen vor, wie Normen verletzt sind. Einen Bezug zu einer wertfrei bestimmten Handlungseinheit gewinnt man allenfalls dann, wenn man von den einzelnen verletzten Normen abstrahiert und die Tat als Auflehnung gegen die Rechtsordnung als Ganzes betrachtet. Das tut *Baumgarten* auch, wenn er in *Strafr. Abh.*, Heft 103, S. 83 f. schreibt: »Man kann nicht für die Körperverletzung eine Strafe aussetzen und dann für die damit ideell konkurrierende Sachbeschädigung eine zweite, denn es müßte sonst die letztere für etwas erteilt werden, *dem der Kern jedes Verbrechens mangelt, der Widerspruch mit der Rechtsordnung*, der ja mit der Körperverletzung schon abgegolten ist« (Hervorhebung von mir). Einen solchen selbständig neben den jeweils geschützten materiellen Interessen des Einzelnen oder der Allgemeinheit stehenden und daher rein formalen Gehorsamsanspruch des Staates würden wir aber heute kaum noch als »Kern jedes Verbrechens« oder auch nur als eigenständiges Unrechtselement anerkennen. Das wäre z. B. unvereinbar mit der ganz herrschenden Auffassung vom Verbotsirrtum, weil das subjektive Element dieser Auflehnung das Unrechtsbewußtsein wäre, und zwar als ein rein formales, nicht auf die tatbestandliche Unrechtsvertypung bezogenes, also auch unteilbares. Eine andere Frage wäre, ob es ein solches Auflehnungsmoment auch bei Fahrlässigkeit, insbesondere der unbewußten, gibt.

Die Schwierigkeiten, in die die h. L. beim Zusammentreffen von mehr als zwei Tatbestandsverwirklichungen in der Konstellation der sog. Klammerwirkung kommt, sind prinzipiell unlösbar. Logisch gesprochen steht die h. L. vor der Aufgabe, eine nichttransitive Relation, eine Teilgleichheit, in einer Transitiven, der Strafeinheit, isomorph abzubilden. Das ist logisch ausgeschlossen^{50a}. Die h. L. steht in der Konstellation der Klammerwirkung nur vor der Wahl, welchen von drei Fehlern sie begehen soll: entweder sie behandelt zwei Tatbestandsverwirklichungen als mindestens teilidentisch, obwohl sie in keiner Ausführungshandlung identisch sind, nämlich die beiden verklammerten, oder sie behandelt zwei als nichtidentisch, obwohl sie teilidentisch sind, indem sie das verklammernde Delikt einem der anderen zuschlägt und das zweite getrennt bewertet, oder sie behandelt das Klammerdelikt als nicht identisch mit sich selbst, indem sie es beiden mit ihm teilidentischen Delikten zuschlägt, also doppelt verwertet. Man entscheidet sich jeweils für den Fehler, den man im konkreten Fall für am wenigsten folgenreicher hält, deshalb kommt es auf das relative Gewicht des verklammerten Deliktes an. Es ist also von Vorteil, wenn eine Teilidentität der idealkonkurrierenden Delikte ausgeschlossen ist.

Von der Kunst, die Verbrechen zu zählen

Bisher war nur in abstracto von den Tatbeständen und ihrer Unrechtsverwandtschaft die Rede. Damit ist aber noch nicht geklärt, wann sich im konkreten Fall zwei erfüllte unrechtsverwandte Tatbestände gegenseitig charakterisieren, also im Verhältnis der Idealkonkurrenz stehen. Kann diese Frage anders als unter Rückgriff auf eine unabhängig von den Tatbeständen bestimmbare Handlungsidentität überhaupt beantwortet werden? Wenn nicht, so wäre unsere Konzeption der Idealkonkurrenz nichts weiter als eine Einschränkung der h. L. von der naturgegebenen Handlungseinheit durch das zusätzliche Erfordernis der Unrechtsverwandtschaft. Das Verhältnis von Tatbeständen allein gibt naturgemäß keinen Aufschluß über die im Einzelfall gegebenen konkreten Verbrechen und deren Zahl. Auch bei der Gesetzeskonkurrenz, etwa der Spezialität, genügt es ja nicht, die Tatbestände und ihr logisches Verhältnis zu betrachten, um festzustellen, ob der Generelle vom Speziellen in concreto verdrängt wird. Es muß stets festgestellt werden, ob der Täter nur ein Delikt begangen hat, das unter beide Tatbestände fällt, oder mehrere, von denen das eine das spezielle, das andere nur das generelle Gesetz erfüllt. Wir haben also die »Kunst die Verbrechen zu zählen« offenbar immer noch nicht ausgelernt.

»Haben wir eine strafbare Handlung vor uns, so lassen wir die einzelnen Tatbestände des BT Revue passieren. Vielfach ergibt erst die Komposition mehrerer Tatbestände das vollständige Bild des konkreten Verbrechens«⁵¹ –

50a Näher dazu Puppe, Einzelverbrechen, S. 199 ff., zur isomorphen Abbildung von Relationen, dort FN 12.

