

Das Ende der Konkurrenzlehre

Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Universität Trier*

ABSTRACT

Die strafrechtliche Konkurrenzfrage ist in den letzten Jahrzehnten immer mehr in den Hintergrund getreten. Schuld daran ist auch der Bundesgerichtshof, der nicht nur die Unterschiede zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit, sondern auch die Unterschiede zwischen Tateinheit und Tatmehrheit immer weiter nivelliert hat. Diese Entwicklung findet ihren Kulminationspunkt darin, dass der konkurrenzrechtlichen Einordnung immer häufiger die Bedeutung für den Unrechts- und Schuldgehalt des strafrechtlichen Geschehens abgesprochen wird. Damit setzt sich der Bundesgerichtshof über die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers hinweg.

A. Einleitung

Tateinheit oder Tatmehrheit? Die Unterscheidung zwischen idealiter und realiter Tatbegehung ist in Deutschland seit Jahrhunderten tradiert. Die Regeln zur Zusammenführung der Strafen sind bei tatmehrheitlicher Tatbegehung ungünstiger als bei tateinheitlicher Deliktsverwirklichung. Im Falle von Tateinheit kommt nur die schwerere Strafandrohung auf der Rechtsfolgeebene zur Anwendung (Absorptionsprinzip); bei Tatmehrheit gilt hingegen das Asperationsprinzip, wonach bei der Bildung der Gesamtstrafe jede Einzeltat schärfend zu berücksichtigen ist.

Der differenzierende Umgang zwischen Tateinheit und Tatmehrheit steht auch 150 Jahre nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches auf „tönenen

* Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht und ebenfalls Direktor des Trierer Instituts für Geldwäsche und Korruptions-Strafrecht (TriGeko). Kontakt: elghazi@uni-trier.de.



Füßen“. Der Gesetzgeber hat sich im Zusammenhang mit dem 1. StrRG das (fragile) Feuerprobenargument zu eigen gemacht: Bei Tatmehrheit offenbare sich eine „größere verbrecherische Intensität“ als dies bei der Tateinheit der Fall sei.¹

In den letzten zwei Jahrzehnten wurde diese konkurrenzrechtliche Grundprämisse durch die Rechtsprechung der Strafsenate am Bundesgerichtshof nicht nur mehr und mehr in Frage gestellt – bei genauem Hinsehen wird sie sogar negiert. Dieser Befund zeugt vom insuffizienten Zustand der Konkurrenzlehre: Sie ist am Ende, wenn sogar die Rechtsprechung die gesetzgeberische Ausgangsprämisse ignoriert.

B. Tateinheit oder Tatmehrheit und die Folgen für die Strafe

Wird ein Angeklagter im Strafprozess wegen mehr als einer (materiellen) Straftat verurteilt, so muss das Gericht eine Entscheidung über die Konkurrenzfrage treffen. Das deutsche Strafrecht differenziert nämlich danach, ob die Sanktionsnormverletzungen durch „dieselbe“ oder durch unterschiedliche Handlungen verwirklicht worden sind und knüpft daran unterschiedliche Rechtsfolgen bei der Bestimmung der Strafe. Bei Tateinheit (Idealkonkurrenz) i. S. v. § 52 StGB wird die Rechtsfolge „nur“ dem Straftatbestand mit der schweren Rechtsfolge entnommen, vgl. § 52 I StGB. Der Strafraum des milderen Delikts wird absorbiert (Absorptionsprinzip).² Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen nach § 11 I Nr. 8 StGB (insb. Einziehung) können auch dann „verhängt“ werden, wenn nur das mildere Delikt diese vorsieht (§ 52 IV StGB). Daher ist bei Tateinheit auch die Rede vom Kombinationsprinzip.³

Tatmehrheit liegt vor, wenn *mehrere* Straftaten gleichzeitig abgeurteilt werden (§ 53 I StGB) oder sie gleichzeitig hätten abgeurteilt werden können (nachträgliche Gesamtstrafe, § 55 StGB). Im Falle von Tatmehrheit (Realkonkurrenz) gelangen die Rechtsfolgenanordnungen aller verwirklichten Tatbestände zur Anwendung (§ 53 StGB), wobei sie nach den in § 54 StGB niedergeschriebenen Regeln zu einer Gesamtstrafe (Asperationsprinzip) zusammenzuführen sind. Das bedeutet: Für jede materielle

¹ BT-Drs. IV/650, 190.

² Näher *Reinbacher*, in Hdb. des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 61 Rn. 82; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 52 Rn. 8.

³ *Rissing-van Saan*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 52 Rn. 47; *Roxin*, AT II, 2003, § 33 Rn. 113.

