

# Wider die „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen als strafrechtswissenschaftliche „Methode“

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen\*

## I. Einführung

Das Schlagwort der „Abgrenzung“ begegnet Studentinnen und Studenten der Rechtswissenschaften im Zusammenhang mit dem Strafrecht bereits im ersten Fachsemester. So werden in der Dogmatik des Allgemeinen Teils des StGB beispielsweise die „Abgrenzungen“ von Vorsatz und Fahrlässigkeit<sup>1</sup>, von Tun und Unterlassen<sup>2</sup> sowie von Täterschaft und Teilnahme<sup>3</sup> diskutiert. Konnten die angehenden Juristinnen und Juristen sich demnach bereits früh an diese „Methode“<sup>4</sup> gewöhnen, so überrascht es sie wenig, wenn sie sich in der Dogmatik des Besonderen Teils des StGB fortsetzt. So sind „klassische“ Gegenstände der strafrechtlichen Juristenausbildung etwa die „Abgrenzungen“ von Betrug und Diebstahl<sup>5</sup> oder von Raub und räuberischer Erpressung<sup>6</sup>. Daher kann es nicht verwundern, wenn dieses Vorgehen von Strafrechtlern regelmäßig als selbstverständlich empfunden wird. Dabei wird häufig ein „ungeheure[r] Aufwand an Scharfsinn und dogmatischer Phantasie [...] zur Aufrechterhaltung der Exklusivität zwischen einzelnen Tatbeständen“ betrieben.<sup>7</sup> Um diese „Abgrenzungen“ von Deliktstatbeständen des Besonderen Teils des StGB soll es im Folgenden gehen, nicht aber um die genannten oder andere „Abgrenzungen“ innerhalb des Allgemeinen Teils des Strafrechts.

Das Denkmuster der „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen soll im Folgenden nicht in Bezug auf einzelne konkrete Fragestellungen, sondern als „Methode“ insgesamt hinterfragt werden. Unter einem „Deliktstatbestand“ wird dabei im Folgenden nicht nur ein Paragraph in seiner Gesamtheit verstanden, sondern auch verschiedene Tatbestände innerhalb

eines Paragraphen (z.B. § 306a Abs. 1 und Abs. 2 StGB) oder verschiedene Tatbestände (bzw. Tatbestandsvarianten) innerhalb einer Vorschrift (z.B. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und Nr. 2 Var. 2 StGB).<sup>8</sup>

Der Begriff „Abgrenzung“ lässt sich so verstehen, dass zwischen den beiden abzugrenzenden Gegenständen eine Grenze gezogen bzw. eine bereits vorhandene Grenze hervorgehoben wird. Das Ergebnis ist in beiden Fällen dasselbe: Nach der „Abgrenzung“ gibt es zwischen beiden Bereichen keine inhaltlichen Überschneidungen mehr; sie sind klar getrennt. Implizit tritt zu diesem Vorverständnis der Funktion der Abgrenzung vielerorts noch ein weiterer Aspekt hinzu: Innerhalb des Vorgangs der Subsumtion eines (Klausur- oder Lebens-)Sachverhalts unter das Strafgesetz hat sich im „Zeitpunkt“ der Abgrenzung die Rechtsfindung häufig bereits so weit verdichtet, dass die abzugrenzenden Gegenstände als abschließende Alternativen angesehen werden. Liegt die eine nicht vor, ist auf jeden Fall die andere einschlägig; weitere Möglichkeiten bestehen nicht (mehr) – tertium non datur.

Diese beiden Prämissen des Abgrenzungsvorgangs bergen gleichermaßen die Gefahr, dass aufgrund der empfundenen Notwendigkeit, Deliktstatbestände voneinander abgrenzen zu müssen, wichtige Fragen nie aufkommen, weil sie durch die Abgrenzung bereits präkludiert sind. Dies soll im Folgenden verdeutlicht werden.

Dazu werden zunächst denkbare Gründe erörtert, die prima facie für die Notwendigkeit einer Abgrenzung von Deliktstatbeständen sprechen (II.). Anschließend wird dargelegt, welche problematischen Konsequenzen die „Methode“ des „Abgrenzens“ regelmäßig nach sich zieht (III.).

## II. Denkbare Gründe für die Notwendigkeit der Abgrenzung von Deliktstatbeständen

Zunächst ist zu überprüfen, ob zwingende Gründe existieren, die es im Einzelfall erforderlich machen können, zwei Deliktstatbestände im obigen Sinne voneinander abzugrenzen.

### 1. Verfassungsrechtliche Erwägungen

Am eindeutigsten wäre dies der Fall, wenn das Verfassungsrecht eine Abgrenzung von Deliktstatbeständen geböte.

Tauglicher Anhaltspunkt für derlei Überlegungen ist das sog. „Verschleifungsverbot“<sup>9</sup>, das regelmäßig als Ausfluss von Art. 103 Abs. 2 GG behandelt wird<sup>10</sup>. Nach der Recht-

\* Der Autor ist Akad. Rat a.Z. an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt dem Inhaber der Professur sowie Frau Wiss. Mitarbeiterin Clara Bosch, Herrn Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein, Herrn Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska, Herrn Wiss. Mitarbeiter Thomas Kolb sowie Frau stud. iur. Veronika Schmidt herzlich für wertvolle Hinweise und Anregungen.

<sup>1</sup> Exemplarisch Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 21 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> Bspw. Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 158 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Z.B. Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 4 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> Kritisch zum Methodenbegriff in der Rechtswissenschaft Kuntz, AcP 216 (2016), 866.

<sup>5</sup> Exemplarisch Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 63 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> Exemplarisch aus der jüngeren Ausbildungsliteratur Bode, JA 2017, 110; Rönnau, JuS 2012, 888.

<sup>7</sup> So zutreffend Puppe, JR 1984, 229 (230).

<sup>8</sup> Terminologisch wohl ebenso Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vor §§ 13 ff. Rn. 43/44 m.w.N.

<sup>9</sup> Soweit ersichtlich, wurde der Begriff der „Verschleifung“ erstmalig von Saliger, ZStW 112 (2000), 563 (570, 585, 593, 600, 610 ff.), verwendet.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 78 f. = BVerfGE 126, 170 (197 f.); zur Frage, ob das Verschleifungsverbot dem Analogieverbot oder dem Bestimmtheitsgebot zuzuordnen ist, Kuhlen, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Fest-

sprechung des Bundesverfassungsgerichts ist damit gemeint, dass „[e]inzelne Tatbestandsmerkmale [...] innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden [dürfen], dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden“.<sup>11</sup> Diskutiert wird auch, ob das Verschleifungsverbot sich nicht nur auf das Verhältnis mehrerer Tatbestandsmerkmale *innerhalb* eines Deliktstatbestandes, sondern auch auf dasjenige *zwischen* verschiedenen Deliktstatbeständen erstreckt.<sup>12</sup>

So wird beispielsweise vorgetragen, die Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH zur Sittenwidrigkeit bei § 228 StGB<sup>13</sup> verschleife im Ergebnis die §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB einerseits und den § 231 StGB andererseits dergestalt, dass § 231 StGB kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr verbleibe.<sup>14</sup> Denn der Senat führt insoweit aus, Körperverletzungen im Rahmen vereinbarter tätlicher Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen seien bereits aufgrund der solchen Unternehmungen abstrakt innewohnenden Eskalationsgefahr sittenwidrig i.S.d. § 228 StGB. Dies hat nach der literarischen Kritik zur Folge, dass im Rahmen einer solchen Auseinandersetzung erfolgende (gefährliche) Körperverletzungen nicht im Wege der Einwilligung gerechtfertigt werden können. Dadurch werde über den Qualifikationsstatbestand gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ein strengerer Strafrahmen eröffnet als im Falle des § 231 StGB, selbst wenn keine schwere Folge eintritt.