51 So Baumann, AT, S. 682.

eine einfache Methode, die Verbrechen zu zählen und das konkrete Einzelverbrechen zu bestimmen, vorausgesetzt, man verfügt über eine vortatbestandliche Bestimmung einer Verhaltenseinheit, genannt Handlung, und erkennt deren Verbindlichkeit für die Zahl und die Einheit der konkreten Verbrechen an. Aber es ist möglich, das konkrete Verbrechen ohne eine solche tatbestandliche Handlungseinheit zu bestimmen, und zwar auch dann, wenn es mehrere (unrechtsverwandte) Tatbestände erfüllt.

Jeder Tatbestand enthält Individuenvariable wie: ein Mensch, eine Sache, eine Urkunde, eine Tatsache u. ä., die zueinander in eine bestimmte Beziehung gesetzt sind. Bei der Subsumtion werden diese Individuenvariablen durch Konstante ersetzt, die zueinander in der geforderten Beziehung stehen, der Mensch X, den der Täter mißhandelt hat, die Uhr, die er weggenommen, das schriftliche Schuldanerkennnis, das er vernichtet, die »Tatsache«, daß der Beamte B sich habe bestechen lassen, die er behauptet hat. So erhält man im einfachsten Fall das konkrete Verbrechen.

Bleiben wir zunächst noch bei dem Fall, daß nur ein Tatbestand erfüllt ist. Wir werden nicht immer so viele konkrete Verbrechen annehmen, als nach dem oben Gesagten möglich ist. Räumt ein Dieb ein Schaufenster leer, so wirft man ihm nicht so viele Diebstähle vor, wie er Sachen weggenommen hat; wer einen anderen verprügelt, wird nicht für jeden Schlag mit einer gesonderten Körperverletzungsstrafe belegt. Um die mehreren Diebesgriffe oder mehreren Schläge zu einer Tat zusammenzufassen, brauchen wir nun tatsächlich eine Handlungsvariable im Tatbestand. Wir müssen also lesen »wer durch eine Handlung einen anderen mißhandelt, wer durch eine Handlung fremde Sachen wegnimmt« usw. Aber diese eine Handlung ist jeweils bestimmt als Diebstahlhandlung, Körperverletzungshandlung, Sachbeschädigungshandlung u. ä.. Nur unter dem Blickwinkel des Tatbestandes ist eine Zusammenfassung eines bestimmten Teils des menschlichen Verhaltenskontinuums in legitimer Weise möglich. Mögen dabei auch neben der Einheitlichkeit des Unrechts andere für alle Tatbestände gültige Einheitskriterien erforderlich sein, wie Einheit des Entschlusses, der Zeit, der Situation, so erhalten wir auf diese Weise doch keine vortatbestandliche Handlungseinheit, sondern immer nur eine Diebstahlsinheit, eine Körperverletzungseinheit, eine Sachbeschädigungseinheit⁵². Diese Handlungseinheit kann es also nicht sein, die verschiedene Tatbestandsverwirklichungen zu einem nur einer einheitlichen Beurteilung zugänglichen Unrecht verknüpft.

Aber auch für diese Verknüpfung brauchen wir keine vortatbestandliche Handlungseinheit, sie ergibt sich vielmehr in einer tatbestandsorientierten Bestimmung des konkreten Unrechts von selbst. Die Beziehungen der Unrechtsverwandtschaft der Tatbestände und auch die der konkreten Tatbestandsverwirklichungen, die durch Ausfüllung der Individuenvariablen mit Konstanten beschrieben werden, sind symmetrisch und transitiv. Das be-

⁵² Ausführlich dazu *Maiwald*, Handlungseinheit, S. 70 ff.; *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 231 ff.

deutet, daß der Richter, von welchem der in concreto sich gegenseitig charakterisierenden Tatbestandsverwirklichungen er auch ausgeht, immer auf die anderen stößt, sobald er beginnt, die nach dem Ausgangstatbestand einschlägigen Fragen nach den Besonderheiten des tatbestandsspezifischen Unrechts im konkreten Fall zu stellen. In jedem Tatbestand sind ja die Merkmale der mit ihm unrechtsverwandten übrigen Tatbestände als dessen mögliche nähere Bestimmungen latent enthalten. Das kann man sich an unserem Ausgangsbeispiel der Idealkonkurrenz von Urkundenfälschung und Betrug leicht verdeutlichen. Beginnt der Richter mit dem Betrug, so stößt er bei der Frage nach der unrechtserheblichen Qualität des Täuschungsmittels auf den konkreten Zusammenhang mit der Urkundenfälschung; fängt er aber mit dieser an, so kommt er bei der Frage nach dem unrechtsrelevanten Inhalt der Täuschungsabsicht und den verschuldeten Tatfolgen zum Betrug. Es ist also nicht nötig, die vielfältigen unrechtskonstitutiven Beziehungen zwischen den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen, wie Mensch, Sache, Tatsache, erfüllenden Individuen durch die Einheitsbeziehung der Handlungsgleichheit zu ersetzen, um das einzelne konkrete Unrecht zu bestimmen und die Verbrechen zu zählen.

