

Stämpflis juristische Lehrbücher

Günter Stratenwerth

Schweizerisches Strafrecht

**Allgemeiner Teil I:
Die Straftat**

Vierte, neubearbeitete Auflage



Stämpfli Verlag AG Bern

5. Abschnitt: Die Konkurrenzen

Literatur: AEBISCHER, Die Verbrechenskonkurrenz nach dem Schweiz. Strafrecht und Strafprozessrecht, 1951; J. HUBER, Concours idéal et concours imparfait, notamment les rapports entre le Code pénal et les lois spéciales, JdT 106 IV (1958) 79 ff; POPP, An den Grenzlinien der Konkurrenz, in: FS Riklin, 2007, 187 ff.

1 Verwirklicht der Täter durch sein Verhalten nur *einen* Straftatbestand, so legt die entsprechende Strafdrohung den Rahmen, in dem sich die Sanktion halten muss, eindeutig fest; alles Weitere, wie besonders die Strafzumessung, gehört dann in die Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen, also in den Allgemeinen Teil II. Hat der Täter jedoch gegen mehrere Strafvorschriften verstossen, so ist zunächst noch zu klären, in welchem Verhältnis diese Vorschriften zueinander stehen: Die Anwendung einer von ihnen kann die einer oder mehrerer anderen ausschliessen, in welchem Falle man von *unechter* oder Gesetzeskonkurrenz spricht (unten § 18). Es können aber mehrere Vorschriften auch nebeneinander angewendet zu werden beanspruchen, also in *echter* Konkurrenz stehen (unten § 19). Die Grundfragen der Konkurrenz gehören noch in die Lehre von der Straftat.

2 Da die sichernden Massnahmen (oben § 2 N. 33 ff) durchwegs nicht einem bestimmten Straftatbestand zugeordnet sind, sondern ihre eigenen Voraussetzungen haben, spielen hier Konkurrenzen keine Rolle. Denkbar ist allerdings, dass zugleich die Voraussetzungen mehrerer Massnahmen vorliegen. Doch kann solche Massnahmenkonkurrenz erst im Allgemeinen Teil II erörtert werden (siehe dort § 8 N. 45 ff).

§ 18 Unechte Konkurrenz

Literatur: DERENDINGER, Die Straflosigkeit von Vor- und Nachtat im Schweizerischen Strafrecht, 1946; KRAUSS, Zum Begriff der straflosen Nachtat, GA 1965 173 ff; LECROQ, Die Abhängigkeit einer strafbaren Handlung von einer anderen strafbaren Handlung im speziellen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1959; PETRZILKA, Zum Problem der «straflosen Nachtat», Z 59 (1945) 161 ff.

1 Auch die «unechte» ist insofern eine *wirkliche* Konkurrenz, als das Verhalten des Täters mehrere Straftatbestände erfüllt. Der deliktische Gehalt der Tat wird hier jedoch schon durch die Anwendung eines oder einiger von ihnen so vollständig erfasst und abgegolten, dass die übrigen zurücktreten müssen. Das ist der Grundgedanke, auf dem die unechte

Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) in allen ihren Formen und Konsequenzen beruht. Da es für sie keine gesetzliche Regelung gibt, ist im Einzelnen zweifelhaft, welche Formen der unechten Konkurrenz man anerkennen und wie man sie voneinander abgrenzen sollte. Doch kommt es darauf auch nicht an, solange man sich über die sachlichen Voraussetzungen verständigen kann, unter denen Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist.

In der Doktrin werden die Fälle unechter Konkurrenz vielfach ² unter dem Gesichtspunkt der Handlungseinheit und Handlungsmehrheit aufgegliedert in solche der unechten Ideal- und der unechten Realkonkurrenz¹. Diese Unterscheidung empfiehlt sich *nicht*. Zwar ist richtig, dass eine Gesetzeskonkurrenz nach dem Grundgedanken, auf dem sie beruht, zumeist voraussetzt, dass der Täter die mehreren Straftatbestände durch eine und dieselbe Handlung verwirklicht hat. Doch gilt dies nicht ausnahmslos, und wo es nicht gilt (wie besonders bei der straflosen Vortat oder Nachtat [unten N. 10 ff]), kann eine Gesetzeskonkurrenz sowohl bei Handlungseinheit wie bei Handlungsmehrheit gegeben sein, sodass die Zuordnung zu einer der beiden Konstellationen sachlich in die Irre führt.

A. Die einzelnen Formen

I. Spezialität

³ Straftatbestände müssen, um das als strafwürdig erscheinende Verhalten einigermaßen erschöpfend zu erfassen, abstrakt formuliert sein. Darin liegt, im Hinblick auf die Strafdrohung, stets eine gewisse Schematisierung. Deshalb kann der Gesetzgeber versuchen, hinreichend scharf umrissene Fallgruppen von wesentlich abweichendem Unrechts- oder Schuldgehalt auszugliedern und selbstständig zu regeln. Die Sonderregelung hat dann geradezu den Zweck, das allgemeinere Gesetz auszuschliessen, und muss ihm also vorgehen. Man spricht in solchem Falle von Spezialität². Spezialität ist dahin zu definieren, dass ein Straftatbestand einen anderen entweder schon begrifflich oder doch der Sache nach

¹ DONATSCH/TAG, 393, 399, 400; RIKLIN, § 22 N. 19, 23; SCHULTZ I, 133 f; TRECHSEL/NOLL, 284.

² ACKERMANN, BK I, 19 zu Art. 49; DONATSCH/TAG, 393, 401; GERMANN, Verbrechen, 86; GRAVEN/STRÄULI, 337; HURTADO POZO, N. 1489; RIKLIN, § 22 N. 20; SCHULTZ I, 133; SEELMANN, 172 f; TRECHSEL/NOLL, 291.

«in allen Teilen in sich schliesst»³, die Tat oder den Täter aber durch weitere Merkmale noch näher charakterisiert und deshalb allein Anwendung findet.

4 Dieses Verhältnis der Spezialität besteht vor allem zwischen dem Grundtatbestand und seinen unselbstständigen Abwandlungen, mögen sie als Privilegierung oder Qualifikation erscheinen (vgl. BT I, Einl. N. 10). Wer sich der Tötung auf Verlangen (Art. 114) schuldig macht, verwirklicht zugleich den Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung (Art. 111), ist aber natürlich, wie das Gesetz hier sogar ausdrücklich sagt, nur aus dem milderen Spezialgesetz zu bestrafen. Aber auch umgekehrt gilt, dass etwa der Tatbestand der Geiselnahme (Art. 185) den der Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183) einschliesst, auf den er sich ausdrücklich bezieht. Spezialität ist ferner dann gegeben, wenn ein Straftatbestand aus der Kombination zweier oder mehrerer anderer besteht oder sie einschliesst, wie etwa im Verhältnis des Raubes (Art. 140) zu Diebstahl (Art. 139) und Nötigung (Art. 181)⁴ oder im Verhältnis der Brandstiftung (Art. 221) zur Sachbeschädigung (Art. 144). So klar liegt es freilich nicht immer. Dass die Verfügung über mit Beschlagnahme belegte Vermögenswerte (Art. 169) einen Spezialfall des Bruchs amtlicher Beschlagnahme (Art. 289) darstellt⁵ oder dass die falsche Anschuldigung (Art. 303) die Verleumdung (Art. 174) einschliesst⁶, lässt sich nicht schon durch eine begriffliche, sondern allein im Wege der systematischen Analyse des Anwendungsbereichs der entsprechenden Bestimmungen feststellen. Insofern besteht keine scharfe Grenze zu anderen Formen der Gesetzeskonkurrenz.