Der 2. Strafsenat führt in seiner Divergenzvorlage betreffend die sog. echte Wahlfeststellung aus, sie führe zu einer Verschleifung zwischen den beiden wahldeutig abgeurteilten Tatbeständen.<sup>15</sup> Wie bereits zuvor in der Literatur prognostiziert,<sup>16</sup> wurde diese Argumentation vom 4. Strafsenat<sup>17</sup> und dem Großen Senat für Strafsachen<sup>18</sup> mit der Begründung *Schuhrs*<sup>19</sup> abgelehnt, das Verschleifungsverbot verbiete es le-

diglich, mehrere kumulative Strafbarkeitsvoraussetzungen zu einer abgeschwächten zu verdichten, diese Situation sei aber in Bezug auf das Verhältnis zweier verschiedener Deliktstatbestände nicht gegeben.

Schließlich wird das Verschleifungsverbot auch als Argument gegen das Konstrukt der (räuberischen) Sicherungserpressung bemüht: Diese Auslegung der §§ 253, 255 StGB führe dazu, dass § 252 StGB in der Erpressungsstrafbarkeit aufgehe und dementsprechend „sinnlos“<sup>20</sup> werde.<sup>21</sup> Könnte jede nachträgliche Sicherung von vermögenswerter Tatbeute durch Nötigungsmittel als (räuberische) Erpressung mit dem Ziel angesehen werden, dass der Genötigte auf seinen Rückgabeanspruch „verzichtet“, werde dadurch die Wertung unterlaufen, dass das Gesetz dieses Verhalten in § 252 StGB nur in bestimmten (insb. zeitlichen) Grenzen mit Strafe bedroht.

Letztlich vermag die Verankerung dieser Argumentationen im Verschleifungsverbot aber nicht zu überzeugen. Das Verschleifungsverbot konkretisiert lediglich die allgemeine methodische Unterstellung,<sup>22</sup> dass der Gesetzgeber keine überflüssigen Tatbestandsmerkmale schafft. Da die Auslegung einer Gesetzesvorschrift einem „Gespräch“ zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwender gleicht, entspricht dies der sprachphilosophischen Idee des Konversationsgrundsatzes, dass kein Sprecher mehr Informationen zur Verfügung stellen soll, als dies für den Inhalt des Gesprächs erforderlich ist.<sup>23</sup>

Auf das Gesetz übertragen funktioniert dieser Gedanke aber nur bei Gleichzeitigkeit der beiden Äußerungen, die zueinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen. Führt der Gesetzgeber einen neuen Straftatbestand ein, der verschiedene Tatbestandsmerkmale aufweist, so ist in aller Regel zu vermuten, dass diese Ausdifferenzierung beabsichtigt war und nicht durch den Rechtsanwender unterlaufen werden darf. In derselben Weise darf man unterstellen, dass ein neu geschaffener Straftatbestand nicht von vornherein dergestalt gänzlich funktionslos sein soll, dass er in jedem denkbaren Fall von einer bereits bestehenden Vorschrift verdrängt wird.<sup>24</sup> Dieselbe Erwägung wird man in Bezug auf zwei gleichzeitig erlassene Straftatbestände fruchtbar machen können.

Häufig wird es aber so sein, dass ein neu geschaffener Straftatbestand (bzw. die Änderung einer bestehenden Vorschrift) zur Folge hat, dass ein (anderer) älterer Deliktstatbestand verdrängt wird. In diesem Fall ist es keineswegs zwingend, dass der neue Tatbestand einschränkend ausgelegt werden muss, sodass dem anderen Deliktstatbestand noch ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Denn der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, eine durch eine Änderung

schrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 (946 f.) m.w.N.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 79 = BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>12</sup> So unkritisch *Grabow*, NStZ 2014, 121 (125), unter Verweis auf *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 444 f. (der aber selbst die Möglichkeit anerkennt, dass eine Vorschrift lediglich wiederholenden bzw. deklaratorischen Charakter aufweist und daher in der Sache funktionslos); krit. dagegen *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (951 ff.) m.w.N.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 20.2.2013 – 1 StR 585/12 = BGHSt 58, 140 = NJW 2013, 1379.

<sup>14</sup> *von der Meden*, HRRS 2013, 158 (162); krit. dagegen *Jahn*, JuS 2013, 945 (947 Fn. 5).

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 28.1.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 26 = NStZ 2014, 392 (394).

<sup>16</sup> Vgl. *Jahn*, JuS 2014, 753 (755).

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 11.9.2014 – 4 ARs 12/14 = NStZ-RR 2015, 40 (40 f.).

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.2017 – GStSt 1/17, Rn. 18 = BGHSt 62, 164 (169 f.) = NStZ 2018, 41 (43).

<sup>19</sup> *Schuh*, NStZ 2014, 437 (438).

<sup>20</sup> So *Seier*, NJW 1981, 2152 (2154).

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 5.9.1986 – 3 StR 359/86 = StV 1986, 530; BGH, Beschl. v. 24.9.1990 – 4 StR 384/90 = StV 1991, 349 (insoweit nicht in NStZ 1991, 47 abgedruckt); zust. *Grabow*, NStZ 2014, 121 (125).

<sup>22</sup> Zutreffend *Krüger*, NStZ 2011, 369 (372) gegen *Saliger*, NJW 2010, 3195.

<sup>23</sup> Vgl. *Grice*, in: Cole/Morgan (Hrsg.), Syntax and Semantics, Bd. 3: Speech Acts, 1975, S. 41.

<sup>24</sup> Ähnlich *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (953 f.).

obsolet werdende Vorschrift formal zu streichen (auch wenn dies im Sinne der Rechtsbereinigung empfehlenswert sein mag<sup>25</sup>), weil das beabsichtigte Ergebnis im Regelfall auch durch die anerkannten methodischen Grundsätze *lex posterior derogat legi anteriori* und/oder *lex specialis derogat legi generali* erreicht werden kann. Dass einer Strafvorschrift ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommen muss, ist daher nur eine „widerlegliche Vermutung“, die durch andere Erwägungen entkräftet werden kann.<sup>26</sup>

Der Kreis potenzieller „Verschleifungen“ von Deliktstatbeständen ist daher denkbar klein. Er wird noch enger, wenn man sich vor Augen führt, dass nur dann gesetzgeberische Wertentscheidungen übergangen werden, wenn einer der Tatbestände tatsächlich *jeglichen* Anwendungsbereich verliert. Völlig unbedenklich ist es dagegen, wenn z.B. in bestimmten Fällen ein Grundtatbestand von einem Qualifikations- oder Erfolgsqualifikationstatbestand überlagert wird.<sup>27</sup>

Relevant wird die Frage nach der Berechtigung eines tatbestandsübergreifenden Verschleifungsverbots daher in Konstellationen wie dem Verhältnis zwischen § 249 StGB einerseits und §§ 253, 255 StGB andererseits. Das Erfordernis der Absicht rechtswidriger Zueignung scheint unterlaufen zu werden, wenn in einer Fallkonstellation, in der alle sonstigen Merkmale des Raubtatbestandes erfüllt sind, stattdessen wegen einer räuberischen Erpressung verurteilt und sogar die §§ 250, 251 StGB herangezogen werden können. Ein solches Ergebnis stellt aber keine Verschleifung im obigen Sinne dar.<sup>28</sup> Anderenfalls würde man zum einen der systematischen Auslegung grundlos den Vorrang gegenüber z.B. der teleologischen Auslegung einräumen.<sup>29</sup> Zum anderen erhöhe man damit zahlreiche systematische Auslegungsfehler zum Verfassungsverstoß und das Bundesverfassungsgericht folglich insoweit zur strafrechtlichen Superrevisionsinstanz.