Unsere Konzeption der Idealkonkurrenz ermöglicht eine gemeinsame Beurteilung auch bei solchen Tatbestandsverwirklichungen, die i. S. der h. L. in Handlungsmehrheit stehen. Das sind vor allem die Fälle, in denen die Unrechtseinheit auf einer Erfolgseinheit beruht. Die h. L. hilft sich hier dadurch, daß sie eine der beiden Tatbestandsverwirklichungen als mitbestrafte Vor- oder Nachtat zurücktreten läßt. Aber Gesetzeskonkurrenz setzt genau wie Idealkonkurrenz Identität des konkreten Verbrechens voraus. Wie soll eine Vor- oder Nachtat mitbestraft sein, wenn sie wegen Handlungsmehrheit gar nicht Gegenstand der Bestrafung sein durfte. Andererseits ist eine getrennte Bewertung beider Taten ungerecht, weil es sich um denselben Unrechtserfolg handelt, den der Täter durch die Vortat vorbereitet und durch die Haupttat verwirklicht oder den er durch die Nachtat gesichert hat. Das ist aber auch kein zureichender Grund, die für sich schon strafbare Art der Tatvorbereitung oder die Erfolgssicherung durch weitere strafbare Mittel ganz unberücksichtigt zu lassen, wie das die h. L. tun muß. Es erhöht das spezifische Unrecht eines Diebstahls, wenn der Täter sein Quasieigentum an der Beute noch mit betrügerischen Mitteln sichert. Insbesondere bei der Vortat ist allerdings zu beachten, daß sie schon als *lex generalis* hinter der Haupttat zurücktreten kann, wie generell der strafbare Versuch gegenüber der Vollendung. Die echten Fälle von Vor- und Nachtat sind angemessen nach den Regeln der Idealkonkurrenz zu behandeln.

Umgekehrt kann unter Unrechtsgesichtspunkten eine Mehrheit anzunehmen sein, wo die h. L. nur ein Verbrechen sieht. Wenn unrechtsfremde Tatbestände in einer Handlung in irgendeinem vortatbestandlichen Sinne zusammentreffen, ist kein Grund vorhanden, die verschiedenen Unrechtsfälle nicht getrennt zu würdigen. Es gibt eine von Natur aus vorgegebene Einteilung des Verhaltenskontinuums nicht, und wenn es sie gäbe, hätte sie für die strafrechtliche Beurteilung keine Verbindlichkeit. Wenn ein Autofahrer un-

befugt mit einem fremden Wagen und ohne Führerschein Rauschgift über die Grenze bringt, so ist die Tatsache, daß es sich um ein und dasselbe Autofahren handelt, kein Grund, die Gebrauchsanmaßung, das Fahren ohne Führerschein und das Rauschgiftdelikt zu einer Einheit zusammenzufassen.

Hier kann allerdings ein Sonderproblem auftreten, wenn das Unrechtsgefälle zweier gleichzeitig verwirklichter Tatbestände besonders hoch ist. Es wäre allerdings absurd, gegen den Totschläger neben einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren noch eine Geldstrafe wegen Sachbeschädigung zu verhängen, weil er auch vorsätzlich die Kleidung seines Opfers durchlöchert hat. Der Grund dafür ist aber nicht, daß eine untrennbar zusammengehörige Unrechtseinheit willkürlich zerrissen wird, sondern daß von dem Täter nicht erwartet werden kann und auch soll, daß er sich bei der Auseinandersetzung mit der Frage, ob er einen Menschen töten will, auch mit dem Unrecht dieser Sachbeschädigung befaßt. Hier bietet § 154 a die Möglichkeit, auf die Verhängung der geringfügigen Strafe neben der erheblich schwereren zu verzichten, und auch die sachlich richtige Begründung dafür. Die Sachbeschädigung an den Kleidern des Totschlagsopfers tritt nicht deshalb zurück, weil sie, wenn überhaupt, dann nur bei der Strafzumessung für den Totschlag zu berücksichtigen ist, sondern weil sie neben diesem eine quantité négligeable ist.