II. Konsumtion

5 Der Spezialität im Grundgedanken eng verwandt, aber weniger evident ist das Verhältnis der Konsumtion, das dann vorliegt, «wenn der eine Tatbestand nicht mit allen einzelnen Merkmalen, wohl aber *wertmässig*, dem Verschulden und Unrecht nach, im anderen enthalten ist»⁷.

³ BGE 91 IV 213; 96 IV 165.

⁴ Vgl. BGE 71 IV 208.

⁵ BGE 75 IV 174 f.; 119 IV 135.

⁶ BGE 69 IV 116; 80 IV 59; 115 IV 3.

⁷ BGE 91 IV 213 f.; 96 IV 165; 101 IV 204; ACKERMANN, BK I, 22 zu Art. 49 («materielle Subsidiarität»); DONATSCH/TAG, 393, 401; GRAVEN/STRÄULI, 337 f.; HURTADO

Solcher «wertmässige» Einschluss bedeutet, dass ein (leichterer) Deliktstatbestand typischerweise bei der Erfüllung eines anderen (schwereren) Tatbestandes, der dieselben oder ähnliche Interessen oder Rechtsgüter schützt, mitverwirklicht wird. Daher kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber die typische Konstellation bei der Festsetzung des schwereren Strafrahmens bereits berücksichtigt habe; der leichtere Tatbestand scheidet daher aus.

6 So schliesst beispielsweise die lebensgefährliche Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1) regelmässig eine Lebensgefährdung (Art. 129) ein⁸ oder die Vergewaltigung (Art. 190) regelmässig eine einfache Körperverletzung (Art. 123), und die Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung oder fahrlässiger Körperverletzung (Art. 117, 125) im Strassenverkehr gilt auch den Unrechtsgehalt ab, der in der Verletzung der Verkehrssicherheit (Art. 90 SVG) liegt⁹. Konsumtion ist ferner etwa im Verhältnis von Vergewaltigung oder sexueller Nötigung (Art. 189, 190) oder von Raub (Art. 140) zur Freiheitsberaubung (Art. 183) anzunehmen, sofern die Freiheitsbeschränkung mit der Begehung eines solchen Deliktes räumlich und zeitlich in so engem Zusammenhang steht, dass ihr keine selbstständige Bedeutung zukommt¹⁰. Da die Konsumtion nicht vom abstrakten Verhältnis der Strafrahmens, sondern vom tatsächlichen Gewicht der typischerweise miteinander verbundenen Delikte abhängen sollte, kann ausnahmsweise auch ein an sich leichterer Tatbestand den an sich schwereren einschliessen, wie die Entwendung zum Gebrauch (Art. 94 SVG) den des Diebstahls (Art. 139) bezüglich des regelmässig mitentwendeten Benzins¹¹. Immer wird jedoch vorausgesetzt, dass die in Frage stehenden Strafbestimmungen nicht wesentlich verschiedene Interessen oder Rechtsgüter schützen, wie dies zum Beispiel im Verhältnis von wirtschaftlichem Nachrichtendienst (Art. 273) zur Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162) gelten soll¹².

POZO, N. 1498 ff («principe de l'absorption»); KILLIAS et al., N. 1113; RIKLIN, § 22 N. 21; SCHULTZ I, 133 f (teilweise abweichend); SEELMANN, 173 f; TRECHSEL/NOLL, 291.

⁸ BGE 91 IV 195.

⁹ BGE 91 IV 32 ff, 213 ff.

¹⁰ BGE 98 IV 104 ff, 315 f; vgl. auch 89 IV 87 ff.

¹¹ Ebenso GRAVEN/STRÄULI, 338; TRECHSEL/NOLL, 291.

¹² BGE 101 IV 204.

III. Subsidiarität

7 Vielfach sind, zur Erweiterung oder Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes, Verhaltensweisen gesondert unter Strafe gestellt, die sich als Vorstufe oder Vorform oder als weniger intensive Variante eines strafrechtlich anderweitig erfassten Angriffs auf ein Rechtsgut darstellen. Dann tritt dieser sekundäre Tatbestand zurück, wenn der eigentliche oder schwerere Angriff seinerseits gegeben und strafbar ist. Dies ist der Fall der sog. Subsidiarität¹³. Sie bedeutet, dass ein Strafgesetz nur aushilfsweise, das heisst nur dann eingreift, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit (höherer) Strafe bedroht ist (wie manchmal ausdrücklich gesagt wird; vgl. Art. 155). Selbstständige Berechtigung hat die Subsidiarität allerdings neben Spezialität und Konsumtion nur insoweit, wie die Verletzung der sekundären Norm das vorrangige Delikt *nicht* notwendiger- oder typischerweise begleitet.

8 Subsidiarität ist zunächst dann anzunehmen, wenn die konkurrierenden Tatbestände verschiedene *Entwicklungsstufen* desselben deliktischen Angriffs betreffen, wie beim Herstellen usw. von Sprengstoffen und giftigen Gasen (Art. 226) im Verhältnis zu deren deliktischem Gebrauch (Art. 224, 225)¹⁴, bei der Beschaffung von Fälschungsgeräten (Art. 247) im Verhältnis zur Geldfälschung (Art. 240), aber auch bei der Warenfälschung (Art. 155) im Verhältnis des Herstellens zum Inverkehrbringen gefälschter Waren¹⁵ oder im Verhältnis der Vorbereitung bestimmter Gewaltdelikte (Art. 260^{bis}) zu ihrer Ausführung¹⁶. In solchen Fällen kann freilich auch von einer straflosen oder mitbestraften Vortat gesprochen werden¹⁷ (dazu unten N. 10 ff). Als subsidiär verdrängt wird ferner im Regelfalle das *Gefährdungs-* durch das entsprechende *Verletzungsdelikt*, sofern die Gefährdung nicht über den konkreten Verletzungserfolg hinausgeht¹⁸; so treten etwa die Aussetzung (Art. 127) und die Unterlassung der Nothilfe (Art. 128) gegenüber der auch nur versuch-

13 BGE 85 IV 191; 92 IV 20; 93 IV 41 f; 105 IV 249; ACKERMANN, BK I, 20 ff zu Art. 49; DONATSCH/TAG, 393, 401; GRAVEN/STRÄULI, 338 f; HURTADO POZO, N. 1494; KILLIAS et al., N. 1114; RIKLIN, § 22 N. 22; SCHULTZ I, 134; SEELMANN, 173 f; TRECHSEL/NOLL, 291 f.

14 BGE 103 IV 244 f. Konsumtion.

15 Anders BGE 77 IV 92; 84 IV 127; eher wie hier aber 119 IV 161 f.

16 BGE 111 IV 149; 115 IV 124.

17 DONATSCH/TAG, 399; SCHULTZ I, 134; TRECHSEL/NOLL, 290.

18 Vgl. BGE 76 IV 125 ff; 118 IV 229; Konsumtion.

ten schweren Körperverletzung (Art. 122) oder vorsätzlichen Tötung (Art. 111 ff) zurück¹⁹. Subsidiär ist schliesslich die weniger intensive Gefährdung oder Verletzung gegenüber der intensiveren, die *leichtere* Begehungsform gegenüber der *schwereren*, beispielsweise der Betrug (Art. 146) gegenüber der Erpressung (Art. 156), sofern die Täuschung die Drohung nur unterstützt²⁰, die Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit (Art. 263) gegenüber der schuldhaften Verwirklichung des entsprechenden Tatbestandes²¹, die Zechprellerei (Art. 149) gegenüber dem Betrug (Art. 146)²² und das Erschleichen einer Leistung (Art. 150) gegenüber Betrug und Diebstahl²³ oder auch die Nichtanzeige eines Fundes (Art. 332) gegenüber der Unrechtmässigen Aneignung einer Fundsache (Art. 137 Ziff. 2)²⁴. Dasselbe gilt im Verhältnis der leichteren zur schwereren Beteiligungsform (Gehilfenschaft/Anstiftung/Täterschaft)²⁵ (oben § 13 N. 162).