Ungeachtet dessen folgt aus dem systematischen Widerspruch hingegen nicht, dass er dergestalt aufgelöst werden müsste, dass der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung so ausgelegt wird, dass er keinerlei Überschneidung mehr mit dem Raubtatbestand aufweist. Selbst wenn man von einem tatbestandsübergreifenden Verschleifungsverbot ausgeht, führt dies nicht dazu, dass eine Verschleifung durch Herstellung von Exklusivität vermieden werden muss. Ebenso denkbar sind andere Lösungsmöglichkeiten wie z.B. die Annahme einer Sperrwirkung auf Konkurrenzebene.

Eine „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen ist daher jedenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten.

## 2. Vermeidung der Mehrfachverwertung von Tatbestandselementen

Ein weiteres potenzielles Argument für die Abgrenzung von Deliktstatbeständen ist, dass anderenfalls einzelne Umstände

mehrfach zuungunsten des Betroffenen verwertet werden könnten.

Schwierig ist es jedoch bereits, einen normativen Anknüpfungspunkt für diesen – prima facie einleuchtenden – Gedanken zu finden. Der Grundsatz „*ne bis in idem*“ gem. Art. 103 Abs. 3 GG betrifft die Rechtskraft und damit eine rein prozessuale Dimension; er enthält für die hiesige Fragestellung keine Aussage.<sup>30</sup> Ebenso wenig hilft das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB weiter, denn es betrifft nur das Verhältnis zwischen Schuldfeststellung und Strafzumessung in Bezug auf ein und dieselbe Tat im materiell-rechtlichen Sinne, nicht aber das Verhältnis mehrerer solcher Taten zueinander.

Denkbar wäre daher allenfalls das *Tatschuldprinzip* als Quelle eines entsprechenden Verbots. Danach sind Bezugspunkte der Schuld des Beteiligten, die Grundlage der Strafzumessung ist (§ 46 Abs. 1 StGB), das von ihm verwirklichte Verhaltens- und Erfolgsunrecht bzw. der verwirklichte Verhaltens- und Erfolgsunwert.<sup>31</sup> Überschneiden verschiedene Deliktstatbestände sich teilweise in Bezug auf solche Verhaltens- oder Erfolgselemente, so könnte dies zu einer unbilligen Schuldmehrung führen.<sup>32</sup> So hat beispielsweise der *Große Senat für Strafsachen* klargestellt, dass bei einer tateinheitlichen Verwirklichung von Mord und Raub mit Todesfolge die „Herbeiführung der Todesfolge als solche“ nicht mehrfach zulasten des Angeklagten verwertet werden darf.<sup>33</sup>

Eine solche Mehrfachverwertung liegt aber nur dann vor, wenn sie sich im Schuld- und/oder Strafausspruch niederschlägt, also erst *nach* Konkurrenzenbildung und Strafzumessung.<sup>34</sup> Sie betrifft aber nicht bereits die Feststellung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmäßigkeit.

Zwar wird bei Idealkonkurrenz nur auf eine Strafe erkannt (§ 52 Abs. 1 StGB) und werden bei Gesetzeskonkurrenz die Unrechts- bzw. Unwertelemente, die nicht bereits in dem schwereren Delikt, dem der Ausgangsstrafrahmen entnommen wird (§ 52 Abs. 2 StGB), strafschärfend berücksichtigt, damit es nicht zu einer Mehrfachverwertung im Rahmen des *Strafausspruchs* kommt.<sup>35</sup> Das setzt aber überhaupt erst voraus, dass der Schuldspruch in Bezug auf mehrere Delikte

<sup>30</sup> Vgl. aber auch *Stuckenberg*, ZStW 113 (2001), 145 (151 Fn. 15); dagegen wird das konkurrenzenrechtliche Mehrfachverwertungsverbot teilweise als „*Miniaturform*“ des Verfassungsgrundsatzes „*ne bis in idem*“ bezeichnet, vgl. v. *Heintschel-Heinegg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 16 m.w.N.

<sup>31</sup> Exemplarisch *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2015, S. 187 f. m.w.N.

<sup>32</sup> In diese Richtung bspw. *Laue*, in: Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 4 m.w.N.

<sup>33</sup> BGH, Beschl. v. 20.10.1992 – GSSSt 1/92 = BGHSt 39, 100 = NJW 1993, 1662.

<sup>34</sup> Vgl. auch *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 31/11 f.

<sup>35</sup> Klarstellend etwa v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 30), Vor § 52 Rn. 16.

<sup>25</sup> So auch BMJ (Hrsg.), *Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit* v. 22.9.2008, Rn. 493.

<sup>26</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (954 i.V.m. 948).

<sup>27</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (952).

<sup>28</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (953).

<sup>29</sup> Zutreffend *Kuhlen* (Fn. 10), S. 943 (954).

ergeht und deren Tatbestandsmäßigkeit folglich nicht exklusiv ist.

### 3. Unterschiedliche Unrechts-/Unwerttypen

Weiterhin könnte man einwenden, Deliktstatbestände bilden bestimmte Unrechts- bzw. Unwerttypen ab; die entsprechende Kategorisierung würde verwischt, wenn aufgrund einer zu weit geratenen Formulierung des Gesetzes eigentlich artfremde Verhaltensweisen gleichzeitig mehreren Vorschriften subsumiert werden könnten.

Freilich kann an dieser Stelle nicht die Diskussion um „den“<sup>36</sup> Tatbestandsbegriff im Strafrecht<sup>37</sup> neu aufgerollt werden. Klar dürfte aber sein, dass strafrechtliche Deliktstatbestände sich nicht (zwangsläufig) mit kriminologisch-phänomenologisch charakteristischen Tatbildern decken.<sup>38</sup> So unterfallen beispielsweise der Kneipenschläger, der ohne Einwilligung operierende Chirurg und der Baustellenleiter, der die notwendige Sicherung eines Gerüsts unterlässt, gleichermaßen den §§ 223 ff. StGB. Da einzelne Deliktstatbestände regelmäßig keine „typischen“ Tatbilder repräsentieren, lässt sich keine entsprechende Kategorisierung vornehmen, solange der Gesetzestext keine entsprechenden Voraussetzungen normiert. Ein von der Formulierung der gesetzlichen Vorschriften gelöstes „vortatbestandliches“ Verständnis, was ein bestimmtes Delikt ausmachen soll – sei es, dass das entsprechende Bild (vermeintlich) „historisch gewachsen“ ist, sei es, dass es sich um eine (häufig mediengeprägte) „intuitive“ Vorstellung von einem spezifischen Tatbild handelt –, kann dagegen überhaupt keine Aussagekraft für die Auslegung von Rechtsvorschriften haben. Auf diese Weise würde verkannt, dass die Sprache des Gesetzes einen gänzlich anderen Bedeutungskontext bildet als „die“ Alltagssprache und ihre Begriffe dementsprechend losgelöst geprägt werden müssen.<sup>39</sup>