Tat ist eine Einzelstrafe zu bilden. Die höchste Einzelstrafe bildet die Grundlage für die Bestimmung der Gesamtstrafe. Diese Einsatzstrafe verschärft sich durch die übrigen Einzelstrafen, dabei darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreicht werden.⁴ Die Festlegung der Einzelstrafen und ihre Zusammenführung zu einer Gesamtstrafe zählt zum Akt der Strafzumessung, der in die ureigene Aufgabe des Tatrichters fällt.⁵ Ebenso wie der einzelne Strafzumessungsakt i. S. d. § 46 StGB ist dieser Akt der Gesamtstrafenbildung nur eingeschränkt überprüfbar.⁶

Im Gesetz sind nur die Regeln für die „echte Konkurrenz“ positivrechtlich niedergeschrieben. Der Gesetzgeber hat sich an die unechte Konkurrenz (auch Gesetzeskonkurrenz) nicht „herangetraut“ und ihre Ausbuchstabierung der Strafrechtswissenschaft anvertraut.⁷ Bei der unechten Konkurrenz geht es nicht erst um eine Konkurrenz auf der Ebene der Rechtsfolge, sondern bereits um das Verhältnis der Tatbestände auf der Ebene des Schuldspruchs. Stehen die Sanktionsnormübertretungen in einer solchen Beziehung zueinander, dass es gerechtfertigt ist, dem Täter im Schuldspruch nur noch eine einzige Straftat vorzuwerfen und andere Tatbestandsverwirklichungen aus dem Schuldspruch zu eliminieren? Der schwächere Tatbestand taucht im Schuldspruch nicht mehr auf. Sein Unrechtsgehalt ist vom vorrangigen Delikt mitumfasst. Anerkannt sind neben der Figur der Spezialität auch die (formelle und materielle) Subsidiarität und die Konsumtion. Auf weitere Einzelheiten der Gesetzeskonkurrenz kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Tateinheit liegt vor, wenn, so beschreibt es das Gesetz, dieselbe Handlung des Täters mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt. Der konkurrenzrechtliche Handlungsbegriff⁸ ist seit jeher umstritten, so wie seine Extension jenseits der Handlung im natürlichen Sinne. Der Gesetzgeber hat den Begriff nicht definiert, er hat ihn vielmehr – quasi als naturgegeben – vorausgesetzt.⁹ Insgesamt projizieren sich alle Friktionen, die sich bei der Bestimmung des konkurrenzrechtlichen

⁴ Jäger, in Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 54 Rn. 3 ff.; v. Heintschel-Heinegg, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 5 ff.

⁵ Vgl. nur BGH NJW 1987, 3014, 3015; wistra 1990, 98.

⁶ Vgl. BGH NSTz 2019, 601, 620; Beulke, in Hdb. des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 60 Rn. 81.

⁷ BT-Drs. IV/650, 191; vgl. auch Schneidewin in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, 221, 229.

⁸ Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, 253 f.; Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, 243 ff.; dies. GA 1982, 143, 146.

⁹ Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, 59.

Handlungsbegriffs stellen, auf die gesamte Konkurrenzlehre.¹⁰ Solange der Handlungsbegriff nicht befriedigend geklärt ist,¹¹ kann der „Zustand der Konkurrenzlehre“ nicht als rechtlich „zureichend“ angesehen werden. Über den Begriff der Handlung besteht aber keineswegs Klarheit.¹² Neben der Handlung im natürlichen Sinne werden die deutlich friktionsbelasteten Figuren der tatbestandlichen und natürlichen Handlungseinheiten als juristische bzw. normative Handlungsbegriffe anerkannt. Bei beiden Figuren geht es letztlich darum, mehrere Handlungen im natürlichen Sinne wertungsmäßig zu einer singulären, normativen Handlung zusammenzufassen – die Rechtfertigung für diese konkurrenzrechtliche Kohäsion soll sich mehr oder weniger aus dem Gesetz ergeben. Die Voraussetzungen hierfür sind unbestimmt und daher undurchsichtig, weil sie sehr stark tatbestands- und zugleich wertungsabhängig sind. Die Kasuistik zur natürlichen und zur tatbestandlichen Handlungseinheit ist mannigfaltig, gleichfalls unüberschaubar und zum Teil flagrant inkonsistent. Der Dogmatik gelingt es nur sehr schwer, die Auswüchse der Konkurrenzlehre in den Griff zu bekommen und sie zu ordnen. Es soll vielmehr um die Gründe gehen, die einen differenzierenden Umgang zwischen Tateinheit und Tatmehrheit rechtfertigen können. Zur Exemplifizierung möchte ich hier einen Fall anführen, der in der Literatur schon mehrfach zur Einführung in den Diskurs über die Legitimation des dualen Konkurrenzmodells bemüht worden ist.¹³ Ein verzweifelter Vater stößt seine beiden im Zwillingsskinderwagen sitzenden Säuglinge mit einem Schubs in die Mosel, wo die beiden Kinder ertrinken. Ist es gerechtfertigt, diesen idealiter handelnden Vater gegenüber einem Vater konkurrenzrechtlich zu begünstigen, der seine Kinder nacheinander aus dem Kinderwagen hebt und einzeln in den Fluss wirft (Tatmehrheit)? In einem am Schuldprinzip ausgerichteten Strafrechtssystem kann dies nur zu rechtfertigen sein, wenn zwischen idealer und realer Tatbegehung auch eine Diskrepanz hinsichtlich des Schuldvorwurfs festzustellen ist. Hier von zu unterscheiden ist freilich die (ganz andere) metapositivistische Frage, ob im Falle von handlungseinheitlicher Tatbegehung immer nur

¹⁰ El-Ghazi, Revision der Konkurrenzlehre, 2020, 316 f.

¹¹ Roxin, AT II, 2003, § 33 Rn. 10; Deiters, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, 1999, 94.