IV. Alternativität

Sehr selten begegnete lange Zeit der Fall, dass verschiedene ⁹ Tatbestände Angriffe auf dasselbe Rechtsgut unter dem gleichen oder einem ähnlichen Gesichtspunkt mit Strafe bedrohen, ohne dass ersichtlich wäre, welcher von ihnen überhaupt oder generell den Vorzug haben sollte. Die neueren Teilrevisionen im Besonderen Teil haben solche Überschneidungen häufiger geschaffen. Beispiele bilden etwa das Verhältnis der beiden Varianten der Datenbeschädigung zueinander (Art. 144^{bis} Ziff. 1 und 2) oder das des Missbrauchs von Insiderinformationen (Art. 161) zur Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162) oder auch die Konkurrenz verschiedener Formen der Ausnutzung abhängiger Personen zu sexuellen Handlungen (wie etwa im Verhältnis von Art. 188 zu Art. 192). Was hier ausser Frage steht, ist nur, dass bei solchen Tatbeständen jeweils einer hinter den anderen zurücktreten muss, will man den Täter nicht für dieselbe Tat gewissermassen dop-

19 BGE 87 IV 8 f; teilweise abweichend aber 111 IV 126.

20 Vgl. BGE 71 IV 23.

21 BGE 93 IV 41 f; 104 IV 254.

22 BGE 75 IV 17.

23 BGE 104 IV 75.

24 BGE 85 IV 191.

25 BGE 100 IV 3 ff; 101 IV 50 f.

pelt bestrafen. Dagegen lässt sich nur arbiträr oder nur im Blick auf den im Einzelfall anwendbaren Strafrahmen entscheiden, *welcher* der Tatbestände das sein soll. Für diese Verlegenheit mag man den Begriff der «Alternativität» verwenden²⁶, der sonst neben Spezialität und Konsumtion keine selbstständige Bedeutung beanspruchen kann.

V. Straflose Vor- und Nachtat

10 Stehen mehrere Straftaten so miteinander in Zusammenhang, dass die eine nur als das Vorstadium des eigentlichen Angriffs auf die Rechtsordnung oder nur als Ausnutzung, Verwertung oder Sicherung des durch diesen Angriff Erreichten erscheint, so tritt die Doktrin im Prinzip für die Annahme unechter Konkurrenz ein: Durch die Bestrafung des eigentlichen Angriffs werden die übrigen Handlungen mitabgegolten²⁷. Man spricht zumeist von einer straflosen (oder besser: mitbestraften) Vor- oder Nachtat. Das BGer hat sich allerdings in zahlreichen Entscheiden gegen diese Form der Gesetzeskonkurrenz ausgesprochen, soweit nicht dem Sinn des Strafgesetzes deutlich zu entnehmen sei, dass die für die Haupttat ausgefallte Strafe auch die Vor- oder Nachtat abgelten solle²⁸.

11 Lehrreich dürfte vor allem das schon erwähnte Beispiel der Fälschungsdelikte sein, bei denen der eigentliche Angriff auf die rechtlich geschützten Interessen darin liegt, dass Falsifikate benutzt, in den Verkehr gebracht oder in Umlauf gesetzt werden. Mit Strafe bedroht ist hier regelmässig schon die Herstellung von Falsifikaten, also eine Verhaltensweise, die sich der Sache nach als Vorbereitung, allenfalls als Versuch der Rechtsgutsverletzung darstellt (vgl. nur Art. 155 Ziff. 1 Abs. 2, 240/241, 243 Abs. 1, 245 Ziff. 1, 246 Abs. 1, 251 Ziff. 1 Abs. 2, 252 Abs. 2, usw.). Einen Täter, der beides tut, das Falsifikat zunächst zum Zwecke des Gebrauchs herstellt und dann tatsächlich benutzt, für *zwei* Delikte zu bestrafen, erscheint als sachwidrig: Es handelt sich um die Vorbereitung und die Ausführung *derselben* Rechtsgutsverletzung²⁹. Das hat das Gesetz

²⁶ DONATSCH/TAG, 402; kritisch HURTADO POZO, N. 1485 ff.

²⁷ ACKERMANN, BK I, 24 zu Art. 49; DONATSCH/TAG, 399 f; GRAVEN/STRÄULI, 341; HURTADO POZO, N. 1502 ff; RIKLIN, § 22 N. 23 f; SCHULTZ I, 134; TRECHSEL/NOLL, 288 f.

²⁸ BGE 71 IV 208; 77 IV 16, 92 f; 79 IV 62; 81 IV 248; 89 IV 87 f; 94 IV 66; weniger entschieden aber 119 IV 160 ff; 122 IV 221 f.

²⁹ Vgl. BGE 95 IV 73.

ursprünglich in einzelnen Fällen selbst dadurch zum Ausdruck gebracht, dass der Gebrauch nur bei einem «Dritten», nicht beim Fälscher mit Strafe bedroht war (aArt. 251 Ziff. 1 Abs. 3, 252 Ziff. 1 Abs. 3); diese Einschränkung ist bei der Teilrevision 1994 gestrichen worden, ohne dass die Regelung in der Sache hätte geändert werden sollen (vgl. BT II, § 36 N. 53). Es gibt keinen Grund, in den übrigen Fällen prinzipiell anders zu entscheiden. Die Fälschung müsste deshalb eigentlich als subsidiär (oben N. 8) oder als mitbestrafte Vortat behandelt werden. Da das Gesetz sie jedoch zum Teil mit der *höheren* Strafe bedroht (vgl. Art. 240/241 im Verhältnis zu Art. 242), ist auch die umgekehrte Lösung vertretbar, dass nämlich das Inverkehrbringen usw. als straflose Nachtat qualifiziert wird³⁰. Die ablehnenden Äusserungen des BGer³¹ scheinen zum Teil auf der irrigen Annahme zu beruhen, es solle für die Straflosigkeit der Vortat oder Nachtat genügen, dass zwei Einzelhandlungen «objektiv oder subjektiv miteinander verbunden sind» (BGE 94 IV 66)³², während die entscheidende Voraussetzung doch darin liegt, dass sich die mehreren Delikte sämtlich als Bestandteile eines und desselben Angriffs auf ein rechtlich geschütztes Interesse darstellen.

Als mitbestrafte Nachtaten müssen vor allem Delikte gelten, die der Ausnutzung oder Sicherung eines bereits erreichten deliktischen Erfolges dienen, wie etwa beim Verbrauch einer gestohlenen Sache (Art. 144 im Verhältnis zu Art. 139), bei der betrügerischen Verschleierung eines durch Veruntreuung oder Diebstahl entstandenen Schadens, nach dem Muster des Ladendiebs, der an der Kasse erklärt, keine Ware bei sich zu haben (Art. 146 im Verhältnis zu Art. 138, 139) usw. Der Unterschied zur Konsumtion (oben N. 5) liegt darin, dass die Nachtat die bereits eingetretene Rechtsgutsverletzung zwar nur aufrechterhält oder auswertet, aber nicht als deren *typisches* Begleitdelikt erscheint. Ausser Frage steht, dass die «Nachtat» *nicht* als mitbestraft anzusehen ist, wenn sie einen neuen, selbstständigen Schaden bewirkt oder ein weiteres Rechtsgut verletzt, wie etwa bei der Sicherung von deliktisch erlangten Vermögenswerten durch nachfolgenden Pfändungsbetrag³³, beim betrügerischen Verkauf der gestohlenen Sache an einen Dritten³⁴ oder bei einer

³⁰ So in der Tat BGE 120 IV 132, abweichend von 107 IV 128 f: Realkonkurrenz.