Dass dies die Kommunikation zwischen dem Gesetz bzw. den Rechtsanwendern einerseits und dem Bürger (der regelmäßig juristischer Laie sein wird) andererseits (weiter) erschwert, ist misslich, aber unvermeidlich. Beredtes Zeugnis darüber legt der Umstand ab, dass in weiten Teilen der Bevölkerung immer noch die Vorstellung vorzuherrschen scheint, dass der Unterschied zwischen Mord und Totschlag

darin besteht, dass der Mord mit Vorüberlegung begangen wird (wie dies vor 1941 geltendes Recht war<sup>40</sup>). Ebenso wenig wie dieses Auseinanderfallen von Alltagssprachlichem und juristischem Verständnis des Mordbegriffs am Gesetzestext des § 211 StGB etwas zu verändern vermag, dürfen intuitive und vorrechtliche Vorstellungen von dem, was ein bestimmtes Delikt ausmachen soll, die normative Auslegungsarbeit beeinträchtigen. Dies gilt umso mehr, als eine entsprechende Vorstellung möglicherweise auf einem kriminologisch-phänomenologischen Bild beruht, das durch gewandelte Verhältnisse in der Gesellschaft überholt ist. So ist beispielsweise wohl die Vorstellung vom „stadtbekanntem Hehler“, der durch seine bloße Existenz und Abnahmebereitschaft einen Anreiz zu Diebstählen setzt, überholt; vielmehr ist die Hehlerei in den meisten – entdeckten – Fällen ein bloßes Gelegenheitsdelikt.<sup>41</sup> Dennoch wird diese Vorstellung regelmäßig als Argument für die Auffassung herangezogen, dass der Hehlereitstatbestand neben dem Vermögen auch „allgemeine Sicherheitsinteressen“ schütze, obwohl sie mit § 259 Abs. 2 StGB nicht vereinbar ist.<sup>42</sup>

Im Rahmen der strafzumessungsrechtlichen Diskussion über das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB hat die Erkenntnis, dass es kein vom Gesetzestext gelöstes „Regeltatbild“ gibt, sich weitestgehend durchgesetzt. So sollen solche Umstände, die zwar (in einem empirischen Sinne) typischerweise eine bestimmte Straftat begleiten, aber nicht selbst Bestandteil des Deliktstatbestandes sind, strafschärfend berücksichtigt werden können.<sup>43</sup> Sog. „normative Normalfälle“ lassen sich nicht bilden.<sup>44</sup> Warum dieser Gedanke ausschließlich im Kontext des Strafzumessungsrechts, nicht aber generell zutreffend sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Eine ganz andere Frage als diejenige, ob es klar unterscheidbare vorrechtliche Unrechts- bzw. Unwerttypen gibt, ist diejenige, ob die Symbolkraft bestimmter Begriffe (genauer: der bestimmten Begriffen außerrechtlich zugeschriebene Bedeutungsgehalt) genutzt werden soll, indem das Recht diese Begriffe (als schlichte sprachliche Zeichen, nicht eine eventuelle außerstrafrechtliche Bedeutung) übernimmt. So wurde im Rahmen der Diskussion über eine mögliche Reform der Tötungsdelikte (insb. des Mordtatbestandes) auf den Vorschlag hin, den Begriff des „Mordes“ gänzlich aus dem Strafgesetzbuch zu streichen,<sup>45</sup> eingewandt, „Mord“ sei

<sup>36</sup> Klargestellt sei, dass mehrere Verständnisse des Begriffs „Tatbestand“ unterschieden werden müssen, so beispielsweise der rechtswissenschaftlich-metasprachliche Tatbestandsbegriff i.S.d. der Deliktsprüfungsstufe „Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit – Schuldhaftigkeit“; davon sind die verschiedenen Male, an denen der Begriff „Tatbestand“ sich (bspw.) im StGB findet (z.B. §§ 9 Abs. 1 Var. 3, 11 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1, 16 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, 22, 46 Abs. 3, 78 Abs. 4, 78a S. 2 StGB) zu unterscheiden. Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe muss der Begriff in all diesen Vorschriften nicht einheitlich, sondern nach Maßgabe des jeweiligen Normzwecks ausgelegt werden.

<sup>37</sup> Vgl. den Überblick bei *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 1 ff. m.w.N.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 153.

<sup>39</sup> Eingehend dazu bspw. *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387.

<sup>40</sup> § 211 RStGB i.d.F.v. 1871 lautete: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“

<sup>41</sup> Vgl. exemplarisch *Walter*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 259 Rn. 8 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. dazu *M. Wagner*, ZJS 2010, 17 (26 f.) m.w.N.

<sup>43</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 14.8.1990 – 1 StR 62/90 = BGHSt 37, 153 = NJW 1991, 185 (Samenerguss bei Vergewaltigung); allg. *Meier* (Fn. 31), S. 229 m.w.N.

<sup>44</sup> *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 140 f. m.w.N.

<sup>45</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSTZ 2014, 9.

ein im Sprachgebrauch tief verwurzelter Begriff, der aus dem Gesetz nicht hinwegzudenken sei.<sup>46</sup>

Das Recht ist notwendig auf die (grundsätzliche) Akzeptanz seiner Unterworfenen angewiesen. Insoweit mag es sinnvoll sein, ein – möglicherweise empirisch feststellbares – Interesse in der Bevölkerung zu befriedigen, dass es im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte ein Stufenverhältnis gibt, das nicht nur im Strafmaß, sondern auch in der begrifflichen Bezeichnung abgebildet werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn es nicht im Sinne eines vermeintlich historischen oder empirischen „Regelbildes“ darum geht, bestimmte Sachverhaltsgruppen den jeweiligen Begriffen zuzuordnen, sondern lediglich das Bedürfnis besteht, überhaupt verschiedene Begriffe zu verwenden – gleichgültig, welche inhaltliche Unterschiede durch die Begriffe abgebildet werden. Diese Erwägungen liegen auch der Praxis zugrunde, entgegen dem sonst Üblichen bei der Vergewaltigung (§ 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB) ausnahmsweise im Urteils tenor nicht die Bezeichnung des Grundtatbestandes (sexueller Übergriff), sondern diejenige des Regelbeispiels eines besonders schweren Falles aufzuführen.<sup>47</sup> So lässt sich auch das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung verstehen: Auch wenn man § 249 StGB nur als Teilausschnitt der Gesamtsumme aller Konstellationen räuberischer Erpressungen begreift, so lässt die Existenz des Raubtatbestandes sich damit rechtfertigen, dass auch dem Raubbegriff eine gewisse Symbolkraft innewohnt, die ihr Gegenstück im Strafrechtssystem finden sollte.<sup>48</sup> Wie genau dieser Teilausschnitt inhaltlich konturiert ist, ist – ebenso wie im Verhältnis zwischen § 211 StGB und § 212 StGB – für das Abstufungsbedürfnis der Bevölkerung letztlich irrelevant und Entscheidung des Gesetzgebers.

### III. Gründe gegen die Notwendigkeit der Abgrenzung von Deliktstatbeständen

Bislang konnte gezeigt werden, dass keiner der Gründe, die dafür angeführt werden könnten, viele Deliktstatbestände im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses bereits auf Ebene des (zumeist objektiven) Tatbestands voneinander abzugrenzen, zwingend ist, sondern die befürchteten Friktionen im Bereich der Konkurrenzbildung oder Strafzumessung gelöst werden können. Damit ist aber noch nicht ausgesagt, dass der letztgenannte Weg auch tatsächlich zwingend oder vorzugswürdig ist. Dies gilt es im Folgenden darzulegen.

