

## § 33: Behandlung unklarer Sachverhaltsgestaltungen

Nicht immer gelingt es dem Gericht, auch unter Heranziehung sämtlicher Erkenntnis- und Beweismittel (vgl. hierzu § 244 II StPO), das Geschehen in allen Einzelheiten aufzuklären. Solche Nachweisprobleme stellen sich in den universitären Klausuren in der Regel nicht, ist dort doch ein klarer Sachverhalt vorgegeben, der nur aus rechtlicher Sicht zu würdigen ist. Jedoch kann sich auch in universitären Klausuren der Sachverhalt bewusst bestimmter Angaben enthalten, um die rechtlich korrekte Behandlung solch unklarer Sachverhaltsgestaltungen abzuprüfen.

Können einzelne Sachverhaltsmomente, die für die Verurteilung wegen einer bestimmten Tat relevant sind, nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden, bestehen drei Möglichkeiten damit umzugehen:

- (Teilweiser) Freispruch nach dem Grundsatz **in dubio pro reo**,
- Verurteilung aufgrund wahldeutiger Feststellung (**Wahlfeststellung**) oder
- Verurteilung aufgrund eindeutiger Feststellung (**Prä- und Postpendenzfeststellung**).

## I. Grundsatz: in dubio pro reo

Im Grundsatz gilt: Im Zweifel für den Angeklagten (in dubio pro reo). Als Rechtsgrundlage dieses Grundsatzes werden Art. 103 II GG oder Art. 6 II EMRK herangezogen. Jedenfalls ist der Grundsatz aber allgemein anerkannt und hat sogar Einzug in das Bewusstsein der breiten Bevölkerung gehalten.

Nach dem Zweifelssatz darf eine Verurteilung nur auf solche Tatsachen gestützt werden, die zur *Überzeugung* des Gerichts nachgewiesen wurden (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 48 Rn. 1). Daran ändert auch der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) nichts. Nach diesem Grundsatz ist das Gericht zwar nicht an feste Beweisregeln gebunden, eine Verurteilung liegt jedoch nicht im gerichtlichen Ermessen, sondern ist nur bei der Überzeugung des Gerichts von der Strafbarkeit des Angeklagten möglich.

Bestehen hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens eines Tatbestandsmerkmals Zweifel, die im Rahmen der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Gerichts beseitigt werden können, muss das Gericht stets von der für den Angeklagten günstigeren Möglichkeit ausgehen. Was die für den Angeklagten günstigere Möglichkeit ist, ist je nach Lage der Dinge im Einzelfall zu beurteilen:

- So ist es z.B. im Tatbestand der Straßenverkehrsdelikte bei Zweifeln angezeigt, von der *geringstmöglichen* Alkoholisierung auszugehen.
- Auf Schuldebene entspricht dagegen der *höchstmögliche* Alkoholisierungsgrad der Täterin der nach dem Zweifelssatz gebotenen mildesten Möglichkeit für die Angeklagte.

## 1. Anwendbarkeit nur auf Tatsachenebene

Der Grundsatz von in dubio pro reo bezieht sich allein auf die *Tatsachenebene*, nicht aber auf Rechtsfragen (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1305; *LK/Dannecker/Schuhr* Anh. § 1 Rn. 28). Ob ein eindeutig festgestellter Sachverhalt einen Tatbestand erfüllt und welchen, muss das Gericht also durch Gesetzesauslegung selbst ermitteln. Es gilt hier der Grundsatz „*iura novit curia*“: Der Richter kennt das Recht.

## 2. Entscheidungs-, keine Beweisregel

Darüber hinaus ist zu beachten, dass es sich bei dem Zweifelssatz in dubio pro reo nicht um eine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel handelt (BGH NStZ-RR 2012, 18 [19]; BeckOK-StGB/*von Heintschel-Heinegg* § 1 Rn. 47). Er kommt demnach erst bei der abschließenden gerichtlichen Gesamtwürdigung zum Tragen, nicht aber bei der Würdigung einzelner Elemente (BGH NStZ 2010, 102 [103]).