Erst unter dem Blickwinkel aller verwirklichten Tatbestände ergeben sich die Verbrechenseinheiten. Deshalb ist es möglich, daß ein Sachverhalt, etwa eine Trunkenheitsfahrt, die allein unter dem Blickwinkel des § 316 gesehen als eine Einheit erscheint, als Mehrheit zu behandeln ist, weil verschiedene Phasen dieser Trunkenheitsfahrt mit verschiedenen anderen Tatbestandsverwirklichungen zusammentreffen, etwa einer fahrlässigen Tötung und einer durch einen weiteren Unfall fahrlässig herbeigeführten Körperverletzung. Hier braucht keine Verklammerung der beiden Unfälle stattzufinden, denn die Trunkenheitsfahrt als Dauerdelikt ist in beliebige Teile aufspaltbar, die ihrerseits den Tatbestand voll erfüllen. Nur unter dem Blickwinkel des § 316 betrachtet erscheinen sie als eine Einheit, unter dem Gesichtspunkt der §§ 222 und 230 aber ist es legitim, zwei Delikte anzunehmen, eines nach § 222 i. V. mit § 316 und ein zweites nach § 230 i. V. mit § 316. Dabei wird nur ein Verfahren, das die h. L. beim Fortsetzungszusammenhang längst praktiziert, auf die Dauerdelikte übertragen. Besonders aktuell ist diese Möglichkeit der Aufspaltung eines Dauerdelikts in mehrere mit verschiedenen anderen Normverletzungen idealkonkurrierende Teile bei Tatbeständen mit diffuser Unrechtsbeschreibung, die über lange Zeiträume hin erfüllt werden können, wie § 129 und § 129a⁵³.

⁵³ Vgl. BGH 29, 288; BGH NJW 80, S. 2718; BGH bei Holtz, MDR 80, S. 988; OLG Karlsruhe, NJW 77, 2222; dazu Puppe, Einzelverbrechen, S. 212 ff., übernommen von Werle, NJW 80, S. 2671 (2674 ff.), zust. Lackner, zu § 129, Anm. 7.

Auswirkungen auf die Gesetzeskonkurrenz

Nach der h. L. ist für die Idealkonkurrenz ausreichend, daß die Tatbestandsverwirklichungen in einer vortatbestandlich und wertfrei bestimmten Handlungseinheit zusammentreffen, in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt brauchen sie nichts gemeinsam zu haben. Der Prototyp der Idealkonkurrenz i. S. der h. L. ist also der, daß völlig unrechtsfremde Tatbestandsverwirklichungen in einer Strafzumessung zusammengefaßt werden⁵⁴. Der Erscheinung der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen kann die h. L. also gar nicht Rechnung tragen, mit Ausnahme des Falles, daß auf die Berücksichtigung des einen Tatbestandes ganz verzichtet werden kann, weil sein Unrechtsgehalt vollständig in dem anderen enthalten ist. Das ist genau genommen nur bei der Spezialität im streng logischen Sinne der Fall. Diese ist deshalb die einzig legitime Form der Gesetzeskonkurrenz.

Aber daneben gibt es Fälle annähernder Spezialität, in denen die Unrechtsverwandtschaft der Tatbestände so offenkundig ist, daß es unangemessen erscheint, ihr Zusammentreffen genau so zu behandeln wie das von unrechtsfremden Tatbeständen. Das sind die Fälle der Konsumtion und der Subsidiarität⁵⁵.

»Im Gegensatz zur echten Konkurrenz würde es dann dem Rechtsgefühl widersprechen, dem Täter einen *mehrfachen Schuldvorwurf* zu machen, obwohl nicht zweifelhaft sein kann, daß auch der verdrängte Tatbestand erfüllt ist. Der in der Deliktstypizität liegende notwendige Kompromiß zwischen Generalisierung und Individualisierung macht einen Ausgleich in der Weise nötig, daß das Gesamtgeschehen *als eine Einheit unter einem rechtlichen Gesichtspunkt gewertet wird*« (Hervorhebungen von mir). So charakterisiert Vogler die Gesetzeskonkurrenz und beruft sich dabei auch auf das Doppelverwertungsverbot⁵⁶. Aber wie gezeigt trifft dies auf sehr viel mehr Fälle zu, als die h. L. zur Gesetzeskonkurrenz zählt, nämlich auf jedes Zusammentreffen unrechtsverwandter Tatbestände in den gleichen Individuen,

⁵⁴ So ausdrücklich *Stratenwerth*, AT, RNr. 1177.

