

§ 10 Indubio pro reo – Wahlfeststellung – Postpendenzfeststellung

Vertiefung zu § 10 Rn. 42 f.: Wahlfeststellung, prozessuale Tat und Anklage

Die Darlegungen in § 10 Rn. 18–41 des Buches betrafen die materiellen Voraussetzungen der Wahlfeststellung (der wahldeutigen Verurteilung). Sachverhalte der Wahlfeststellung werfen jedoch auch schwierige **spezifisch prozessuale Probleme** auf (dazu *Beulke/Fahl JURA* 1998, 262 ff.), die Gegenstand strafrechtlicher Examensklausuren sein können.

1. Auch in Fällen der Wahlfeststellung (bzw. der Entscheidung über normative Stufenverhältnisse usw) gilt der Grundsatz, dass nur das abgeurteilt werden kann, was angeklagt ist.¹ Dieser Grundsatz kann zu Problemen führen, wenn zunächst nur wegen einer bestimmten Tat (zB eines Diebstahls aus einem Haus an einem bestimmten Tag) angeklagt ist. Stellt sich hier im Laufe der Hauptverhandlung heraus, dass auch eine andere Straftat (zB eine Hehlerei zu einem späteren Zeitpunkt) in Betracht kommt und bleibt unaufklärbar, ob die eine oder andere Straftat gegeben ist, so stellt sich die Frage: **Ist auch dieses alternative Delikt angeklagt?** (denn nur dann kann es – eindeutig oder wahldeutig – abgeurteilt werden):

Orientiert man sich zur Beantwortung dieser Frage an den allgemeinen Prinzipien der Tat und der Tatidentität (Tat als einheitlicher Lebenssachverhalt; siehe dazu die online-Ergänzung zu § 9 des Buches → Rn. 2 ff.), ist dies letztlich eine *Frage des Einzelfalles*: Es ist durchaus denkbar, dass die Delikte, die im Verhältnis der exklusiven Alternativität oder eines normativen Stufenverhältnisses stehen, prozessual zur selben Tat gehören (demselben Lebenssachverhalt zugehören). Beispiele dafür bilden der Raub und die räuberische Erpressung in → § 10 Fall 4 und die Beteiligung des A an einem Delikt, die in tatsächlicher Hinsicht möglicherweise die Voraussetzungen der Beihilfe, aber uU auch der Mittäterschaft erfüllt (→ § 10 Fall 2). Ein weiteres Beispiel bilden die alternativen Delikte des A in → § 10 Fall 5 (mag hier nach dem in → § 10 Rn. 36 Gesagten auch eine Wahlfeststellung letztlich nicht in Betracht kommen). Durchaus denkbar ist freilich auch, dass beide Delikte (nach allgemeinen Grundsätzen) nicht mehr demselben Lebenssachverhalt angehören – zB der Diebstahl oder Raub zu einem bestimmten Zeitpunkt und an einem bestimmten Ort und die Tage später vorgenommene Hilfe bei der Verschleierung oder Verwertung der Beute oder der Verwischung der Tatspuren (dabei ist zB denkbar, dass zunächst nur wegen Letzterem angeklagt ist, sich dann aber eine Beteiligung an Ersterem als möglich herausstellt).

2. Bei einer Orientierung an den allgemeinen Grundsätzen zur prozessuellen Tat und zur Tatidentität ergeben sich damit ganz unterschiedliche Schwierigkeiten bei der

1 Dazu BGHSt 32, 146 (150 f.) = NJW 1984, 2109; BGHSt 35, 86 (87 f.); BGH NStZ 2014, 42 mwN; SK-StGB/Wolter Anh. zu § 55 Rn. 34 mwN.

