

§ 33: Behandlung unklarer Sachverhaltsgestaltungen

Nicht immer gelingt es dem Gericht, auch unter Heranziehung sämtlicher Erkenntnis- und Beweismittel, das Geschehen in allen Einzelheiten aufzuklären. Auch in universitären Klausuren kann sich der Sachverhalt bewusst bestimmter Angaben enthalten, um die rechtlich korrekte Behandlung solch unklarer Sachverhaltsgestaltungen abzu prüfen.

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* AT § 48 Rn. 1). 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 des Täters der nach dem Zweifelssatz gebotenen mildesten Möglichkeit für den Angeklagten.

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* 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. Rechtsfolge

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

- Lässt sich z.B. nicht klären, ob die vom Angeklagten weggenommene Sache seine eigene oder die ähnlich aussehende eines Dritten war, so ist der 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 den Angeklagten fremd war und konnte lediglich nicht aufgeklärt werden, ob er die Wohnung mittels eines falschen Schlüssels betreten hat oder ob die Wohnungstür unverschlossen war, so ist der Angeklagte wegen Diebstahls (§ 242 StGB) zu verurteilen. Eine Verurteilung gem. des Qualifikationstatbestands 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; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1313).
- Ist Täterschaft unerwiesen, bleibt eine Teilnehmerstrafbarkeit möglich (BGHSt 23, 203, 206 ff.; *Sch/Sch/Eser/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) unbilligen Freisprüchen der Angeklagten führen. Unbillige Ergebnisse wären immer dann zu befürchten, wenn von mehreren Sachverhaltalternativen nicht geklärt werden könnte, welche tatsächlich vorgelegen hat, jedoch in jeder denkbaren Sachverhaltsgestaltung feststünde, dass sich der Angeklagte strafbar gemacht hat.

Bsp.:

- (1) *A hat den Laptop des O aus dessen Wohnung geklaut. Unklar blieb jedoch, ob A durch das Fenster in die Wohnung des O eingestiegen ist (§ 244 I Nr. 3 Var. 2 StGB) oder ob er die Wohnung mittels eines Nachschlüssels betreten (§ 244 I Nr. 3 Var. 3 StGB) hat.*
- (2) *Uhrenhändler O besitzt zwei gleiche Uhren. Eine davon gehört ihm, die andere gehört dem A. O hat diese für den A repariert, A die Rechnung dafür jedoch noch nicht beglichen (Konsequenz: O steht ein Werkunternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB zu). A nimmt dem O eine Uhr weg, wobei nicht aufgeklärt werden könnte, ob es sich dabei um die Uhr des O (dann: § 242 StGB) oder um die des 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 der Täter eine Strafnorm verwirklicht hat, nämlich einen Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3 StGB). Die Tatsachenungewissheit (ob Einsteigen oder Betreten mittels Nachschlüssels) schlägt sich hier nicht in einer Rechtsnormungewissheit nieder, da sich der Täter in jeder Variante wegen des gleichen Delikts strafbar gemacht hat. Ausreichend für eine Verurteilung ist hier, dass der 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 der Angeklagte in jeder der in Betracht kommenden Sachverhaltsalternativen strafbar gemacht hat, er in jeder Alternative aber einen anderen selbstständigen Tatbestand verwirklicht hat.

Würde man hier den Zweifelssatz konsequent zur Anwendung bringen, wäre der Angeklagte freizusprechen.

Denn im Hinblick auf den Diebstahlsvorwurf wäre in dubio pro reo davon auszugehen, dass A seine eigene Uhr weggenommen hat; bezüglich des Vorwurfs der Pfandkehr müsste in dubio pro reo davon ausgegangen werden, dass er die fremde Uhr des 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.