³¹ BGE 77 IV 16, 92; 80 IV 256; 84 IV 127 f; anders noch 69 IV 41.

³² Vgl. auch BGE 72 IV 11; 89 IV 88.

³³ BGE 105 IV 317 ff.

³⁴ Insoweit zutreffend BGE 72 IV 9 ff; 94 IV 66.

Urkundenfälschung zur Verdeckung eines durch Veruntreuung entstandenen Kassendefizits, usw.

B. Die Rechtsfolgen

- 13 Es ist das Wesen der unechten Konkurrenz, dass die Straftatbestände, die in diesem Verhältnis zueinander stehen, nicht nebeneinander angewendet werden, sondern dass der eine von ihnen dem oder den anderen vorgeht. Deshalb ist die Folge solcher Konkurrenz im Prinzip klar: Nur die vorrangige, nicht die ausgeschlossene Norm ist anzuwenden.

I. Sperrwirkung des mildereren Gesetzes

- 14 In relativ seltenen Ausnahmefällen könnten sich daraus freilich Konsequenzen ergeben, die mit dem Grundgedanken der Gesetzeskonkurrenz, dass die Tat schon durch *eine*, eben die vorgehende Strafnorm angemessen erfasst werde, nicht in Einklang stehen. Das Verhältnis der Rechtsfolgen muss dem der Tatbestände nicht in jeder Hinsicht entsprechen. Die Geiselnahme (Art. 185) zum Beispiel ist im Minimum mit einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht, die qualifizierte Erpressung (Art. 156 Ziff. 3) dagegen mit zwei oder sogar fünf Jahren Freiheitsstrafe (Art. 140 Ziff. 3, 4). Nimmt man im Verhältnis dieser Tatbestände zueinander unechte Konkurrenz an (vgl. BT I, § 17 N. 15), so hätte die Anwendung *nur* von Art. 185 die seltsame Folge, dass sich der Täter bei einer durch Geiselnahme begangenen Erpressung besser stellen könnte als bei Erpressung allein. Ähnlich liegt es bei der Konkurrenz von Bestechlichkeit (Art. 322^{quater} = aArt. 315 Abs. 2) mit ungetreuer Amtsführung (Art. 314): Der Vorrang von Art. 322^{quater} (vgl. BT II, § 57 N. 32) könnte die obligatorische Androhung von Geldstrafe nach Art. 314 Satz 2 ausschalten. Dem durch die Gesetzeskonkurrenz verdrängten mildereren Gesetz sollte deshalb immerhin eine «Sperrwirkung» zugesprochen werden, um zu verhindern, dass die Anwendung des vorrangigen Gesetzes den Täter ohne sachlichen Grund begünstigt³⁵.

II. Anwendbarkeit des nachrangigen Gesetzes

Die Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz treten im Prinzip nur dann ein, wenn *sämtliche* materiellen und formellen Voraussetzungen der Strafbarkeit (oben § 8 N. 27 f) hinsichtlich der mehreren Deliktstatbestände erfüllt sind; in der Regel ist es ja gerade die *Bestrafung* aus einer der konkurrierenden Bestimmungen, die die Anwendung der anderen ausschliesst. So konsumiert beispielsweise der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung bei einem Verkehrsunfall die ihm zugrunde liegende Verletzung der Verkehrssicherheit (oben N. 6) nur dann, wenn die Körperverletzung tatsächlich geahndet wird; ist dies nicht möglich, etwa weil ein Strafantrag fehlt, so bleibt die Strafbarkeit für das Verkehrsdelikt als solches bestehen³⁶. Entsprechendes gilt im Verhältnis der Unrechtmässigen Aneignung einer Fundsache zum subsidiären Tatbestand der Nichtanzeige eines Fundes (oben N. 8)³⁷.

Aber auch diese Regel erleidet Ausnahmen, vor allem beim Vorrang eines *mildereren* Gesetzes. Hier kann es Gründe geben, die Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz eintreten zu lassen, *obwohl* das vorrangige Delikt *nicht* strafbar oder verfolgbar ist. So wäre es offensichtlich sinnwidrig, eine Tötung auf Verlangen (Art. 114) nach Ablauf der siebenjährigen Verjährungsfrist nach dem Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung (Art. 111) zu bestrafen, dem sie als Spezialdelikt vorgeht³⁸; erst recht kann ein geringfügiges Vermögensdelikt (Art. 172^{ter}), bei dem kein Strafantrag gestellt worden ist, nicht als Diebstahl oder Betrug verfolgt werden, usw. Die Einschränkungen der Strafbarkeit, die für den Spezialtatbestand gelten, würden sonst aufgehoben. Ganz ebenso ist gelegentlich auch beim Vorrang des *strengereren* Gesetzes zu entscheiden. Stellt der von der Unrechtmässigen Aneignung einer Fundsache (Art. 137 Ziff. 2) Betroffene keinen Strafantrag, so kann die Tat selbstverständlich auch nicht als Nichtanzeigen eines Fundes (Art. 332) geahndet werden. Es kommt also stets darauf an, ob der Grund, aus dem die Strafbarkeit bei dem an sich vorgehenden Gesetz entfällt, bei sinngemässer Interpretation eine Bestrafung auch aus der sonst verdrängten anderen Bestimmung ausschliessen sollte.

³⁵ BGE 117 IV 289; ACKERMANN, BK I, 27 zu Art. 49; vgl. BGHSt 1 155 f; 30 167; Schönke/Schröder/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 144 vor § 52.

³⁶ BGE 68 IV 86; 76 IV 126 f; 96 IV 40 f; 117 IV 477.

³⁷ Dazu BGE 71 IV 93; 85 IV 191 f; und wiederum 117 IV 477.

³⁸ BGE 117 IV 477 f.

III. Keine Wirkung für Tatbeteiligte

- 17 Dass die Anwendung eines Deliktstatbestandes bei einem der Tatbeteiligten durch Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen wird, ist für die übrigen Tatbeteiligten *ohne* jede Wirkung. Mittäterschaft und Teilnahme können sich, je nach der Art des äusseren Tatbeitrages und dem Umfang des Vorsatzes, auch auf den verdrängten Tatbestand beziehen, etwa nur auf ein Verwertungs- oder Sicherungsdelikt, zum Beispiel allein auf den der Verschleierung einer Veruntreuung dienenden Betrug (oben N. 12). Das entspricht dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät (oben § 13 N. 87).

§ 19 Echte Konkurrenz

Literatur: CARDINAUX, Faut-il réviser le concours, art. 68 du Code pénal suisse?, JdT 136 IV (1988) 136 ff; KNECHT, Das fortgesetzte Delikt im schweizerischen Strafrecht, 1969; NIGGLI, Retrospektive Konkurrenz – Zusatzstrafe bei Kassation des Ersturteils?, SJZ 91 (1995) 377 ff; N. SCHMID, Das fortgesetzte Delikt am Ende?, recht 1991 134 ff; STRATENWERTH, Gewerbmässigkeit im Strafrecht, Z 94 (1977) 88 ff.