#### 1. Würdigung verschiedener Rechtsgutsbeeinträchtigungen im Schuldspruch

In den verschiedenen Diskussionen betreffend die „Abgrenzung“ bestimmter Deliktstatbestände zeigt sich, dass der

Fokus häufig zu stark auf die Höhe des potenziellen Strafrahmens gerichtet wird. Dies zeigt sich beispielsweise, wenn ausgeführt wird, § 231 StGB habe „nach der Auslegung des 1. Strafsenats keinen eigenen strafbegründenden Anwendungsbereich mehr. Er würde zwar nach teilweise vertretener Auffassung im Wege der Idealkonkurrenz im Schuldspruch zum Tragen kommen [...]. Ein eigenständiger Anwendungsbereich wäre der Vorschrift aber genommen.“<sup>49</sup>

Diese Äußerung verdeutlicht, dass dem Deliktstatbestand des § 231 StGB nur dann eine Daseinsberechtigung zugestanden wird, wenn eine darauf gestützte Verurteilung sich im Verhältnis zu den anderen mitverwirklichten Delikten auch im Strafausspruch niederschlägt. Dieser Gedanke liegt letztlich auch anderen „Abgrenzungen“ zugrunde (wie etwa denjenigen von Diebstahl und Betrug oder Raub und räuberischer Erpressung), weil die vermeintliche Exklusivität der Deliktstatbestände sich nicht im Strafrahmen auswirkt.

Eine solche Betrachtungsweise verkennt allerdings die Bedeutung des Schuldspruchs (vgl. § 260 Abs. 4 S. 1 und 2 StPO) im Strafrecht. Erst der Schuldspruch macht die Qualität des Unwerturteils deutlich und verhängt das Stigma über den Verurteilten. Darum handelt es sich auch um einen eigenständigen Grundrechtseingriff<sup>50</sup> und auch eine Verurteilung, die z.B. gem. § 60 StGB von Strafe absieht, beschwert den Angeklagten und kann mit Rechtsmitteln angefochten werden<sup>51</sup>. Der Strafausspruch ohne den Schuldspruch verkommt zur wertfreien Entscheidung, die nach außen hin nicht mehr von einer Entscheidung im Ordnungswidrigkeitenverfahren, in einem Zivilprozess oder von einem prozessualen Zwangsmittel unterscheidbar ist. Ohne das im Schuldspruch zum Ausdruck kommende Stigma wird die Rechtsfolge zu einer bloß wirtschaftlichen Größe, die – aus Täterperspektive – einer Kosten-Nutzen-Rechnung zugänglich ist.

Die Funktion des Schuldspruchs ist es, das verwirklichte Unrecht bzw. den verwirklichten Unwert erschöpfend abzubilden und somit nach außen zu tragen („Klarstellungsfunktion“).<sup>52</sup> Diesem Ziel ist daher auch die Konkurrenzbildung verpflichtet („Ausschöpfungsgebot“),<sup>53</sup> die der Formulierung des Schuldspruchs vorausgeht.

Diese Funktion kann aber nicht erfüllt werden, wenn aufgrund einer vermeintlichen Exklusivität von Deliktstatbeständen bestimmte Unrechtselemente bereits tatbestandlich ausgeschlossen und daher bei der Konkurrenzbildung überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden können. Dies ist

<sup>46</sup> T. Walter, NStZ 2014, 368 (374).

<sup>47</sup> Dazu bspw. BGH, Beschl. v. 27.5.1998 – 3 StR 204/98 = NStZ 1998, 510 (511); Maier, in: Knauer/Kudlich/H. Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 260 Rn. 292 m.w.N.

<sup>48</sup> So Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2017, § 18 Rn. 8 m.w.N.

<sup>49</sup> So von der Meden, HRRS 2013, 158 (162 – Hervorhebung nur hier).

<sup>50</sup> Eingehend Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 621 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> Exemplarisch Jesse, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/1, 26. Aufl. 2014, Vor §§ 296 ff. Rn. 64.

<sup>52</sup> Vgl. bspw. Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 52 Rn. 2; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 30), Vor § 52 Rn. 27; jew. m.w.N.

<sup>53</sup> Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 30), Vor § 52 Rn. 17, 26; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 44), Vor § 52 Rn. 25, § 52 Rn. 26; jew. m.w.N.

insbesondere dann der Fall, wenn verschiedene Rechtsgutsträger betroffen sind.

Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen: T nötigt M mit Gewalt ein Fahrzeug ab, das dieser – was T bewusst ist – von V gemietet hat. Verlangt man im Rahmen der §§ 253, 255 StGB eine Vermögensverfügung, verneint eine solche aber für den vorliegenden Fall und kommt folglich zum Ergebnis, dass T „nur“ eines Raubes schuldig ist, so wird durch diesen Schuldspruch vorrangig die Eigentumsbeeinträchtigung des V abgebildet, weil § 249 StGB in erster Linie Eigentumsdelikt ist.<sup>54</sup> Da der Raubtatbestand jedoch auch die Nötigungskomponente enthält, wird nach h.M. eine Strafbarkeit wegen Nötigung wohl auch bei Personenverschiedenheit verdrängt,<sup>55</sup> weshalb der Schuldspruch nicht klarstellt, dass neben dem Rechtsgut Eigentum auch ein Rechtsgut des M in strafrechtlich relevanter Weise beeinträchtigt wurde. Überhaupt nicht dargestellt wird, dass M selbst einen Vermögensschaden erlitten hat, nämlich den Verlust des berechtigten Besitzes an dem Fahrzeug, und erst recht nicht, dass er und nicht V unmittelbar der Gewaltanwendung des T ausgesetzt war.

Dieses Beispiel zeigt, dass der Umstand, dass die Deliktstatbestände des Raubes einerseits und der räuberischen Erpressung andererseits unterschiedliche Rechtsgüter schützen, nicht hinreichend Beachtung findet. Im Schulfall des Zweipersonen-Verhältnisses wirkt das Problem sich nicht aus, weil das Eigentumsrecht Teilelement des Vermögens ist und dadurch dasselbe Erfolgsunrecht durch beide Vorschriften abgebildet werden kann. Dieser Zufall darf aber nicht die Auslegung so prägen, dass die Unterschiede gänzlich eingeebnet werden.

### 3. Konsequenzen für andere Rechtsgebiete

Auch andere Rechtsvorschriften, die an eine Verurteilung anknüpfen, beziehen sich häufig nicht (nur) auf einen bestimmten Strafausspruch, sondern auf bestimmte Deliktstatbestände und damit auf bestimmtes Verhaltens- und Erfolgsunrecht bzw. solchen -unwert.

Als Beispiel mag die Vorschrift gem. § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG dienen, die die Inhabilität als Geschäftsführer regelt. Auch insoweit kommt es streng formal auf den Schuldspruch an.<sup>56</sup> Während jede Verurteilung wegen (vorsätzlichen) Bankrotts (§ 283 StGB) zur Inhabilität führt (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. b StGB), ist dies bei einer Verurteilung wegen Untreue nur dann der Fall, wenn der Strafausspruch mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe beträgt (vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e StGB).