Verwirklichung der Grundsätze der Wahlfeststellung (bzw. der sonstigen Grundsätze des Vorgehens bei Unklarheit). Unproblematisch sind danach zunächst nur die Fälle, in denen *eine* prozessuale Tat vorliegt (hier sind dann auch insoweit alternativ in Betracht kommende Delikte oder Deliktsformen mitangeklagt). Eine Verurteilung wegen des alternativen Delikts (usw.) bzw. eine wahldeutige Verurteilung ist daher hier nach entsprechendem rechtlichem Hinweis nach § 265 StPO möglich. Anders ist es dagegen in den Fällen, in denen das alternative Delikt nicht zur selben prozessualen Tat gehört. Hier genügt der Hinweis nach § 265 StPO nicht. Notwendig ist insoweit vielmehr eine Anklage (Nachtragsanklage, Neuanklage) des Sachverhalts, der das alternative Delikt enthält; zuvor fehlt es insoweit an einer Verurteilungsvoraussetzung.

3. Allerdings hat es in der Rechtsprechung Versuche gegeben, auch in den Fällen, in denen nach allgemeinen Grundsätzen an sich verschiedene Taten gegeben sind, nur *eine* prozessuale Tat anzunehmen und damit auch insoweit (in Fällen der Wahlfeststellung usw.) direkt (und ohne Neuanklage) zu einer Verurteilung zu kommen.

Nach der älteren Rechtsprechung bildeten Delikte, zwischen denen (nach den Grundsätzen der Wahlfeststellung) eine Wahlfeststellung möglich ist, auch im prozessualen Sinne *eine* Tat (also zB ein Diebstahl und die alternative später liegende Hehlerei²). Freilich blieb dabei offen, wie sich dies im Blick auf die Grundsätze des Tatbegriffs begründen lässt. Einen Versuch, dies zu begründen, bildete die sog. **Spiegelbildtheorie**:³ Nach ihr hängen Delikte, die sich gegenseitig ausschließen, insoweit sachlich zusammen und bilden wegen dieser inneren Verknüpfung nur *eine* prozessuale Tat (gewissermaßen deren verschiedene Seiten).

Die neuere Rechtsprechung lehnt diese Auffassungen jedoch mit Recht ab. Die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen einer Wahlfeststellung bedeutet keineswegs automatisch, dass derart wahlfeststellungsfähige Delikte auch prozessual eine Tat bilden. An einer solchen fehlt es beispielsweise bei raum-zeitlich ganz unterschiedlichen Lebenssachverhalten.⁴ Auch die Spiegelbildtheorie ist nicht haltbar.⁵ Sie stellt auf Gesichtspunkte ab (gegenseitiger Ausschluss, das Nichtgegebensein des einen Delikts sei das negative Spiegelbild des Gegebenseins des anderen), auf die es für den Tatbegriff nicht ankommt und die diesen aufzulösen geeignet sind.⁶ Es bleibt damit dabei, dass die prozessuale Behandlung von Sachverhalten der Wahlfeststellung (usw) nur dann unproblematisch ist, wenn die alternierenden Delikte Teil derselben prozessualen Tat sind.

4. Damit stellt sich die Frage, **wie** dann zu verfahren ist, wenn die alternierenden Delikte (oder auch ein normatives Minus) im prozessualen Sinn unterschiedliche Taten bilden, von denen bisher nur eine angeklagt ist.⁷ Die Antwort hierauf hängt unter anderem davon ab, wann das alternierende Delikt entdeckt wird.

2 Vgl. dazu die bei Beulke/Fahl JURA 1998, 262 (263) angeführte ältere Rspr. des RG und des BGH; aus späterer Zeit sehr deutlich idS BayObLG NJW 1965, 2211 (2213); Schlüchter JR 1989, 48 (50 ff.).

3 OLG Celle NJW 1968, 2390; 1979, 228.

4 Vgl. dazu BGHSt 35, 80 ff.

5 Vgl. BGHSt 32, 146 (148 f.) = NJW 1984, 2109; BGHSt 35, 60 (62 f.) = NJW 1988, 1742; KMR-StPO/Stückenbergs § 264 Rn. 117 mwN; im Sinne einer Verteidigung der »Alternativitätstheorie« aber Roxin/Schünemann StrafVerfR § 20 Rn. 10 f.; eingehend und differenziert zur Problematik SK-StPO/Velten § 264 Rn. 48 f. mwN.