## 3. Rechtsfolge

Je nachdem, ob sich die Zweifel auf den gesamten Schuldvorwurf oder nur auf Teile davon beziehen, ist der bzw. die Angeklagte entweder freizusprechen oder nur wegen des milderen Delikts zu bestrafen:

- Lässt sich z.B. nicht klären, ob die von der Angeklagten weggenommene Sache ihre eigene oder die ähnlich aussehende eines Dritten war, so ist die Angeklagte in dubio pro reo vom Diebstahlsvorwurf (§ 242 StGB) freizusprechen, da sich das Gericht nicht vom tatsächlichen Vorliegen der Fremdheit der Sache überzeugen konnte.

- Steht dagegen fest, dass die fragliche Sache für die Angeklagte fremd war und konnte lediglich nicht aufgeklärt werden, ob sie die Wohnung mittels eines falschen Schlüssels betreten hat oder ob die Wohnungstür unverschlossen war, so ist die Angeklagte wegen Diebstahls (§ 242 StGB) zu verurteilen. Eine Verurteilung gem. dem Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 3 StGB ist dagegen nicht nachgewiesen und bleibt daher in dubio pro reo außer Betracht.

Ein solches Stufenverhältnis, wie es logisch zwischen Grundtatbestand und Qualifikation besteht, wird von der h.M. bei wertender Betrachtung auch zwischen Tatbeständen angenommen, die sich nur in der Intensität ihres Unrechtsgehalts unterscheiden (*normatives Stufenverhältnis*):

- Ist der Vorsatz unerwiesen, bleibt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit möglich (BGHSt 32, 48 [57]; *Wesels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1313).
- Ist Täterschaft unerwiesen, bleibt eine Teilnehmerstrafbarkeit möglich (BGHSt 23, 203 [206 ff.]; *Sch/Sch/Hecker* § 1 Rn. 87).
- Ist Anstiftung unerwiesen, bleibt eine Beihilfestrafbarkeit möglich (BGHSt 31, 136 [138]; *Otto* AT § 24 Rn. 6).

Abschließend sei erwähnt, dass das Strafrecht auch Durchbrechungen des Zweifelssatzes kennt. So ist z.B. der Täter auch dann wegen übler Nachrede gem. § 186 StGB zu bestrafen, wenn unklar bleibt, ob die verächtlich machende Tatsache wahr oder unwahr ist.

## II. Wahlfeststellung

Würde der in-dubio-Grundsatz bei unklaren Sachverhaltsgestaltungen aber ausnahmslos Geltung beanspruchen, würde dies in bestimmten Fallgestaltungen zu (nach verbreiteter Auffassung, vgl. hierzu ausführlich Sch/Sch/Hecker § 1 Rn. 57 ff. m.w.N.) unbilligen Freisprüchen der Angeklagten führen. Unbillige Ergebnisse wären immer dann zu befürchten, wenn von mehreren Sachverhaltsalternativen nicht geklärt werden könnte, welche tatsächlich vorgelegen hat, jedoch in jeder denkbaren Sachverhaltsgestaltung feststünde, dass sich die Angeklagte strafbar gemacht hat.

Bsp.:

*(1) A hat den Laptop des O aus dessen Wohnung geklaut. Unklar bleibt jedoch, ob A durch das Fenster in die Wohnung des O eingestiegen ist (§ 244 I Nr. 3 Var. 2 StGB) oder ob sie die Wohnung mittels eines Nachschlüssels betreten (§ 244 I Nr. 3 Var. 3 StGB) hat. Sicher ist jedoch, dass A nicht auf andere Weise in die Wohnung gelangt ist.*

*(2) Uhrenhändlerin O besitzt zwei gleiche Uhren. Eine davon gehört ihr, die andere gehört der A. O hat diese für die A repariert, A die Rechnung dafür jedoch noch nicht beglichen (Konsequenz: O steht ein Werkunternehmerpfandrecht an der Uhr gem. § 647 BGB zu). A nimmt dem O eine Uhr weg, wobei nicht aufgeklärt werden kann, ob es sich dabei um die Uhr der O (dann: § 242 StGB) oder um die der A (dann: § 289 StGB) handelte.*

## 1. Unechte (gleichartige) Wahlfeststellung

 Von einer unechten (gleichartigen) Wahlfeststellung spricht man, wenn zwar unklar ist, welches *Verhalten* tatsächlich vorgelegen hat, jedoch in beiden Varianten *dieselbe Strafnorm* verwirklicht sein würde.

