

Richard Martin Honig über die Konkurrenzen im Strafrecht

Thomas Grosse-Wilde

Zur Lehre von den Konkurrenzen, also zur Frage, wie viele Delikte vorliegen, wenn ein Täter mehrere Straftatbestände verwirklicht, und welche Rechtsfolgen daran geknüpft werden, hat Honig umfangreich publiziert, sowohl in rechtsdogmatischer als auch rechtspolitischer Hinsicht. Eine in sich geschlossene „Lehre“ kann man dabei nicht eindeutig ausmachen – Honig selbst betont mehrmals die Notwendigkeit einer „induktiven Methode“, die anhand einer genauen Analyse von Gerichtsentscheidungen gewissermaßen die Eigenlogik des analysierten Rechtsgebietes herauschält.¹ Die Hauptwerke sind seine „Studien zur juristischen und natürlichen Hand-

¹ *Honig*, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit – zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform, Mannheim u.a. 1925, S. IX: „Als weitere Folge (...) ergab sich, daß die Begriffe der juristischen und der natürlichen Handlungseinheit nicht aus einem allgemein gültigen Prinzip, sondern aus ihrem Anwendungsgebiet heraus zu entwickeln waren. Also nicht mittels deduktiver, sondern mittels induktiver Methode war der ihnen jeweils zukommende Begriffsinhalt zu gewinnen“; ebenso *ders.*, Strafloze Vor- und Nachtat, Leipzig 1927, S. 113; i.Ü. war dies auch die methodologische Vorgehensweise, die Honig für die Darstellung des amerikanischen Strafrechts gewählt hat (freilich unter Betonung des kasuistischen Pragmatismus des US-amerikanischen Strafrechts), *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, in: Mezger u.a. (Hg.), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart. Vierter Band: Amerika,

lungseinheit“ aus dem Jahre 1925 sowie die zwei Jahre später erschienene Untersuchung „Straflose Vor- und Nachtat“, über die bereits wenige Jahre nach ihrem Erscheinen Hirschberg urteilte: „zwei tiefeschürfende Monografien“, Honigs „gewonnene[] Ergebnisse sind teilweise unbestritten Allgemeingut der Wissenschaft geworden“.² Seine Beschäftigung mit der Konkurrenzlehre reicht allerdings weit darüber hinaus, bereits seine Dissertationsschrift „Der ungleichartige Rückfall als allgemeiner Strafschärfungsgrund“ aus dem Jahre 1914 kann man der Thematik im weiteren Sinn zuordnen, da es beim Rückfall im allgemeinen um die sukzessive Begehung von Straftaten geht. Weiterhin analysiert Honig in einem Aufsatz aus dem Jahre 1926 das „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen“,³ nach dem Krieg und seiner Exilzeit in den Vereinigten Staaten fasst er für den deutschen Leser das „Zusammentreffen mehrerer Straftaten“ nach dem damaligen US-amerikanischen Strafrecht zusammen,⁴ 1964 rezensiert er schließlich die Habilitationsschrift von Geerds „Zur Lehre von den Konkurrenzen im Strafrecht“.⁵ Die teilweise als „langweilig“ apostrophierten Konkurrenzen⁶ sind bei näherer Betrachtung ein Kulminationspunkt normen-, handlungs- und straftheoretischer, verbrechenssystematischer sowie strafzumessungsrechtlicher Probleme. Viele von Honigs Erkenntnissen muten dabei überraschend modern und innovativ an, auch wenn ihre Publikation tlw. knapp hundert Jahre zurückliegt. Im Folgenden werde ich knapp auf Honigs Dissertationsschrift und ihre straftheoretischen Ausführungen eingehen, dann einige Erkenntnisse seiner Monografie „Die straflose Vor- und Nachtat“ näher beleuchten und in diesem Zusammenhang kurz Honigs allgemeine methodologische Vorgehensweise streifen und schließlich den ersten Teil seiner zuvor erschienenen Studie zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit näher analysieren, der hochinteressante, aber wenig bis gar nicht rezipierte Ausführungen für eine mögliche Normativierung des konkurrenzrechtlichen Handlungsbegriffs enthält.

Norwegen, Türkei, Berlin 1962, S. 15: „Es kann nicht aus allgemeingültigen Prinzipien deduziert, sondern nur induktiv anhand der in die Entscheidungssammlungen aufgenommenen höchstrichterlichen Urteile erfaßt werden. (...) Hier erweist sich der Satz Essers in vollem Umfang als wahr: ‚Erst die Kasuistik teilt uns mit, was rechtens ist.‘“ mit Verweis auf *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, S. 151.

² *Hirschberg*, ZStW 53 (1934), S. 34.

³ *Honig*, GS 92 (1926), S. 115.

⁴ *Honig*, Das amerikanische Strafrecht (Fn. 1), S. 239 ff.

⁵ *Honig*, JZ 1964, S. 471.

⁶ So die – selbstironisch – titulierte Abschiedsvorlesung von der bis heute in Bonn lehrenden Strafrechtswissenschaftlerin *Ingeborg Puppe* im Jahre 2006.

A. Der Rückfall und das Verhältnis von Straftheorien zu den Konkurrenzen

Anders als bei den Konkurrenzen geht es beim Rückfall nicht lediglich um die materielle Tatwiederholung – jemand begeht einen Diebstahl im April, und einen Betrug im Juni –,⁷ sondern entscheidend ist „die Verübung eines Verbrechens nach vorgängiger Bestrafung wegen eines oder mehrerer Delikte“.⁸ Kann dies das Unrecht und/oder die Schuld einer späteren Straftatbegehung erhöhen? Honig beantwortet diese Frage in einer differenziert-nuancierten Weise: Das Handlungsunrecht der Rückfalltat als erhöht anzusehen, wie es italienische Juristen mit der Annahme der Rückfalltat als *delictum sui generis* gegenüber der Ersttat annahmen, sei nicht angängig; „da die strafbare Handlung dieselbe bleibt, auch wenn der Täter vorbestraft ist“.⁹ Honig lehnt auch eine Rechtfertigung der erhöhten Rückfallstrafe mit Verweis auf intensivere verbrecherische Neigungen und Triebfedern ab: „Solange wir noch ein Strafrecht und nicht ein Verbrechensbekämpfungsrecht haben, wird der Mensch für den durch die einzelne Tat begangenen Bruch der Rechtsordnung, nicht für sein Verhalten im übrigen“ bestraft, nicht auch für die in seiner Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung (...) Das Herabsinken der Bedeutung des Verbrechens auf den Wert eines Symptoms der Gesinnung des Täters hebt den Eigenwert des Verbrechens auf und wird mit dem Strafrecht als solchem stets unvereinbar sein. Es widerspricht dem anerkannten Grundsatz, daß das Strafrecht nur mit Handlungen zu tun hat, Handlungen, die im einzelnen nichts anderes sind, als ein objektivierter, gegen die Rechtsordnung verstoßender Wille (vorsätzliche strafbare Handlung) oder eine objektivierter pflichtwidrige Unaufmerksamkeit (fahrlässige strafbare Handlung).“¹⁰ Honig lehnt also eine Gesinnungsschuld oder charakterologische Lebensführungsschuld ab, dementsprechend lehnt er auch die Voraussetzung einer „Gleichartigkeit“ der Straftaten für die erhöhte Rückfallstrafe ab.¹¹ Er bekennt sich aber zu einem präventiven Strafzweck: Die erhöhte Rückfallstrafe sei

„gerechtfertigt durch die größere verbrecherische Intensität des Willens desjenigen, der trotz erlittener Vorstrafe abermals eine strafbare Handlung begehen will. Dieser Wille, das Resultat aus den für die Begehung sprechenden Motiven und aus den gegen die Begehung sprechenden, durch die Vorstellung von den erlittenen Vorstrafen verstärkten Hemmungsvorstellun-

⁷ Siehe *Mir Puig*, ZStW 86 (1974), S. 175 (177).

⁸ *Honig*, Der ungleichartige Rückfall als allgemeiner Strafschärfungsgrund, Fraustadt 1914, S. 9.

⁹ *Honig*, Rückfall (Fn. 8), S. 38; siehe dazu aber auch *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, S. 363 (371) mit Verweis auf *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954, S. 211 f.; *Giannoulis*, ZIS 2014, S. 522.

¹⁰ *Honig*, Rückfall (Fn. 8), S. 34 f.

¹¹ *Honig*, Rückfall (Fn. 8), S. 42 f.

gen, ist die Grundlage für die Begehung der strafbaren Rückfallshandlung, er stellt die Beziehung des Täters zum Rückfallsverbrechen dar und ist die intensivere Strafschuld des rückfälligen Täters.“¹²

Damit harmonisieren seine allgemeinen straftheoretischen Ausführungen:

„Mit der Strafe setzt der Staat nichts anderes als eine negative Belohnung (...). Dementsprechend geht der Strafzweck dahin, daß späterhin ein Sieg der Motive über die Hemmungsvorstellungen möglichst nicht zustande kommt, mag man dies dem Täter selbst (spezialpräventiv) mittels des Vergeltungs-, Besserungs- oder psychologischen Zwangsinhalts, oder bei seinen Mitmenschen (generalpräventiv) mittels des Abschreckungsinhaltes der Strafe erreichen zu können glauben. ‚Die Strafe ist das Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens, bestimmt, dessen Wiederholung zu verhüten.‘ Der Strafzweck ist durchaus präventiven Charakters.“¹³

In seinen später erschienenen Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit zitiert Honig von Bar, der „zugibt, daß eine ‚lediglich nach der Schuld fragende Gerechtigkeit ... ideale und reale Konkurrenz gleich behandeln‘“ würde, vom Standpunkt einer auf die Verhütung von Verbrechen gerichteten Kriminalpolitik sei eine strengere Bestrafung der realen Konkurrenz „empfehlenswert“.¹⁴ Honig hält schließlich das Vorliegen von Tateinheit oder -mehrheit allein abhängig von der „Zufälligkeit der Situation“, weder die Schuld noch die Geschicklichkeit oder Verwegenheit des Verbrechens seien hier notwendig unterschiedlich.¹⁵ Unmittelbare Ableitungen aus Straftheorien für die Konkurrenzen nimmt er also nicht vor.

B. Die Analysen der Gesetzeskonkurrenz und der straflosen Vor- und Nachtat

Entgegen dem etwas missverständlichen Titel beinhaltet Honigs Schrift „Die straflose Vor- und Nachtat“ nicht lediglich eine Befassung mit dem Spezialproblem der Gesetzeskonkurrenz, ob eine Vorbereitungstat oder Sicherungstat durch die Ahndung der Haupttat bereits miterfasst ist,¹⁶ sondern enthält eine umfassende Befassung mit allen Formen der Gesetzeskonkurrenz, also der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion; zudem noch u.a. eine Befassung mit dem Spezialproblem des Exklu-

¹² Honig, Rückfall (Fn. 8), S. 42.

¹³ Honig, Rückfall (Fn. 8), S. 39 f.

¹⁴ Honig, Studien (Fn. 1), S. 8 Fn. 17.

¹⁵ Honig, Studien (Fn. 1), S. 42; ders., GS 92 (1926), S. 115 (117).

¹⁶ Siehe dazu etwa Puppe, ZIS 2007, S. 254 (255).

sivität von Tatbestandsverwirklichungen, die Honig als Fallgruppe der „Alternativität“ nennt.¹⁷ Er versteht die Monografie als Ergänzung seiner vorherigen Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit¹⁸ und bleibt seiner induktiven Vorgehensweise treu, anhand einer Analyse zahlreicher Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte dem Ziel einer „geläuterten Rechtsanwendung“, einer „sorgfältigeren Kennzeichnung des Vorfalls“ näherzukommen.¹⁹

I. Die Spezialität

Honigs Ausführungen zur scheinbar so einfach erfassbaren, „logisch erweisbaren“²⁰ Spezialität und ihre Abgrenzung von der Subsidiarität sind bis heute rechtstheoretisch interessant. Er fasst sie wie folgt zusammen:

„Spezialität liegt vor, wenn sämtliche Merkmale der *lex generalis* (des Grundtatbestandes) in der *lex specialis* enthalten sind, außerdem aber noch ein oder mehrere spezialisierende Merkmale.“²¹

„Das Verhältnis der Spezialität konnten wir aus einem Vergleich der in Betracht kommenden Deliktstatbestände selbst ablesen. Um die Subsidiarität eines Rechtssatzes gegenüber einem anderen zu erkennen, kann man sich einerseits zwar auf die verschiedenen Angriffsstadien stützen, die in den Tatbeständen dieser Rechtssätze beschrieben sind; andererseits aber muß man zugleich auf den von beiden Rechtssätzen angestrebten Schutz desselben Rechtsgutes zurückgreifen. Die Verschiedenheit der Methoden läßt sich mit einem Schlagwort dahin kennzeichnen, daß für die Spezialität die wertfreie, d.h. lediglich auf einen Vergleich der Tatbestandsmerkmale beschränkte, für die Subsidiarität dagegen die wertbezogene, d.h. an der Zweckbestimmung der Rechtssätze, dem angestrebten Rechtsgüterschutz, orientierte Betrachtungsweise anzuwenden ist.“²²

¹⁷ Auf dieses Problem soll hier nicht näher eingegangen werden, da es strenggenommen nicht um die Konkurrenz mehrerer Tatbestandsverwirklichungen geht – krit. zu Exklusivitätspostulaten per Interpretation etwa *Puppe*, JR 1984, S. 229; zust. *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, 31/12 in Fn. 13; *Wagner*, ZIS 2019, S. 12; dafür etwa im Verhältnis Diebstahl – Betrug *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 103; 111 f.

¹⁸ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. V.

¹⁹ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. VII, *M. E. Mayer* zitierend.