¹² Schmidhäuser in Frisch/Pötz/Wolter (Hrsg.), 140 Jahre GA, 1993, 191, 195; Deiters, Strafzumessung, 94 f.

¹³ Vgl. schon Schönke/Schröder, StGB, 11. Aufl. 1963, Vorb. §§ 73 Rn. 4; Erb ZStW 117 (2005), 37, 42; Geppert in Geisler (Hrsg.), Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der „fortgesetzten Tat“, 1998, 117, 131 ff.; Brähler, Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten, 2000, 455 Anm. 36.

eine singuläre Tat (eine Handlung = ein Verbrechen)¹⁴ ausgemacht werden könne, so dass nach dem Verständnis der Vertreter der Einheitslehre¹⁵ auch nur eine Strafe ausgesprochen werden dürfe (eine Handlung → ein Verbrechen → eine Strafe). Soweit ersichtlich beharren die Vertreter der Einheitstheorie aber keineswegs auf eine mildere Bestrafung des Idealiter- gegenüber dem Realitertäter. Weit überwiegend wird der Streit zwischen der konkurrenzrechtlichen Einheits- und der Mehrheitstheorie heute als rein akademischer Natur eingestuft.¹⁶

C. Das Feuerprobenargument – Legitimation der Unterscheidung

Die Vertreter des Feuerprobenarguments halten eine Privilegierung der Tateinheit gegenüber der Tatmehrheit grundsätzlich für gerechtfertigt.¹⁷ Eine ausführliche Ausarbeitung hat das Feuerprobenargument vor allem bei Werle erfahren, der dabei auf Gedanken von von Hippel und anderen rekurriert. Den Realitertäter treffe deshalb ein größerer Schuldvorwurf, weil er die „Feuerprobe der kritischen Situation“ mehrmals zu überstehen hatte. Die staatlichen Normbefehle, also die Verbote, würden durch den realiter handelnden Täter mehrfach missachtet. Dieser hätte bei jeder Handlung die Gelegenheit gehabt, sich umzuorientieren,¹⁸ sich also gegen den (wiederholten) Normbruch zu entscheiden. Aus diesem Grund, so meint Werle, sei seine kriminelle Energie im Vergleich höher zu veranschlagen und die Strafe dürfe im Ergebnis auch höher ausfallen.¹⁹ So argumentierte bereits von Hippel. Nach ihm falle es dem Täter leichter, mehrere Rechtsverletzungen in einem Akt als sie hintereinander zu verüben.²⁰ Der Idealitertäter lade daher im Vergleich auch weniger Schuld auf sich, da er weniger verbrecherische Energie aufwenden

¹⁴ v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. Aufl. 1914 = unveränderter Nachdruck 2018, 121 ff.

¹⁵ Beispielsweise: Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. 1, 1901, 101 ff.; v. Liszt ZStW 30 (1910), 250, 276; Jescheck ZStW 67 (1955), 529, 533 f.; Baumgarten, Die Lehre von der Ideal Konkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz, 1909, 25 ff.

¹⁶ SK/StGB-Jäger, Vor § 52 Rn. 6; Maiwald, Handlungseinheit, 64.

¹⁷ v. Hippel ZStW 42 (1921), 525, 541; Waldowski, Ist eine klare Abgrenzung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit möglich und gerecht?, 1956, 102; H. Mayer, AT, 1967, 407 ff.; Baumgarten in Hegler (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd. 2, 1969, 188 ff.; Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, 1981, 146 ff.; Brähler, Serienstraftaten, 35, 454 f.; Sternberg-Lieben/Bosch, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 52 Rn. 8, 9; SK/StGB-Jäger, Vor § 52 Rn. 3; Samson/Günther, in Systematischer Kommentar StGB, 24. Lfg. 1995, Vor § 52 Rn. 9; Erb ZStW 117 (2005), 37, 42 f.

¹⁸ Werle, Konkurrenz bei Dauerdelikt, 148.

¹⁹ Werle, Konkurrenz bei Dauerdelikt, 148.

²⁰ v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, 171.

müsse.²¹ Ähnlich argumentiert später H. Mayer in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil: Die Anzahl der Handlungen mache einen Unterschied bei der „Bewertung der Schuld“.²²

Unter Berufung auf das Feuerprobenargument wird der Realitertäter teilweise auch als „sozial gefährlicher“ angesehen, weil er sich eben mehrfach über das Gesetz hinwegsetze.²³ Exemplifiziert wurde dies auch anhand des Kinderwagenfalls: Der Täter, der die Kinder nacheinander ins Wasser werfe, dessen Handeln sei auf zwei verschiedene Entschlüsse zurückzuführen. Dies offenbare eben die größere kriminelle und strafwürdigere Energie.²⁴ Entscheidend sei dabei auch, dass der Täter zwischen den Handlungen die Möglichkeit zur kritischen Reflexion der Ergebnisse seiner vorherigen Handlung habe. Bevor der Täter das zweite Kind ins Wasser wirft, müsse er noch einmal die Schwelle zur Begehung einer neuen Straftat „innerlich durchbrechen“ und einen neuen Entschluss fassen. Er entscheidet sich, wenn er denn auch die zweite Handlung ausführt, erneut für die Verletzung des Rechts und damit für das Unrecht.²⁵