So liegt es im Bsp. (1). Dort ist gewiss, dass die Täterin eine Strafnorm verwirklicht hat, nämlich einen Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3 StGB). Die Tatsachenungewissheit (ob Einsteigen oder Betreten mittels Nachschlüssels) schlägt sich nicht in einer Rechtsnormungewissheit nieder, da sich die Täterin in jeder Variante wegen des gleichen Delikts strafbar gemacht hat. Ausreichend für eine Verurteilung ist hier, dass die Angeklagte in jeder vom Gericht für möglich erachteten Sachverhaltsalternative den betreffenden Tatbestand erfüllt (BGHSt 46, 85 [86]; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1318). Bei der unechten Wahlfeststellung erfolgt also eine **eindeutige Verurteilung** (wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls) auf **wahldeutiger** (Einsteigen oder Betreten mittels Nachschlüssels) **Tatsachengrundlage**.

## 2. Echte (ungleichartige) Wahlfeststellung

Problematischer ist dagegen die Behandlung der echten (ungleichartigen) Wahlfeststellung, wie sie im Bsp. (2) gegeben ist.

 Hierbei steht zwar fest, dass sich die Angeklagte in jeder der in Betracht kommenden Sachverhaltsalternativen strafbar gemacht hat, sie hat in jeder Alternative aber einen *anderen* selbstständigen *Tatbestand* verwirklicht.

Würde man hier den Zweifelssatz konsequent zur Anwendung bringen, wäre die Angeklagte freizusprechen. Denn im Hinblick auf den Diebstahlsvorwurf (§ 242 StGB) wäre in dubio pro reo davon auszugehen, dass A ihre eigene Uhr weggenommen hat; bezüglich des Vorwurfs der Pfandkehr (§ 289 StGB) müsste in dubio pro reo davon ausgegangen werden, dass sie die fremde Uhr der O, an der kein Pfandrecht bestand, weggenommen hat.

Wie mit dieser Situation umzugehen ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Der Standpunkt der h.M. ist jedoch so überwiegend, dass längere Ausführungen zur Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung in der Klausur entbehrlich sind.

#### a) Zulässigkeit

- Ältere Stimmen in der Literatur **lehnen** die echte Wahlfeststellung **vollständig ab** (in diese Richtung *Sax JZ 1965, 745 ff.*; weitere Nachweise bei *NK/Frister § 1 Teil B Rn. 98*).
- ✚ Der Grundsatz der Rechtssicherheit, der im Strafrecht durch Art. 103 II GG sogar eine spezielle Ausprägung erlangt hat, steht einer Verurteilung des Angeklagten wegen eines nicht genau bestimmbareren Verhaltens nach einer Strafnorm, deren Verwirklichung sich das Gericht nur unsicher ist, entgegen.
- Andere (*v. Hippel NJW 1963, 1533 [1534 ff.]*) wollen die echte Wahlfeststellung in **unbegrenzter** Weise **anerkennen**.

- + Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) umfasst auch den Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit. Davon bleibt jedoch nichts übrig, wenn ein Angeklagter unter doppelter Heranziehung des Zweifelsatzes gänzlich freigesprochen werden müsste, obwohl sicher feststeht, dass er sich in jeder denkbaren Variante strafbar gemacht hat.
- Die h.M. (BGHSt 9, 390 [393]; 11, 26 [28]; 30, 77 [78]; BGH NSTz-RR 2018, 47 [48]; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1307; *Fischer* StGB § 1 Rn. 32 ff.; *Lackner/Kühl//Heger/Heger* § 1 Rn. 9 ff.) geht einen **Mittelweg** und lässt die echte Wahlfeststellung unter **einschränkenden Voraussetzungen** und unter **Klarstellung** im **Schuldpruch** (dazu jeweils sogleich) zu.
- + Kollidieren zwei Prinzipien von Verfassungsrang, ist zwischen ihnen *praktische Konkordanz* herzustellen: Kein Prinzip verdrängt das andere, sondern beiden Grundsätzen muss im Wege der Abwägung zu bestmöglicher Geltung verholfen werden.
- Die Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung hat in den letzten Jahren auch die obersten Gerichte beschäftigt. Der **2. Strafsenat des BGH** (BGH NSTz 2014, 392) vertrat 2014 die Auffassung, die „ungleichartige Wahlfeststellung“ verstoße gegen Art. 103 II GG, und fragte gem. § 132 III GVG bei den übrigen Strafsenaten an, ob sie sich dieser Rechtsansicht anschließen. Zur Begründung führte der Senat aus, es handele sich bei der echten Wahlfeststellung um eine sachlich-rechtliche Strafbarkeitsregel, die – entgegen einer bloßen richterrechtlichen Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts – dem **Gesetzesvorbehalt** unterliege:

Denn **Art. 103 II GG** verbietet jede strafbarkeitserweiternde analoge Rechtsanwendung unabhängig von einer Abwägung im Einzelfall. Damit Art. 103 II GG aber überhaupt auf die Wahlfeststellung anwendbar ist, müsste diese **materiell-rechtliche Wirkung** entfalten und nicht lediglich eine **prozess-rechtliche Entscheidungsregel** darstellen. Grundlage der Entscheidung sind zwei Tatbestände, von denen je ein Merkmal nicht nachweislich verwirklicht wurde. Die Verurteilung beruht vielmehr auf einer dritten ungeschriebenen Norm, die die übereinstimmenden Unrechtselemente der fraglichen Tatbestände in sich vereinigen soll („rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit“). Dann ist aber immer noch kein neues Tatbestandsmerkmal verwirklicht worden. Daher wirkt die Wahlfeststellung materiell-rechtlich (zustimmend *Freund/Rostalski* JZ 2015, 164 [169]; s. auch *Freund* FS Wolter, 2013, 35 ff.).

Die übrigen Strafsenate lehnten jedoch die Rechtsauffassung des anfragenden 2. Senates ab. (vgl. NStZ-RR 2014, 307 [5. Senat]; NStZ-RR 2014, 308 [1. Senat]; NStZ-RR 2015, 39 [3. Senat]; NStZ-RR 2015, 40 [4. Senat]). Die vorhandenen Strafgesetze genügten als gesetzliche Strafbarkeitsanordnungen für eine alternative Verurteilung, während ein Freispruch „unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“ wäre. Der daraufhin mit der Frage gemäß § 132 II GVG befasste **Große Senat für Strafsachen** hat die ungleichartige Wahlfeststellung **für zulässig erklärt** (NStZ 2018, 41). Dabei bleibt er bei der Einordnung als prozessualer Entscheidungsregel (weswegen Art. 103 II GG seiner Ansicht nach gar nicht anwendbar ist). Dieser Auffassung ist das **BVerfG** in einem Nichtannahmebeschluss **nicht entgegengetreten** (NJW 2019, 2837).

## **b) Voraussetzungen**

Um dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit im Sinne der praktischen Konkordanz jeweils zur optimalen Wirksamkeit zu verhelfen, lässt die h.M. die echte Wahlfeststellung somit zwar zu, bindet sie jedoch an einschränkende Voraussetzungen.

### **aa) Strafbarkeit in jeder denkbaren Sachverhaltsalternative**

Zunächst muss feststehen, dass eine Unsicherheit bezüglich des tatsächlichen Vorliegens von Tatumständen vorliegt. Gleichzeitig muss aber auch erwiesen sein, dass der Angeklagte in jeder der in Frage kommenden Sachverhaltsgestaltungen ein Strafgesetz verletzt hat (BGHSt 12, 386 [388]; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1312). Ist der Angeklagte auch nur in einer denkbaren Sachverhaltsgestaltung straflos, muss das Gericht *in dubio pro reo* davon ausgehen, dass sich diese Sachverhaltsgestaltung tatsächlich zugetragen hat und den Angeklagten freisprechen.