⁵⁵ Hierher gehören auch einige Konstellationen, die oft fälschlich der Spezialität zugewiesen werden, wie das Zusammentreffen verschiedener Qualifikationen eines Grundtatbestandes, vgl. RG 63, 243; 70, 357 (359); BGH 4, 113, 117; 10, 312 (315); BGH, LM zu § 73 a. F., Nr. 2; BGH, GA 75, 85; BayObLGSt 60, 285, zust. *Hirsch*, LK zu § 223 b, RNr. 23; *Lackner*, zu § 223 b, Anm. 8; Idealkonkurrenz nehmen dagegen an BGHGS, JZ 75, 677 (679); *Geerds*, Konkurrenzen, S. 194 ff.; *Vogler*, Bockelmann-Festschrift, S. 722 f., teilweise auch *Schönke/Schröder/Stree*, vor § 52, RNr. 111; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 317 f. Auch beim Zusammentreffen des Versuchs eines Qualifikationstatbestandes mit der Vollendung des Grundtatbestandes wird gelegentlich Spezialität angenommen, so von BGH 1, S. 152 (153 f.); *Geerds*, a.a.O., S. 171; *Stratenwerth*, AT, RNr. 1201; Subsidiarität nehmen an BGH 16, 122; 21, 265; 22, 248; BGH bei *Holtz*, MDR 81, S. 99; *Hirsch* ZStW 81, S. 929; Idealkonkurrenz BGH 10, 230; BGH LM zu § 73 a. F. Nr. 10; *Schönke/Schröder/Stree* vor § 52, RNrn. 124 ff.; *Eser*, ebenda zu § 212, RNr. 14; *Lackner* vor § 52, Anm. V 1; *Vogler*, a.a.O., S 724 ff.

⁵⁶ Vgl. Bockelmann-Festschrift, S. 721.

also auf alle Fälle, auf die wir genau aus den von Vogler geschilderten Gründen die von § 52 angeordnete einheitliche Strafzumessung anwenden.

Für die h. L. aber bleibt eine unüberbrückbare Kluft zwischen dem Zusammentreffen verschiedener Unrechts- und Schuldvorwürfe in einer wertfrei bestimmten Handlungseinheitsbeziehung und der völligen Verdrängung eines Schuldvorwurfs durch den anderen. Will sie wenigstens die Fälle enger und offenkundigster Unrechtsverwandtschaft vom Zusammentreffen unrechtsfremder Tatbestände unterscheiden, so bleibt ihr eben nichts übrig, als sie der Gesetzeskonkurrenz zuzuweisen.

Aber auch da sind sie nicht am rechten Platz. Denn die vollständige Verdrängung des rezessiven Gesetzes, wie sie bei der Spezialität richtig und zur Ermöglichung von Privilegierungen notwendig ist, kann zu ungerechtfertigten Vorteilen für den Täter führen, wenn das verdrängte Gesetz im Dominanten nicht vollständig enthalten ist, sondern ihm einen, wenn auch noch so geringen Unrechtsgehalt hinzufügt, vor allem wenn es eben um dieses zusätzlichen Unrechts willen eine höhere Mindeststrafe vorsieht oder andere Nebenstrafen als das dominante.

Um diesen Fehler wieder zu korrigieren, verlangt die h. L. für die Gesetzeskonkurrenz mit Ausnahme der Spezialität im strengen Sinne die Berücksichtigung der Mindeststrafe und der Nebenfolgen des verdrängten Gesetzes⁵⁷. Damit ist sie genau bei der Strafraumenbestimmung, die für die Idealkonkurrenz gilt. Die Zuweisung dieser Fälle zur Gesetzeskonkurrenz erweist sich als ein Etikettenschwindel. Die Unterscheidung, die die h. L. zwischen Idealkonkurrenz einerseits und Subsidiarität und Konsumtion andererseits vornimmt, ist nicht nur unklar, vage und umstritten, sie ist vor allem verwirrend und gänzlich unfruchtbar⁵⁸.

Dagegen sind die Konstellationen der Subsidiarität und Konsumtion ohne weiteres einzuordnen, wenn man die Idealkonkurrenz als Unrechtsverwandtschaft bestimmt. Denn es gibt zwar verschiedene Grade der Unrechtsverwandtschaft, je nachdem, wieviele Unrechtselemente die Tatbestände gemeinsam haben, aber es ist nicht nötig, bei der Strafraumenbildung und der Tenorierung zwischen ihnen zu unterscheiden. Auch für die Fälle enger Unrechtsverwandtschaft ist, wie wir gesehen haben, die Strafraumenregelung des § 52 die richtige. Daß der Unrechtsgehalt, den die Erfüllung eines Tatbestandes der des anderen hinzufügt, verhältnismäßig gering sein kann, kann und muß bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Nach h. L. zeichnen sich alle Formen der Gesetzeskonkurrenz, also auch Subsidi-

⁵⁷ Vgl. BGH 1, 152 (153); 4, 113, 117; 10, 312 (315); 16, 122; 22, 248; BGH, GA 75, 85; BGH, bei Holtz, MDR 81, 99; BayObLGSt 60, 285 (287); Schönke/Schröder/Stree vor § 52, RNR. 103 und 141; Vogler, LK vor § 52, RNR. 107; 113, 128, 142; Samson, SK vor § 52, RNR. 59 und 78; Dreher/Tröndle vor § 52, RNR. 23; Lackner vor § 52, Anm. V 1; Stratenwerth, AT, RNR. 1200 ff.; Wessels, AT, S. 177; anders nur Geerds, Konkurrenzen, S. 166 f.; kritisch zur h. L. auch Maurach/Gössel/Zipf, AT II, S. 318 f.