Bereits an anderer Stelle habe ich das Feuerprobenargument in Zweifel gezogen.²⁶ Mich überzeugt dieses Argument nicht. Zusammengefasst: Richtig ist, dass der Realitertäter die metaphorische Feuerprobe mehrfach zu überstehen hat. Der Idealitertäter übersteht aber eben auf einen Schlag eine größere Feuerprobe. Hat dies keinen Einfluss auf den Unrechts- und Schuldvorwurf? Außerdem hat der Täter in der Regel Einfluss darauf, ob er sich nur einer oder mehreren Feuerproben stellen möchte. Auch hierfür bietet der bereits bemühte Kinderwagenfall ein gutes Beispiel. Ob der Vater seine Kinder durch eine oder mehrere Handlungen (und damit durch Bestehen einer oder zweier Feuerproben) tötet, entscheidet er selbst. Wer eine zweite Feuerprobe vermeidet, weil er eben befürchtet, diese aus Skrupel nicht bestehen zu können, dem kann kalkultiertes Vorgehen schulderschwerend zu Last gelegt werden.²⁷ Ein solcher Täter beraubt sich nämlich selbst der Möglichkeit, im Angesicht

²¹ v. Hippel, StR, 171.

²² H. Mayer, AT, 407 ff.

²³ Brähler, Serienstraftaten, 454.

²⁴ Brähler, Serienstraftaten, 454 f.

²⁵ Brähler, Serienstraftaten, 455.

²⁶ El-Ghazi, Konkurrenzlehre, 591 ff.

²⁷ Dazu El-Ghazi, Konkurrenzlehre, 596 ff.

der zweiten Feuerprobe einen Rückzieher zu machen. Er schützt sich vor seinem eigenen Skrupel.

Das Feuerprobenargument ist meines Erachtens nicht bis zum Ende gedacht. Nichtsdestotrotz muss anerkannt werden, dass (auch) der bundesrepublikanische Reformgesetzgeber zur Rationalisierung des divergierenden Umgangs zwischen Tateinheit und Tatmehrheit auf ein Begründungstopos abgestellt hat, das stark an das Argument der Feuerprobe erinnert.

D. Die Begründung in 1. StrRG

Die Begründung zum Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG)²⁸ geht auch darauf ein, warum das Gesetz bei der Bildung der Strafe unterschiedlich mit den Fällen von Tateinheit und Tatmehrheit umgeht. Diese Begründung wurde bereits im Entwurf von 1962 verlautbart.²⁹ Hierin heißt es:

„Für die grundsätzliche Beibehaltung des geltenden Rechts spricht schließlich die Tatsache, daß zwischen Tateinheit und Tatmehrheit ein naturgegebener Unterschied besteht, der zwar in einer beachtlichen Zahl von Grenzfällen nicht deutlich in Erscheinung tritt, der aber in der großen Masse der Lebenssachverhalte offen zutage liegt und auch von dem juristisch nicht Vorgebildeten unmittelbar empfunden wird. [...]. Geht man aber von den typischen Fällen der Tateinheit und der Tatmehrheit aus, so ist nicht zu begründen, warum der Strafraum für die Begehung nur einer Handlung grundsätzlich dem für die Begehung mehrerer Handlungen entsprechen soll. *Es ist eine Erfahrungstatsache, daß eine Vielzahl von selbständigen Handlungen, die zugleich auf einer Vielzahl von Willensbetätigungen beruht, in der Regel eine größere verbrecherische Intensität offenbart und in größerem Maße Strafe verdient, als eine einzige Tat, die jemand unter Verletzung mehrerer Gesetze begeht.* Die gerechte und kriminalpolitisch zutreffende Erfassung der Tatmehrheit erfordert deshalb einen wesentlich elastischeren Strafraum, als er bei Tateinheit geboten ist. [...].“³⁰

Es ist bemerkenswert, dass bereits in der Gesetzesbegründung anerkannt wird, dass der (vermeintlich) „naturgegebene“ Unterschied zwischen Tateinheit und Tatmehrheit in vielen Fällen auch in Frage gestellt werden muss. Diese Relativierungen kommen nicht ohne Grund. Schon früh wurden die Begründungsversuche, die auf ein unterschiedliches

²⁸ BGBl. I 1969, 645 ff.

²⁹ BT-Drs. IV/650, 190 ff.

³⁰ BT-Drs. IV/650, 190; Hervorhebungen nicht im Original.