Dass der Täter mehrere Straftatbestände verwirklicht, die zueinander *nicht* im Verhältnis des wechselseitigen Ausschlusses stehen, ist auf zweierlei Weise möglich: Es kann das einerseits durch eine und dieselbe Handlung geschehen, wie etwa bei einem zum Zwecke des Raubes begangenen Mord, zum anderen aber auch durch mehrere selbstständige Handlungen, die unter Umständen allein dadurch miteinander verknüpft sind, dass ein und derselbe Täter sie begangen hat. Die entsprechenden Formen der echten Konkurrenz werden üblicherweise Ideal- und Realkonkurrenz genannt. Ob man sie in den Rechtsfolgen einander gleichstellen sollte oder nicht, ob man insbesondere bei der Idealkonkurrenz, die rein gesetzestechisch bedingt sein kann, nicht auf eine Strafschärfung verzichten und den Täter nur aus dem Gesetz verurteilen sollte, das die schwerste Strafe androht (sog. *Absorptionsprinzip*), ist eine traditionelle Zweifelsfrage. Die kantonalen Rechte haben unterschiedliche Regelungen gekannt¹, und auch während der Vorarbeiten zum heutigen StGB hat die Lösung mehrfach gewechselt.

Das geltende Recht stellt Ideal- und Realkonkurrenz einander gleich: Art. 49 bezieht sich sowohl auf das Zusammentreffen von Strafbestimmungen wie auf das von strafbaren Handlungen. Der grösste Vorzug einer solchen Regelung liegt darin, dass sie der Abgrenzung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, die sehr erhebliche Schwierigkeiten machen kann, auf weite Strecken die praktische Bedeutung nimmt². Freilich nicht ganz: Wo der Täter durch mehrere Einzelakte gleiche oder ähnliche Tatbestände erfüllt, beispielsweise einem anderen mehrere Verletzungen zufügt, kommt echte Konkurrenz überhaupt nur dann in Betracht, wenn sich sein Verhalten als eine Mehrheit von strafbaren Handlungen darstellt. Bei der Erörterung der Realkonkurrenz ist deshalb auf die Frage näher einzugehen (unten N. 8 ff).

¹ Vgl. STOOSS I, 418 ff.

² Anders als etwa das deutsche Recht; vgl. dazu nur Schönke/Schröder/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 10 ff vor § 52.

A. Die einzelnen Formen

3 Bei der echten Konkurrenz werden, wie bemerkt, formal Ideal- und Realkonkurrenz unterschieden.

I. Idealkonkurrenz

4 Idealkonkurrenz tritt ein, wenn der Täter mehrere, nicht in Gesetzeskonkurrenz stehende Straftatbestände, von denen keiner den Unrechtsgehalt der Tat ganz erfasst, durch *eine* Handlung verwirklicht³.

5 Das ist zunächst dort der Fall, wo sich die verschiedenen Tatbestände in der Ausführungshandlung vollständig decken, wie zum Beispiel beim Zusammentreffen von sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187) und sexueller Nötigung (Art. 189) oder Schändung (Art. 191)⁴, bei mit Freiheitsberaubung (Art. 183) verbundenem Menschenhandel (Art. 196)⁵, bei einer durch ungeschützte Sexualkontakte verursachten HIV-Infektion, die sowohl als schwere Körperverletzung (Art. 122) wie als Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1) qualifiziert wird⁶, bei einem falschen Zeugnis (Art. 307), das zugleich eine Verleumdung (Art. 174) enthält⁷, beim Raubmord (Art. 112, 140)⁸ usw. Doch muss es auch genügen, wenn sich die Tathandlungen wenigstens in einem Teilstück überschneiden⁹, wie bei einer Vergewaltigung (Art. 190), wenn deren erster Teilakt, die Anwendung von Gewalt, in einer schweren Körperverletzung (Art. 122) besteht, oder bei wirtschaftlichem Nachrichtendienst (Art. 273), wenn einzelne Teilakte eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 162) enthalten¹⁰, usw. Die Möglichkeit solcher Überschneidung beginnt dabei mit dem strafbaren Versuch, zum Beispiel wenn das Gebrauchmachen von einer gefälschten Urkunde (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3) einen Betrugsversuch (Art. 146) darstellt¹¹, und sie besteht so lange, wie das Delikt nicht *materiell* vollendet ist (oben § 12 N. 9 f),

3 BGE 111 IV 62; 113 IV 67.

4 BGE 119 IV 310 f; 120 IV 197; 122 IV 97 ff.

5 BGE 112 IV 66.

6 BGE 125 IV 254 f.

7 BGE 80 IV 59.

8 BGE 100 IV 148 f.

9 GRAVEN/STRÄULI, 340; HURTADO POZO, N. 1455; SEELMANN, 179.

10 BGE 101 IV 204.

11 BGE 71 IV 209 ff; 100 IV 176 ff; 112 IV 19 ff.

sodass beispielsweise eine Sachbeschädigung (Art. 144), nach Überwältigung des Gewahrsamsinhabers zum Zwecke des Diebstahls begangen, mit dem Raub noch idealiter konkurriert.

Nach überwiegender Auffassung ist Idealkonkurrenz nicht nur dann gegeben, wenn die eine in Frage stehende Handlung mehrere verschiedene Tatbestände, sondern auch, wenn sie denselben Tatbestand mehrfach erfüllt, beispielsweise bei einem Sprengstoffanschlag, durch den mehrere Personen verletzt werden. Man nennt dies zumeist *gleichartige* im Unterschied zur ungleichartigen Idealkonkurrenz¹². Sie verdient in der Tat prinzipiell Anerkennung. Unter dem Gesichtswinkel des Art. 49 kann es nur darauf ankommen, dass die Handlung mehrere Rechtsgutsverletzungen bewirkt, aber nicht darauf, ob der Täter zum Beispiel mehrfach in eine Menschenmenge feuert oder aus einer Maschinenpistole eine Salve auf sie abgibt. Nur müssen die mehreren Rechtsgutsverletzungen im Verhältnis zueinander *selbstständig* sein. Sticht der Täter bei der vorsätzlichen Tötung mehrfach auf das Opfer ein, so ist sein Verhalten nicht nur *eine* Handlung (unten N. 11), sondern auch nur *eine* Verletzung des Strafgesetzes, sodass jede Konkurrenz entfällt. Das Gleiche gilt, wo die Individualität der betroffenen Rechtsgüter, wie vor allem bei den Vermögensdelikten, strafrechtlich ohne Bedeutung ist. Es ist nur *ein* Diebstahl, wenn der Safe eines Hotels ausgeplündert wird, der die Wertsachen verschiedener Gäste enthält¹³.

II. Realkonkurrenz

Verwirklicht der Täter mehrere Straftatbestände durch *verschiedene* selbstständige Handlungen, so stehen sie zueinander in Realkonkurrenz, vorausgesetzt wiederum, dass Gesetzeskonkurrenz ausscheidet.