⁵⁸ Nach Schönke/Schröder/Stree vor § 52, RNR. 103 ist die praktische Bedeutung der Unterscheidung von Ideal- und Gesetzeskonkurrenz »nahezu auf Null reduziert«.

diarität und Konsumtion, vor der Idealkonkurrenz dadurch aus, »daß der Unrechts- und Schuldgehalt einer strafbaren Handlung schon nach einem der in Betracht kommenden Tatbestände erschöpfend bestimmt werden kann«⁵⁹. Aber das trifft auch auf die Idealkonkurrenz zu. Denn wie gesagt, enthält jeder Tatbestand die nach seinem Unrechts- und Schuldgehalt in Betracht kommenden näheren Bestimmungen latent in sich und damit auch alle Merkmale unrechtsverwandter Tatbestände.

Aus ähnlichen Gründen macht der h. L. noch eine andere Konstellation von Tatbeständen Schwierigkeiten. Es ist möglich, daß ein Täter einen Schadensereignis mit verschiedenen Mitteln erzielt, deren Einsatz zu diesem Erfolg nach verschiedenen Tatbeständen strafbar ist. Standardbeispiel sind der Trickdiebstahl, also die Erlangung einer Sache durch Wegnahme unter Täuschung, und der Erpressungsbluff, also die Herbeiführung einer Selbstschädigung durch Androhung eines Übels, das der Täter nicht herbeiführen kann oder will. Ausgehend von der Vorstellung, daß das Zusammentreffen gänzlich verschiedener Rechtsverletzungen in einer Handlung der Prototyp der Idealkonkurrenz sei, lehnt die h. L. hier Idealkonkurrenz ab, weil sonst *ein* Schadensereignis, der Verlust der Sache bzw. das zur Abwendung des vermeintlich drohenden Übels gebrachte Vermögensopfer doppelt in Anrechnung gebracht wird, einmal als Gewahrsamsverlust beim Diebstahl, das zweite Mal als Schadensereignis des Betruges bzw. als Schadensereignis erst der Erpressung und dann des Betruges.

Um diese angebliche Doppelverwertung zu vermeiden, werden Exklusivitätspostulate aufgestellt, die man durch ergänzende Auslegung der Tatbestände zu erfüllen sucht. Es soll eben nicht sein, daß eine Schadensereignis sowohl Diebstahl als auch Betrug oder sowohl Betrug als auch Erpressung ist. Dabei gibt es für den Gesetzgeber Gründe, das Verhältnis der Exklusivität zwischen Tatbeständen zu vermeiden, weil es in der Sache ungerechtfertigte Schwierigkeiten hervorruft, wenn ein Täter objektiv den einen und subjektiv den anderen der sich gegenseitig ausschließenden Tatbestände erfüllt⁶⁰. Der Reformgesetzgeber hat in neuerer Zeit solche Exklusivitätsverhältnisse durch Streichung von Tatbestandsmerkmalen abgeschafft⁶¹. Aus den oben dargestellten Gründen bemühen sich Lehre und Rechtsprechung nun, Exklusivitätsverhältnisse da zu schaffen, wo sie der Gesetzeswortlaut gar nicht erzwingt. Die Abgrenzung zwischen Diebstahl,

59 So Jescheck, AT, S. 598; ähnlich Baumann, AT, S. 691; Schmidhäuser, AT, 18/23; Stratenwerth, AT, RNR. 1197; Welzel, LB, S. 233; Vogler, LK vor § 52, RNR. 101; Samson, SK vor § 52, RNR. 57; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, S. 313; Schönke/Schröder/Ströbe, vor § 52, RNR. 102.

60 Berühmtestes Beispiel: Der Entführer handelt gegen den Willen der Jugendlichen (§ 237), glaubt aber ihr Einverständnis zu haben (§ 236), oder umgekehrt. Genau genommen müßte er freigesprochen werden, nur weil entweder im objektiven oder subjektiven Tatbestand ein *entlastendes Merkmal fehlt (!)*, das Einverständnis der Entführten; näher dazu, Puppe, Einzelverbrechen, S. 344 ff.

61 So im Verhältnis von § 331 und § 332 durch Streichung des Merkmals »an sich nicht pflichtwidrig« in § 331.

Betrug und Erpressung gehört zu den am häufigsten bearbeiteten Problemen des BT. Trotz allen Scharfsinns und aller Phantasie, die man dafür aufgewendet hat, ein Zusammentreffen dieser Tatbestände in einen Schadens-erfolg auszuschließen, hat man bisher keinen befriedigenden Weg dazu gefunden⁶².