Maß der verbrecherischen Intensität (also Schuld) zwischen Tateinheit und Tatmehrheit abgestellt haben, kritisiert und das auch von den ganz Großen der Strafrechtzunft.³¹ Auch konnte der Gesetzgeber nicht ignorieren, dass die Partikularstrafrechtsordnungen teilweise eine kongruente, teilweise eine inkongruente Behandlung vorsahen.³² Schon die Arbeiten zum Bayrischen Strafgesetzbuch sind Zeugnis für das ambivalente Bild, das noch im 19. Jahrhundert vorherrschte: So befürwortete Feuerbach in seinem Entwurf für ein Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern von 1810 einen einheitlichen Umgang.³³ Nach der Berufung Feuerbachs Widersacher in die Kommission sah das Bay-StGB 1813 hingegen die Anwendung des Absorptionsprinzips für die Fälle der Tateinheit vor; während bei Tatmehrheit das Kumulationsprinzip Geltung beanspruchen sollte.³⁴ Die Ungleichbehandlung wurde aber schnell wieder in Frage gestellt. Das Bay-StGB 1861 sah wieder eine Gleichbehandlung von Tateinheit und Tatmehrheit vor, diesmal sollten beide Konstellationen einheitlich nach dem Absorptionsprinzip behandelt werden.³⁵

Trotz des ambivalenten, teilweise sogar erratisch erscheinenden Bildes von der deutschen Konkurrenzlehre: Der Gesetzgeber des RStGB hat sich für eine differenzierende Lösung entschieden (und sich damit vor allem die Regelungen im Königreich Preußen³⁶ zum Vorbild genommen). Diese Entscheidung hat der bundesrepublikanische Gesetzgeber spätestens mit der 1. Strafrechtsreformgesetzgebung ausdrücklich bestätigt und dabei die Entscheidung mit dem Argument rationalisiert, der Realitertäter lade wegen seines Handelns durch mehrere Willensbetätigungen mehr

³¹ *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, 340, § 102; *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 576; *zu Dohna* in Aschrott/v. Liszt (Hrsg.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1910, 401, 413; *Niese* in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 2, 1954, 155 ff.

³² Übersicht *El-Ghazi*, Konkurrenzlehre, 28 ff.

³³ Art. 112 Bay-StGB-E 1810: „Ist ein und dasselbe Verbrechen an verschiedenen Personen oder Gegenständen wiederholt worden, oder hat der Uebelthäter in mehreren Handlungen, oder in einer und derselben Handlung Verbrechen verschiedener Art begangenen, so ist die ordentliche Strafe des einen Verbrechens mit der ordentlichen Strafe des anderen zu verbinden, [...]“.

³⁴ Art. 110 Bay-StGB 1813: „Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlung zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat, so soll nur die Strafe der schwersten Uebertretung in Anwendung gebracht werden, [...]“.

³⁵ Art. 84 Bay-StGB 1861: „Hat Jemand 1. in verschiedenen Handlungen mehrere Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen begangen, oder 2. in einer und derselben Handlung mehrere Strafgesetze zugleich oder ein und dasselbe Strafgesetz in mehrfacher Richtung übertreten, so soll nur dasjenige Strafgesetz, welches die schwerste Strafausmessung zuläßt, in Anwendung gebracht werden.“.

³⁶ §§ 56, 57 PreußStGB 1851 und 1853.

Schuld auf sich als der Idealtäter. Die gesetzgeberische Entscheidung spiegelt sich auch eindeutig im Gesetzeswortlaut wider.

Natürlich kann man, was ich auch getan habe, diese Prämisse inhaltlich in Frage stellen und versuchen zu begründen, warum das Differenzierungsmodell verfassungsrechtlich unhaltbar oder zumindest aus kriminalpolitischen Gründen einer Revision bedarf. Wer aber auf Grundlage des geltenden Rechts der „Handlungszahl“ ihre (schuldsteigernde) Bedeutung abspricht, der ignoriert die unmissverständliche Entscheidung des Gesetzgebers und überschreitet damit die Grenzen der Rechtsauslegung – damit handelt er *ultra vires*. Bei genauem Hinsehen tut dies der Bundesgerichtshof seit Jahrzehnten.

E. Rechtsprechung des BGH zur (fehlenden) Relevanz der Handlungszahl für das Ausmaß von Unrecht und Schuld

I. Die Rechtsprechung des BGH

In der Rechtsprechung der Strafsenate am Bundesgerichtshof tauchen seit der Jahrtausendwende immer häufiger Entscheidungen auf, in denen die den gesetzlichen Konkurrenzregelungen zugrundeliegende Wertung (kurzum: größerer Schuldvorwurf bei Tatmehrheit) mehr oder weniger explizit in Abrede gestellt wird. In der Hauptsache geht es um Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof im Wege einer Schuld-spruchberichtigung (§ 354 I StPO analog)³⁷ eine Konkurrenzkorrektur von Tatmehrheit zur Tateinheit vornahm und gleichzeitig begründete, warum der Strafausspruch trotz veränderter Konkurrenzbedingungen aufrechterhalten werden konnte.

Erste Vorboten dieser Rechtsprechungslinie zeichneten sich schon in den 1980er Jahren ab:

„Deshalb stehen die drei Gesetzesverletzungen in Tateinheit – und nicht in Tatmehrheit, [...]. Die von der Strafkammer festgesetzte Gesamtstrafe kann aber als Einzelstrafe bestehen bleiben, weil die

³⁷ Knauer/Kudlich, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 354 Rn. 48 ff.; Wohlers, in Systematischer Kommentar StPO, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 354 Rn. 21 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, Kommentar zur StPO, 67. Aufl. 2024, § 354 Rn. 19; Ignor in Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), FS Dabs, 2005, 281, 297 f.; Schuhr in Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), FS Stöckel, 2010, 323, 330 ff., 339; aus der Rechtsprechung: z. B. BGH NStZ 2020, 43; NStZ-RR 2024, 76; BeckRS 2024, 18927.