Nur im Bereich der Untreue sollen Bagatellfälle damit ausgeklammert werden, während es beim Bankrottstatbestand, der nicht dem Schutz des Vermögens der Gesellschaft, sondern demjenigen der Gläubigerinteressen an der Gesamt-

befriedigung dient,<sup>57</sup> gerade nicht auf das Maß des Verstoßes ankommt. Diese Wertung wird unterlaufen, wenn man § 266 StGB einerseits und § 283 StGB einem strengen Exklusivitätsverhältnis unterstellt. Denn auf diese Weise kann es dazu kommen, dass der Umstand, dass neben die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen auch noch ein geringer Vermögensschaden der Gesellschaft selbst tritt, letztlich dazu führt, dass die Vorschrift des § 6 GmbHG unangewendet bleibt.

### 4. Prozessuale Konsequenzen

Nicht zu unterschätzen sind auch die Konsequenzen, die die Verlagerung der „Abgrenzung“ von Deliktstatbeständen von der Tatbestands- auf die Konkurrenzebene im Bereich des Strafprozessrechts zeitigt. Zum einen kann dieser Perspektivwechsel die Antwort auf die Frage beeinflussen, ob ein Verdacht in Bezug auf eine Katalogtat bei entsprechend ausgestalteten Ermittlungsbefugnissen (z.B. § 100a StPO) vorliegt oder nicht. Zum anderen zeigt das Beispiel des abgenötigten Mietwagens (s.o.), dass M im Beispielfall nur dann als Verletzter am Strafverfahren beteiligt werden kann (etwa als Nebenkläger oder im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens), wenn die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter auch tatsächlich abgebildet wird.

Relevant werden kann die Frage des Verhältnisses zweier Deliktstatbestände auch bereits im Rahmen der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit. Anschaulich wird dies am Beispiel des Verhältnisses von § 211 StGB einerseits und § 216 StGB andererseits. Während Mord gem. § 74 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GVG i.V.m. § 1 StPO zur erstinstanzlichen Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer am Landgericht gehört, ist Tötung auf Verlangen ein Vergehen i.S.d. § 12 Abs. 2 StGB und unterfällt je nach Straferwartung im Einzelfall der Zuständigkeit des Strafrichters oder des Schöffengerichts am Amtsgericht oder der großen Strafkammer am Landgericht. Geht man davon aus, dass der den Tod des Opfers verursachende Täter zwar einerseits handelt, um dem ernstlichen Verlangen des Opfers nachzukommen, gleichzeitig aber auch ein Mordmerkmal erfüllt, damit sowohl den Tatbestand des § 216 StGB wie auch denjenigen des § 211 StGB erfüllt und erst auf Konkurrenzebene die Sperrwirkung des Tatbestandes der Tötung auf Verlangen zum Tragen kommt, so ist auf den ersten Blick die große Strafkammer als Schwurgericht zuständig. Dass am Ende möglicherweise „nur“ eine Verurteilung zu einer – im Verhältnis zur Strafandrohung des Mordtatbestandes – geringe Freiheitsstrafe steht, ist wegen § 269 StPO unschädlich.

Dieses Vorgehen ist nicht unproblematisch. Denn es scheint die Wertung des Gesetzgebers zu unterlaufen, nur die

<sup>54</sup> Klarstellend *Sander*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 249 Rn. 2.

<sup>55</sup> *Sander* (Fn. 54), § 249 Rn. 43.

<sup>56</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 30.1.2017 – 5 Wx 2/17 = NZWiSt 2018, 114.

<sup>57</sup> Exemplarisch *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 283 ff. Rn. 19; *Radtke/Petermann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 283 Rn. 3; *Rotsch/M. Wagner*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2019, Kap. 8 Rn. 122 (erscheint demnächst); jeweils m.w.N.

Schwerstkriminalität der Zuständigkeit des Schwurgerichts zu unterstellen<sup>58</sup> und explizit nur die §§ 211, 212 StGB, nicht aber § 216 StGB in den Katalog des § 74 Abs. 2 S. 1 GVG aufzunehmen. Dieses Problem ist aber von der Frage zu trennen, ob eine Tötung auf Verlangen überhaupt den Mordtatbestand erfüllen kann oder ob das Verhältnis beider Deliktstatbestände im Rahmen der Konkurrenzbildung zu klären ist,<sup>59</sup> sondern eine solche der Auslegung des Gerichtsverfassungsrechts. Denn nach dessen Sinn und Zweck ist zu ermitteln, ob Mechanismen wie die Sperrwirkung des § 216 StGB gegenüber dem Mordtatbestand bereits im Rahmen der Zuständigkeitsfeststellung berücksichtigt werden sollen oder nicht.

Von dem Umstand abgesehen, dass der Gesetzgeber vermutlich anderes im Sinn hatte, hätte es aber auch prozessuale Vorteile, mit der obigen Argumentation die Tötung auf Verlangen generell der Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer zu unterwerfen. Stellt sich im Laufe der Hauptverhandlung (vor dem Amtsgericht oder einer großen Strafkammer beim Landgericht) heraus, dass entgegen den Verdachtsmomenten im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses doch kein ernstliches Verlangen vorlag oder dieses nicht den zentralen Beweggrund des Täters darstellte, ist der erkennende Spruchkörper sachlich unzuständig und das Verfahren muss gem. § 270 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StPO an das Schwurgericht zur erneuten Verhandlung verwiesen werden.

Ähnliche Probleme können sich im Zusammenhang mit der Nebenklageberechtigung stellen. Wird dem Opfer einer versuchten Tötung, das bestreitet, die Tötung ernstlich verlangt zu haben, der Anschluss als Nebenkläger mit der Begründung verweigert, § 395 StPO sehe in einem Fall des §§ 216 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB einen Anschluss nicht vor, so stellt diese Ablehnung einen relativen Revisionsgrund dar, wenn sich später herausstellt, dass die Tat doch als Fall des §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB oder §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1 StGB zu werten ist.<sup>60</sup>

Um diese prozessualen Folgeprobleme zu vermeiden, werden die Strafverfolgungsbehörden versucht sein, „sicherheitshalber“ (nur) das schwerere Delikt anzuklagen. Insoweit wäre es für alle Verfahrensbeteiligten praktikabler, die angesprochenen Probleme von vornherein im Wege der konkurrenzrechtlichen Lösung zu vermeiden.

### 5. Strafbarkeits„lücken“

Nach *Puppe* führen Exklusivitätspostulate zu Strafbarkeitslücken.<sup>61</sup> Zweifelhaft erscheint zwar die Ausgangsthese *Pupes*, jede Form der tatbestandsmäßigen Exklusivität werde durch Einfügung eines ungeschriebenen Merkmals in einen der „abzugrenzenden“ Deliktstatbestände erreicht.<sup>62</sup> Dies mag ein typisches Vorgehen sein, wie insbesondere die „Ver-

mögensverfügungen“ im Rahmen der §§ 253, 263 StGB zeigen. Allerdings wird die „Abgrenzung“ zum Teil auch mittels Auslegung im Gesetzestext *bereits vorhandener* Merkmale vollzogen, wie beispielsweise die frühere „Interesstheorie“ im Verhältnis zwischen Bankrott und Untreue zeigt, die ihren Ausgangspunkt im Begriff „als“ im Rahmen des § 14 Abs. 1 StGB nahm. Sieht man davon einmal ab sowie darüber hinweg, dass der Begriff der Strafbarkeitslücke in einem fragmentarischen rechtsstaatlichen Strafrecht problematisch ist,<sup>63</sup> so ist ihr in der Sache dennoch zuzustimmen. Ein Teil der Beispiele, die *Puppe* als Beleg für ihre These aufführt,<sup>64</sup> ist zwar zwischenzeitlich gesetzgeberisch überholt<sup>65</sup>, lässt sich jedoch in analoger Weise auch anhand des gegenwärtigen Strafrechts bilden.