Die Abgrenzungsprobleme zwischen diesen Tatbeständen wären zwar nicht beseitigt, aber erheblich vereinfacht und entschärft, wenn man auf die Exklusivitätspostulate verzichten und sich mit der Möglichkeit der Idealkonkurrenz von Diebstahl und Betrug oder Betrug und Erpressung abfinden würde. Das macht aber keine Schwierigkeiten, wenn man die Idealkonkurrenz nicht als naturgegeben wertfreie Handlungseinheit, bei Verschiedenheit des Unrechts und der Schuld, auffaßt, sondern als Unrechtseinheit. Die Gefahr einer Doppelverwertung des Erfolges besteht dann nicht mehr.

Was ist eine Handlung i. S. von § 52?

Der Vorwurf liegt nahe, wir hätten unsere Konzeption der Idealkonkurrenz ziemlich unbekümmert um den Wortlaut des Gesetzes entwickelt, das für Idealkonkurrenz nun einmal Identität der Handlung verlangt und sonst nichts. Aber das Gesetz sagt uns nicht, was eine Handlung ist⁶³. Sicherlich ging der Gesetzgeber des Jahres 1871 (und seine Vorgänger) von einem von Natur aus vorgegebenen Begriff der Einzelhandlung aus⁶⁴. Er vermochte aber auch nichts daran zu ändern, daß uns weder die Natur noch die Physio-

⁶² Zu den verschiedenen Versuchen im einzelnen *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 347 ff.

⁶³ Mit seiner nach Fertigstellung dieses Manuskriptes erschienenen Dissertation »Die Konkurrenz bei Dauerdelikten, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckten Gesetzesverletzungen« hat *Werle* die erste Kritik der hier vertretenen Konzeption der Idealkonkurrenz vorgelegt. Er kommt nun allerdings zu dem Ergebnis, daß sie mit dem positiven Recht unvereinbar sei, vgl. S. 128 ff., aber nicht, weil unter »einer Handlung« nicht auch das konkrete Einzelverbrechen im dargelegten Sinne verstanden werden kann, sondern weil ein konkretes Verbrechen, verstanden als tatbestandlich bestimmte Einheit von Handlung und Erfolg, nicht denselben Tatbestand mehrmals erfüllen kann. Das ist richtig, gilt aber mutatis mutandis auch für eine tatbestandsunabhängig bestimmte »natürliche« Handlung. Sie kann zwar mehrere Erfolge i. S. eines Tatbestandes haben, aber zur vollständigen Tatbestandserfüllung gehört ja auch die, auch nach dieser Konzeption bei der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz nur einmal gegebene Handlung. Die gesetzliche Formulierung der gleichartigen Idealkonkurrenz kann also auch die h. L. nicht wörtlich nehmen.

⁶⁴ Nach *Werle* ergibt die historische Auslegung die gesetzliche Verbindlichkeit des bisher allgemein anerkannten Begriffs der naturgegebenen Handlungseinheit (Elementarhandlung) für die Bestimmung der Idealkonkurrenz, weil die Große Strafrechtskommission bei ihrer Diskussion und Ablehnung der Einheitsstrafe von diesem ausgegangen ist, vgl. S. 130 ff. Aber abgesehen davon, daß es mindestens zweifelhaft ist, die Große Strafrechtskommission als den historischen Gesetzgeber anzusehen, geht ein den Gesetzgeber beratendes Fachgremium naturgemäß in der Regel vom derzeitigen Stand der Wissenschaft aus, und darin allein kann noch kein verbindlicher und hinreichend zum Ausdruck gekommener Rechtssetzungswille gefunden werden, will man nicht die Dogmatik, jedenfalls soweit sie zu diesem Zeitpunkt unstrittig ist, auf dem betreffenden Stande einfrieren und jegliche Innovation als gesetzwidrig ausschließen.

logie einen solchen zur Verfügung stellt⁶⁵. Auch die h. L. ist also genötigt, ihren Begriff der Handlungseinheit selbst zu prägen, und sie tat das seit RG 32, 137 und Honigs »Studien« durch die Formel von der mindestens teilweisen Handlungsidentität. Ohne einen Begriff von einer naturgegebenen Handlung läßt sich auf diese Weise, wie wir gesehen haben, eine Handlungseinheit zwar bilden, aber nur auf einer höheren Konstitutionsstufe und in einem komplizierten logischen Verfahren. Wie schon gesagt, ist eine Handlung i. S. von § 52 nach h. L. die Klasse aller Tatbestandsverwirklichungen, die mindestens zu einem Element der Klasse in einer Beziehung der (mindestens) teilweisen Bewegungsgleichheit stehen, also die transitive Hülle einer Teilgleichheitsrelation. Auch das hat sich der Gesetzgeber von 1871 sicher nicht unter einer Handlung i. S. von § 73 a. F. vorgestellt.

