

## § 10 In dubio pro reo – Wahlfeststellung – Postpendenzfeststellung

### Abschließender Fall (Fall 9) zur prozessualen Ungewissheit

**Fall 9 – Pelzverkaufs-Fall** (nach BGH NStZ 1985, 123):

**Grundfall:** A hat aus den Geschäftsräumen des P eine große Menge von Pelzen entfernt und anschließend an ausländische Hehler veräußert. Das Gericht kann nicht aufklären, ob dies mit oder ohne Wissen und Wollen des P, der den Vorfall seiner Versicherung als Diebstahl angezeigt und daraufhin Versicherungsleistungen erhalten hat, geschah. Strafbarkeit von A?

**Variante:** Bezuglich des Mitangeklagten B, der (möglicherweise fälschlich, s. Grundfall) davon ausging, dass P mit dem Entfernen der Pelze nicht einverstanden war, steht fest, dass er die Pelze zusammen mit A verkauft hat. Es kann nicht festgestellt werden, ob er sie auch schon zusammen mit A dem P entwendet hat. Strafbarkeit des B?

Sowohl im Grundfall als auch in der Variante sind gewisse Teile des Sachverhalts unklar in dem Sinne, dass zwei unterschiedliche Gestaltungen denkbar sind: im Grundfall ob das Handeln des A ohne oder mit Wissen und Wollen des P geschah; in der Variante überdies die Beteiligung oder fehlende Beteiligung des B an der Entfernung der Pelze. Bei einer solchen Sachlage empfiehlt es sich, zunächst jede der beiden denkbaren Sachverhaltsalternativen gesondert zu würdigen und dabei auch bereits den Satz »*in dubio pro reo*« einzubeziehen (also zu sagen, dass das, was bei Gegebensein dieser Alternative eine Straftat wäre, sich nicht eindeutig feststellen lässt). In einem zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, ob und inwieweit der fehlenden eindeutigen Feststellbarkeit nicht über eine Wahlfeststellung oder über eine Postpendenzfeststellung Rechnung getragen werden kann.<sup>1</sup> Die nachfolgende Darstellung, die dieses Vorgehen zu verdeutlichen sucht, ist im Bereich der tatbestandlichen Subsumtion bewusst knapp gehalten und wäre in einer Prüfungsarbeit durch eine etwas ausführlichere Subsumtion zu ergänzen.

#### I. Grundfall:

1. Strafbarkeit des A, wenn er die Pelze **ohne Wissen und Wollen des P** an sich genommen haben sollte: 2

a) A hat dann eine fremde bewegliche Sachen mit Zueignungsabsicht weggenommen, also den § 242 verwirklicht.

b) § 259 StGB scheidet dagegen aus, da der den Absatz betreibende Alleintäter eines Diebstahls nicht die Sachen absetzt, die »ein anderer« gestohlen hat.

c) Eine eindeutige Verurteilung nach § 242 scheitert aber an der Nichtfeststellbarkeit des Handelns ohne Wissen und Wollen des P (*in dubio pro reo*).

2. Strafbarkeit des A, wenn er die Pelze **mit Wissen und Wollen des P** an sich genommen haben sollte: 3

a) A ist dann wegen einer Beihilfe zum Betrug strafbar (§§ 263, 27), da P dann wegen Versicherungsbetrugs strafbar ist und A diesen gefördert hat, indem er den Diebstahl vorzutäuschen half.

b) § 265 StGB liegt zwar tatbestandlich vor, ist aber zu §§ 263, 27 StGB subsidiär.<sup>2</sup>

1 Ausführliches Prüfungsschema bei Wolter Wahlfeststellung 151 f.

2 Fischer § 265 Rn. 17.

- 4 c) § 259 durch den Verkauf der Pelze scheidet auch hier aus, da die Pelze dann nicht durch eine rechtswidrige, gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat erlangt waren. Denn dafür wäre nach ganz hM eine Vortat erforderlich, durch die eine (bei dem Absatzhandeln fortbestehende) rechtswidrige Besitzlage geschaffen worden ist,<sup>3</sup> woran es fehlt, wenn P mit der Entfernung der Pelze durch A einverstanden war.
- d) Eine eindeutige Verurteilung nach §§ 263, 27 scheitert aber daran, dass ein Einverständnis des P mit der Fortschaffung der Pelze nicht feststellbar, vielmehr auch denkbar ist, dass A den B bestohlen hat.
3. Fraglich ist, ob angesichts der bestehenden Nichtfeststellbarkeit des wahren Sachverhalts eine Möglichkeit der **Verurteilung des A auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage** besteht:
- a) Nach der Auffassung der Rechtsprechung müssten die verschiedenen Verhaltensweisen hierfür **rechtsethisch und psychologisch** vergleichbar sein. Es müsste sich also um etwa gleich schwere Schuldvorwürfe handeln, wobei als Alternativen eng miteinander verwandte Tatbestände betroffen sein und die verletzten Rechtsgüter sich ähneln müssten.  
Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt: Verletztes Rechtsgut ist entweder das Eigentum des P (→ Rn. 2, 1a) oder das Vermögen der Versicherung (→ Rn. 3, 2a). Der Schaden ist entweder durch die Handlung des A oder durch eine eigene Verfügung der Versicherung entstanden. Psychologisch wäre der Diebstahl zudem durch das Anstreben einer eigenen Sachherrschaft des A gekennzeichnet; die Beihilfe zum Betrug dagegen soll dem P nur die Verletzung der Vermögensinteressen der Versicherung ermöglichen. Die Tatausführung ist also jeweils eine ganz andere; daher ist eine Wahlfeststellung nicht möglich.
- b) Nach einer verbreiteten Auffassung in der Literatur ist maßgebend die **Identität des Unrechtskerns**. Es müssten also ähnliche Rechtsgüter betroffen sein und die Handlungsmodalitäten müssen im Wesentlichen gleich sein. Aufgrund der erheblich unterschiedlichen Tatausführung (vorstehend a) ist auch hiernach eine Wahlfeststellung nicht möglich.