Die erste von *Puppe* genannte Problemkonstellation sind Irrtumsfälle. Dies sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: A fordert von B mit vorgehaltener Waffe dessen Autoschlüssel heraus, wobei er das Fahrzeug nur kurzfristig benutzen, im Anschluss aber zurückgeben will. Er geht dabei davon aus, dass B sich in einer ausweglosen Situation sieht. B hingegen ist der Auffassung, die Situation anderweitig beenden zu können, entscheidet sich jedoch für den Weg des geringsten Widerstandes und händigt A die Schlüssel freiwillig aus. Verlangt man im Rahmen der §§ 253, 255 StGB eine Vermögensverfügung, so hat A keinen diesbezüglichen Vorsatz, weil er von einer Wegnahme ausgeht. Die Strafbarkeit wegen eines (untauglich) versuchten Raubes scheitert an der fehlenden Zueignungsabsicht. Es bleibt daher bei einer Strafbarkeit wegen Bedrohung bzw. Nötigung sowie gem. § 248b StGB. Die Verknüpfung des Handlungsunrechts (Gewaltanwendung bzw. Drohung) mit dem Erfolgsunrecht (Besitzverlust) wird nicht abgebildet. Bildet man den Fall so, dass das Tatobjekt kein Kraftfahrzeug oder Fahrrad i.S.d. § 248b StGB ist, wird das Erfolgsunrecht überhaupt nicht tatbestandsmäßig erfasst.

Die zweite Fallgruppe betrifft Teilnahmemöglichkeiten. Bildet man den soeben dargestellten Beispielsfall dahingehend um, dass A zwar erkennt, dass B die Schlüssel freiwillig aushändigt, sein Gehilfe G aber davon ausgeht, B lasse sich die Schlüssel wegnehmen, so liegt die Haupttat, zu der G Hilfe leisten will (Raub), nicht vor. Da nach § 30 StGB e contrario der (erst recht untaugliche) Versuch der Beihilfe zu einer (nicht vorliegenden) räuberischen Erpressung nicht

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Kertai*, JuS 2011, 976.

<sup>59</sup> *Puppe*, JR 1984, 229 (231 ff.).

<sup>60</sup> § 246 StGB a.F. wurde durch Art. 1 Nr. 52 des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) v. 26.1.1998 (BGBl. I 1998, S. 164 [178]) u.a. dahingehend neugefasst, dass der Passus „die er in Besitz oder Gewahrsam hat“, anhand dessen zuvor die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Unterschlagung diskutiert worden war (zsf. etwa *Hohmann*, in: Joecks/Miebach [Fn. 54], § 246 Rn. 4 ff. m.w.N.), gestrichen wurde. Die Ausführungen betreffend § 237 StGB betreffen nicht den heutigen Straftatbestand der Zwangsheirat, sondern denjenigen der „Entführung gegen den Willen der Entführten“ gem. § 237 StGB a.F., der auf § 236 RStGB beruhte und durch das 33. StÄG v. 1.7.1997 aufgehoben wurde (BGBl. I 1997, S. 1607).

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drs. 7/551, S. 101.

<sup>59</sup> Eingehend *H. Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 54), § 216 Rn. 72 m.w.N.

<sup>60</sup> Vgl. *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 396 Rn. 13 m.w.N.

<sup>61</sup> *Puppe*, JR 1984, 229 (231 ff.).

<sup>62</sup> *Puppe*, JR 1984, 229 (230: „Alle Versuche“).

strafbar ist, bleibt G straflos. Vergleichbare Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit § 28 StGB.<sup>66</sup>

Insoweit liegen Strafbarkeits„lücken“ nicht in dem Sinne vor, dass gesetzlich formulierte Deliktstatbestände solche Verhaltensweisen nicht erfassen, die rechtspolitisch als strafwürdig angesehen werden. Vielmehr sind solche Verhaltensweisen straflos bzw. das verwirklichte Unrecht wird in einem geringeren Maß abgebildet, als der Gesetzgeber dies vermutlich im Sinn gehabt hat, weil der Gesetzeswortlaut aufgrund wissenschaftlicher vermeintlicher Systematisierungsbemühungen nicht ausgeschöpft wird.

### 6. Teilweises Entfallen eines vermeintlich praktischen Bedürfnisses für echte Wahlfeststellung

Seit der *Große Senat für Strafsachen* im vergangenen Jahr entschieden hat, dass die sog. „echte“ oder „ungleichartige“ Wahlfeststellung nach den durch die Rechtsprechung des BGH entwickelten Grundsätzen zulässig ist,<sup>67</sup> ist die diesbezügliche Diskussion als für die Praxis vorläufig beendet anzusehen. Die tiefgreifende Kritik weiter Teile der Literatur<sup>68</sup> an dieser Rechtsfigur hat der *Senat* dabei „nur in homöopathischen Dosen verarbeitet“.<sup>69</sup>

Der hier favorisierte Ansatz, im Falle des Zusammentreffens mehrerer Deliktstatbestände der Konkurrenzlösung gegenüber der tatbestandlichen Exklusivität den Vorzug zu geben, hat den – steht man der echten Wahlfeststellung grundsätzlich kritisch gegenüber – angenehmen Nebeneffekt, dass diese Rechtsfigur zumindest einen weiten Teil ihres vermeintlichen Anwendungsbereichs verliert. Denn nach den Kriterien der Rechtsprechung setzt sie voraus, dass die beiden wahldeutig angeklagten oder abzuurteilenden Deliktstatbestände alternativ vorliegen und kein Stufenverhältnis zwischen beiden vorliegt; bei einem solchen ist nach dem Zweifelsatz der mildere bzw. weitere Deliktstatbestand einschlägig.<sup>70</sup> Geht man aber davon aus, dass es keine Notwendigkeit gibt, ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Deliktstatbeständen künstlich in den Fällen herzustellen, in denen der Gesetzgeber diese Entscheidung nicht explizit getroffen hat, so fehlt es in den betreffenden Fällen an einem Alternativitätsverhältnis im eben genannten Sinne mit der Folge, dass keine Wahlfeststellung angenommen werden kann.<sup>71</sup>

Zu diesem Ergebnis kommt etwa die Rechtsprechung, die den Raub als besonderen Ausschnitt der räuberischen Erpres-

sung ansieht.<sup>72</sup> Verzichtet man im Rahmen des Hehlereitatzstandes auf das ungeschriebene Merkmal, dass der Hehler sich die durch die rechtswidrige Vortat erlangte Sache im Einverständnis mit dem Vortäter verschafft haben muss, ist häufig eine Aburteilung wegen Hehlerei möglich, wenn die Voraussetzungen des § 242 StGB nicht zweifelsfrei nachweisbar sind.<sup>73</sup>

### IV. Ergebnis und Exemplifizierung

Es hat sich gezeigt, dass es keine zwingenden Gründe gibt, Deliktstatbestände im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses voneinander abzugrenzen, sofern der Gesetzgeber diese Entscheidung nicht selbst getroffen hat. Vielmehr sprechen die besseren Argumente dafür, eventuelle Kollisionen mit den Mitteln des Konkurrenzrechts zu lösen. Die Behauptung, „[j]ede Variante einer Konkurrenzlösung“ habe „strafausdehnenden Charakter“,<sup>74</sup> trifft nicht zu, soweit man die „Strafe“, die ausgedehnt wird, im Sinne des Strafausspruchs versteht. Auch der Einwand, es würden „gesetzlich gewollte[] [...] Strafbarkeitslücken“ geschlossen,<sup>75</sup> trägt nicht; vielmehr wird die Entscheidung des Gesetzgebers, was Unrecht und strafbarer Unwert ist, präziser abgebildet. Soweit dadurch insbesondere Beteiligungsmöglichkeiten eröffnet werden, ist davon auszugehen, dass diese dem gesetzgeberischen Willen entsprechen und somit nicht von einer „Ausdehnung“ gesprochen werden kann bzw. eine solche nicht als problematisch anzusehen ist.