²⁰ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 23, 25 – er setzt dies aber wie hier in Anführungsstriche; der Normenlogiker Ulrich Klug war der Ansicht, dass der „*lex specialis derogat legi generali*“-Satz deswegen nicht logische Natur sei, weil bei Naturgesetzen das Gegenteil gälte, „daß etwa bei Naturgesetzen das Spezielle vom Allgemeinen derogiert wird, also bei gleicher logischer Konstellation der umgekehrte Effekt eintritt.“, *Klug*, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: ders. (Hg.), Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht. Band. 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme, Berlin u.a. 1981, S. 229 (243).

²¹ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 113; siehe auch S. 19.

²² *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 65.

An dieser Passage wie auch an anderen Stellen²³ betont Honig, dass ein Spezialitätsverhältnis zweier Rechtssätze allein „mittels eines Vergleichs der Merkmale der in Betracht kommenden abstrakten Delikts-Tatbestände erkannt werden kann.“ Allerdings konzidiert er: „die Frage, ob ein Grundtatbestand oder ein ihm zugeordneter Spezialtatbestand verwirklicht ist, hat nur dann einen Sinn, wenn sie in Hinblick auf ein und dasselbe Verhalten gestellt wird, das jedenfalls die Merkmale des Grundtatbestandes, darüber hinaus aber möglicherweise noch die spezialisierenden Merkmale eines anderen Tatbestandes in sich trägt.“²⁴ An diesen changierenden Aussagen zeigt sich die Schwierigkeit, die die damalige Lehre von den Konkurrenzen hatte, ohne über die moderne sprachphilosophische Unterscheidungen zwischen „type“ und „token“ zu verfügen: Bei den Konkurrenzen geht es stets um das Verhältnis von Straftatverwirklichungen (token), nicht bloß um das rein abstrakte Verhältnis von Rechtssätzen oder Begriffen zueinander (types).²⁵ Die *lex specialis* verdrängt die *lex generalis* also nur insoweit, als der gleiche Sachverhalt unter beide Gesetze subsumierbar ist.²⁶ So ist etwa § 306 I Nr. 1 grundsätzlich *lex specialis* zu § 303 I StGB, aber nur insofern, als ein fremdes Gebäude in Brand gesetzt wird, wenn dagegen Sachen im Inneren eines Gebäudes vernichtet werden, ist Tateinheit mit Sachbeschädigung möglich.²⁷ Dies liegt daran, dass man die Lehre von den Konkurrenzen nach einer neueren Strömung in der Strafrechtswissenschaft allein als besondere Ausformung einer tatproportionalen, schuldangemessenen Strafzumessung versteht, deren Basis stets konkrete Unrechtsverwirklichungen sind, die dem Täter vorgeworfen werden, nicht abstrakte Rechtssätze. Daraus folgen für eine tatproportionale, schuldangemessene Strafzumessung mehrerer Straftatverwirklichungen zwei Grundregeln für die Konkurrenzen: Erstens ein Doppel- bzw. Mehrfachverwertungsverbot, dass eine strafzumessungsrelevante Tatsache, sei sie strafschärfend- oder mildernd, nicht mehrfach in der Strafzumessung verwertet und dem Täter zugerechnet werden darf²⁸ – ein Aspekt, der sich zunehmend auch in

²³ Wie auch an anderen, etwa *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 23, 79.

²⁴ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 29; siehe auch S. 28 in Fn. 3.

²⁵ So aber *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 25: „da der Tatbestand der *lex generalis* sich zu dem der *lex specialis* wie ein Oberbegriff zum Unterbegriff verhält“.

²⁶ *NK-Puppe*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, vor § 52 Rn. 12 f.; *dies.* JuS 2016, S. 961 (963).

²⁷ BGHSt 51, 236 (240 f.); RG JW 35, 2372; Schönke/Schröder-Heine/Bosch, 30. Aufl., München 2019, § 306 Rn. 24; a.A. *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 66: Konsumtion.

²⁸ *NK-Puppe* (Fn. 26), vor § 52 Rn. 1; *dies.*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, Berlin 1979, S. 18 ff.; *MK-von Heintschel-Heinegg*, 4. Aufl., München 2020, vor § 52 Rn. 15 ff.; *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre, Tübingen 2017, S. 166 ff.; sympathisierend *Paeffgen*, NStZ 2002, S. 281 (286); *Rönnau/Wegner*, JuS 2021,

anderen Rechtsordnungen durchsetzt (das sog. Verbot des „double counting“).²⁹ Zweitens ein umstritteneres, sog. Ausschöpfungsgebot, demzufolge grundsätzlich das gesamte vom Täter verwirklichte schuldhaft Unrecht im Schuldspruch und in der Strafzumessung selbst Niederschlag finden muss.³⁰ Diesen zwei Grundregeln kommt Honig bereits sehr nahe, wenn die Ratio der Spezialität erklärt:

„Daß die *lex specialis* allein zur Anwendung kommt, beruht einerseits darauf, daß sie die konkrete Tat in vollem Umfange deckt, also im Gegensatz zur Rechtslage bei der Idealkonkurrenz nicht einer Subsumtion unter verschiedene Deliktstatbestände bedarf, um zu einer erschöpfenden strafrechtlichen Würdigung der Tat zu gelangen; und andererseits darauf, daß ein und dasselbe Ereignis nicht zweimal zum Gegenstand rechtlicher Würdigung werden darf, nämlich einmal als dem Tatbestand der *lex generalis* unterfallend, das andere Mal als Verwirklichung der *lex specialis*, soweit diese sich mit der *lex generalis* deckt.“³¹

Ganz treffend benennt er als Erklärungsgrund für den Vorrang der *lex specialis* die sich „unausweislich aufdrängende materiellrechtliche Konsequenz des Grundsatzes *ne bis in idem*“³² – das Mehrfachverwertungsverbot wird dementsprechend auch im neueren Schrifttum als „Miniaturform des Verfassungsgrundsatzes *ne bis in idem*“ bezeichnet³³ und in der Spezialität die „schärfsten Konturen“ vor dem Hintergrund des Mehrfachverwertungsverbots gesehen.³⁴ Honig hält dieses auch für den Zweck der Subsidiarität und Konsumtion, „freilich unter den, der Eigenart dieser Verhältnisse angepaßten Gesichtspunkten.“³⁵

S. 17 (18); so dem Grunde nach, trotz tlw. Anleihen bei philosophischen Konzepten auch *Moore*, *University of Pennsylvania Law Review* 142 (1994), S. 1749 (1751): „I do this because the dominating purpose animating the double jeopardy requirement – to proportion punishment to desert – requires a count of the separate instances of wrongs done by an accused, not a count of the separate act-tokens he may have done in doing those wrongs.“; siehe auch *Stuckenberg*, *Strafklageverbrauch bei Besitzdelikten*. Zugleich ein Plädoyer für einen funktionalen Tatbegriff, in: Bockemühl u.a. (Hg.), *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg*, München 2015, S. 435 (437).

²⁹ Siehe zur Rspr. US-amerikanischer und australischer Gerichte näher *Grosse-Wilde*, *ZStW* 133 (2021), S. 60 (81 ff.).

³⁰ *NK-Puppe* (Fn. 26), vor § 52 Rn. 1; *MK-von Heintschel-Heinegg* (Fn. 28), vor § 52 Rn. 17; das Prinzip findet jedenfalls eine prozessuale Durchbrechung in § 154a StPO, ob es materiell-rechtlich stets durchzuhalten ist (etwa auch die Verurteilung wegen Sachbeschädigung aufgrund des durchlöchernten Hemds des Getöteten neben der Verurteilung wegen Totschlags, siehe dazu auch *Honig*, *Vor- und Nachtat* [Fn. 1], S. 14), ist str. und kann hier nicht näher erörtert werden.

³¹ *Honig*, *Vor- und Nachtat* (Fn. 1), S. 30 (Herv. nur hier).

³² *Honig*, *Vor- und Nachtat* (Fn. 1), S. 30, *Köhler*, *Grenzenlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Eine strafrechtliche Untersuchung*, München 1900, S. 60 zustimmend zitierend.

³³ *MK-von Heintschel-Heinegg* (Fn. 28), vor § 52 Rn. 16 mit Verweis auf *Geerds*, *Zur Lehre von den Konkurrenzen im Strafrecht*, Hamburg 1961, S. 165 Fn. 83, 184; *Fahl*, *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Berlin 1996, S. 20 f., 241; siehe auch *Stuckenberg*, *ZStW* 113 (2001), S. 145 (151 in Fn. 15).

³⁴ *MK-von Heintschel-Heinegg* (Fn. 28), vor § 52 Rn. 16, allerdings ohne Verweis auf *Honig*.

³⁵ *Honig*, *Vor- und Nachtat* (Fn. 1), S. 30.

II. Die Subsidiarität

Honig definiert das Verhältnis der Subsidiarität mehrerer Strafrechtssätze zueinander, „wenn dasselbe Rechtsgut durch sie in verschiedenen Angriffsstadien geschützt wird; die subsidiäre Strafbestimmung kommt nach Verwirklichung der primären nicht zur Anwendung, weil das zwar notwendigerweise zu durchlaufende, aber weniger gefährliche Angriffsstadium als unbedeutenderes außer Betracht bleibt.“³⁶ Als Beispiel führt Honig die Verabredung zu einem Mord an, die bereits nach § 49a RStGB (sog. Duchesne-Paragraph³⁷) strafbar sei, aber immer dann als subsidiär für diejenigen Komplottanten zurücktrete, die den Mord begangen oder versucht haben oder als Teilnehmer daran beteiligt waren.³⁸ Diese terminologische Einordnung ist im heutigen Schrifttum umstritten, tlw. wird eine solche Subsidiarität auch als „annähernde Spezialität“ bezeichnet;³⁹ ansonsten hängt die Reichweite der Subsidiarität davon ab, wie weit man spiegelbildlich die Spezialität ziehen will – einige halten aus rechtstheoretischen Erwägungen bspw. Vorsatz und Fahrlässigkeit, Vollendung und Versuch als in einem Plus-Minus-Verhältnis stehend mit der Folge, dass jede Vorsatztat ein Spezialfall einer Fahrlässigkeitstat, jede Vollendung ein Spezialfall des Versuchs sei,⁴⁰ andere plädieren für ein Aliud-Verständnis mit einer dementsprechenden Weitung der Subsidiaritäts-Kategorie.⁴¹

III. Die Konsumtion

Honig nimmt eine Konsumtion des einen Delikts durch das andere dann an,

„wenn – bei Identität des geschützten Rechtsgutes – der durch einen Rechtssatz angestrebte Rechtsgüterschutz vollständiger ist als der durch einen anderen. Alsdann geschieht mit der Anwendung des ersteren Rechtssatzes dem Strafbedürfnis Genüge.“⁴²

³⁶ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 49.

³⁷ Siehe näher vor Vorläufernorm des § 30 StGB MK-*Joecks/Scheinfeld*, 4. Aufl., München 2020, § 30 Rn. 6 m.w.N.

³⁸ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 40.

³⁹ NK-*Puppe* (Fn. 26), Vor § 52 Rn. 36; Honig reserviert dagegen die Spezialität für Fälle des Vorliegens einer Handlung, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 18 ff., 114.

⁴⁰ NK-*Puppe* (Fn. 26), § 15 Rn. 4 f.; *Grosse-Wilde* (Fn. 28), S. 554 ff.

⁴¹ Siehe etwa zum Verhältnis Vollendung – Versuch *Kindhäuser*, Versuch und Vollendung – Normtheoretisch betrachtet, in: Barton u.a. (Hg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 125; *Mañalich*, Versuch als defizitärer Normwiderspruch, in: Aichele u.a. (Hg.), Normtheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, Berlin 2022, S. 177; Honigs Verständnis der Spezialität ist eher eng, er beschränkt diese auf ein begriffliches Inklusionsverhältnis der Tatbestandsverwirklichungen, nicht auf ein empirisches Inklusionsverhältnis wie bei einem Gefährungsdelikt gegenüber einem Verletzungsdelikt (oder einer Körperverletzung gegenüber einer Tötung, Vor- und Nachtat [Fn. 1] S. 33), hier schlägt er ein Konsumtionsverhältnis vor – aber nicht ausnahmslos, wenn die Gefährungsnorm Unrechtsaspekte wie etwa die Gefährdung einer unbestimmten Anzahl von Objekten enthält, die die Verletzungsnorm nicht abdeckt, siehe *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 71 f.

⁴² *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 113, siehe auch S. 79.

„Ob Konsumtion vorliegen kann, richtet sich danach, welchen Rechtsgüterschutz die abstrakten Deliktstatbestände anstreben; ob sie im Einzelfall vorliegt, hängt davon ab, welchen Erfolg der Täter mit der dem konsumierenden Gesetz unterfallenden Handlung herbeigeführt hat, und insbesondere auch herbeiführen wollte.“⁴³

Dies hört sich abstrakt überzeugend an, Honigs konkrete Beispiele bei der Annahme einer Konsumtion vermögen aber nicht stets zu überzeugen. Als ein Beispiel nennt er den folgenden Fall:

„Angeklagter hatte einen Hund verkauft. Der Hund entlief nach einiger Zeit dem Käufer und kehrte zum Angeklagten zurück. Dieser faßte nunmehr den Entschluß, sich den Hund wieder zuzueignen, und sperrte ihn in seinen Stall. Später tötete er ihn, um dem Verdacht der Unterschlagung zu entgehen und sich der Bestrafung zu entziehen.“⁴⁴

Hier soll nach Honig

„die Straflosigkeit der Sicherungshandlung (...) darauf gestützt werden müssen, daß der Angeklagte den Eigentümer durch die Sachbeschädigung nicht weitergehend schädigen konnte, als er ihn schon durch die Unterschlagung schädigen wollte und geschädigt hat, und es deshalb für das Recht gleichgültig ist, was der Angeklagte nach der in umfassender Zueignungsabsicht begangenen Unterschlagungshandlung mit der unterschlagenen Sache machte.“⁴⁵

In der Nachkriegszeit wurde der parallel liegende sog. Amati-Fall in den Sitzungen der Großen Strafrechtskommission intensiv erörtert: Der Täter entwendet eine Amati. Als polizeiliche Ermittlungen gegen ihn eingeleitet werden, erfährt er den Wert der Geige und verbrennt sie aus lauter Bosheit.⁴⁶ Hier lägen an sich zwei in Tatmehrheit stehende Delikte vor, ein Diebstahl sowie eine Sachbeschädigung. Dann bestehe die Gefahr der Doppelbestrafung – zum einen sei die Zerstörung der Amati als strafschärfendes Nachtatverhalten des Diebstahls zu bewerten und zusätzlich als realkonkurrierende Sachbeschädigung.⁴⁷ Davor schreckt auch Honig zurück. Gelöst werden soll dieses Problem dadurch, dass die Sachbeschädigung als „mitbestrafte Nachtat“ gewertet wird – dies ist bis heute die Lösung der h.M. und höchstrichterlichen Rechtsprechung.⁴⁸ Dies erscheint unter mehreren Aspekten angreifbar: Zum

⁴³ Honig Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 79.