1. Handlungseinheit und -mehrheit

Für die Realkonkurrenz kommt es also wesentlich darauf an, welche Verhaltensweisen strafrechtlich noch als *eine* Handlung gewertet

12 BGE 124 IV 147 f; ACKERMANN, BK I, 33 ff zu Art. 49; CARDINAUX, 138 («con-cours idéal analogue»); DONATSCH/TAG, 400; GRAVEN/STRÄULI, 324 («con-cours idéal homogène»); HURTADO POZO, N. 1457; RIKLIN, § 22 N. 4; SCHULTZ I, 132; TRECHSEL/NOLL, 290;

13 Ähnlich CARDINAUX, 140; TRECHSEL/NOLL, 286; eingehend Schönke/Schröder/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 24 ff zu § 52.

werden und welche nicht, wie die Grenze zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit gezogen wird. Die Lösung ist nur dort wirklich klar, wo sich das strafrechtlich relevante Verhalten entweder in *einem* Entschluss und *einem* Akt der Ausführung erschöpft oder aber wo verschiedene Straftaten, die im selben Verfahren zu beurteilen sind, keinen anderen Zusammenhang haben, als dass derselbe Täter sie verübt hat. In dem zwischen diesen Grenzfällen liegenden weiten Bereich kann die Entscheidung schwierig sein. Handlungseinheit wird unter folgenden Voraussetzungen angenommen:

a) Tatbestandliche Handlungseinheit

- 9 Mehrere Handlungen können zunächst durch die tatbestandsmässige Umschreibung des verbotenen Verhaltens zu einer Einheit verbunden werden.
- 10 Das ist dort am deutlichsten, wo schon der Wortlaut des Gesetzes auf eine Mehrheit von Einzelakten verweist¹⁴, wie etwa bei der Beteiligung an einem «Raufhandel» (Art. 133), bei der Gläubigerschädigung durch «Misswirtschaft» (Art. 165)¹⁵ oder bei der Vornahme «Verbotener Handlungen für einen fremden Staat» (Art. 271), beim «Betreiben» eines Nachrichtendienstes (Art. 272, 274, 301) oder der «Ausübung» eines Berufs entgegen einem entsprechenden Verbot (Art. 294), usw. Erforderlich ist dabei freilich stets ein so enger innerer und äusserer Zusammenhang zwischen den Einzelakten, dass sie nach dem natürlichen Sprachgebrauch noch als *eine* Verwirklichung des Tatbestandes erscheinen. Das ist, etwa bei «Tätlichkeiten» (Art. 126), *nicht* mehr der Fall, wenn der Täter auf *mehrere* Personen einschlägt oder zwar nur auf *eine* Person, aber doch in grösseren Abständen jeweils aufgrund eines neuen Entschlusses¹⁶.
- 11 Aber auch wenn die gesetzliche Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens das nicht besonders nahelegt, kann der *allgemeine Sprachgebrauch* eine Mehrheit von Einzelbetätigungen zusammenfassen: So ist es, um dieses Beispiel zu wiederholen, sicher nur *eine* Tötung, wenn der Täter mehrfach auf das Opfer einsticht, nur *ein* Laden-

14 Bei dem von BGE 131 IV 93 als Beispiel angeführten Raub (falsch beziffert als Art. 139 statt Art. 140) gilt dies nur für die dritte Tatbestandsvariante.

15 Vgl. BGE 109 IV 116 f.; 123 IV 195.

16 Vgl. SCHWANDER, N. 312.

diebstahl, wenn der Täter gleichzeitig mehrere Gegenstände mitnimmt oder nur *ein* Schwangerschaftsabbruch, auch wenn der chirurgische Eingriff mehrere Einzelakte umfasst¹⁷. Dasselbe hat bei Dauerdelikten für Handlungen zu gelten, die der Täter vornimmt, um den von ihm herbeigeführten rechtswidrigen Zustand, etwa eine Freiheitsberaubung, aufrechtzuerhalten¹⁸.

b) Natürliche Handlungseinheit

Ob und wann sich von diesen Konstellationen noch eine natürliche Handlungseinheit abgrenzen lässt, ist zweifelhaft und umstritten. Das BGer nimmt sie dann an, wenn die mehreren Einzelhandlungen «auf einem einheitlichen Willensakt beruhen und wegen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs bei objektiver Betrachtung noch als einheitliches zusammengehörendes Geschehen erscheinen»¹⁹. Insoweit bleiben freilich Abgrenzungsprobleme. Ist es noch *ein* Delikt der vorsätzlichen Tötung, wenn der Täter nach einem Fehlschuss zum Messer greift?²⁰ Oder noch *ein* Schwangerschaftsabbruch, wenn nach dem Fehlschlagen des ersten Versuchs ein zweiter Eingriff stattfindet?²¹ Der blosser Umstand, dass die mehreren strafbaren Handlungen, die jemand verübt, auf ein und denselben Entschluss zurückgehen, genügt dafür jedenfalls nach der ständigen Praxis des BGer *nicht*²².

c) Juristische Handlungseinheit

Mehrere an sich selbstständige Handlungen, die je einen bestimmten Straftatbestand erfüllen, können aber auch unter *rechtlichen* Gesichtspunkten als eine Einheit behandelt werden. Die Terminologie variiert hier von «rechtlicher» oder «juristischer Handlungseinheit»²³ über

17 HURTADO POZO, N. 1444 ff; RIKLIN, § 22 N. 16; TRECHSEL/NOLL, 286.

18 BGE 131 IV 94; 132 IV 55.

19 BGE 131 IV 94, im Anschluss an 98 IV 106; 118 IV 92 f; ferner 132 IV 54 f; 133 IV 266; ebenso DONATSCH/TAG, 397; RIKLIN, § 22 N. 37; SEELMANN, 177; TRECHSEL/NOLL, a.a.O.; terminologisch abweichend ACKERMANN, BK I, 12, 17 zu Art. 68: Auch die natürliche sei eine juristische Handlungseinheit.

20 Bejahend TRECHSEL/NOLL, a.a.O.

21 Verneinend BGE 79 IV 61 f.

22 BGE 79 IV 62; 89 IV 88; 94 IV 67.

23 BGE 118 IV 93; SEELMANN, 177; TRECHSEL/NOLL, 286.

«Verbrechenseinheit»²⁴ oder «Einheitsdelikt»²⁵ bis zu «Kollektivdelikt»²⁶, wobei allerdings über den Begriffsumfang im Einzelnen Differenzen bestehen.

aa) Deliktsserien

14 Praxis und Doktrin haben seit Beginn des 19. Jahrhunderts verschiedene Rechtsfiguren entwickelt, die dazu gedient haben, die von einem Täter *serienmässig* begangenen Delikte zu einer Einheit zusammenzufassen. Das hatte den Sinn, die in solchem Falle bei echter Konkurrenz gebotene Strafschärfung dort auszuschliessen, wo sie als ungerecht erschien, aber auch die Praxis bei grösseren Deliktsserien desselben Täters von der Ermittlung und dem Nachweis jeden Einzelakts zu entlasten. Die wichtigsten Konsequenzen waren, dank eben der Annahme von Handlungseinheit, dass sich die Rechtskraft einer Verurteilung auf alle, auch auf unbekannt gebliebene Teilakte des Delikts erstrecken sollte, aber auch, dass die Verjährung aller Einzelhandlungen und ebenso die Frist zur Stellung eines Strafantrags erst mit dem Ende des letzten Teilakts beginnen sollten.

