

Übersicht zur Wahlfeststellung

Vgl. auch ÜK AT II 35, 36

Das Bedürfnis nach der Wahlfeststellung folgt aus dem Spannungsverhältnis zwischen rechtsstaatlich gebotener Ausdifferenzierung von Straftatbeständen einerseits, sowie der praktischen Begrenztheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit andererseits.

Nach dem Gesetzlichkeitsprinzip ist eine Bestrafung einer bestimmten Tat nur möglich, wenn deren Begehung nachgewiesen werden kann; bei Zweifeln ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen.

Jedoch kann sich nach Ausschöpfung aller Beweismittel ergeben, dass zwar nicht eine bestimmte Tat, jedoch die Begehung einer von mehreren möglichen Taten nachgewiesen werden kann. Hier stellt sich das Problem der Verurteilung "auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage".

A. Gleichartige Wahlfeststellung

= sog. Tatsachenalternativität / unechte Wahlfeststellung

I. Voraussetzungen

Hier verletzt der Täter **dasselbe Gesetz**; offen bleibt aber, **durch welche konkrete Handlung**. Die Totalalternativen müssen im Einzelnen festgestellt werden und andere Möglichkeiten müssen sicher ausgeschlossen sein.

II. Beispiel

Der mit HIV infizierte A vollzieht mit dem unwissenden U ungeschützt innerhalb eines Zeitraums von einer Woche fünf Mal den Geschlechtsverkehr. Anschließend wird bei U eine Infektion mit dem HI-Virus festgestellt.

Es kann nicht geklärt werden, welcher der fünf Geschlechtsakte zur Infizierung führte. Es steht jedoch fest, dass U innerhalb des o.g. Zeitraumes durch A infiziert wurde.

In diesem Fall ist sicher, dass durch einen der fünf Geschlechtsakte **eine vollendete gefährliche Körperverletzung** herbeigeführt wurde; **fraglich bleibt, durch welchen der fünf Akte**. Eine Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ auf jeden einzelnen Verkehr hätte zur Folge, dass A wegen Versuchs der gefährlichen Körperverletzung in fünf Fällen anzuklagen bzw. schuldig zu sprechen wäre.

Hier verletzte der Täter jeweils **dasselbe Gesetz (§ 224 StGB)**, offen bleibt, **durch welche konkrete Handlung (welchen der fünf Geschlechtsakte)**. Dabei ist sicher, dass die Infizierung durch A stattgefunden hat.

Aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen einer gleichartigen Wahlfeststellung ist A allein wegen **einer** vollendeten gefährlichen Körperverletzung anzuklagen bzw. zu verurteilen.

B. **Ungleichartige Wahlfeststellung**

= sog. Tatbestandsalternativität / echte Wahlfeststellung

I. **Voraussetzungen**

Es lässt sich nicht aufklären, ob der Täter den einen oder anderen (verschiedenen) gesetzlichen Tatbestand verwirklicht hat; jedoch steht fest, dass er jedenfalls einen von beiden verwirklicht hat. Andere Möglichkeiten sind sicher ausgeschlossen.

Zwischen den verschiedenen Strafgesetzen darf kein Stufenverhältnis bestehen. Ein Stufenverhältnis würde zur Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ führen.

Z.B. bei Grundtatbeständen und Qualifizierungstatbeständen wie einfacher (§ 223 StGB) und gefährlicher Körperverletzung (§ 224 StGB)

→ hier greift „in dubio pro reo“ der Tatbestand der einfachen Körperverletzung.

Die Rechtsprechung lässt dabei Wahlfeststellung zu, wenn die verschiedenen Tatvorwürfe **rechtsethisch und psychologisch vergleichbar** sind.

In der Literatur wird als Zulässigkeitskriterium zum Teil auf den gleichen Kerngehalt der Delikte und Rechtsgutverwandtschaft, zum Teil auf die Identität des Unrechtskerns oder auf wesentliche Entsprechung der verschiedenen Taten in ihrem kriminellen Unrechtsgehalt abgestellt.

Der zweite Strafsenat des BGH hielt¹ die echte Wahlfeststellung wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG für verfassungswidrig. Nach Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist diese aber mit dem Grundgesetz vereinbar.²

II. Beispiel

Es kann nach intensivsten Ermittlungen letztlich nicht geklärt werden, ob T den Picasso selbst aus dem Museum gestohlen oder in Kenntnis des Diebstahls von einem Unbekannten angekauft hat. Andere Möglichkeiten sind jedoch sicher ausgeschlossen.

T hat sich entweder eines Diebstahls oder der Hehlerei schuldig gemacht. In diesem Fall sind die Voraussetzungen der ungleichartigen Wahlfeststellung zu bejahen.

Trotz Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten ist eine eindeutige Sachverhaltsfeststellung nicht möglich und jede der in Betracht kommenden Möglichkeiten führt zur Verwirklichung eines Strafgesetzes, § 242 StGB oder § 259 StGB. Andere Möglichkeiten sind sicher ausgeschlossen.

Zwischen den verschiedenen Strafgesetzen besteht kein Stufenverhältnis.

Auch eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit zwischen § 242 StGB und § 259 StGB ist gegeben.

C. Postpendenz-/Präpendenzfeststellung

Keine Fälle der Wahlfeststellung sind die Fälle der Postpendenz und der Präpendenz. Hier gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“.

¹ BGH, Beschluss vom 28.01.2014 - 2 StR 495/12 = BGH StV 2014, 580 mit Anmerkung *Frister*; vgl. auch *Jahn*, JuS 2014, 753.

² BVerfG, Beschl. v. 05.07.2019, Az. 2 BvR 167/18

1. **Postpendenzfeststellung**

Von zwei rechtlich relevanten Sachverhalten ist der zeitlich frühere nur möglicherweise, der **zeitlich spätere hingegen sicher** gegeben.

Beispiel: *Es ist sicher, dass der Beschuldigte in Kenntnis der strafbaren Herkunft einen Beuteanteil aus einem Einbruchdiebstahl erlangt hat, aber es bleibt ungewiss, ob er nicht sogar an der Vortat als Mittäter involviert war.*

In dubio pro reo ist hier nur wegen der sicher feststehenden Hehlerei zu bestrafen.

2. **Präpendenzfeststellung**

Von zwei rechtlich relevanten Sachverhalten ist der **zeitlich frühere sicher**, der zeitlich spätere hingegen nur möglicherweise gegeben.

In dubio pro reo ist hier dann lediglich aus dem zeitlich früheren zu verurteilen.