⁴⁴ Honig Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 86 mit Verweis auf RGSt 10, 488.

⁴⁵ Honig, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 87.

⁴⁶ Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. V 1958, S. 18 f.; siehe zu diesem Fall auch Hertz, Das Verhalten des Täters nach der Tat. Ein Beitrag zu 13 StGB und zu den Straftheorien, Berlin/New York 1973, S. 93, 96 f.

⁴⁷ Wable, Die Rechtsnatur der „besonders schweren Fälle“ im Strafrecht, Heidelberg 1966, S. 100 f.; für Realkonkurrenz auch Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, Tübingen 2004, S. 264.

⁴⁸ So Hertz (Fn. 46), S. 97; Eisele (Fn. 47), S. 264 in Fn. 413; LK-Rissing van Saan, 13. Aufl., Berlin/Boston 2020, vor § 52 Rn. 179 m.w.N; BGH NSTZ-RR 1998, 294; a.A. Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 327 in Fn. 14.

einen ist es wenigstens dem modernen Recht keineswegs gleichgültig, wie ein Angeklagter nach einer in umfassender Zueignungsabsicht begangenen Unterschlagungshandlung mit der Sache verfährt, wenn es sich um ein Tier handelt (siehe nur die Strafbarkeit nach § 17 TierSchG).⁴⁹ Zum anderen ist es nicht zwingend, wegen der naturalistisch betrachteten mehreren Handlungen des Täters auch aus rechtlichen Gesichtspunkten eine Handlungs- und Tatmehrheit anzunehmen – eine Doppelstrafung könnte man vermeiden, wenn man zur Rechtsfolge der Tateinheit zwischen Diebstahl bzw. Unterschlagung und Sachbeschädigung gelangen könnte. Denn hier kommt es zu einer Art Fusion der Rechtsfolgen der idealkonkurrierenden Straftatbestände⁵⁰:

„Dabei stellt § 52 StGB für den Fall der teilweisen Identität des Unrechtsgehalts (...) zusammentreffender Tatbestandsverwirklichungen genau die richtige Regelung zur Verfügung. Es wird nur eine Strafe zugemessen, was eine Doppelverwertung der in beiden Tatbestandsverwirklichungen enthaltenen Unrechtselemente verhindert. Die Höchststrafe des strengsten verwirklichten Delikts ist dabei maßgeblich und die Mindeststrafe keines der anderen Delikte darf unterschritten werden. So wird verhindert, dass dem Täter ein Vorteil daraus erwächst, dass er außer dem mit einer geringeren Höchststrafe aber höheren Mindeststrafe bedrohten Gesetz auch noch ein mit einer strengeren Höchststrafe aber geringeren Mindeststrafe bedrohtes verwirklicht hat. Diese Regelung ist auch flexibel genug, um sich jedem möglichen Deckungsgrad der Unrechtselemente anzupassen. Je weniger Unrechtselemente die in Handlungseinheit zusammentreffenden Tatbestandsverwirklichungen gemeinsam haben, desto stärker werden sich die im Strafrahmen zurücktretenden Tatbestände bei der Strafzumessung als Erschwerungsgründe auswirken, je mehr Gemeinsamkeiten im Unrechtsgehalt vorliegen, desto geringer wird der Einfluss der zurücktretenden Tatbestandsverwirklichungen auf die Strafzumessung sein. Alle denkbaren Abstufungen der Teildeckung des Unrechtsgehalts der zusammentreffenden Tatbestandsverwirklichungen lassen sich in diesem Rahmen berücksichtigen bis zur Grenze der Spezialität, bei der der Unrechtsgehalt der Verwirklichung des generellen Tatbestandes vollständig in der Verwirklichung des speziellen enthalten ist.“⁵¹

„Ist aber die Zeitgleichheit nur ein Indiz für die teilweise Unrechtsidentität und diese der eigentliche Rechtfertigungsgrund für die Bewertungseinheit nach den Regeln der Idealkonkurrenz, so sind Fälle denkbar, in denen Idealkonkurrenz kraft Unrechtseinheit zwischen zwei Tatbestandsverwirklichungen vorliegt, obwohl sie nicht gleichzeitig geschehen sind. Genau dies sind die Fälle der Erfolgseinheit und dazu gehört die mitbestrafte Nachtat oder Vortat. Hier ist ein wesentlicher Teil des tatbestandsmäßigen Unrechts, nämlich der Erfolg identisch,

⁴⁹ Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Untersuchung Honigs gab es allerdings diesen Straftatbestand noch nicht, sondern nur den restriktiveren Übertretungstatbestand des § 360 Nr. 13 RStGB, wonach bestraft wurde, wer öffentlich oder in Ärgernis erregender Weise Tiere boshaft quälte oder roh misshandelte, siehe MK-Pfobl, 4. Aufl., München 2022, § 17 TierSchG Rn. 12.

⁵⁰ Siehe hierzu auch Grosse-Wilde, ZStW 133 (2021), S. 60 (78 ff.).

⁵¹ Puppe, ZIS 2007, S. 254 (256).

während die deliktischen Mittel, die der Täter zur Herbeiführung oder zur Sicherung dieses Erfolges einsetzt, verschiedenen Tatbeständen angehören“.⁵²

Ob eine solche Lösung des Problems der mitbestraften Vor- oder Nachtat mit dem Gesetz (sei es § 73 RStGB oder die heutige Fassung des § 52 StGB) vereinbar war und ist, kann hier nicht näher diskutiert werden.⁵³ Honig hat sie in seiner Monografie zur straflosen Vor- und Nachtat nicht erörtert, aber im Allgemeinen das Abstellen auf eine naturalistische Handlung nicht für maßgeblich für Gesetzeskonkurrenz/unechte Konkurrenz angesehen:

„wenn (...) in dem vom Gesetzgeber angestrebten Rechtsgüterschutz die Zweckbestimmung der Auslegungsregeln ist, dann muß ihre Anwendbarkeit grundsätzlich (d.h. vorbehaltlich der aus dem Wesen einzelner Auslegungsregeln selbst folgenden Einschränkungen) unabhängig davon sein, ob eine Handlung oder ob mehrere Handlungen zur Verwirklichung der in Rede stehenden Tatbeständen geführt haben.“⁵⁴

Wenigstens erscheint die Lösung der von Honig mitbegründeten h.M. insofern angreifbar, als dass die angeblich „straflose“ Vor- oder Nachtat doch wieder in der Strafzumessung straferschwerend berücksichtigt werden darf, also genau dasselbe Ergebnis wie bei der transparenteren Lösung nach § 52 StGB erreicht wird.⁵⁵ Bei einer solchen Berücksichtigung des rezessiven Delikts „durch die Hintertür“ der Strafzumessung des dominanten Delikts drohen aber Informationsrechte des Beschuldigten beschnitten zu werden.⁵⁶ Dieselbe Kritik ist für angebliche Konsumtionsfälle bei naturalistisch betrachteter Handlungseinheit einschlägig – die neuere Rechtsprechung des BGH tendiert hier zur Tateinheit und Zurückdrängung des

⁵² Puppe, ZIS 2007, S. 254 (257).

⁵³ Siehe aber zur normativierenden Interpretation des § 73 RGStB durch Honig nachfolgend unter E.

⁵⁴ Honig, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 11 f.; siehe auch S. 7 in Fn. 1: „denn nicht die Handlungseinheit oder -mehrheit, sondern das Verhältnis der Rechtssätze zueinander ist für die Frage: echte oder unechte Verbrechenskonkurrenz? Entscheidend.“ (gesperrt gedruckt); siehe zudem S. 114.

⁵⁵ Siehe Puppe, ZIS 2007, S. 254 (256 f.); NK-dies. (Fn. 26), vor § 52 Rn. 27 f.; SSW-Eschelbach, 5. Aufl., Hürth 2021, § 52 Rn. 7, 21; LK-Rissing-van Saan (Fn. 48), vor § 52 Rn. 169; eine komplette Nichtberücksichtigung der Vor- oder Nachtat kommt auch nicht in Betracht, denn der Sinn des Instituts der straflosen Vor- oder Nachtat kann es wohl nicht sein, „dem Täter im Falle seiner Bestrafung für die Haupttat einen Freibrief zu erteilen, entweder nachträglich für deren an sich strafbare Vorbereitung oder gar für die Zukunft, für alle an sich strafbaren Maßnahmen, mit denen er den Fortbestand des Unrechtserfolges verteidigt und sichert.“, Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 197.

⁵⁶ Das gilt insbesondere für den Anklagesatz, da nach der Rechtsprechung des BGH Umstände, die ausschließlich für die Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind, nicht zum notwendigen Inhalt des Anklagesatzes gehören, BGHSt 29, 124 (126); 29, 274 (276); die Sachlage entschärft sich dadurch, dass wohl (ggfls. analog) § 265 StPO auf eine im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängte und damit im Anklagesatz nicht genannte Norm hingewiesen werden müsste, sofern sie bei der Strafzumessung berücksichtigt werden soll, so auch Beck-OK-StPO-Eschelbach, 46. Edition 1.1.2023, § 265 Rn. 8; KMR-Stuckenberg, 33. Lieferung 2002, § 265 Rn. 26.

Rechtsinstituts der Konsumtion, etwa beim Verhältnis des Wohnungseinbruchsdiebstahls zur Sachbeschädigung.⁵⁷

IV. Zwischenfazit

Insgesamt handelt es sich bei den Untersuchungen zur straflosen Vor- und Nachtat um eine detailliert-fallgesättigte, immer noch lesenswerte Analyse, die allerdings an vielen Stellen vorschnell Gesetzeskonkurrenz annimmt, wo Idealkonkurrenz näher liegen würde. Die Wertschätzung des Ausschöpfungsgebots und der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz, die in der neueren Rechtsprechung und Literatur auszumachen ist,⁵⁸ ist bei Honig also noch nicht angelegt,⁵⁹ auch wenn diese in der Sache an der ein oder anderen Stelle durchaus aufblitzt.⁶⁰

C. Grünhuts Kritik und Honigs Position zu einem Rechtsfolgen-Funktionalismus

In einer Buchanzeige im Rahmen eines Literaturberichts zum Allgemeinen Teil aus dem Jahre 1930 kritisiert Grünhut die Arbeit Honigs:

„Der Verf. faßt seine Arbeit ausschließlich als dogmatisch-logische auf und gelangt damit zu einer scharfen Absage an alle ideologischen Entscheidungen. Es bedeutet für ihn ‚den Bankrott* aller Rechtswissenschaft, Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfolgen und nicht (allein) unter dem der rechtlichen Bedeutung des die Rechtsfolgen erst auslösenden

⁵⁷ Siehe BGHSt 63, 253; zustimmend *Grosse-Wilde*, HRRS 2019, S. 160; *LK-Rissing-van Saan* (Fn. 48), vor § 52 Rn. 166; ablehnend *Fabl*, JR 2019, S. 107 (117).

⁵⁸ Siehe etwa *LK-Rissing van Saan* (Fn. 48), Vor § 52 Rn. 166; *Puppe*, ZStW 132 (2020), S. 1 (5 ff.) jeweils m.w.N.

⁵⁹ Dies mag auch an der damaligen Fassung des § 73 RStGB liegen, der noch eine absolute Absorption des mildereren durch das strengere Gesetz mit der Folge der Gleichstellung des Strafrahmens bei Gesetzeseinheit und Idealkonkurrenz vorsah (siehe RGSt 6, 183, davon löste sich das RG erst im Jahre 1939, RGSt 73, 148 mit der Annahme einer Sperrwirkung der Mindeststrafe des mildereren Gesetzes; siehe daher auch die Kritik Honigs an der Fassung des § 73 StGB in *ders.*, Studien [Fn. 1], S. 6 f.). Die Attraktivität und „geheime Weisheit der Regelung der Idealkonkurrenz in unserem Gesetz“ (*Puppe*, JuS 2017, S. 637 [639]), dass es zu einer „Normfusion“ der Rechtsfolgen der idealkonkurrierenden Delikte kommt, also dem Kombinationsprinzip, sah der Wortlaut des § 73 RGStB noch nicht vor, siehe näher *LK-Rissing-van Saan* (Fn. 48), § 52 Entstehungsgeschichte; *Puppe*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 135 in Fn. 16, 142 sowie ausführlich *Pauli*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Berlin/New York 1992, S. 101 ff.

⁶⁰ Siehe etwa *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 15 f., wo Honig beim Abschieben von Falschgeld eine Sperrwirkung des mildereren Strafrahmens des § 148 StGB gegenüber § 263 ablehnt und stattdessen Idealkonkurrenz mit dem Betrug annimmt, dafür auch heutzutage *NK-Puppe/Schumann* (Fn. 26), § 148 Rn. 38; a.A. *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben* (Fn. 27), § 148 Rn 26.