15 Dem hat über Jahrzehnte hinweg zunächst das Konstrukt eines sog. «Fortsetzungszusammenhangs» gedient, das jedoch zunehmend auf Kritik gestossen ist. Seine Konsequenzen erschienen als weder gerecht noch kriminalpolitisch sinnvoll²⁷. Das BGer hat sich diesen Einwänden schliesslich angeschlossen und die Figur aufgegeben²⁸. Zunächst wollte es die Möglichkeit, eine Mehrzahl strafbarer Handlungen zu einer Einheit zusammenzufassen, jedoch für einzelne Sachbereiche beibehalten, und hat dies für den Beginn der Verjährungsfrist und der Strafantragsfrist sachlich übereinstimmend unter dem Gesichtspunkt des «andauernden pflichtwidrigen Verhaltens» des Täters getan²⁹. Auch diese Rechtsfigur ist in der Doktrin jedoch auf Kritik gestossen und vom BGer inzwischen

24 HAFTER, 348.

25 DONATSCH/TAG, 397; SCHMID, 138 f.

26 BGE 118 IV 93.; ferner 77 IV 9; 105 IV 13; 108 IV 143; SCHULTZ I, 130; TRECHSEL/NOLL, a.a.O.

27 Näher hier die Voraufgabe, § 19 N. 14 ff.

28 BGE 117 IV 412; ansatzweise schon in 116 IV 123 f; ferner 118 IV 317 f; 119 IV 77 f; 120 IV 8; 124 IV 60; 127 IV 54.

29 BGE 120 IV 8; im Anschluss an BGE 117 IV 413; 118 IV 317 f, 329; 119 IV 78, 201; siehe ferner 123 IV 194 f; 124 IV 7; 126 IV 142; 127 IV 54.

aufgegeben worden³⁰. Sie bedarf keiner näheren Darstellung mehr³¹. Von den bereits erörterten Fällen der Tateinheit abgesehen sind die genannten Fristen nunmehr auch bei Serientaten für jede Tathandlung gesondert zu beurteilen³². Für das Verhältnis der Einzeltaten zueinander gelten die Regeln der echten Konkurrenz (Art. 49). Unbillige Härten bei der Strafzumessung sollten sich durch die Bindung an den Massstab der Schuld (Art. 47) vermeiden lassen. Im Übrigen ermöglicht das Verfahrensrecht (Art. 8 Abs. 2 lit. a StPO), Untersuchungsbehörden und Gerichte von der Verfolgung und Aufklärung unwesentlicher Teilakte einer Deliktsserie zu entlasten.

bb) Deliktseinheit kraft Gesetzes

Dass mehrere an sich selbstständige Handlungen unter rechtlichen Gesichtspunkten zu einer Einheit verbunden werden, nehmen Praxis und überwiegend auch die Doktrin nach wie vor dort an, wo schon das Gesetz, in der Regel strafschärfend, auf eine Deliktsmehrheit Bezug nimmt, wie insbesondere bei der «Gewerbsmässigkeit» (vgl. Art. 139 Ziff. 2, 144^{bis} Ziff. 2 Abs. 2, 146 Abs. 2, usw.), bei der «Bandenmässigkeit» (vgl. Art. 139 Ziff. 3, 140 Ziff. 3, 305^{bis} Ziff. 2 Abs. 2 lit. b) oder, im Nebenstrafrecht, bei der «Gewohnheitsmässigkeit» (vgl. Art. 82 Ziff. 2 ZollG).

17 «*Gewerbsmässig*» handelt der Täter nach der neueren Praxis des BGer, «wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt»³³. Diese Umschreibung soll aber nur Richtlinienfunktion haben: «Wesentlich ist, dass sich der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen»; dazu kann auch «eine quasi «nebenberufliche» deliktische Tätigkeit» genü-

30 BGE 131 IV 91 ff, mit Nachweisen; 132 IV 53 f.

31 Näher zu ihr die Voraufgabe, § 19 N. 17 ff.

32 BGE 131 IV 94 f; 132 IV 54

33 BGE 116 IV 326 ff, 329 ff; 117 IV 120 f.

gen³⁴. Die «Bande», als deren Mitglied der Täter handeln muss, wird vom Gesetz selbst als Zusammenschluss zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl definiert (dazu näher BT I, § 13 N. 100). Die «Gewohnheitsmässigkeit» schliesslich setzt voraus, dass der Täter die strafbare Handlung wiederholt begangen hat und dies den Hang zu ihrer Begehung erkennen lässt³⁵.

18 Wo sich die Strafdrohung ausdrücklich auf so geartetes Handeln bezieht, ist die mehrfache Verwirklichung des Tatbestandes immer schon berücksichtigt, Art. 49 also nicht anzuwenden, es sei denn, dass dem Täter mehrere voneinander unabhängige Deliktserien zur Last zu legen sind³⁶. An der Selbstständigkeit der Einzelhandlungen ändert sich bei diesen Formen der Deliktseinheit hingegen nichts, sodass sich die Rechtskraft einer Verurteilung lediglich auf die bereits bekannten Einzelakte erstreckt³⁷. Auch die Verjährung dürfte nunmehr, nach Aufgabe der Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit (oben N. 15), mit jeder Einzelhandlung gesondert beginnen³⁸.

19 2. Diese Abgrenzung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit entscheidet zugleich über die Realkonkurrenz: Das Erfordernis, dass der Täter das Strafgesetz durch verschiedene selbstständige Handlungen verletzt haben muss, ist immer dann erfüllt, wenn die mehreren Einzelakte rechtlich *keine* Einheit bilden. Diesem negativen Kriterium ist nichts hinzuzufügen.

B. Die Rechtsfolgen

20 I. Das geltende Recht stellt, wie schon bemerkt, Ideal- und Realkonkurrenz einander grundsätzlich gleich. Die Behandlung hängt nur von der Art der Strafen ab, die der Täter verwirkt hat.

34 BGE 119 IV 132 f; 123 IV 116.

35 BGE 76 IV 200; 119 IV 79.

36 BGE 71 IV 237; 76 IV 101; 105 IV 159; 116 IV 123; 124 IV 63; ACKERMANN, BK I, 14 f zu Art. 49; DONATSCH/TAG, 398; HURTADO POZO, N. 1450; RIKLIN, § 22 N. 38; SCHULTZ I, 130; SCHWANDER, N. 327.

37 BGE 107 IV 82 ff.

38 Tendenziell bereits BGE 117 IV 413; entschiedener 124 IV 63 (entgegen der früheren Praxis: 77 IV 9 f; 105 IV 13; 119 IV 80); ferner DONATSCH/TAG, 419; so schon TRACHSEL, Die Verjährung gemaess den Art. 70–75^{bis} des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 1990, 97.

Treffen mehrere Freiheitsstrafen zusammen, so läge die einfachste Lösung darin, sie zu addieren (sog. Kumulationsprinzip). Schon das 19. Jahrhundert hat jedoch gesehen, dass «die Freiheitsstrafe ... für den Sträfling mit der längeren Dauer empfindlicher» wird (STOOSS, Motive, 79). Das Gesetz folgt daher dem Prinzip der *Asperation*: Das Gericht hat zunächst die Strafe für die schwerste Tat zu ermitteln (sog. Einsatzstrafe) und deren Dauer angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 Satz 1). Als schwerste Tat gilt dabei diejenige, die mit der schwersten Strafe *bedroht* ist, auch wenn sie nach den Umständen des konkreten Falles verschuldensmässig nicht am schwersten wiegt; sonst könnte die Konkurrenz sinnwidrigerweise zu einer Herabsetzung des Strafraumens führen³⁹. Die Einsatzstrafe zu erhöhen, ist dem Gericht *zwingend* geboten; es muss daher über die Mindeststrafe hinausgehen, mit der die schwerste Tat bedroht ist⁴⁰. Das Mass der Erhöhung wird in doppelter Weise begrenzt: Einerseits darf die angedrohte Höchststrafe nicht um mehr als die Hälfte überschritten werden, bei einem Maximum von 5 Jahren Freiheitsstrafe zum Beispiel um höchstens 2½ Jahre, und andererseits gilt das gesetzliche Höchstmass der Strafart (vgl. Art. 34 Abs. 1, 37 Abs. 1, 40) auch hier (Art. 49 Abs. 1 Satz 2, 3), sodass es dem Gericht verwehrt ist, etwa auf 25 Jahre Freiheitsstrafe oder auf mehr als 360 Tagessätze Geldstrafe zu erkennen. Beim Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen darf auf lebenslängliche Freiheitsstrafe nur erkannt werden, wenn zumindest eine von ihnen bereits auf dieses Strafmass lautet⁴¹. Innerhalb des so festgelegten Rahmens entscheidet das richterliche Ermessen nach den allgemeinen Regeln der Art. 47 ff⁴².