- Ältere Stimmen in der Literatur lehnen die echte Wahlfeststellung vollständig ab (vgl. NK/*Frister* Nach § 2 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 der Richter nur unsicher ist, entgegen.
- Andere (v. *Hippel* NJW 1963, 1533, 1534 ff.) wollen die echte Wahlfeststellung in unbegrenzter Weise anerkennen.
- ⊕ Das Rechtsstaatsprinzip umfasst auch den Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit. Davon bleibt jedoch nichts übrig, wenn ein Angeklagter unter doppelter Heranziehung des Zweifelssatzes 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; *Wesels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1311; *Fischer* StGB § 1 Rn. 32 ff.; Lackner/Kühl/Kühl § 1 Rn. 9 ff.) geht einen Mittelweg und lässt die echte Wahlfeststellung unter einschränkenden Voraussetzungen und unter Klarstellung im Schuldspruch (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.
- Der **2. Strafsenat** (BGH NSTZ 2014, 392) hat 2014 ein Revisionsverfahren unterbrochen, das die Verurteilung eines Angeklagten „wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei“ in 19 Fällen zum Gegenstand hatte. Der Senat vertritt die Auffassung, dass die „ungleichartige Wahlfeststellung“ auch in der reduzierten Form, in welcher sie seit 1950 vom BGH wieder als zulässig angesehen wurde, gegen Art. 103 II GG verstößt, weil es sich um eine sachlich-rechtliche Strafbarkeitsregel handle, die – entgegen einer bloßen richterrechtlichen Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts – dem Gesetzesvorbehalt unterliege:

Nach seiner Auffassung dürfen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit nicht dergestalt gegeneinander ausgespielt werden, wie oben gesehen. Denn **Art. 103 II GG** verbietet jede strafbarkeitserweiternde analoge Rechtsanwendung unabhängig von einer Abwägung im Einzelfall. Dafür müsste die Wahlfeststellung aber **materiell-rechtliche Wirkung** entfalten und nicht lediglich eine **prozessrechtliche Entscheidungsregel** darstellen. Grundlage der Entscheidung sind zwei Tatbestände, von denen je ein Merkmal nicht nachweislich verwirklicht wurde. Die Verurteilung beruht vielmehr auf einer drit-

ten 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.).

Kotsoglou (ZStW 127 [2015], 334, 346 ff.; 355 f.) moniert das Fehlen einer beweisrechtlichen Debatte. So argumentiert er, die Voraussetzung der echten Wahlfeststellung, dass *sicher* entweder Tatbestand A oder B gegeben ist, könnten gar nicht vorliegen. Es handele sich um einen Zirkelschluss. Denn wenn beispielsweise nicht sicher ist, ob X die fremde Sache i.S.d. § 242 I StGB weggenommen hat oder ob sie ein anderer gestohlen hat und X nur § 246 I StGB erfüllt hat, so müsste darüber hinaus für den Diebstahl ja auch noch Beweis über die Absicht, sich oder einen Dritter rechtswidrig zu bereichern, geführt werden. Weil die Situation aber schon objektiv nicht festgestellt werden konnte, kann folglich nicht der subjektive Tatbestand nachgewiesen werden. Somit wird durch die ungleichartige Wahlfeststellung auf den Nachweis eines Delikts verzichtet. Pointiert: „[Z]wei Verdachtsurteile [lassen] sich nicht zu einer hinreichenden Schuldfeststellung saldieren“ (a.a.O., S. 356).

Der 2. Senat hat deshalb gem. § 132 III GVG bei den übrigen Strafsenaten angefragt, ob sie sich dieser Rechtsansicht anschließen. Wenngleich allgemein mit einer Zustimmung der übrigen Strafsenate gerechnet wurde (vgl. etwa *Heintschel-Heinegg* JA 2014, 710 ff.), verweigerte der 1. Strafsenat in einem Beschl. v. 24.6.2014 (BGH NSTZ-RR 2014, 308) dem 2. Strafsenat das Gefolge. Die vorhandenen Strafgesetze genügten als gesetzliche Strafbarkeitsanordnungen für eine alternative Verurteilung, wäh-

rend ein Freispruch „unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“ wäre. Dieser Argumentation sprangen in der Folge auch die übrigen Strafsenate bei und erklärten in Ablehnung der Rechtsauffassung des anfragenden 2. Senates, an der bisherigen Rechtsprechung zur gesetzessalternativen Wahlfeststellung festzuhalten (vgl. NStZ-RR 2014, 307 [5. Senat]; NStZ-RR 2015, 39 [3. Senat]; NStZ-RR 2015, 40 [4. Senat]). Gleichwohl legte der 2. Senat die Frage nach der Zulässigkeit der Wahlfeststellung gemäß § 132 II GVG mit Beschluss vom 2.11.2016 dem Großen Strafsenat vor, um den Konflikt zu lösen und die Rechtsfrage zu entscheiden.