geänderte rechtliche Bewertung ohne Einfluß auf das Maß der Schuld ist.“³⁸

In einer Entscheidung des 1. Strafsenats von 1996 heißt es:

„Schuldumfang und Unrecht des gesamten Tatgeschehens bleiben von dieser Änderung unberührt.“³⁹

Und der 5. Strafsenat am Bundesgerichtshof meinte schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994, dass eine

„unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei unverändertem Schuldumfang [...] hier kein maßgebliches Kriterium für die Strafbemessung sein [kann].“⁴⁰

Leicht abgewandelte Formulierungen finden sich in Entscheidungen des 2. und des 4. Strafsenats.⁴¹

Deutlicher wurde der 1. Strafsenat in einer Entscheidung von 1999, wonach eine „Konkurrenzkorrektur“ in aller Regel keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts“ bedeute.⁴² Der 1. Senat hat in der Folge von dieser oder auch ähnlichen Formulierungen Gebrauch gemacht.⁴³ Ganz ähnliche Formulierungen finden sich auch beim 2.⁴⁴, 3.⁴⁵ und 4.⁴⁶ Strafsenat. So heißt es exemplarisch beim 2. Strafsenat:

„Eine ‚Konkurrenzkorrektur‘ bedeutet in aller Regel – so auch hier – keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts; denn es kommen keine Delikte in Wegfall.“⁴⁷

Als flagrant muss auch eine weitere Entscheidung des 4. Strafsenats aus dem Jahr 1998 bewertet werden. Diese betraf das konkurrenzrechtliche Verhältnis von versuchtem Totschlag und vollendeter Körperverletzung.⁴⁸ Die Annahme von Tateinheit zwischen versuchtem Tötungs- und

³⁸ BGH 21.9.1984, 3 StR 399/84, Rn. 3 f., juris.

³⁹ BGH 7.3.1996, 1 StR 707/95, Rn. 28, juris.

⁴⁰ BGH NJW 1994, 2703, 2707.

⁴¹ BGH BeckRS 2015, 389, Rn. 5: „(...), weil eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei – wie hier – unverändertem Schuldumfang kein maßgebliches Kriterium für die Strafbemessung ist“. Der 4. Senat verweist hier ausdrücklich auf eine ständige Rechtsprechung (st. Rspr.; vgl. BGH NJW 2004, 2840, 184; NStZ-RR 2005, 199, 200; BeckRS 2013, 104; vgl. auch BGH BeckRS 2013, 104; NStZ-RR 2005, 199, 200; NStZ 2004, 505; NStZ-RR 2004, 108; BeckRS 2003, 5633; BeckRS 2001, 4330; NStZ 1997, 233; BGH NJW 1994, 2703).

⁴² So BGH NStZ 1999, 513, 514.

⁴³ BGH NStZ-RR 2014, 251; vgl. auch BGH NStZ 2014, 465; wistra 2007, 100.

⁴⁴ BGH BeckRS 2009, 7339, Rn. 10.

⁴⁵ BGH BeckRS 2020, 15331, Rn. 7.

⁴⁶ BGH BeckRS 2011, 3961, Rn. 6.

⁴⁷ BGH BeckRS 2009, 7339 Rn. 10.

⁴⁸ BGH NJW 1999, 69 ff.

vollendetem Körperverletzungsdelikt lasse „den Schuldgehalt unberührt, weil sich dieser unabhängig von der Entscheidung des Konkurrenzverhältnisses“ bemesse.⁴⁹

Eine ähnliche Sprache sprechen Entscheidungen, die immer wieder in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgetaucht sind. Dies gilt z. B. für Entscheidungen des 5. Strafsenats, wenn es dort zur „Rettung“ des Strafausspruchs trotz veränderter konkurrenzrechtlicher Bewertung durch das Revisionsgericht heißt, dass „der Unrechtsgehalt der Tat von der abweichenden Bewertung der Konkurrenzen unberührt bleibt“.⁵⁰ Eine andere Diktion findet sich teilweise beim 4. Senat, wonach „die bloße Korrektur des Konkurrenzverhältnisses keine Verringerung des Tatunrechts und des Schuldgehalts in seiner Gesamtheit zur Folge (...)“ hat.⁵¹

Ganz ähnlich die Formulierung, die z. B. in einer Entscheidung des 5. Strafsenats aus dem Jahr 2015 gebraucht wird. Trotz Änderung des Schuldspruchs von Tatmehrheit zur Tateinheit meinte der Senat, den Strafausspruch aufrechterhalten zu können. Gesamtfreiheitsstrafe bleibe

„[...] vom Entfallen der Einzelstrafe im Fall 19 unberührt. Der Senat kann angesichts der Höhe der Einsatzstrafe und der daneben verbleibenden 20 Einzelstrafen (zehn Einzelgeldstrafen von jeweils 30 Tagessätzen; neun Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten und eine Einzelfreiheitsstrafe von zwei Monaten) ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender Bewertung des Konkurrenzverhältnisses, die den Unrechts- und Schuldgehalt des Tuns des Angeklagten unberührt lässt (...), auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.“⁵²

Diese Formulierung war in der BGH-Rechtsprechung schon damals keineswegs neu.⁵³ Erstmals findet sie – soweit ersichtlich – ebenfalls in einer Entscheidung des 4. Strafsenats aus dem Jahr 2010 Gebrauch.⁵⁴ Inzwischen hat sich diese Diktion vom „Unberührt-Lassen des Unrechts- und Schuldgehalts“ durchweg in der Rechtsprechung aller Strafsenate des

⁴⁹ BGH NJW 1999, 69, 71.