Tatbestandes zu treffen‘ (61). Das mag im Zusammenhang der Arbeit richtig sein, grundsätzlich aber müssen wir uns des Verhältnisses der — regelmäßigen — dogmatischen zu der — für Grenzfälle erforderlichen — teleologischen Methode bewußt sein.“⁶¹

Ergänzend kann man anführen, dass sich diese Kritik Honigs an der Vorgehensweise, Rechtsbegriffe und -institute nur von ihren Rechtsfolgen her zu denken, auch in späteren Veröffentlichungen findet – etwa in seiner Rezension des Werkes von Geerds aus dem Jahre 1964: „doch dürfte das Bemühen um das Wesen und die Struktur der Konkurrenz weit eher beiseite geschoben als gefördert werden, wenn man anstatt des Grundes die Folge der Strafregelung bei mehreren Gesetzesverletzungen benennt, m.a.W. den Schwerpunkt von der Struktur der Handlung auf die Strafanwendung verschiebt.“⁶² Daraus folgt aber nicht, dass Honig einer ontologisierenden Dogmatik oder naiven Wesens-Schau von Rechtsinstituten anhing⁶³ – zwar kommt der Begriff des „Wesens“ manchmal vor,⁶⁴ aber im Vorwort zu seinen zwei Jahre zuvor erschienen Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit betont er, dass wir es „genaugenommen (...) also mit Relations- und nicht mit Substanzbegriffen zu tun“ haben.⁶⁵ Und in seinem späteren Buch pocht er zwar einerseits auf eine streng systematische Vorgehensweise, die Kriterien der Gesetzeskonkurrenz hätten sich aber teleologisch am Rechtsgüterschutz zu orientieren: „Im übrigen müssen die Kriterien für das Ausscheiden des einen Tatbestandes gegenüber dem anderen im Sinn und Zweck der Strafbestimmungen gesucht werden. Die metatatsbestandliche Rechtsgüterschutztheorie hat also das entscheidende

⁶¹ *Grünhut*, ZStW 1930, S. 291 (292); siehe näher zur teleologischen Methode und Begriffsbildung bei Grünhut *Stuckenberg*, in: Pawlik/derselbe/Wohlens (Hrsg.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Tübingen 2023, S. 189 (198 ff.).

⁶² *Honig*, JZ 1964, S. 471; siehe auch *ders.*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 35: Subsidiarität sei nur dasselbe wie Spezialität, wenn man ausschließlich auf die Rechtsfolgen schaue, was inadäquat sei. – Allerdings stimmt diese Aussage Honigs nicht, das subsidiär zurücktretende Delikt kann nach h.M. und Rspr. in der Strafzumessung des vorrangig geltenden Strafgesetzes schärfend berücksichtigt werden, also für die Rechtsfolgen von Bedeutung sein, die Verwirklichung der *lex generalis* dagegen nicht, siehe die Nachweise bei *Puppe*, JuS 2016, S. 961 (962).

⁶³ Klassisch die Kritik von *Scheuerle*, AcP 163 (1964), S. 429 (430): „Kryptoargument, das gebraucht wird, um anderes zu verbergen“; *Weiglin*, Richard Martin Honig (1890-1981) – Leben und eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung, Baden-Baden u.a. 2011, S. 65 f. ordnet Honig als „Vertreter der (...) Interessenjurisprudenz“ ein, der eine enge Beziehung zum südwestdeutschen Neukantianismus aufweise und einer teleologischen Begriffsbildung und -auslegung folge; siehe zur Rezeption des Neukantianismus und teleologischer Begriffsbildung in der (Straf-)Rechtswissenschaft näher *Stuckenberg*, Neukantianismus, in: Kindhäuser u.a. (Hg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen 2019, S. 125 (129 ff.).

⁶⁴ Prominent etwa in der Zusammenfassung im Nachwort, *Honig* (Fn. 1), S. 114: „Einsicht in das Wesen der einzelnen Auslegungsregeln“; siehe auch S. 10, S. 11.

⁶⁵ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. VIII; dabei greift er wohl eine von Unterscheidung von Cassirer zwischen Substanz- und Funktionsbegriffen auf, siehe hierzu im Kontext des strafrechtlichen Handlungsbegriffs der allgemeinen Verbrechenslehre näher *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017, S. 25 ff.

Wort.⁶⁶ Die Frage, ob „das Rechtsbedürfnis die Anwendung beider Strafdrohungen oder nur einer von ihnen und insbesondere welcher von beiden erheischt, [ist] ohne Einblick in die gegenseitigen Sinn- und Zweckbeziehungen der in Betracht kommenden Deliktstatbestände nicht [zu] entscheiden.“⁶⁷ Es wäre demnach falsch, Honigs Analysen der Konkurrenzen als Totalabsage an ein teleologisches, rechtsfolgenfunktionales Denken zu lesen, das ja gerade im Rahmen der Konkurrenzen eine große Anziehungskraft besitzt: Je nachdem, welche konkreten Rechtsfolgen eine Rechtsordnung an das Zusammentreffen mehrerer Normverletzungen knüpft, ändert sich natürlich der Charakter und die Auslegung der Rechtsinstitute der Konkurrenzlehre.⁶⁸ Die Institute der Konkurrenzlehre erhalten daher kein „isoliertes Eigenleben“ im Rechtssatzvordersatz,⁶⁹ sondern werden funktional im Hinblick auf ihre Rechtsfolgen – in einem Tatschuldstrafrecht an einer tatschuldproportionalen Strafzumessung – ausgerichtet. Eine Suche nach einer metaphysisch begründbaren Anzahl von Normverletzungen oder ontologisch vorfindbaren Handlungen, die miteinander konkurrieren, wirkt dagegen wenig überzeugend⁷⁰ und ähnelt der Frage „How many angels can stand on the point of a needle?“⁷¹ über die sich die amerikanischen Rechtsrealisten lustig gemacht haben.⁷¹ Ohne die Fundamentalfragen des

⁶⁶ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. VI; siehe auch S. 73, 79, 114; zudem zeigt sich *Honig* in seinem FS-Beitrag für Larenz mit dem Titel „Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele“, in: Paulus u.a. (Hg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973 offen gegenüber einer solchen Mittlerfunktion, S. 245 (248): „Ist Kriminalpolitik die Sicht, von der aus rechtsstaatliche Gebundenheit und Zweckmäßigkeit der Strafvorschriften auf einander abzustimmen sind, dann bilden kriminalpolitische Kriterien den methodologischen Ansatzpunkt für Einblicke auch in die Allgemeinbegriffe des alsbald in Kraft tretenden neuen deutschen Strafgesetzbuches.“

⁶⁷ *Honig*, Vor- und Nachtat (Fn. 1), S. 36.

⁶⁸ Allerdings ist jedenfalls das Mehrfachverwertungsverbot in einem Tatschuldstrafrecht unabdingbar und quasi ein Stück „sachlogischer Struktur“, siehe hierzu (auch rechtsvergleichend) *Grosse-Wilde*, ZStW 133 (2021), S. 60, 81 ff., 120. So verlangt das Schweizer Bundesgericht etwa trotz Geltung der Einheitsstrafe in der Schweiz, Art. 49 StGB, von den Tatgerichten die Festsetzung von Einzelstrafen für die verschiedenen abgeurteilten Taten und sieht es als rechtsfehlerhaft an, wenn das Tatgericht direkt eine „Einheitsfreiheitsstrafe“ ausspricht (BGer Urt. V. 30.4.2018 – 6_B 483/2016; Bger Urt. V. 7.06.2019 – 6_B 409/2018; Bger Urt. V. 6.1.2021 – 6_B_986/2020); in einem Tatschuldstrafrecht kann man demnach auf die Anzahl und Gewichtung der Einzeltaten nach Unrecht und Schuldumfang nicht verzichten, auch wenn am Ende eine Einheitsstrafe gebildet wird.

⁶⁹ Es ist eine Frage der rechtstheoretischen Konstruktion, ob man die Konkurrenzen schon zu den strafrechtlichen Rechtsfolgen oder deren Voraussetzungen zählt oder eine „eigentümliche Doppelstellung“ (*Warda*, JuS 1964, S. 81) annimmt; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 33 Rn. 6 spricht von einer „Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von den Unrechtsfolgen“ (wiederum *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 31. Aufl., 2001 Heidelberg, Rn. 751 zitierend).

⁷⁰ So aber *Moore*, Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law, Oxford u.a. 1993, S. 329.

⁷¹ Siehe *Cohen*, Columbia Law Review 35 (1935), S. 809 (810), der die Frage mit derjenigen, wo sich ein Unternehmen (corporation) befände, vergleicht.

(straf-)rechtlichen Funktionalismus hier näher vertiefen zu können,⁷² kann man die zitierten Passagen Honigs vielleicht so verstehen, dass jedenfalls eine rein extensionale Lesart der Konkurrenzen, also gewissermaßen ein *radikalisierte* strafrechtlicher Funktionalismus in einem Tatschuldstrafrecht nicht adäquat ist: Wenn man den Vordersatz des strafrechtlichen Rechtssatzes allein daraufhin reduziert, ein bloßer Auslöser für die Rechtsfolge zu sein, der inhaltslose, leere, letztlich austauschbare Bedingungen für die strafrechtliche Rechtsfolge enthält, dass der Strafrahmen X, Y eröffnet oder eine Strafe von X, Y verwirkt worden ist⁷³ – dann würde der Vorwurf, eine Beihilfe zu einem Totschlag geleistet zu haben, funktional genau dasselbe bedeuten wie etwa einen anderen zu bestimmen versucht zu haben, einen Totschlag zu begehen, oder einen Totschlag begangen zu haben in der vermeidbaren irrigen Annahme, dass die Umstände eines entschuldigenden Notstandes vorlägen: Jeweils ist die (vorläufige) Rechtsfolge dieselbe – eine obligatorische Strafmilderung des Strafrahmens des § 212 I gemäß § 49 I StGB (siehe § 27, § 30 I Satz 2, § 35 II S. 2).⁷⁴ Wenn der strafrechtliche Vordersatz keinerlei Sinn hätte, außer dass eine bestimmte Rechtsfolge eintritt, dass jemand bspw. zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wird, könnte der strafrechtliche Vorwurf, eine gefährliche Körperverletzung begangen zu haben, im Einzelfall genau dasselbe bedeuten wie einen Betrug begangen zu haben, wenn die Taten jeweils mit zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert werden.⁷⁵ Das Antezedens im Strafrechtssatz muss also irgendeinen zusätzlichen „Schuss“ Sinn enthalten, der über die Auslöserfunktion, dass eine bestimmte

⁷² Siehe allgemein *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik, Berlin 2007, S. 49 ff. m.w.N.

⁷³ Noch „radikaler“ wäre ein Verständnis von Rechtsregeln und Rechtsfolgen als rein behavioristische Vorhersage, wie sich Richter und andere Mitglieder des Rechtsstabes in Anbetracht gewisser Umstände verhalten, die sog. „Vorhersagetheorie des Rechts“ („prediction theory of law“), siehe *Holmes*, Harvard Law Review 19 (1887), S. 457 (461) „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law“.

⁷⁴ Siehe näher zu einer extensionalen und intensionalen Deutung der Tatbestände im Rahmen der Konkurrenzen und der Strafzumessung *Puppe*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 43 ff., 53 ff.

⁷⁵ Vgl. hierzu auch *Puppe*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 115; wenn hingegen ein strafrechtlicher Begriff oder ein Rechtsinstitut X stets und in jedem Einzelfall genau dieselben Rechtsfolgen auslöst wie Y, beide also immer (nicht nur im Einzelfall) ko-extensional sind, dann ist ihr rechtlicher Sinn (wohl) auch „salva normativitate“ derselbe, vgl. *Liibbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg im Breisgau/München 1981, S. 57 f. in Fn. 94. – Auf viele weitere Einzelfragen, etwa was überhaupt die spezifisch strafrechtliche Rechtsfolge ist, wie man exakt die (Nicht-)Identität von strafrechtlichen Rechtsfolgen bestimmt, ob der Schuldspruch dazu gehört usw., kann hier nicht eingegangen werden, siehe näher *Stuckenberg*, JZ 2015, S. 714; *Freund/Rostalski*, JZ 2015, S. 164 u. JZ 2015, S. 716.

Rechtsfolge in Form einer numerisch bestimmten (Geld-/Freiheits-)Strafhöhe exekutiert wird, hinausgeht.⁷⁶

D. Honigs Plädoyer für eine Einheitsstrafe in den Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit

Honig wählte für seine zuvor erschienen Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit den Untertitel: „zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform“. Der Inhalt des Buches lässt sich dementsprechend zweifach charakterisieren. Einerseits als sehr genaue Analyse einer Vielzahl von reichsgerichtlichen Entscheidungen zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit (und zum fortgesetzten Delikt), die den Autor nach seinen eigenen Worten „dem vom Reichsgericht vertretenen Standpunkte mehr und mehr entfremdete“;⁷⁷ andererseits als rechtspolitischen Beitrag zur damaligen – heute im Übrigen wieder aktuellen⁷⁸ – Debatte um die Abschaffung des Differenzierungsprinzips zwischen Ideal- und Realkonkurrenz und die Einführung einer Einheitsstrafe. Kurz vor Erscheinen der Studie Honigs war der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925 publiziert worden, der nach dem Vorbild Österreichs eine einheitliche Regelung für ideal- und realkonkurrierende Straftaten vorsah mit einer identischen Rechtsfolge, nämlich des Erkennens auf eine Strafe, wobei das Höchstmaß der Strafe, das in dem anzuwendenden Strafgesetz vorgesehen ist, um die Hälfte überschritten werden darf (§§ 63, 64 Entwurf 1925).⁷⁹ Die Strafzumessung im Entwurf atmet den Geist der Spezialprävention, bei der „Bemessung der Strafe soll das Gericht abwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen“ (§ 67). Konsequenz ist es dann, die Rechtsfolgen der Ideal- und Realkonkurrenz einander anzugleichen, um dem Tatrichter eine maximale Flexibilität bei der Findung einer

⁷⁶ Welcher oder welche Sinngehalte dies sind, kann hier nicht näher analysiert werden, siehe etwa für eine Kommunikation mit dem Opfer durch das Unwerturteil *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl., Tübingen 2017, S. 36 ff.; zur expressiven Funktion von Strafrahmen *dies*, ZIS 2020, S. 440 (441); auch und gerade für (positive/negative) generalpräventive Theorien muss das Vorderglied der Strafnorm ein eigenständiger Sinnträger sein, denn mit der Rechtsfolge Strafe soll ja gerade die Beachtung der Verhaltensnorm bestärkt werden – dies setzt ein inhaltliches (wenigstens grobes) Verständnis dessen, was vermieden werden soll, voraus; siehe zur intrikaten Frage, ob aus den Sanktionsnormen Verhaltensnormen abgeleitet werden können *Grosse-Wilde*, RphZ 2018, S. 137.