6 Dazu BGHSt 32, 146 (149) = NJW 1984, 2109.

7 Dazu auch Kudlich JuS 2005, 236 f.

a) Wenn die Möglichkeit der Begehung des alternierenden Delikts – wie nicht selten – erst im Rahmen der (Beweisaufnahme in der) Hauptverhandlung entdeckt wird, setzt eine sachgerechte Entscheidung (zB die wahldeutige Verurteilung) eine **Anklage auch der bisher nicht angeklagten Tat** voraus. Dies kann ggf. im Wege einer **Nachtragsanklage** erfolgen, § 266 StPO.⁸ Diese setzt allerdings die Zustimmung des Angeklagten voraus, die (da sie überhaupt erst die wahldeutige Verurteilung ermöglicht) häufig verweigert werden wird. Dann bleibt nur die Möglichkeit einer gesonderten **Anklage** (auch) der *bisher nicht angeklagten Tat* nach § 170 I StPO und deren Verbindung (§§ 3, 4 oder § 237 StPO) mit dem bereits anhängigen Verfahren. Um das zeitlich zu bewältigen, bedarf es in der Regel der Aussetzung des schon anhängigen Verfahrens.

Verfehlt wäre dagegen eine Entscheidung ohne eine solche zusätzliche Anklage. Würde ohne zusätzliche Anklage wahldeutig verurteilt, so läge hierin eine **Verletzung des Anklagegrundsatzes** (in Gestalt einer Verurteilung – wenn auch nur wahldeutig – wegen einer Tat, die nicht angeklagt ist), §§ 151, 155, 264 StPO. Würde andererseits ohne zusätzliche Anklage der anderen prozessualen Tat allein über das angeklagte Geschehen entschieden, so wäre hinsichtlich des nur möglicherweise begangenen Delikts der angeklagten prozessualen Tat im Grunde nur ein Freispruch möglich. Würde dieser rechtskräftig, so entstünde eine völlig verfahrene Situation: Diese Tat wäre rechtskräftig behandelt; die noch nicht angeklagte Tat könnte aber, da sie ebenfalls nur möglicherweise begangen worden ist, ebenfalls nicht zu einer Verurteilung führen. Das verfehlte Verfahren droht damit auch zu sachwidrigen Ergebnissen zu führen. Umso wichtiger ist es daher, durch eine Nachtragsanklage oder eine gesonderte Anklage (und die Verbindung der beiden Verfahren) für die notwendige Verurteilungsvoraussetzung zu sorgen. – Zu den zusätzlichen Schwierigkeiten, wenn die Möglichkeit allein einer wahldeutigen Verurteilung und die Notwendigkeit der zusätzlichen Anklage erst in *späteren Phasen des Verfahrens* (zB in der Berufungsverhandlung) bemerkt werden, vgl. *Beulke/Fahl* JURA 1998, 262 ff.

b) Am besten zu bewältigen ist die spezifisch prozessuale Problematik, wenn sich die alternativ mögliche andere Deliktsbegehung und deren Zugehörigkeit zu einer anderen Tat schon *während des Ermittlungsverfahrens* herausstellen: Dann kann wegen beider historischer Geschehnisse derart angeklagt werden, dass der Angeklagte entweder die eine oder die andere Tat begangen habe. Ein hinreichender Anlass zur Anklage (§ 170 I StPO) besteht dabei nicht nur hinsichtlich der bisher primär angenommen, sondern auch hinsichtlich der alternativen Tat, die möglich erscheint. Denn es ist durchaus denkbar, dass diese sich am Ende als wirklich begangen herausstellt (und ob das der Fall ist, hat das Gericht zu klären und zu entscheiden). Außerdem besteht hinreichender Anlass für deren Anklage aber auch, um bei verbleibender Unaufklärbarkeit eine Grundlage für eine wahldeutige Verurteilung zu schaffen. Aus ganz entsprechenden Gründen kann sich das Gericht dann auch im Zwischenverfahren dazu entschließen, die wahldeutige Anklage zuzulassen und insoweit die Eröffnung des Hauptverfahrens auf dieser Grundlage zu beschließen (§§ 203, 207 StPO).

⁸ BGHSt 32, 146 (150 f.) = NJW 1984, 2109.