Bsp.: Wäre im obigen Bsp. (2) noch eine dritte Uhr vorhanden, die die O aber derelinquierte, also das Eigentum daran aufgegeben hat (vgl. § 959 BGB), und wäre nicht auszuschließen, dass diese Uhr Tatobjekt war, so wäre A freizusprechen. Denn dann hätte sie in dieser Sachverhaltsalternative weder § 242 StGB (keine Fremdheit) noch § 289 StGB (kein Pfandrecht) verwirklicht.

## bb) Kein Stufenverhältnis

Ferner darf zwischen den in Rede stehenden Delikten kein logisches oder normatives Stufenverhältnis bestehen (vgl. dazu oben). Denn wie gesehen ist der oder die Angeklagte bei Bestehen eines Stufenverhältnisses nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* nur wegen des minder schweren Delikts zu bestrafen (BGHSt 22, 154 [156]; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1313).

## cc) Vergleichbarkeit

Schließlich darf eine echte Wahlfeststellung nur zwischen *vergleichbaren* Delikten erfolgen. Umstritten ist dabei jedoch, wie die Vergleichbarkeit zweier Delikte zu bestimmen ist.

- Die Rspr. (BGHSt 9, 390 [393 f.]; 25, 182 [183 f.]; 30, 77 [78]) verlangt eine **rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit** der in Betracht kommenden Delikte.

Die Delikte sind rechtsethisch vergleichbar, wenn ihr *Schuldvorwurf* annähernd gleich schwer wiegt und sie nach *allgemeinem Rechtsempfinden* sittlich und rechtlich vergleichbar sind. Die psychologische Vergleichbarkeit hebt auf die gleich geartete *seelische Einstellung* des Täters ab und besteht, wenn die Einstellung des Täters zu den betroffenen Rechtsgütern und seine Motivationslage ähnlich sind.

- Die Kriterien der Rspr. sind derart konturenlos, dass es sich bei „rechtsethischer und psychologischer“ Vergleichbarkeit um eine bloße Leerformel handelt. Der Rechtsunsicherheit sind damit Tür und Tor geöffnet.

Für *zulässig* hält die Rspr. eine Wahlfeststellung zwischen

- § 242 StGB und § 259 StGB (BGHSt 9, 390 [393])
- § 242 StGB und § 257 StGB (BGHSt 23, 360 [360 f.])
- § 154 StGB und § 164 StGB (BGHSt 32, 146 [149])

Für *unzulässig* hält die Rspr. dagegen eine Wahlfeststellung zwischen § 242 StGB und § 263 StGB (BGH NStZ 1985, 123).

Im Bsp. (2) müsste die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit wohl zu bejahen sein (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1989, 115).

- Die überwiegenden Stimmen in der Literatur (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 48 Rn. 17; *Otto* AT § 24 Rn. 9; Lackner/Kühl//Heger/Heger § 1 Rn. 19) verlangen demgegenüber eine **Identität im Unrechtskern** zwischen den in Betracht kommenden Delikten. Identität im Unrechtskern ist anzunehmen, wenn das Verhalten ein zur selben Gattung gehörendes *Rechtsgut* angreift und der *Handlungsunwert* beider Delikte in etwa gleichwertig ist (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 48 Rn. 17). Auf Grundlage der h.L. kann somit eine Wahlfeststellung zwischen den im Bsp. (2) in Rede stehenden §§ 242, 289 StGB bejaht werden:
  - Beide Delikte schützen Vermögenswerte.
  - In beiden Delikten ist die Tathandlung („wegnehmen“) die gleiche.
  - Beide Delikte weisen einen in etwa vergleichbaren Strafraumen (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei bzw. fünf Jahren) auf.

### **c) Rechtsfolge**

Liegen die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung vor, trägt die h.M. der Unsicherheit bei der Feststellung des Sachverhalts auch im *Schuldspruch* Rechnung. Der oder die Angeklagte wird dann wegen des einen oder des anderen Delikts verurteilt. Es erfolgt somit eine wahldeutige Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachen-grundlage. Die Strafe richtet sich immer nach dem milderen Gesetz (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1321).