⁷⁷ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. IX.

⁷⁸ Siehe etwa die Beiträge von *Erb, Franke* und *S. Jakobs*, in: Cirener u.a. (Hg.), Bild-Ton-Dokumentation und »Konkurrenzlehre 2.0«. Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht?, Köln 2020.

⁷⁹ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Erster Teil: Entwurf, Berlin 1925.

„Zweckmäßigkeitstrafe‘ (was hat zu geschehen, um den Entgleisten wieder auf den richtigen Weg zu bringen?)⁸⁰ zu ermöglichen. Honig ging noch weiter:

„Zu fordern ist vielmehr, daß ein künftiges Gesetz sich auch jeder Andeutung der sachlichen Verschiedenheit der Ideal- und Realkonkurrenz enthalte, daß also eine Gegenüberstellung ‚derselben Tat‘ und ‚mehrerer selbständiger Taten‘ (so § 63 des Entwurfs) in ein neues StGB nicht aufgenommen werde.“⁸¹

Er schlägt daher folgende Fassung vor:

„Bei gleichzeitiger Aburteilung wegen Verletzung mehrerer Strafgesetze oder wegen mehrfacher Verletzung desselben Strafgesetzes ist nur auf eine Strafe zu erkennen.“⁸²

Wie kommt Honig zu diesem radikalen Vorschlag *de lege ferenda*, wo er doch in seiner Dissertationsschrift noch betont hatte, dass es zu den Kernelementen des Strafrechts gehöre, für einen „durch die einzelne Tat begangenen Bruch der Rechtsordnung, nicht für sein Verhalten im übrigen“ bestraft zu werden?⁸³ Dann müsste *a minore ad maius* erst recht gelten, dass an die Stelle genau bezeichneter, mehrerer Taten kein diffuser „Inbegriff“ von Straftatvorwürfen treten kann, der doch eher an ein „Verbrechensbekämpfungsrecht“ erinnerte, aber nicht einer tatproportionalen, tatschuldangemessenen Bestrafung dienen würde.⁸⁴ Honig resümiert, die Grenze von Ideal- und Realkonkurrenz beruhe nicht auf einer größeren oder geringeren Schuld des Täters – und auch nicht auf einem größeren oder geringeren Schaden⁸⁵ – entscheidend sei „einzig und allein die Zufälligkeit der Situation“.⁸⁶ „Viel-

⁸⁰ So charakterisiert *Bruns*, Strafummessungsrecht. Allgemeiner Teil, Köln u.a. 1967, S. 115 den (nahezu textidentischen) Entwurf 1922 (mit Verweis auf das von Eb. Schmidt geschriebene Vorwort zum Entwurf 1922).

⁸¹ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 9.

⁸² *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 60 und *ders.*, GS 92 (1926), S. 115 (118).

⁸³ *Honig*, Rückfall (Fn. 8), S. 34.

⁸⁴ Siehe *NK-Puppe* (Fn. 26), § 52 Rn. 6: „Unabhängig v. der Entsch. für oder gegen die Einheitsstrafe, steht fest, dass eine Strafrechtsdogmatik, die die Einheitsstrafe deshalb fordert, weil sie sich nicht in der Lage sieht, verschiedene Verbrechen eines Täters zu unterscheiden, das Tatschuldprinzip preisgegeben hat, denn was soll das Tatschuldprinzip noch bedeuten, wenn nicht bestimmbar ist, was eine Tat ist (*Puppe*, GA 1982, S. 143 [145]). Wenn man nicht weiß, was die einzelne Tat als Gegenstand der Strafzumessung ist, kann man keine negativ oder positiv bewertbare Tatsache aus dem Leben des Täters mit der Begründung zurückweisen, dass sie nicht zur Tat gehöre. Gegenstand der Strafzumessung wäre eine Art Lebensführungsschuld, die der Angeklagte seit seiner letzten Verurteilung angesammelt hat.“; siehe auch *dies.*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 162 ff.; S. 311 f.

⁸⁵ Einige Passagen bei Honig klingen noch nach einem psychologischen Schuldverständnis, dass die Schuld lediglich die „innere“, „psychologische“ Seite des Verbrechens umfasse – der moderne Schuldbegriff ist jedenfalls ein auf das Unrecht bezogener Relationsbegriff, und wenn das Unrecht die Schadensdimension des Verbrechens (das Erfolgsunrecht) umfasst, dann mittelbar auch der Schuldbegriff (sofern die Voraussetzungen der Zurechnung zur Schuld vorhanden sind), siehe näher *NK-Puppe* vor § 13 (Fn. 26), Rn. 7; *Jakobs* (Fn. 17), 17/15.

⁸⁶ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 42; so auch *ders.*, GS 92 (1926), S. 115 (117).

mehr bleibt nichts anderes übrig, als (...) die Beseitigung der gesetzlichen Unterscheidung von einer Handlung (Tat) und mehreren selbständigen Handlungen (Taten) zu fordern.⁸⁷ Blicke diese Unterscheidung erhalten, sei mit einer „nie versiegenden Quelle von Revisionsrügen“ zu rechnen, auch wenn die Rechtsfolgen wie im Entwurf dieselben seien.⁸⁸ Auch prozessual sei die Aufhebung der Unterscheidung tragbar, da der prozessuale Tatbegriff, sei es beim Strafklageverbrauch, bei einem rechtlichen Hinweis gem. § 265 StPO, oder bei der Nachtragsanklage gem. § 266 StPO unabhängig von der materiell-rechtlichen Unterscheidung zwischen einer und mehreren Taten zu bestimmen sei.⁸⁹ Mit seiner Ablehnung eines inhaltlich tragfähigen Unterschieds des Unrechts- und Schuldgehalts von Ideal- und Realkonkurrenz stimmt Honigs Position durchaus mit derjenigen des BGH⁹⁰ und Analysen im neueren Schrifttum überein:

„Die Handlung, die in den §§ 52 StGB als Schlüsselkriterium fungiert, eignet sich aber nach den hiesigen Erkenntnissen nicht dafür, um die Fälle mit Unrechts- oder Schuldinterferenz von denen abzugrenzen, in denen solche Interferenzen gerade nicht bestehen. Die Handlung an sich hat sich als ungeeignet erwiesen, um Fälle mit mehr oder weniger Unrecht oder Schuld zu [sic] auszumachen. (...) Für die tradierte Konkurrenzlehre bedeutet dies: Gemessen an dem Grundsatz der Schuldadäquanz besitzt sie keine Legitimation.“⁹¹

E. Honigs Normativismus in den Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit

Aber folgt daraus, dass man der Unterscheidung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit gar keinen Sinn verleihen kann? Die ersten fünfzig Seiten von Honigs Studien enthalten eine normativierende Lesart des konkurrenzrechtlichen Handlungsbegriffs, die ein weitaus größeres analytisches und normatives Potential haben, diese

⁸⁷ Honig, Studien (Fn. 1), S. 57 f.

⁸⁸ Honig, Studien (Fn. 1), S. 58; Honig räumt aber ein, dass sich der Unterschied zwischen der Verletzung verschiedener Strafgesetze durch eine Handlung und durch mehrere Handlungen nicht aus der Welt schaffen könne, die Gerichte würden in den unzweifelhaft liegenden, typischen Feststellungen auch weiterhin eine solche Feststellung treffen, in Zweifelsfällen könnten sie aber darauf verzichten.

⁸⁹ Honig, GS 92 (1926), S. 115 (119); vgl. auch ders., Studien (Fn. 1), S. 58 f.; für eine Emanzipation des prozessualen Tatbegriffs vom materiellen auch *Stuckenberg* (Fn. 28), S. 435 (437); dagegen aber *NK-Puppe* (Fn. 26), § 52 Rn. 60 ff.

⁹⁰ Siehe nur BGH NStZ-RR 2005, 199 (200); BGHSt 49, 177 (184); std. Rspr.; siehe aber auch die BGH-Richterin *Cirener*, Neuorientierung – aber wie?, in: dies. u.a. (Hg.), Bild-Ton-Dokumentation und »Konkurrenzlehre 2.0«. Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht?, Köln 2020, S. 52: „Nicht immer kann man das nach mehrstündigen hitzigen Beratungen und geschliffenen revisionsrechtlichen Ausführungen mit dem Hinweis darauf, dass all das den Schuldgehalt unberührt lässt, beenden. Es gibt Fallgestaltungen, in denen es darauf ankommt“.

⁹¹ *El-Ghazj*, Revision der Konkurrenzlehre. Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, Tübingen 2020, S. 618 f. (seine ausführliche Analyse auf den S. 515 ff. zusammenfassend).

Unterscheidung zu erklären, als der Autor augenscheinlich selbst erkennt. Es handelt sich um einen wenig bis gar nicht rezipierten, aber aus meiner Sicht innovativsten Teil der Veröffentlichungen Honigs zu den Konkurrenzen. Direkt am Anfang seiner Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit geht Honig in einer langen Fußnote, die sich über drei Druckseiten zieht, auf den Streit zwischen der sog. Einheits- und Mehrheitstheorie ein, die ein Schlüssel zum Verständnis seines normativierenden Handlungsbegriffs ist. Honig erklärt den Kern des Streits dahingehend, ob es sich bei der Idealkonkurrenz um eine „Verbrechens- oder Gesetzeskonkurrenz“ handle⁹² – ob also rechts- und normentheoretisch bei der Idealkonkurrenz, etwa bei einem mittels des Gebrauchs einer unechten Urkunde begangenen Betruges,⁹³ mehrere Normverletzungen, mehrere Tatbestandsverwirklichungen vorliegen (Mehrheitstheorie) oder in Wahrheit nicht bloß ein Geschehen, ein Lebensvorgang, eine (Täuschungs-)Handlung (Einheitstheorie) vorhanden ist.⁹⁴ Honig hält diesen Streit entgegen anderslautender Stimmen nicht für einen rein „theoretischen (...) ohne erhebliche praktische Bedeutung“⁹⁵ sondern sieht in der Einheitstheorie, also dem Verständnis der Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz, ein „nicht zu unterschätzendes psychisches Hemmnis“ für ein sachgerechtes Verständnis des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen.⁹⁶ Er spricht sich für die Mehrheitstheorie mit den folgenden interessanten Ausführungen aus:

„M. E. läßt sich die Streitfrage (...) durch folgende Erwägung klären: Zwischen ‚Handlung‘ und ‚Verbrechen‘ besteht insofern ein Unterschied, als der Begriff des Verbrechens die Handlung – im Sinne eines realen Geschehens – zu etwas in Beziehung setzt; nämlich zu denjenigen Gemeinschaftswerten, die durch die Handlung verletzt oder gefährdet werden. Bezeichnet man das Geschehnis als Verbrechen, so betrachtet man es demnach von einem ganz anderen Standpunkte aus, als wenn man in ihm nur eine ‚Handlung‘ sieht, nämlich vom Standpunkte der wertbeziehenden Betrachtungsweise. Wenn nun aber derselbe Vorgang auf verschiedene Gemeinschaftswerte bezogen werden kann und muß, weil seine schädigende Wirkung sich nicht auf einen Gemeinschaftswert beschränkt, dann ist ihm so viele Male die Unwertbedeutung eines Verbrechens zuzusprechen, wie viele Gemeinschaftswerte als verletzt oder gefährdet in Frage kommen. Im Falle der Idealkonkurrenz liegt mindestens ein juristischer Doppelwert der Tat (so Beling, Grundzüge S. 101) vor. (...) Daß die wertbeziehende Betrachtungsweise keine Erfindung ad hoc ist, weiß jeder, der die Bedeutung der Rechtsgüterschutztheorie für den Aufbau des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, für die Interpretation der einzelnen Deliktstatbestände und nicht zuletzt für die Lehre vom Verbrechen kennt (...). Wer mehreren Strafdrohungen zuwiderhandelt, indem er mehrere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet, begeht mehrere Verbrechen, gleichviel, ob das Mittel der Verletzung oder Gefährdung, die

⁹² Honig, Studien (Fn. 1), S. 3 in Fn. 7.

⁹³ Siehe zu diesem Bsp. Honig, Studien (Fn. 1), S. 22.

⁹⁴ Siehe näher Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 27 ff.; Jakobs (Fn. 17), 32/12 ff.

⁹⁵ So die von ihm auf Studien (Fn. 1), S. 3 in Fn. 7 zitierten Stimmen.

⁹⁶ Honig, Studien (Fn. 1), S. 3 Fn. 7.