## II. Variante

- 5 1. Strafbarkeit des B, wenn er **bereits an der Entfernung der Pelze als Mittäter beteiligt** war:
- a) Ein vollendetes Diebstahl nach § 242 erscheint nach den nicht aufklärbaren Umständen möglich, scheidet aber für eine Verurteilung aus, da nach *dubio pro reo* davon auszugehen ist, dass P mit der Wegnahme einverstanden war.
- b) Ein versuchter Diebstahl nach den §§ 242, 22, 23 StGB ist dagegen im Hinblick auf die Vorstellung des B (fehlendes Einverständnis des P mit der Entfernung der Pelze) unproblematisch gegeben und von der Ungewissheit des äußeren Sachverhalts unabhängig.
- c) Es liegt auch kein Fall zulässiger Wahlfeststellung (zwischen a und b) vor, da es an einer Sachverhaltsexklusivität fehlt. Zwischen den Taten (Vollendung und Versuch) besteht vielmehr ein Stufenverhältnis (→ § 10 Rn. 26). Zu verurteilen ist deshalb wegen der jedenfalls gegebenen minderen Form des Versuchs.
- d) Eine Strafbarkeit wegen § 259 scheidet trotz der Mitwirkung am Verkauf aus, wenn B an der Vortat als Täter beteiligt war.
- 6 2. Strafbarkeit des B, wenn dieser an der **Entfernung der Pelze nicht als Mittäter** beteiligt war:
- a) Eine vollendete Hehlerei nach § 259 erscheint möglich, scheidet für eine Verurteilung aber aus, da in *dubio pro reo* davon auszugehen ist, dass der P mit der Wegnahme einverstanden war und es daher an einer strafrechtlich relevanten Vortat fehlt.
- b) Ein Hehlereiversuch nach §§ 259 II und III, 22, 23 ist dagegen unproblematisch gegeben, da nach der Vorstellung des B ein Diebstahl nach § 242 als Vortat vorliegt und B durch den Verkauf unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung (Absatzhilfe) angesetzt hat.
- c) Eine Strafbarkeit nach § 257 scheidet aus, da eine Vortat (Diebstahl) nach dem Grundsatz »*in dubio pro reo*« objektiv nicht angenommen werden kann und der im Blick auf die Vorstellung des B erwägenswerte Versuch des § 257 nicht strafbar ist.

3 BayObLG NJW 1979, 2218 (2219); Schönke/Schröder/Hecker § 259 Rn. 7 mwN.

4 Ebenso BGH NStZ 1985, 123.

*Abschließender Fall (Fall 9) zur prozessualen Ungewissheit*

**Aufarbeitung der Unklarheit darüber, ob B an der Entfernung der Pelze als Mittäter beteiligt war: Möglichkeit einer Wahlfeststellung oder Postpendenzfeststellung?**

B hätte sich also, wenn er an der Entfernung der Pelze als Mittäter beteiligt gewesen sein sollte, wegen eines Diebstahlsversuchs (und damit nach der ganz hM [→ § 10 Rn. 50, 53] im Hinblick auf die Tatbestandsformulierung des § 259 nicht wegen einer Hehlerei durch Absatzhilfe) strafbar gemacht; wenn er an der Entfernung nicht beteiligt gewesen sein sollte, wegen einer versuchten Absatzhilfe nach den §§ 259, 22, 23. Das Verhalten, das sich bei Nichtbeteiligung an der Entfernung der Pelze rechtlich als versuchtes hehlerisches Handeln darstellt, hat B dabei in tatsächlicher Hinsicht eindeutig auch dann verwirklicht, wenn er an der Entfernung der Pelze beteiligt gewesen sein sollte; er kann dann für den Absatzversuch nur deshalb nicht bestraft werden, weil er schon wegen (versuchten) Diebstahls strafbar ist und die Vortat nicht als die Tat eines anderen gilt. Da somit in beiden Fällen ein Nachtatverhalten gegeben ist, das nur im Falle der Beteiligung an der Entfernung der Pelze wegen der dann schon deshalb gegebenen Strafbarkeit nicht bestraft werden kann, ist A damit nach der Rechtsprechung und hM aufgrund der Regeln der **Postpendenz** jedenfalls wegen des feststehenden Nachtatverhaltens nach den §§ 259 I und III, 22, 23 strafbar (dazu, insbesondere auch zur Vereinbarkeit einer solchen Sicht mit dem Wortlaut des § 259, → § 10 Rn. 48 und 53). Sollte man das nicht akzeptieren, weil es sich bei dem Nachtatverhalten im Falle der Beteiligung des B bereits an der Entfernung der Pelze (und damit – nach der Vorstellung des B – einem versuchten Diebstahl) nicht mehr um ein strafatbestandsmäßiges Nachtatverhalten gehandelt habe, so bleibt nach dem in → § 10 Rn. 50 und → Rn. 53 Gesagten nur eine Verurteilung wegen versuchten Diebstahls oder versuchter Hehlerei auf **wahldeutiger** Basis.