Vor- und Nachteile der „Konkurrenzlösung“ seien an wenigen Beispielen noch einmal verdeutlicht:

So ermöglicht der Verzicht auf das Kriterium der Vermögensverfügung bei der (räuberischen) Erpressung eine präzisere Abbildung der verschiedenen Rechtsgutsbeeinträchtigungen im Tenor, soweit mehrere Personen betroffen sind (s.o.). Dem steht die systematische Struktur des 20. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB nicht entgegen.<sup>76</sup> Ebenso wie die gesetzliche Reihenfolge der Tötungsdelikte lässt sich auch die primäre Nennung des § 249 StGB historisch erklären, was aber keine dogmatischen Konsequenzen zeitigt und nicht ausschließt, den Raub als speziellen Teilausschnitt der räuberischen Erpressung anzusehen. Sofern die speziell raubprägenden Merkmale vorliegen – Nötigung zur Duldung der Wegnahme, Eigentumsbeeinträchtigung, Absicht rechtswidriger Zueignung – und derselbe Rechtsgutsträger wie im Rahmen der §§ 253, 255 StGB betroffen ist, ist der Raubtatbestand spezieller. Anderenfalls kann Tateinheit zwischen beiden Deliktstatbeständen vorliegen.

Ebenso wenig besteht eine Notwendigkeit, §§ 249, 251 StGB dahingehend auszulegen, dass die verschiedenen Arten des Tötungsvorsatzes nicht mitumfasst sind. Vielmehr kann ein Bedürfnis dafür bestehen, Tateinheit zwischen Mord und Raub mit Todesfolge anzunehmen. Entscheidend ist, dass das

<sup>66</sup> Vgl. *Puppe*, JR 1984, 229 (231, 233).

<sup>67</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.2017 – GSSt 1/17 = BGHSt 62, 164 = NJW 2017, 2842 m. Anm. *Jahn*.

<sup>68</sup> Vgl. exemplarisch die Überblicke über die literarische Diskussion bei *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676; *Linder*, ZIS 2017, 311.

<sup>69</sup> Zutreffend *Jahn*, NJW 2017, 2846.

<sup>70</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.2017 – GSSt 1/17, Rn. 15 = BGHSt 62, 164 (168 f.) = NJW 2017, 2842 (2483).

<sup>71</sup> Den Zusammenhang zwischen den Exklusivitätspostulaten und der Wahlfeststellung betont zutreffend *Lichtenthäler*, in: A. Schneider/M. Wagner (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, S. 177 (189 f.).

<sup>72</sup> BGH, Beschl. v. 15.4.2014 – 3 StR 92/14 = NStZ 2014, 640.

<sup>73</sup> Dazu bereits *M. Wagner*, ZJS 2010, 17 (28).

<sup>74</sup> *J. Kretschmer*, JuS 2013, 24 (28).

<sup>75</sup> *J. Kretschmer*, JuS 2013, 24 (28).

<sup>76</sup> So aber z.B. *Sander* (Fn. 54), § 253 Rn. 16 m.w.N.

verwirklichte Unrecht vollständig abgebildet wird. Bei einer Verurteilung wegen Mordes wird nicht tenoriert, welche Mordmerkmale erfüllt sind. Selbst soweit Habgier angenommen wird, wird der Wegnahmeerfolg dadurch nicht abgebildet.

Schließlich sei klargestellt, dass auch die „Konkurrenzlösung“ an ihre Grenzen stößt. Deutlich wird dies in Bezug auf §§ 239a, 239b StGB. Mit einem Strafrahmen von Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist der Deliktstatbestand wesentlich strenger als die Deliktstatbestände der §§ 177, 253 StGB, die auf die Nötigung aufbauen. Im Zwei-Personen-Verhältnis droht die Anwendbarkeit der §§ 239a, 239b StGB daher die gesetzgeberische Wertung zu unterlaufen, dass die §§ 177, 253 StGB gerade einen deutlich milderen Strafrahmen für solche Fälle vorsehen. Um dies zu verhindern, werden verschiedenste Bemühungen unternommen, um die Anwendbarkeit der §§ 239a, 239b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis einzuschränken.<sup>77</sup> Auch insoweit wird als Ansatz vorgetragen, die §§ 177, 253 StGB seien als (milder bestrafte) Spezialregelungen anzusehen und gingen den §§ 239a, 239b StGB daher auf der Konkurrenzebene vor.<sup>78</sup> Dem wird aber zutreffend entgegengehalten, dass den entsprechenden Deliktstatbeständen kein Spezialitätsverhältnis entnommen werden kann.<sup>79</sup> Auch eine Konsumtion ist nicht möglich,<sup>80</sup> weil die Deliktstatbestände jeweils unterschiedliche Rechtsgüter schützen.<sup>81</sup> Somit muss der Widerspruch im Strafmaß auf Tatbestandsebene aufgelöst werden. Allerdings darf dies nicht dazu verleiten, eine „Abgrenzung“ im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses vorzunehmen. Denn gerade, weil unterschiedliche Rechtsgüter geschützt werden, kann im Einzelfall mit Blick auf die Klarstellungsfunktion ein Bedürfnis dafür bestehen, Tateinheit z.B. zwischen erpresserischem Menschenraub gem. § 239a StGB und Erpressung gem. § 253 StGB anzunehmen (etwa, weil § 239a StGB nicht abbildet, ob die Erpressung erfolgreich war oder nicht<sup>82</sup>). Es handelt sich also nicht um eine Frage von „Tatbestandslösung vs. Konkurrenzlösung“, sondern lediglich um eine tatbestandsinterne restriktive Auslegung der §§ 239a, 239b StGB, die – wenn auch nicht im Ausgangspunkt, so jedenfalls in der Sache – von den §§ 177, 253 StGB unabhängig ist.

---

<sup>77</sup> Überblick bei *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Ed., Stand. 1.8.2018, § 239a Rn. 12 ff. m.w.N.

<sup>78</sup> So v.a. *Geerds*, JR 1993, 424 (424 f.).

<sup>79</sup> BGH, Beschl. v. 22.11.1994 – GSSt 1/94 = BGHSt 40, 350 (360) = NJW 1995, 471 (472); *Müller-Dietz*, JuS 1996, 110 (115 f.); *Renzikowski*, JR 1995, 349 (350); *ders.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 57), § 239a Rn. 86; *Tenckhoff/Baumann*, JuS 1994, 836 (839).

<sup>80</sup> So aber *Fahl*, Jura 1996, 456 (460 f.).

<sup>81</sup> *Renzikowski* (Fn. 79), § 239a Rn. 86.

<sup>82</sup> Vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.11.1961 – 1 StR 442/61 = BGHSt 16, 316 (320) = NJW 1962, 164 (165); *Renzikowski* (Fn. 79), § 239a Rn. 86 m.w.N.