Handlung, bei allen angegriffenen Rechtsgütern ein und dasselbe ist. (...) Beim Zählen der Verbrechen ist zwar von der Anzahl der Handlungen auszugehen, aber letztendlich ist der Zahl der Verbrechen abhängig von der Anzahl der Unwertbedeutungen der Handlung. Wenn auch ein natürliches Tun oder Lassen die einzige Modalität der Verbrechenverübung ist, so folgt daraus nicht, daß zu jedem einzelnen Verbrechen eine besondere natürliche Handlung nötig wäre.“⁹⁷

In dieser Fußnote⁹⁸ finden wir also eine Totalabsage an einen „natürlichen“, „naturalistischen“ Handlungsbegriff, um die Anzahl der Delikte konkurrenzrechtlich zu zählen, vielmehr komme es allein auf die „Anzahl der Unwertbedeutungen der Handlung“ an. Wie bestimmt Honig aber nun diese Anzahl der Unwertbedeutungen? – Eine „radikale Mehrheitstheorie“, die bei einer Mehrzahl von Tatbestandsverwirklichungen, von denen keine in Gesetzeskonkurrenz (Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion) zurücktritt, etwa bei einem mittels des Gebrauchs einer unechten Urkunde begangenen Betruges, stets mehrere Taten annähme, wäre weder mit § 73 RStGB noch mit § 52 StGB vereinbar, weil dann ja stets Tatmehrheit, § 74 RStGB respektive § 53 StGB vorläge.⁹⁹ Honig gibt folgende Antwort auf diese intrikate Frage:

„Die ‚natürliche Auffassung‘ ist nur die prima facie-Einstellung, auf Grund derer die Annahme einer Handlungseinheit nahegelegt wird. Und erst ein weiteres Kriterium, das von der natürlichen Auffassung gänzlich unabhängig ist, entscheidet letzten Endes über die Anwendbarkeit des § 73 oder des § 74 StGB. Dies wird sich im Laufe der Untersuchung erweisen (...), daß es auf die Subsumierbarkeit des Verhaltens des Täters unter die verschiedenen in Betracht kommenden Strafgesetze ankommt.“¹⁰⁰

Was meint Honig aber mit „Subsumierbarkeit des Verhalten des Täters“ – der Gebrauch einer unechten Urkunde lässt sich sowohl unter § 267 I Var. 3 StGB als auch § 263 I StGB subsumieren, folgt daraus nun, dass zwei oder doch nur ein Delikt vorliegen? Auch bei der Realkonkurrenz kann ja ein Verhalten des Täters unter mehrere Strafgesetze subsumiert werden, worin liegt also der entscheidende Unterschied – im Vorhandensein mehrerer ‚natürlicher‘ Handlungen oder mehrerer Unwertbedeutungen? Honig erläutert:

⁹⁷ Honig, Studien (Fn. 1), S. 3 f. in Fn. 7.

⁹⁸ Und an vielen anderen Stellen des Buches, etwa Studien (Fn. 1), S. VII (natürliche Handlungseinheit „Truggebilde“), S. 21 (natürliche Auffassung könne nicht Standpunkt des Gesetzes sein), 29, 32, 55, 57.

⁹⁹ Dafür, also eine Abschaffung von § 52 aber (in Anschluss an Binding) de lege ferenda Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, Tübingen 2019, S. 329 f.; Freund/Rostalski, JZ 2020, S. 241 f. in Fn. 5; dagegen Grosse-Wilde, ZStW 133 (2021), S. 60 (69 ff.).

¹⁰⁰ Honig, Studien (Fn. 1), S. 12 (Herv. im Original gesperrt).

„Handlungseinheit ist (...) dann anzunehmen, wenn wenigstens eine der Willensbetätigungen, durch welche die Tatbestände verschiedener strafbarer Handlungen verwirklicht werden, den in Betracht kommenden Tatbeständen gemeinsam unterfällt.“¹⁰¹

„Auf die Art der Verwirklichung der ‚Begriffsmerkmale‘ der in Rede stehenden Delikte kommt es also an.“¹⁰²

Honig müsste also genau genommen auf die Kehrseite der gemeinsamen Subsumierbarkeit eines Verhaltens des Täters unter mehrere Normen abstellen, ohne dies jedoch ganz klar und eindeutig auszusprechen –, dass Idealkonkurrenz immer dann vorliegt, wenn mehrere Tatbestände identische Begriffs-, genauer Tatbestandsmerkmale, also *gemeinsame Unrechtsmerkmale* aufweisen. Denn nur dann können gewisse *Aspekte* eines Verhaltens sowohl unter Tatbestand A wie Tatbestand B subsumiert werden. Über fünfzig Jahre später sollte Puppe ein solches Kriterium für die Idealkonkurrenz analytisch genau entwickeln, die sog. Lehre von der Unrechtsverwandtschaft.¹⁰³ Honig illustriert sein Kriterium für Idealkonkurrenz an einem Fall einer Pfandkehr, § 289 StGB, die mittels einer (gefährlichen) Körperverletzung, § 224 I Nr. 2 StGB, begangen wird:

„Die Eheleute H., die dem Schiffsbaumeister C einen Kahn zur Reparatur gegeben hatten, waren nach vollendeter Reparatur mit ihm über die Angemessenheit des von ihm verlangten Preises in Streit geraten. C. hatte den Kahn festgehalten, da er ihn vor der Bezahlung nicht herausgeben wollte, Frau H. ihn daraufhin mit einem Stück Holz auf die Hand geschlagen, so daß er sich genötigt gesehen hatte, den Kahn loszulassen. Nunmehr hatten die Eheleute den Kahn ins Wasser geschoben.“¹⁰⁴

Honig stimmt mit dem RG¹⁰⁵ überein, dass Idealkonkurrenz zutreffend sei, obwohl nach natürlicher Betrachtungsweise das Schlagen der Wegnahme vorausging, also strenggenommen zwei Handlungen im natürlichen Sinne vorliegen.¹⁰⁶ Schlüssig hätte man die Idealkonkurrenz allein durch eine Begründung einer „juristische(n) Doppelbedeutung des Schlags“ begründen können,

„weil das Schlagen bereits die Bedeutung der Wegnahme hat, deshalb sind beide Handlungen als zeitlich zusammenfallend anzusehen. (...) Dieses Zusammenfallen beider Tätigkeiten wäre allerdings vom Tatbestand des § 289 aus zu begründen gewesen. Etwa damit, daß der Schlag

¹⁰¹ Honig, Studien (Fn. 1), S. 27 (Herv. im Original gesperrt).

¹⁰² Honig, Studien (Fn. 1), S. 25.

¹⁰³ Puppe, Idealkonkurrenz (Fn. 28); *dies.*, GA 1982, S. 143.

¹⁰⁴ Honig, Studien (Fn. 1), S. 22.

¹⁰⁵ RGSt 13, 399.

¹⁰⁶ Honig, Studien (Fn. 1), S. 24.

bereits eine Beeinträchtigung des Gewahrsams des C. an dem Kahn und somit den Anfang der Ausführung des ‚Wegnehmens‘ enthielt.“¹⁰⁷

Im folgenden Fall sei dagegen gerade kein Fall einer gemeinsamen Subsumierbarkeit gegeben: „Wenn der Kuppler eine Schankwirtschaft betreibt, den Gewerbebetrieb aber nicht anzeigt, weil er die Gewerbesteuer nicht bezahlen will, so kann nicht schon deshalb, weil Wirtschafts- und Kuppelbetrieb sich tatsächlich gegenseitig fördern, Idealkonkurrenz zwischen unterlassener Anzeige des Gewerbebetriebes und Kuppelerei angenommen werden.“¹⁰⁸ Honig zitiert zustimmend die Begründung in RGSt 14, 174, dass ein wesentlicher Bestandteil des Vergehens des § 180 StGB im rechtlichen Sinne der Wirtschaftsbetrieb nicht sei, ergo der Kuppelreitbestand und die Steuerhinterziehung keine gemeinsamen Unrechtselemente aufweisen und trotz ggfls. zeitgleicher Verwirklichung¹⁰⁹ in Tatmehrheit stehen.

¹⁰⁷ Honig, Studien (Fn. 1), S. 24; die Unrechtsverwandtschaft von § 289 StGB und § 224 StGB müsste man etwas näher begründen, da beide Tatbestände auf den ersten Blick keine gemeinsamen Tatbestandsmerkmale aufweisen. Allerdings ist dies auf zweierlei Weise möglich: Einmal durch die Annahme einer (räuberischen) Erpressung (§§ 253, 255 StGB), diese stellte dann eine Unrechtsverwandtschaft der § 289 und § 224 qua Transitivität her (siehe näher *Puppe*, Idealkonkurrenz [Fn. 28], S. 130; zustimmend *Grosse-Wilde* [Fn. 28], S. 588); allerdings meint RGSt 19, 199 (404), § 289 sei abschließend – a.A. wohl RGSt 25, 435 (437 ff.); NK-*Gaede* (Fn. 26), § 289 Rn. 18. Zum anderen kann man die Beeinträchtigung des Gewahrsams des C als verschuldete Auswirkung bereits der Körperverletzung sehen und darüber Unrechtsverwandtschaft herstellen, siehe zu dieser normentheoretischen Konstruktion mit Beispielen *Grosse-Wilde*, ZStW 133 (2021), S. 60 (98 ff.).

¹⁰⁸ Honig, Studien (Fn. 1), S. 25. Das Reichsgericht stellt allerdings zusätzlich darauf ab, dass mit Eröffnung der Schankwirtschaft ohne vorausgegangene Anzeige des Gewerbebetriebes das Steuervergehen bereits durch Unterlassen vollendet sei, das Vorschubleistungen der Unzucht aber erst später durch aktives Tun verwirklicht werde. Das RG stellt also zusätzlich auf ein Zeitmoment und die angebliche Unmöglichkeit der Tateinheit von Tun und Unterlassen ab, um Tatmehrheit zu begründen. In einer späteren Entscheidung hat der BGH, Urt. v. 31.01.1980, Az. 4 StR 455/79, MDR 1980, S. 455 dagegen Tateinheit zwischen Steuerhinterziehung, BtMG-Verstoß und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte angenommen, wenn jemand Betäubungsmittel unter Umgehung einer Zollstelle mit seinem Pkw in die Bundesrepublik Deutschland verbringt und dabei auf einen Zollbeamten zufährt, um ihn zur Freigabe der Fahrbahn zu veranlassen: „Die hier maßgebende Handlung (das Zufahren auf den auf der Fahrbahn stehenden Beamten) hat der Angeklagte zugleich mit der Einfuhr der Betäubungsmittel und der Steuerhinterziehung begangen.“, obwohl ja die Steuerhinterziehung durch Unterlassen verwirklicht wird (vgl. auch jüngst BGH NJW 2023, 998); siehe näher zur Idealkonkurrenz zwischen einem Begehungs- und Unterlassungsdelikt *Puppe*, JuS 2017, S. 637 (640).

¹⁰⁹ Die Auffassung von RGSt 14, 174, mit der Eröffnung der Schankwirtschaft ohne vorausgegangene Anzeige des Gewerbebetriebes sei das Steuervergehen bereits vollendet, erscheint fragwürdig, da wohl nicht bloß mit Eröffnung der Schankwirtschaft, sondern fortlaufend durch Nichtabführung von Steuern die Steuerhinterziehung begangen wird.

F. Honigs Interpretation der „Formel des RG“ und Züge einer Proto-Unrechtsverwandtschaft

Honig greift bei der Herleitung seines Kriteriums der gemeinsamen Subsumierbarkeit unter verschiedene Straftatbestände für die Idealkonkurrenz auf die sog. „Formel des RG“ zurück, wonach erforderlich sei, „daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt.“¹¹⁰ Diese „Formel des RG“ ist allerdings im Schrifttum unterschiedlich verstanden und von der Rechtsprechung selbst auch inkonsistent angewendet worden. Die wohl heutzutage gängige Sichtweise sieht in der Formel einen „Kryptonaturalismus“, dass das Reichsgericht in der Tradition von Liszts¹¹¹ von einem vortatbestandlichen Handlungsbegriff ausgeht, siehe etwa Puppe:

„Sie [Anm. TGW: die Rspr.] bestimmt allerdings diese Teilidentität nicht als Identität v. Verwirklichungen einzelner Tatbestandsmerkmale, die in verschiedenen Tatbeständen vorkommen, sondern als Identität eines ‚Willensbetätigungsaktes‘ (warum nicht Willensbetätigungsaktshandlungen?). Darin folgt sie einer Entsch. des RG aus dem Jahre 1899 (...). Ausgangspunkt der Bestimmung der Handlungseinheit sind (...) nicht Handlungsbeschreibungen in den Tatbeständen, sondern die einzelnen ‚Willensbetätigungsakte‘. Darunter versteht das RG die Bewegung eines Körperteils des Täters ‚denn dieselbe Person kann im gleichen Zeitpunkt zur Erreichung verschiedener Zwecke zwei objektiv und subjektiv voneinander durchaus unabhängige körperliche Tätigkeiten zur Ausführung bringen; beispielsweise liegt ein solches Verhältnis vor, wo jemand mit jeder Hand auf eine andere Person einen Schuss abgibt, wo jemand denjenigen, welchen er körperlich misshandelt währenddessen wörtlich beleidigt (RGSt 32, 137 [138 f]).“¹¹²

Honig gibt der Formel hingegen eine normativierende Lesart, auch wenn er ihre Formulierung als mehrdeutig rügt:

„Der Form nach ist sie freilich keineswegs einwandfrei, enthält vielmehr eine logische Unsauberkeit. Denn wenn zur Handlungseinheit erforderlich sein soll, daß die Willensbetätigungs-

¹¹⁰ RGSt 32, 137 (139 f.).

¹¹¹ Von Liszt ist der vielleicht prominenteste Vertreter der Einheitstheorie, siehe zur Frage, ob im Beischlaf mit der verheirateten Schwester eine Handlung, eine Straftat oder mehrere lägen (Ehebruch, § 172 RStGB sowie Inzest, § 173 RStGB), *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze. Erster Band, Berlin 1905, S. 212 (245): „Aber eins ist ganz unzweifelhaft sicher: daß nur ein Beischlaf vorliegt. (...) wenn ein Ereignis unter zwei Begriffe fällt, so hört es doch sicherlich deshalb nicht auf, ein Ereignis zu sein. (...) Aber leider, leider wir Menschen können nicht hinaus aus unserer Natur, bis der Tod dem Geist das All erschließt (...) und so oft unsere Richter einen strafbaren Beischlaf abzuurteilen haben, so ist und war und wird es sein der brutale Akt ohne jede begriffliche Abstraktion“.