⁵⁰ BGH BeckRS 2014, 5305, Rn. 2.

⁵¹ BGH BeckRS 2014, 23273; BeckRS 2014, 18040; NStZ 2014, 702; NStZ-RR 2014, 291; NStZ 2014, 579; NStZ-RR 2007, 89; wistra 2004, 417.

⁵² BGH BeckRS 2015, 5417 Rn. 6.

⁵³ BGH BeckRS 2015, 1259; NStZ 2013, 641; BeckRS 2012, 8603; wistra 2012, 146; NStZ-RR 2011, 79.

⁵⁴ BGH NStZ-RR 2011, 79.

Bundesgerichtshofs fest etabliert.⁵⁵ Die Anzahl der Entscheidungen, die unter Verwendung dieses Topos die Aufhebung des Strafausspruchs vermeiden, nimmt – nicht nur gefühlt – von Jahr zu Jahr zu.

Das mag auch daran liegen, dass die Karlsruher und Leipziger BGH-Senate schon früh (vermeintlich) Rückendeckung für diese Rechtsprechung vom Bundesverfassungsgericht bekommen haben. Schon im Jahre 2004 bescheinigte das Bundesverfassungsgericht einer Entscheidung des OLG Stuttgarts⁵⁶ die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit. So meint das Bundesverfassungsgericht,

„[d]ie Begründung des Senats, die richtige Bestimmung der Konkurrenzen führe zu keiner Veränderung des Unrechts- und Schuldumfangs, ist nachvollziehbar und steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine ‚Konkurrenzkorrektur‘ in aller Regel keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts bedeutet (...).“⁵⁷

Unter diesen Vorzeichen ist es nicht verwunderlich, dass die BGH-Senate im Anschluss an diesen „verfassungsrechtlichen Segen“ immer häufiger vom Mittel der Konkurrenzkorrektur unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Strafausspruchs Gebrauch machten.

II. Unvereinbarkeit mit der konkurrenzrechtlichen Grundentscheidung in den §§ 52 f. StGB

Diese Rechtsprechung konfligiert offensichtlich mit der Grundentscheidung, auf der die deutsche Konkurrenzlehre ihr Fundament errichtet hat. Sie bestreitet – mehr oder weniger – explizit einen Zusammenhang zwischen Handlungszahl und dem Ausmaß von Unrechts- und Schuldvorwurf. Dabei ist die Aussage, die konkurrenzrechtliche *Bewertung* eines Sachverhaltes habe (in der Regel) keinen Einfluss auf den Unrechts- oder Schuldgehalt in seiner Gesamtheit, gleichfalls offensichtlich zutreffend. Diese scheinbare Antinomie bedarf der Auflösung.

⁵⁵ BGH BeckRS 2024, 30378, Rn. 11; BeckRS 2024, 21867, Rn. 9; BeckRS 2024, 21328, Rn. 7; BeckRS 2024, 24793, Rn. 8; BeckRS 2024, 2631, Rn. 4; BeckRS 2024, 7611, Rn. 8; BeckRS 2023, 43885, Rn. 31; BeckRS 2023, 36424, Rn. 6; BeckRS 2023, 33044, Rn. 17; BeckRS 2023, 21336, Rn. 28; BeckRS 2023, 8786, Rn. 3 f.; BeckRS 2023, 8335, Rn. 10.

⁵⁶ OLG Stuttgart, BeckRS 2005, 13448, Rn. 20: „Die richtige Bestimmung der Konkurrenzen führt zu keinen Veränderungen des Unrechts- bzw. des Schuldumfangs, [...]“.

⁵⁷ BVerfG, BeckRS 2004, 21354, Rn. 5.