Im Bsp. (2) würde der Schuldspruch daher wie folgt lauten: A wird wegen Diebstahls oder Pfandkehr [...] verurteilt.

### III. Post- und Präpendenz

Von der Konstellation der Wahlfeststellung sind die Fallgestaltungen der Post- und Präpendenz zu unterscheiden.

Während bei der Wahlfeststellung beide Sachverhaltsalternativen nicht sicher nachgewiesen sind, *steht* in den Fällen der Post- und Präpendenz von zwei Sachverhalten *der eine fest*, während der andere ungeklärt bleibt (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1319). In diesen Fällen hängt jedoch die rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts vom unaufklärbaren Sachverhalt ab. Eine Verurteilung auf eindeutiger Grundlage im Wege der Post- oder Präpendenz geht einer Verurteilung auf Grundlage einer Wahlfeststellung vor (BGH NStZ-RR 2018, 49 [50]).

#### 1. Postpendenz

 Postpendenz liegt vor, wenn das zeitlich *frühere* Geschehen nicht aufgeklärt werden kann und die Bestrafung des nachgewiesenen späteren Verhaltens vom früheren Geschehen abhängig ist. Innerhalb der Postpendenz ist zwischen tatbestands- und konkurrenzrelevanter Postpendenz zu unterscheiden.

##### a) Tatbestandsrelevante Postpendenz

 Von tatbestandsrelevanter Postpendenz spricht man, wenn das sicher verwirklichte spätere Delikt bereits im Tatbestand von der bloß unsicheren Vortat abhängig ist.

*Bsp.: Fest steht, dass sich der Angeklagte die Beute aus einem Diebstahl verschafft hat (§ 259 StGB). Unaufklärbar ist dagegen, ob er als Mittäter am vorangegangenen Diebstahl beteiligt war (§§ 242, 25 II StGB).*

Gem. § 259 I StGB kann wegen Hehlerei nur strafbar sein, wer nicht Täter der Vortat war, da „ein anderer“ die Sache gestohlen bzw. durch eine sonstige rechtswidrige Tat erlangt haben muss („Der Stehler ist niemals Hehler“). Ob der Angeklagte aber am Diebstahl als (Mit-)Täter beteiligt war, ist hier nicht aufklärbar, so dass man unter doppelter Anwendung von in dubio pro reo hier wiederum zur Straflosigkeit käme: §§ 242, 25 II StGB ist nicht erwiesen, so dass der Täter insoweit freizusprechen ist; hinsichtlich § 259 StGB müsste dann in dubio pro reo von einer Vortatbeteiligung des Angeklagten (als Täter) ausgegangen werden, so dass keine Vortat eines anderen vorliegt.

Die h.M. (BGHSt 35, 86; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 48 Rn. 19) hält dieses Ergebnis jedoch für unbillig, da hier jedenfalls erwiesen ist, dass der Angeklagte das spätere strafbare Verhalten an sich tatsächlich vorgenommen hat. Die nicht nachgewiesene und bloß unsichere erste Verhaltensweise (wegen der der Angeklagte in dubio pro reo freizusprechen ist) darf nicht dazu führen, dass er wegen einer späteren – sicher festgestellten Tat – nicht bestraft wird. Die h.M. erreicht dieses Ergebnis dadurch, dass sie „Tat eines anderen“ in § 259 StGB als vertatbestandlichte Konkurrenzregel begreift, die nur eingreift, wenn das frühere Verhalten auch tatsächlich erwiesen ist.

## b) Konkurrenzrelevante Postpendenz

 Von konkurrenzrelevanter Postpendenz spricht man, wenn das sicher verwirklichte spätere Delikt auf Konkurrenzebene hinter die bloß unsichere Vortat zurücktreten würde.