Diese Regeln gelten nunmehr auch, wenn der Täter *mehrere Geldstrafen* oder *mehrere Bussen* verwirkt hat. Die Möglichkeit der Kumulation besteht hier, anders als im bisherigen Recht, nicht mehr. Dasselbe gilt, wenn *mehrfach gemeinnützige Arbeit* verhängt werden soll. Nur selten werden *Freiheitsstrafe und Geldstrafe* oder gar *Freiheitsstrafe und gemeinnützige Arbeit* zusammentreffen (vgl. aber Art. 42 Abs. 4). Hier sind diese Strafen wohl weiterhin zu kumulieren⁴³, wobei das Gesamt-

39 BGE 93 IV 10.

40 BGE 103 IV 226; 116 IV 303.

41 BGE 132 IV 105 f, abweichend von 116 IV 304 f; BOMMER/DITTMANN, 84 zu Art. 19.

42 Vgl. BGE 71 IV 208; 95 IV 61 ff.

43 Vgl. BGE 75 IV 2 f; 86 IV 233; 102 IV 245; GRAVEN/STRÄULI, 348.

mass der verhängten Strafen auch in solchem Falle dem Verschulden des Täters entsprechen muss (Art. 47).

23 Selbstverständlich ist, dass die echte Konkurrenz nichts an der Möglichkeit ändern kann, Massnahmen (Art. 67 ff) zu verhängen, die eines der anwendbaren Strafgesetze ausdrücklich anordnet. Dass beispielsweise Falschgeld einzuziehen ist (Art. 249), muss auch dann gelten, wenn sich das In-Umlauf-Setzen (Art. 242) zugleich als Betrug darstellt (vgl. BT II, § 33 N. 24).

24 II. Für den Fall, dass der Täter vor der Verurteilung⁴⁴ wegen eines bestimmten Delikts eine weitere Straftat begangen hat, die erst nachträglich bekannt wird und zu einer weiteren Verurteilung führt (sog. *retrospektive Konkurrenz*), enthält Art. 49 Abs. 2 eine Regelung, die verhindern soll, dass die Aufteilung der Strafverfolgung auf mehrere Verfahren den Betroffenen benachteiligt oder besserstellt⁴⁵. Das Gericht hat danach eine *Zusatzstrafe* auszusprechen⁴⁶, die so zu bemessen ist, dass der Täter insgesamt «nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären»⁴⁷. Kommt es zu dem Ergebnis, dass die frühere Strafe *nicht* höher ausgefallen wäre, so kann (oder muss) es freilich auf eine Zusatzstrafe verzichten⁴⁸.

25 Haben mehrere Gerichte Freiheitsstrafen ausgesprochen, ohne die Regelung von Art. 49 zu beachten, so kann der Verurteilte verlangen, dass nachträglich eine Gesamtstrafe gebildet wird, die jener Regelung entspricht; zuständig ist das Gericht, das die schwerste Strafe ausgesprochen hat (Art. 34 Abs. 3 StPO).

⁴⁴ Streitig ist, welcher Zeitpunkt hier massgebend sein soll. BGE 129 IV 116 ff stellt (mit 127 IV 106) auf den Zeitpunkt der *Fällung*, nicht den der *Eröffnung* des Urteils ab (so auch ACKERMANN, BK I, 58 f zu Art. 49; anders BGE 124 II 42 f; NIGGLI, 378 f: *Eröffnung*; noch anders WEHRLE, SJZ 2000 56 ff: *Rechtskraft*), während für die *Verhängung* der Zusatzstrafe dessen *Rechtskraft* abgewartet werden soll.

⁴⁵ BGE 94 IV 50; 102 IV 244; 116 IV 16 f.

⁴⁶ BGE 68 IV 11 ff; 80 IV 224 ff; 118 IV 121; 132 IV 104 f.

⁴⁷ Ob und unter welchen Voraussetzungen dies auch dann zu gelten hat, wenn die Erstverurteilung im Ausland erfolgt ist oder die frühere Tat etwa wegen unterschiedlicher Zuständigkeiten vom Erstrichter gar nicht beurteilt werden konnte, ist zweifelhaft; siehe dazu BGE 115 IV 22 ff; 127 IV 110.

⁴⁸ BGE 102 IV 241; 118 IV 276.

Gesetzesregister

(Die Zahlen verweisen, mit Gegenüberstellung der Nummerierung nach geltender und früherer Fassung, auf Paragraphen und Randnummern.)

n.F.	a.F.	
Art. 1	1	4 N. 2 ff, 6 ff; 9 ff, 23 ff, 29 f, 33; 8 N. 6, 15; 12 N. 7, 22; 13 N. 4, 45; 14 N. 9
Art. 2	2	4 N. 2 f, 12 ff; 5 N. 2
Art. 3	3	5 N. 5 ff, 24
Art. 4	4	5 N. 10 ff
Art. 5	–	5 N. 16 ff
Art. 6	6 ^{bis}	5 N. 13 ff
Art. 7	6	5 N. 19 ff
Art. 8	7	5 N. 7 ff
Art. 9	8	5 N. 29 ff
Art. 10	9	2 N. 42; 6 N. 1 ff
Art. 11	–	7 N. 14; 14 N. 3, 8 ff, 33, 48, 51; 15 N. 17
Art. 12 Abs. 1	18 Abs. 1	7 N. 16 ff; 9 N. 58, 113
Abs. 2	18 Abs. 2	9 N. 57, 60, 62 f, 65 ff; 77, 93 ff; 101 ff
Abs. 3	18 Abs. 3	11 N. 4; 2 ff vor 16; 16 N. 4, 6, 7 ff; 16 f;
Art. 13	19	9 N. 76 ff; 10 N. 112 ff; 11 N. 47, 52, 82 ff
Art. 14	32	10 N. 32, 59, 90 ff
Art. 15	33 Abs. 1	10 N. 42, 66 ff, 93, 103; 16 N. 21
Art. 16	33 Abs. 2	10 N. 85 ff, 114; 11 N. 64, 80, 84
Art. 17	34	10 N. 32, 36 ff, 53 ff; 57 f, 104; 16 N. 21
Art. 18	34	11 N. 4, 62 ff, 65 ff, 78; 14 N. 51; 16 N. 29
Art. 19 Abs. 1	10	11 N. 4, 8, 11 ff, 31 ff; 13 N. 32
Abs. 2	11	6 N. 5; 11 N. 26 ff, 36; 13 N. 32
Abs. 4	12	11 N. 32 ff
Art. 20	13	11 N. 8, 29 ff
Art. 21	20	9 N. 72; 11 N. 39 ff, 50 ff; 83 f; 14 N. 41, 50; 16 N. 28
Art. 22 Abs. 1	21, 22 je Abs. 1	6 N. 5; 12 N. 6 ff, 12 ff, 18 ff, 36 ff; 13 N. 68 ff, 110, 125; 15 N. 1 ff
Abs. 2	23	12 N. 16, 40 ff; 46 ff