Der Unrechts- und Schuldgehalt steht spätestens zum Zeitpunkt der Deliktsbeendigung (weitgehend) fest.⁵⁸ Ob der mit der Bewertung des Falles (bzw. der Fälle) betraute Richter die Taten als tateinheitlich (§ 52 StGB) oder tatmehrheitlich (§ 53 f. StGB) verwirklicht ansieht, verändert das Ausmaß an Unrecht und/oder Schuld nicht mehr. Verwirklicht A die Tatbestände x und y in Tateinheit, so ändert sich weder der Unrechts- noch der Schuldgehalt des Vorwurfs dadurch, dass der Tatrichter die Taten fälschlicherweise als in Tatmehrheit verwirklicht ansieht. Dies gilt auch umgekehrt. 100 + 100 bleibt 200, auch wenn der Tatrichter fälschlicherweise die Summe mit 300 berechnet hat. Die Summe war immer 200. Der Rechenfehler hat sich auf die *wahre* Summe nicht ausgewirkt. Diese Erkenntnis ist banal. Ich denke nicht, dass sich die im vorherigen Abschnitt skizzierte Rechtsprechung in eine ebenso unverfängliche Botschaft übersetzen lässt. Freilich lässt die konkurrenzrechtliche Einordnung der Taten durch den Richter deren Unrechts- und Schuldgehalt unverändert. Aber: *Aufgrund* der fehlerhaften konkurrenzrechtlichen Einordnung hat der Richter das *wahre* Ausmaß von Unrecht und Schuld verkannt – selbstverständlich gilt dies nur dann, wenn man die hinter den §§ 52 ff. StGB stehende gesetzgeberische Grundprämisse anerkennt, nach der mehr Handlungen auch einen größeren Vorwurf begründen (und daher eine schwere Bestrafung verlangen). Für die hiesigen Zwecke muss ich diese Prämisse akzeptieren, obwohl ich sie – wie sich oben angedeutet hat – als nicht überzeugend erachte. Unter Zugrundelegung dieser Grundprämisse gilt aber: Die konkurrenzrechtliche Fehlallokation durch den Tatrichter hat dazu geführt, dass dieser die Bandbreite der von Gesetzeswegen zulässigen (Gesamt-)Strafe verkannt hat. Damit hat er den Rahmen verlassen, den der Gesetzgeber ihm für die Festlegung der schuldangemessenen Strafe bereitet hat. Bei fälschlicher Annahme von Tateinheit nimmt der Tatrichter an, der Gesetzgeber habe ihm für die Festlegung der Strafe einen Strafraum eingeräumt, der dem des schweren Delikts entspricht (Stichwort: Absorptionsprinzip), obwohl nach den Regeln der Gesamtstrafe ein (deutlich) schwererer Strafraum zur Verfügung stünde. Umgekehrt, also bei fälschlicher Annahme von Tatmehrheit statt Tateinheit, verkennt der Tatrichter den ihm zur Verfügung gestellten (Gesamt-)Strafraum zulasten des Täters – laut

⁵⁸ Nach überwiegender Auffassung kann die Schuld noch durch das Verhalten des Täters nach der Tat beeinflusst werden, vgl. BGH NSTZ 2002, 364; StV 2003, 18; insgesamt *Theune*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 197 ff.

der Entscheidung des Gesetzgebers muss sich die Strafe innerhalb des Strafrahmens allein des schweren Delikts bewegen.

Kurzum: Bei einer konkurrenzrechtlichen Fehlbewertung hat der Tatrichter den ihm zur Verfügung stehenden Rahmen für die angemessene Pönalisierung verkannt. Wer aber vor diesem Hintergrund propagiert, die zutreffende konkurrenzrechtliche Bewertung habe keinen Einfluss auf das Ausmaß von Unrecht und Schuld (und daher auch keinen Einfluss auf die Bestimmung der tat- und schuldangemessenen Strafe), der ignoriert schlicht und ergreifend die gesetzlichen Vorgaben, in denen sich die gesetzgeberische Grundentscheidung für eine dichotome und strafmaßrelevante Konkurrenzlehre widerspiegelt.

F. Fazit: Ein unerträglicher Zustand

Die besagte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat bisher nicht die Aufmerksamkeit erfahren, die ihr bei genauem Hinsehen gebührt. In Wahrheit verweigert sogar der Bundesgerichtshof dem Gesetz(-geber) in Sachen Konkurrenzen die Gefolgschaft – und das schon seit mehreren Jahrzehnten. Auch dies beweist, in welchem „schlechtem“ Zustand sich die deutsche Konkurrenzlehre derzeit (oder schon immer) befindet.

Der Bundesgerichtshof muss diese Rechtsprechung, die sich als *contra legem* darstellt, unverzüglich aufgeben. Wenn die Richter am höchsten deutschen Strafgericht die Berechtigung der konkurrenzrechtlichen Dichotomie zwischen Tateinheit und Tatmehrheit und die damit einhergehenden Folgen für die Strafe in Frage stellen wollen, dann müssen sie dafür den verfassungsrechtlich vorgegebenen Weg bestreiten – nämlich die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG. Andernfalls haben sie das Gesetz (und die dahinterstehenden gesetzgeberischen Entscheidungen) zu akzeptieren und gesetzesgetreu zu exekutieren.

Wichtiger ist aber die Lektion, die der Gesetzgeber aus diesem unbefriedigenden Zustand der deutschen Konkurrenzlehre zu ziehen hat: Der unterschiedliche Umgang mit tateinheitlicher und tatmehrheitlicher Tatbegehung auf der Rechtsfolgenebene (Absorption vs. Asperation) muss dringend überdacht werden. Der legitimatorische Ausgangspunkt für diese Differenzierung ist mit Blick auf den Grundsatz schuldangemessener Bestrafung äußerst zweifelhaft. Nicht ohne Grund herrscht in der Rechtsprechung insgesamt der Trend vor, die Unterschiede zwischen Gesetzeskonkurrenz, Tateinheit und Tatmehrheit zu nivellieren. An

anderer Stelle habe ich ausführlich dargelegt, dass für die echte Konkurrenz ein monistisches Modell, das sich von der Grundidee an den Regeln der Asperation orientiert, deutlich besser geeignet wäre, eine schuldangemessene Bestrafung zu gewährleisten.⁵⁹

⁵⁹ Ausführlich *El-Ghazi*, Konkurrenzlehre, 625 ff.