Wir unterscheiden uns auch insofern nicht von der h. L., als wir bei der Konstitution eines einzelnen konkreten Verbrechens nicht von der Handlung ausgehen, sondern von einer Tatbestandsverwirklichung, und von dieser her die tatbestandsmäßige Handlung bestimmen, eben als eine Diebstahls-, Tötungs-, Beleidigungs-, Täuschungshandlung u. ä.. Wir bestimmen lediglich die Beziehung zwischen den Tatbestandsverwirklichungen nicht als eine wertfrei für alle Tatbestände gleiche Handlungs- oder Körperbewegungsteilgleichheit, sondern als tatbestandspezifische Unrechtseinheit. Bilden die Verwirklichungen verschiedener Tatbestände eine Unrechtseinheit, so stößt der Richter bei der näheren Bestimmung des Unrechts eines jeden der Tatbestände, gleichgültig von welchem er ausgeht, auf alle anderen. So konstituieren sich konkrete Verbrechen, die mehrere Tatbestände erfüllen, wie ein Raubmord, eine beleidigende Körperverletzung, ein Betrug mit einer Falschurkunde, ein Erpressungsbluff. Wie bei dem konkreten Verbrechen, das nur unter einen Tatbestand fällt, ist die eine Handlung i. S. des § 52 der unter diesen Verbrechensbegriff subsumierbare Teil des Verhaltenskontinuums. Die Gliederung des Verhaltenskontinuums ist nicht der Ausgangspunkt der Konstitution des konkreten Einzelverbrechens, sondern ihr Ergebnis. Das kann nicht anders sein, wenn man keine naturgegebene Handlungseinheit akzeptiert, denn dann sind die Tatbestände des BT die einzig legitimen Gesichtspunkte, unter denen der Vorgang Verbrechen auf seine Einheitlichkeit hin beurteilt werden kann⁶⁶.

65 *Werle* meint allerdings, der Sprachgebrauch stelle einen solchen allgemeinen Handlungsbegriff zur Verfügung, vgl. S. 123. Aber der Sprachgebrauch kennt nicht einen allgemeinen Handlungsbegriff, sondern hunderte. Ihre relative Eindeutigkeit gewinnt die h. L. von der Handlungseinheit, wie auch *Werle* zugesteht, nicht aus dem Sprachgebrauch, sondern aus der »Formel des RG«. Deren Ergebnis wird dann mit irgendeinem passenden und mehr oder weniger elementaren Handlungsbegriff der Umgangssprache bezeichnet, wie z. B. ein Schlag, ein Griff, aber auch eine Autofahrt oder ein Beischlaf.

66 *Werle* sieht hierin gleichwohl die Bedürfnisse der Rechtssicherheit vernachlässigt, vgl. S. 139. Nun ist es zweifellos einfacher und insofern sicherer, den Richter zur Feststellung der Handlungseinheit auf die Gleichzeitigkeit und für Einzelfälle als Korrektiv auf den Unterschied zwischen Händen und Füßen zu verweisen, als ihm schon hier eine Ausdifferenzierung des in den einschlägigen Tatbeständen vertypen Unrechts abzu-

Bei alledem geht es nicht darum, dem Täter, der mehrere Strafgesetze durch eine Handlung erfüllt hat, deshalb eine Strafmilderung zu gewähren. So erklärt die h. L. das Institut der Idealkonkurrenz⁶⁷. Aber wer zwei Menschen tötet, um sich mehrere wertvolle Sachen zuzueignen, muß deshalb nicht weniger strafwürdig sein, als wenn er eines der Opfer um des einen, das andere bei einer anderen Gelegenheit um eines anderen Beutestücks willen umgebracht hätte. Nur ist eine gesonderte Beurteilung des Unrechts- und Schuldgehalts beider Morde im ersten Fall unmöglich, weil bei beiden die Erlangung der gleichen Beutestücke als Unrechtselement und das Streben danach als Schuldmoment den Charakter des deliktischen Gehalts auch und gerade als Mord mitbestimmt. Von der Vorstellung, daß es beim Unterschied zwischen Real- und Idealkonkurrenz um eine Schuldifferenz und eine Strafermäßigung gehe, muß man sich also frei machen. Es geht lediglich darum, wann die an den gesetzlichen Tatbeständen orientierte Unrechts- und Schuldbestimmung eine gemeinsame Beurteilung der Verwirklichungen mehrerer Tatbestände gebietet und wann eine getrennte.

verlangen. Aber in der Strafzumessung muß er diese ohnehin leisten und legitimieren. Hierbei könnte es sogar einen praktischen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten, diese Ausdifferenzierung mit der Bestimmung der Idealkonkurrenz zu verknüpfen, denn damit würde die Diskussion der Zulässigkeit von Unrechtsdifferenzierungen auch eine Aufgabe der Literatur zum Besonderen Teil des Strafrechts, insbesondere der Kommentare, wie es die Frage nach der Gesetzeskonkurrenz von Tatbeständen bereits ist.

⁶⁷ Vgl. die Nachweise in FN 7.