Von aller Kritik unbeirrt hat der **Große Senat für Strafsachen** mit Beschluss vom 8.5.2017 (NStZ 2018, 41) die ungleichartige Wahlfeststellung **für zulässig erklärt**. Dabei bleibt der BGH bei der Einordnung als prozessualer Entscheidungsregel. Leider hat er zu den Vorwürfen *Kotsoglous* keine Stellung bezogen. *Jahn* (NJW 2017, 2842) fasst daher zusammen: „Nachdem der *Große Senat* auch die zahlreichen Äußerungen des Schrifttums im Verlauf des Anfrage- und Vorlageverfahrens jedenfalls im Umdruck nur in homöopathischen Dosen verarbeitet, belässt er in Sachen Wahlfeststellung letztlich alles beim Alten.“

a) Voraussetzungen

Um dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit 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 festgestellt sein, dass eine Unsicherheit bezüglich des tatsächlichen Vorliegens von Tatumsständen 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 der O aber derelinquiert, also das Eigentum daran aufgegeben hat, und wäre nicht auszuschließen, dass diese Uhr Tatobjekt war, so wäre A freizusprechen. Denn dann hätte er 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 Angeklagte dann 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.

(1) 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 gehalten hat 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).

(2) Die überwiegenden Stimmen in der Literatur (*Kindhäuser* AT § 48 Rn. 17; *Otto* AT § 24 Rn. 9; *Lackner/Kühl/Kühl* § 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* 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.

b) Rechtsfolge

Liegen die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung vor, trägt die h.M. der Unsicherheit bei der Feststellung des Sachverhalts auch im Schuldspruch Rechnung. Der Angeklagte wird dann wegen des einen oder

des anderen Delikts verurteilt. Es erfolgt somit eine wahldeutige Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage. 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 („Der Stehler ist niemals Hehler“). Ob der Angeklagte aber am Diebstahl 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 ausgegangen werden, so dass keine Vortat „eines anderen“ vorliegt.

Die h.M. (BGHSt 35, 86; *Kindhäuser* 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 ver-
tatbestandliche 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 der Angeklagte eine Sache durch Benutzung zugeeignet hat (§ 246 StGB). Unaufklärbar ist dagegen, ob er sie dem Eigentümer zuvor geraubt (§ 249 StGB) hat.*

Erkennt man die Möglichkeit einer Zweitzeignung i.R.d. § 246 StGB (vgl. dazu Sch/Sch/Eser/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. Der Angeklagte wird daher wegen Unterschlagung nach § 246 StGB verurteilt (Sch/Sch/Eser/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 der Angeklagte einen Diebstahl durch das Beschaffen eines Nachschlüssels gefördert hat (§§ 242 I, 244 I Nr. 3, 27 StGB). Unaufklärbar ist dagegen, ob er auch später am Tatort als Mittäter agiert hat.

Der 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, 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. 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 Tatausführung 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

In dubio pro reo	denkbares Geschehen I strafbar	denkbares Geschehen II straflos
Wahlfeststellung	strafbares Geschehen I nur möglich	strafbares Geschehen II nur möglich
Postpendenz	strafbares früheres Geschehen nur möglich	strafbares späteres Geschehen sicher
Präpendenz	strafbares früheres Geschehen sicher	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?

Lernhinweis **Multiple-Choice-Test:**

Wenn Sie Ihr Wissen und Ihren Lernfortschritt spielerisch überprüfen möchten, versuchen Sie sich doch einmal am Multiple-Choice-Test auf unserer Homepage. Zum nun behandelten Lernfeld Konkurrenzen finden Sie dort 7 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <https://strafrecht-online.org/mct-konkurrenzen>