¹¹² NK-Puppe (Fn. 26), § 52 Rn. 35; siehe auch *dies.*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 263 ff.

akte (...) wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt, wenn also die einheitliche Handlung erst durch eine bestimmte juristische Beschaffenheit der Willensbetätigungen (...) begründet werden soll, können diese nicht vorweggenommen als ‚Teil der einheitlichen Handlung‘ bezeichnet werden! (...) Der Sinn der Formel des RG ist jedenfalls der: Handlungseinheit ist (...) dann anzunehmen, wenn wenigstens eine der Willensbetätigungen, durch welche die Tatbestände verschiedener strafbarer Handlungen verwirklicht werden, den in Betracht kommenden Tatbeständen gemeinsam unterfällt. Indem die Formel auf die Subsumierbarkeit der Willensbetätigungen verweist, wird sie der (...) Berücksichtigung des objektiven und subjektiven Zusammenhanges der in Frage kommenden verwirklichten Deliktstatbestände in dogmatisch einwandfreier Weise gerecht.“¹¹³

Honig kritisiert aber auch die Doppelzüngigkeit der Entscheidungen und Begründungen des Reichsgerichts¹¹⁴ – diese changierten zwischen einer natürlicher Betrachtungsweise (ein Wille, ein Willensbetätigungsakt etc) und einer rechtlicher Betrachtungsweise (Subsumtion unter das Strafgesetz):

„Die Anwendung der Formel wird vielmehr dadurch stark erschwert, daß das RG das Verhältnis der mit der Formel als notwendig gekennzeichneten strafrechtlichen Situation zu der ‚natürlichen Auffassung‘ nicht nur nicht klarstellt, sondern durch ein dauerndes Nebeneinanderhalten der ‚natürlichen Auffassung‘ und der Formel geradezu verschleiert.“¹¹⁵

„Das zweifache vom RG angewendete Maß macht jede Einheitlichkeit der Rechtsprechung zunichte.“¹¹⁶

¹¹³ Honig, Studien (Fn. 1), S. 26–28.

¹¹⁴ Honig, Studien (Fn. 1), S. 31.

¹¹⁵ Honig, Studien (Fn. 1), S. 29; das übersieht *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt. Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Berlin 1981, S. 110 mit Fn. 7, wenn er Honig dafür in Anspruch nimmt, die Formel des RG sei „de lege lata eine verbindliche und genaue Methode zur Abgrenzung der §§ 52, 53“ – das gilt nur für die normativierende Lesart, die „natürliche Betrachtung“ sei dagegen „unkontrollierbar“, Honig, Studien (Fn. 1), S. 55, die natürliche Auffassung sei „kein Maßstab, der objektiver Zergliederung zugänglich wäre. Seine Anwendung fordert notwendig den Verzicht auf Rechtssicherheit.“, Honig, Studien (Fn. 1), S. 57.

¹¹⁶ Honig, Studien (Fn. 1), S. 43; schon die Leitentscheidung RGSt 32, 137 (138) selbst changierte zwischen einer natürlichen und rechtlichen Betrachtungsweise, das RG erwähnte neben der Formel als Kriterium „allein die Identität der Handlung, d.h. in erster Linie die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens der körperlichen Tätigkeit und des sie leitenden Willens, und diese natürliche Handlungsidentität wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß bei Betrachtung derselben vom rechtlichen Standpunkt aus sich Eingriffe in verschiedene Rechtsgüter als begangen darstellen.“, worauf schon Honig hinweist, Studien (Fn. 1), S. 29; *Mainwald*, Die natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964, S. 14 spricht in diesem Zusammenhang von einem „Methoden-Dualismus“ des Reichsgerichts, das bis in die neuere BGH- und OLG-Rechtsprechung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht fortwirkt, siehe *Albrecht*,

Das Überraschende und Innovative an Honigs Ausführungen liegt in seiner normativierenden Lesart der Formel des RG, die er als grundsätzlich folgerichtige Interpretation des § 73 RStGB ausweist:

„Hängt aber die Anwendbarkeit des § 73 von diesen in der Formel genannten Voraussetzungen ab, so sind eben diese entscheidend und nicht die ‚natürliche Betrachtung! (...) Ist aber (...) das gekennzeichnete juristische Verhältnis einer der Tätigkeiten zu den Deliktstatbeständen für die Anwendbarkeit des § 73 ‚erforderlich‘, dann ‚entscheidet‘ nicht (auch nicht in erster (!) Linie) die natürliche Auffassung, nach welcher die Tätigkeiten sich als eine Handlung darstellen, sondern die nur vom strafrechtlichen Standpunkte zu fassende Doppelbedeutung einer dieser Tätigkeiten.“¹¹⁷

Er führt sein normativ-rechtliches Kriterium für die Tateinheit auch noch etwas näher aus:

„Übrigens bietet sich eine praktische Handhabe, die die Anwendbarkeit der Formel erleichtert. Das RG. selbst lenkt die Aufmerksamkeit des Tatrichters verschiedentlich auf die Frage, ob die Verwirklichung des einen Delikts bereits als Anfang der Ausführung des anderen Delikts angesehen werden kann (vgl. z.B. 56, 330 f.). Wäre dies möglich, dann ständen beide Delikte im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander. Der ‚Anfang der Ausführung‘ erinnert an die Begriffsbestimmung des Versuchs (§ 43). Und es läßt sich in der Tat leicht die Probe aufs Exempel machen, wenn man sich die Handlung nach der Verwirklichung des einen Delikts als abgebrochen denkt und zugleich die Frage aufwirft, ob der Täter alsdann auch wegen Versuchs des beabsichtigten, aber nicht zur Vollendung gekommenen zweiten Delikts zu bestrafen ist.“¹¹⁸

NZV 2005, 62 (63): „Um zwischen Handlungseinheit und -mehrheit zu unterscheiden, wurden im Strafrecht zwei Instrumente entwickelt: die natürliche Handlungseinheit und die schon vom RG entwickelte sog. ‚Formel‘ der teilweisen Tatbestandsidentität. Natürliche Handlungseinheit ist gegeben, wenn mehrere im Wesentlichen gleichartige strafrechtlich erhebliche Betätigungen von einem einheitlichen Willen getragen sind und zwischen ihnen ein derart enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Handeln objektiv auch für einen Dritten als einheitliches, zusammengehöriges Tun darstellt“. Die ‚Formel‘ macht die Bejahung einer Handlung davon abhängig, dass die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, dass mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkte“. Für das Strafrecht wurde herausgearbeitet, dass sachgerechte Ergebnisse nur erzielt werden können, wenn beide Instrumente klar voneinander unterschieden und nur bei den jeweils für sie geeigneten Fallgestaltungen eingesetzt werden. (...) Diese Divergenzen führen in der Praxis natürlich zu größten Schwierigkeiten“.

¹¹⁷ Honig, Studien (Fn. 1), S. 31 f.

¹¹⁸ Honig, Studien (Fn. 1), S. 40 f.; zustimmend Geerds (Fn. 33), S. 279 mit Fn. 197.

Honigs normativierende Interpretation der „Formel des RG“ erweist sich damit als eine Art Proto-Unrechtsverwandtschaft.¹¹⁹ Allerdings erfasst er die normative Kraft dieser Idee nicht vollends, er preist sie zwar als „dogmatisch brauchbares, weil eindeutig erfassbares Kriterium“,¹²⁰ im Gegensatz zur „natürlichen Betrachtung“, die „unkontrollierbar“¹²¹ sei und notwendig einen „Verzicht auf Rechtssicherheit“ bedeute.¹²² Jedoch erfordere das Kriterium der gemeinsamen rechtlichen Subsumierbarkeit genaueste,¹²³ „subtilste Untersuchungen“ und: „Wieviele Laienrichter werden diesen Rechtssatz verstehen, ja überhaupt willens sein, ihr Urteil einer ihnen weltfernen Unterscheidung unterzuordnen?“¹²⁴ Hier wird ebenfalls eine mehr als fünfzig Jahre später formulierte Kritik an *Puppes* Lehre vorweggenommen.¹²⁵ Zudem wendet *Honig* ein: „Die Formel führt (bei konsequenter Anwendung) zwar zu dogmatisch sicheren, nicht aber zu rechtspolitisch befriedigenden Ergebnissen. Sie dient zwar der Idee der Rechtssicherheit, nicht aber der der Gerechtigkeit.“¹²⁶, denn

¹¹⁹ Das Kriterium des unmittelbaren Ansetzens als Probierstein der Subsumierbarkeit von Aspekten eines Verhaltens unter mehrere Straftatbestände entspricht aber nicht stets demjenigen der Unrechtsverwandtschaft, etwa im Fall der Erfolgseinheit (s.o. bei Fn. 52) von früherer Unterschlagung und späterer Sachbeschädigung liegt es nicht vor, ebenso wenig wohl – entgegen *Honig* – im Fall RGSt 32, 137 bei einem zur Ermöglichung einer Vergewaltigung verwirklichten Hausfriedensbruch: Beim Eindringen in das befriedete Besitztum/die Wohnung liegt nicht stets zugleich schon ein unmittelbares Ansetzen zur Vergewaltigung vor, obwohl beide Deliktsverwirklichungen richtigerweise in Tateinheit qua Unrechtsverwandtschaft stehen (siehe näher *Grosse-Wilde*, ZStW 133 [2021], S. 60 [107 f.]). Auch wenn man nicht in jedem Einzelfall beim Einbrechen in eine Wohnung bereits ein unmittelbares Ansetzen zum Wohnungseinbruchsdiebstahl annehmen will (siehe näher zu dieser Streitfrage *Murmann*, NSTZ 2022, S. 201), liegt richtigerweise stets Tateinheit zwischen Sachbeschädigung und Diebstahlsdelikt vor, siehe *Grosse-Wilde*, HRRS 2019, S. 160 (163) gegen *Mitsch*, NJW 2019, S. 1086 (1091); siehe allg. zur Möglichkeit der Einbeziehung von Vorbereitungs-handlungen als nähere Charakterisierung des Unrechts des vorbereiteten Delikts *Puppe*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 193 f.; *dies.*, ZIS 2007, S. 254 (258).

¹²⁰ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 40; allerdings bleibt an anderer Stelle unklar *Honig*, GS 92 (126), S. 115 (120), ob *Honig* die rechtstheoretischen Implikationen der gemeinsamen Subsumierbarkeit, der „Doppelbedeutung“ von Verhaltensaspekten bei der Idealkonkurrenz vollständig durchdringt, da er dem Argument gegen seine radikale Einheitsstrafe, bei Nichtausweisen von Einzelstrafen würden Revisionen heraufbeschworen, entgegnet, bei der Idealkonkurrenz wäre der Einfluss der absorbierten Straftatbestände dem Urteil auch nicht zu entnehmen; dies ist zwar zutreffend, aber eine separate Strafzumessung von idealkonkurrierenden Delikten ist ohne Verstoß gegen das Mehrfachverwertungsverbot konstruktiv gar nicht bzw. nur mit komplizierten Remeduren möglich, siehe näher *Grosse-Wilde*, ZStW 133 (2021), S. 60 (67) gegen eine radikalisierte Mehrheitstheorie (quot delicta tot poenae).

¹²¹ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 55.

¹²² *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 57.

¹²³ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 28.

¹²⁴ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 40.

¹²⁵ *Werle* (Fn. 115), S. 138; *Roxin* (Fn. 69), § 33 Rn. 78; *MK-von Heinschel-Heinegg* (Fn. 28), § 52 Rn. 83; im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird dagegen in der Sache eine normativierende Konkurrenzlehre, die ein „double counting“ verhindern will, mit einem „common sense-approach“ praktiziert, siehe näher *Grosse-Wilde* ZStW 133 (2021), S. 60 (81 ff., 121 f.).

¹²⁶ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 42.

immer noch entscheide über die Zufälligkeit der Situation, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliege.

Hier übersieht *Honig* einen entscheidenden Vorteil einer Konkurrenzlehre, die für das Vorliegen von Tateinheit nach gemeinsamen Unrechtsmerkmalen der verwirklichten Straftatbestände sucht: Indem man diese sich überschneidenden Delikte einer gemeinsamen Strafzumessung (§ 52 StGB) zuführt, vermeidet man Mehrfachverwertungen – auf deren Verwertungsverbot *Honig* im Rahmen des Vorrangs der *lex specialis* nachdrücklich hingewiesen hatte¹²⁷ – und kommt damit einem Fairness-, Tatschuld- und Proportionalitäts-Gedanken nach.¹²⁸ Was eine solche Lehre jedoch *nicht* zu begründen vermag und was *Honig* vermisst, ist die Annahme eines stets geringeren Unrechts und einer korrespondierenden Schuld bei Grenzfällen der Idealkonkurrenz gegenüber der Realkonkurrenz – hier liegt aber ein weitverbreitetes Missverständnis der Rechtsfolgen beider Rechtsinstitute vor.¹²⁹

Im Schrifttum wird oft nicht beachtet, dass nach § 53 StGB nicht etwa der abstrakte Strafraum um irgendeine Einheit erhöht wird,¹³⁰ sondern es werden zuerst konkrete Einzelstrafen gebildet und die Gesamtstrafe darf bloß die Summe *dieser* Einzelstrafen nicht überschreiten. Gerade bei wenigen Deliktverwirklichungen, die nicht zu den schwerstmöglichen Unrechtstaten gehören, also gerade bei den von *Honig* diskutierten Grenzfällen ist die Frage nach Ideal- oder Realkonkurrenz weniger eine solche der Strafhöhe/-schärfung, als vielmehr eine rein *analytische* getrennter oder gemeinsamer Strafzumessung: Im obigen Fall der Pfandkehr und gefährlichen Körperverletzung würde bspw. die Annahme von Tateinheit normalerweise keinesfalls zu einem weiteren Strafraum gem. §§ 53, 54 StGB führen (sondern eher zu einem engeren) als der enorm weite des § 224 I Nr. 2 StGB (sechs Monate bis zu zehn Jahre), der nach § 52 II StGB maßgeblich wäre. Die Annahme von Realkonkurrenz führt wegen der weiten deutschen Strafraum also gewöhnlich nur bei vielen Straftatverwirklichungen zu einer Erhöhung des effektiven Höchststrafrahmens gegenüber der Idealkonkurrenz.¹³¹ Trotzdem ist die Annahme von

¹²⁷ Siehe oben bei Fn. 31.