*Bsp.: Fest steht, dass sich die Angeklagte eine Sache durch Benutzung zugeeignet hat (§ 246 StGB). Unaufklärbar ist dagegen, ob sie sie dem Eigentümer zuvor geraubt (§ 249 StGB) hat.*

Erkennt man die Möglichkeit einer Zweitzeignung i.R.d. § 246 StGB (sog. „Konkurrenzlösung“, vgl. zu dieser BT-Problematik Sch/Sch/Bosch § 246 Rn. 19) an, wiederholt sich in jeder Benutzung einer entwendeten Sache eine Zueignung. Dabei tritt die Zweitzeignung grds. auf Konkurrenzebene hinter den Raub zurück. Wäre ein Raub also sicher gegeben, träte § 246 StGB dahinter als subsidiär zurück. Dieser bloß unsichere Umstand bleibt hier jedoch nach h.M. ebenfalls unberücksichtigt. Die Angeklagte wird daher wegen Unterschlagung nach § 246 StGB verurteilt (Sch/Sch/Hecker § 1 Rn. 91 m.w.N.).

## 2. Präpendenz

 Präpendenz liegt vor, wenn das zeitlich *spätere* Geschehen nicht aufgeklärt werden kann und die Bestrafung des nachgewiesenen früheren Verhaltens vom späteren Geschehen abhängig ist.

## a) Tatbestandsrelevante Präpendenz



Von tatbestandsrelevanter Präpendenz spricht man, wenn das sicher verwirklichte frühere Delikt bereits im Tatbestand von der bloß unsicheren späteren Tat abhängig ist.

*Bsp.: Fest steht, dass die Angeklagte einen Diebstahl durch das Beschaffen eines Nachschlüssels gefördert hat (§§ 242 I, 244 I Nr. 3, 27 StGB). Unaufklärbar ist dagegen, ob sie auch später am Tatort als Mittäterin agiert hat.*

Die Angeklagte ist hier *in dubio pro reo* vom mittäterschaftlich begangenen Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242 I, 244 I Nr. 3, 25 II StGB) freizusprechen. Würde man den Zweifelssatz aber auch im Hinblick auf die feststehende Beihilfehandlung dazu (§§ 242 I, 244 I Nr. 3, 27 StGB) anwenden, würde man insoweit ebenfalls zur Straflosigkeit gelangen. Denn in *dubio pro reo* müsste vom Fehlen der Haupttat „eines anderen“ ausgegangen werden.

Die h.M. verfährt hier aber gleichermaßen wie bei der tatbestandsrelevanten Postpendenz (siehe KK 906 f.). Auch hier sieht sie den Terminus „Tat eines anderen“ als vertatbestandlichte Konkurrenzregel, die nicht eingreift, wenn ein späteres Verhalten bloß möglich, aber nicht erwiesen ist.

## b) Konkurrenzrelevante Präpendenz



Von konkurrenzrelevanter Präpendenz spricht man, wenn das sicher verwirklichte frühere Delikt auf Konkurrenzebene hinter eine bloß unsichere spätere Tat zurücktreten würde.

*Bsp.: Fest steht, dass sich der Angeklagte mit einem anderen zur mittäterschaftlichen Begehung eines Totschlags verabredet hat (§ 30 II StGB). Unaufklärbar ist dagegen, ob sich der Angeklagte an der Tatabführung durch den anderen beteiligt hat.*

Hätte sich der Angeklagte nachweisbar an der Tötung des Opfers als Mittäter beteiligt, so träte die Verabredung hinter §§ 212, 25 II StGB zurück. Nach h.M. führt aber auch hier ein bloß mögliches, aber nicht nachgewiesenes, späteres Verhalten nicht zur Verdrängung der nachgewiesenen Tat auf Konkurrenz-ebene. Der Angeklagte ist daher wegen Verabredung gem. § 30 II StGB strafbar.

## Zusammenfassender Überblick

<b>In dubio pro reo</b>	denkbares Geschehen I <b>strafbar</b>	denkbares Geschehen II <b>straflos</b>
<b>Wahlfeststellung</b>	strafbares Geschehen I nur möglich	strafbares Geschehen II nur möglich
<b>Postpendenz</b>	strafbares früheres Geschehen nur möglich	strafbares späteres Geschehen <b>sicher</b>
<b>Präpendenz</b>	strafbares früheres Geschehen <b>sicher</b>	strafbares späteres Geschehen nur möglich

## **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. Was ist ein normatives Stufenverhältnis?
- II. Was setzt die Literatur bei der echten Wahlfeststellung der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit entgegen?