¹²⁸ Siehe *Grosse-Wilde*, ZStW 133 (2021), S. 60 (70).

¹²⁹ Siehe hierzu bereits *Grosse-Wilde*, ZStW 133 (2021), S. 60 (93 f.).

¹³⁰ So aber etwa in der Schweiz (Art. 49 I StGB), eine entsprechende Regelung wird auch für Österreich vorgeschlagen, siehe *Schmoller*, in: Verhandlungen des Neunzehnten Österreichischen Juristentages Wien 2015. Band III/2 Strafrecht, Wien 2016, S. 14 (20).

¹³¹ Das wird zu selten im Schrifttum bemerkt, so aber auch zutreffend *Jakobs* (Fn. 17), 31/9 a.E.: „Freilich kann dieser sekundäre Strafraum in der Höchststrafe auch unter der höchsten Strafdrohung jedes der verwirklichten Delikte bleiben, da er durch die Summe der verwirklichten (nicht angedrohten) Einzelstrafen (minus einer Strafeinheit) limitiert ist“; *LK-Rissing-van-Saan* (Fn. 48), vor § 52 Rn. 5; vgl. auch *NK-Puppe* (Fn. 26), vor § 52 Rn. 7: „Es geht bei Idealkonkurrenz nicht um die Durchsetzung eines pauschalen Milderungsgrundes, sondern darum, dass für idealkonkurrierende Tatbestandsverwirklichungen keine getrennte Strafzumessung erfolgen kann.“; *NK-dies.* (Fn. 26), § 52 Rn. 56: „Da es nicht um eine Pauschalmilderung für Handlungseinheit geht, muss die Strafe für mehrere idealkonkurrierende Tatbestände nicht notwendig milder ausfallen, als sie ausgefallen wäre, wenn der Täter die Tatbestände in Realkonkurrenz verwirklicht hätte.“

Tateinheit zwischen § 289 StGB und § 224 StGB zutreffend, weil es bei einer separaten Strafzumessung der beiden Tatbestandsverwirklichungen und der Bildung von Einzelstrafen zu Mehrfachverwertungen derselben Unrechtstatsachen kommen würde.¹³²

G. Fazit, Rezeption, Ausblick

Honigs *Œuvre* umspannt die gesamte Konkurrenzlehre, von der nur einige Aspekte hier angesprochen werden konnten. Der vielleicht innovativste und in der gegenwärtigen Diskussion¹³³ spannendste ist seine entschiedene Gegnerschaft eines naturalistischen Handlungsbegriffs in den Konkurrenzen, die er Mitte der 1920er Jahre, also noch unter der Vorherrschaft eines strafrechtlichen Naturalismus formulierte. Vielmehr käme es allein auf die Anzahl der Unwertbedeutungen an, um Verbrechenverwirklichungen konkurrenzrechtlich zu zählen. Hier nimmt er eine enge Verknüpfung von Rechtsgüterschutz und Konkurrenzlehre vor und interpretiert die sog. „Formel des RG“ normativierend, wonach diese nicht als eine Überschneidung von Körperteilbewegungen bei Tateinheit verstanden werden dürfe, sondern nur dann sachgerecht angewendet werde, wenn man sie auf ein Überlappen von Unrechtselementen mehrerer Straftatbestände beziehe, sodass dieselben *Aspekte* eines Verhalten sowohl unter Tatbestand A wie Tatbestand B subsumiert werden können. In der modernen Handlungstheorie und -ontologie würde man von einer Handlungsindividuation qua gewisser Eigenschaften (properties) sprechen, eine keineswegs unumstrittene,¹³⁴ für die strafrechtliche Konkurrenzlehre aber passende Theorie. Honig versteht dies *nicht* als Vorschlag *de lege ferenda*, sondern als

¹³² Die gefährliche Körperverletzung verursachte bereits eine Gewahrsamslockerung und eine Vermögensgefährdung des Schiffbaumeisters, die sich dann in der Wegnahme des Kahns, also der Pfandkehr, verwirklichte. Eine separate Strafzumessung würde die Vermögensgefährdung und -schädigung doppelt zählen, einmal als verschuldete Auswirkung der Körperverletzungstat gemäß § 46 II StGB, einmal als quantifizierbaren Erfolg des § 289 StGB (siehe zur Deliktscharakter des § 289 StGB als Vermögensdelikt MK-Maier, 4. Aufl. 2022, § 289 Rn. 1), daher ist Tateinheit die richtige Rechtsfolge (bzw. die Annahme einer räuberischen Erpressung, siehe Fn. 107).

¹³³ Siehe zur neueren Diskussion um die Konkurrenzen gegen eine Einheitsstrafe und für einen normativierenden Handlungsbegriff S. Jakobs, Einheitsstrafe kann Probleme nicht lösen, in: Cirener u.a. (Hg.), Bild-Ton-Dokumentation und »Konkurrenzlehre 2.0«. Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht?, Köln 2020, S. 59; Puppe, ZStW 132 (2020), S. 1 ff.; Grosse-Wilde, ZStW 133 (2021), S. 60; für eine Einheitsstrafe Erb, Konkurrenzen 2.0: Der Weg aus der Sackgasse, in: Cirener u.a. (Hg.), Bild-Ton-Dokumentation und »Konkurrenzlehre 2.0«. Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht?, Köln 2020, S. 67 (69 f.).

¹³⁴ Siehe dazu näher Glasscock/Tenenbaum, „Action“, unter 5.2., in: Zalta/Nodelman (Hg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2023 Edition), online unter <https://plato.stanford.edu/entries/action/>, abgerufen am 9.3.2023).

grundsätzlich sachgerechte Auslegung gerade des § 73 RStGB,¹³⁵ der heute allgemein zusammen mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts konträr als Inbegriff eines naturalistischen Verständnisses des konkurrenzrechtlichen Handlungsbegriffs und entscheidendes Argument gegen eine normativierende Auslegung verstanden wird.¹³⁶ Allerdings erkennt Honig nicht, dass entscheidender Vorteil eines solchen normativierenden Verständnisses der Abgrenzung von Tateinheit als Unrechtsüberlappung und Tatmehrheit als Unrechtsfremdheit die Vermeidung von Mehrfachverwertungen ist.¹³⁷ Im Ergebnis vermeint er, die Frage der mehrfachen Subsumierbarkeit derselben Aspekte eines Verhaltens sei für die Gerichte zu kompliziert und dass „weder die juristische noch die natürliche Betrachtungsweise zu befriedigenden Ergebnissen führt“.¹³⁸ In der Einführung einer Einheitsstrafe unter vollständiger Preisgabe der Unterscheidung von Tateinheit und -mehrheit sieht er den einzigen Ausweg aus diesem vermeintlichen Dilemma, die aber entgegen der Einschätzung Honig das Tatschuldprinzip weitgehend aufgeben würde.¹³⁹ Auch in Ländern, die eine Einheitsstrafe vorsehen, verlangen die Gerichte selbst in Grenzfällen noch das Zählen der verwirklichten Taten, die dem Täter vorgeworfen werden.¹⁴⁰ Durch sein Bekenntnis zur Einheitsstrafe blieben die Erkenntnisse des ersten Teils seiner Studien weitgehend unbeachtet,¹⁴¹ rezipiert wurde nur seine Kritik an der natürlichen Handlungseinheit als „Truggebilde“.¹⁴² So schwenkt etwa Eberhard Schmidt in der 26. Auflage (1932) des von Liszt übernommenen Lehrbuchs¹⁴³

¹³⁵ Siehe nur *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 28: „Denn wenn man von der Subsumtionsfrage ausgeht, wird nicht vom tatsächlichen, sondern vom gesetzlichen Standpunkte aus (...) entschieden.“

¹³⁶ Siehe nur *Roxin* (Fn. 69), § 33 Rn. 76; *Werle* (Fn. 115), S. 130 ff. (S. 134: „Daher fällt die historische Auslegung entscheidend gegen Puppes Konkurrenzmodell ins Gewicht.“); *El-Ghazali* (Fn. 91), S. 138 f.; siehe auch *Puppe* selbst, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 137 f.

¹³⁷ Diese Ratio der Unterscheidung hat bis ins Völkerstrafrecht hinein Anhänger gefunden, siehe *Stuckenberg*, Multiplicity of Offenses: Concursus Delictorum, in: Fischer u.a. (Hg.), International and National Prosecution of Crimes Under International Law, Berlin 2001, S. 559, 599; zustimmend *Ambos*, Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford 2014, S. 266.

¹³⁸ *Honig*, Studien (Fn. 1), S. 57.

¹³⁹ Siehe hierzu auch *Puppe*, Idealkonkurrenz (Fn. 28), S. 311 f.

¹⁴⁰ Siehe zum schweizerischen Recht obige Fn. 68.

¹⁴¹ Aber auch Honig selbst macht diese nicht allzu stark, in seinem gerade einmal ein Jahr nach den Studien veröffentlichten Aufsatz „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen“, GS 92 (1926), S. 115 (117) fasst er seine diesbezüglichen Erkenntnisse nur sehr gerafft zusammen, geht auf seine normativierende Lesart der Formel des RG gar nicht näher ein und legt den Schwerpunkt auf seine rechtspolitischen Vorschläge zur Einheitsstrafe.

¹⁴² Siehe Studien (Fn. 1), S.VII; zwanzig Jahre später zeigt er sich mit dieser Rechtsfigur versöhnlicher, *ders.* (Fn. 66), S. 245 (248): „Unbestreitbar hat der (...) Begriff der ‚natürlichen Handlungseinheit‘ sich in der Praxis bewährt, und zwar besonders durch Einengung der Realkonkurrenz.“

¹⁴³ Anders bspw. noch 7. Auflage, Berlin 1896, S. 216 mit einer Polemik gegen die Binding'sche Mehrheitstheorie. Diese findet sich so nicht mehr in der späteren Auflage, allerdings wird diese weiterhin abgelehnt, siehe S. 349 Fn. 1: „Die Anerkennung der Notwendigkeit auch einer jurist. Betrachtungsweise bedeutet nicht, daß für das ‚Zählen der Verbrechen‘ nun überhaupt die ‚Tatbestandsverwirklichung‘ maßgebend ist; zu dem Streit über das Wesen der Idealkonkurrenz wird also nicht im Sinne der ‚Mehrheitstheorie‘ Stellung genommen“.

von einer natürlichen auf eine juristische Betrachtungsweise mit Verweis auf Honig um (ohne aber deutlich zu machen, wie genau man die Verbrechen zählen soll):

„Im Gegensatz zu den früheren Auflagen dieses Buches ist aber festzustellen, daß wir in dem Augenblick die ‚natürliche‘ Betrachtungsweise verlassen und in eine juristische einlenken, wo wir für die Frage, ob wir es mit einer Handlung und demgemäß mit einem Verbrechen zu tun haben, die Tatbestände der Strafrechtssätze heranziehen. Dies geschieht, wenn auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg abgestellt wird (...). Die Handlungseinheit wird dann juristisch gewonnen. Das Reichsgericht hat sich vergeblich bemüht, eine ‚natürliche‘ Betrachtungsweise zur einheitl. method. Grundlage der Konkurrenzlehre zu machen. Vgl. (...) dazu vor allem Honig 11 ff., 31 ff.“¹⁴⁴

Die von Honig erwogene, aber am Ende zugunsten einer Einheitsstrafe leider verworfene normativierende Ausdeutung der Idealkonkurrenz und des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, die nicht ohne Vorbild im älteren Schrifttum ist,¹⁴⁵ könnte insbesondere Anknüpfungspunkt für die gegenwärtige wissenschaftliche Diskussion um eine sachgerechte „Konkurrenzlehre 2.0“ sein.¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Von Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin/Leipzig 1932, S. 349 in Fn. 1 mit Verweis auf Honigs Studien.

¹⁴⁵ *Binding*, Handbuch des Strafrechts Bd. 1, Berlin 1885, S. 565 f.: „Was ausserhalb des Rechts Handlung ist oder heisst, ist für dessen Bereich gleichgiltig. (...) So fasst auch das Gesetz den Begriff der Handlung ganz regelmässig: also soviel Verbrechenstatbestände verwirklicht sind, so viel Handlungen in seinem Sinne liegen vor – nicht mehr, nicht weniger. Ueber die Zahl der zu einer Handlung notwendigen Körperbewegungen bestimmt das Gesetz natürlich nichts: es fasst die Handlung nicht realistisch, sondern als ein ideales Ganzes.“ In Fn. 3, ebenda heißt es: „Sein Sprachgebrauch bzgl. dieses Punktes ist genau zu beachten. Handlung und strafbare Handlung ist in ihm Synonymum für Verbrechen, Vergehen oder Uebertretung; deren totale Tatbestände heißen Handlung.“

¹⁴⁶ Zu deren Leitfragen gehört die von der BGH-Richterin *Cirener* (Fn. 90), S. 52 formulierte: „Lässt § 52 Abs. 1 StGB und der darin begründete Begriff der Handlung tatsächlich keine normativen Einschränkungen zu?“