

§§ 260 a, 244 a StGB; §§ 261, 267, 337 StPO

## Postpendenz und Revision

BGH, Beschl. v. 28.02.2023 – 2 StR 377/22, BeckRS 2023, 9109

### Fall

Dem A wird mit der Anklageschrift der StA zur Last gelegt, sich gewerbsmäßig als Mitglied einer Bande alternativ an den Diebstählen der entwendeten Gegenstände beteiligt oder diese anschließend weiterverkauft zu haben. Nach Durchführung der Beweisaufnahme kann das LG eine durch A begangene Hehlerei in Form der Absatzhilfe sicher feststellen. Seine Beteiligung an den Diebstählen kann es hingegen nicht feststellen, eine solche allerdings auch nicht ausschließen. Sollte er beteiligt gewesen sein, hätte er jedoch nicht als Alleintäter gehandelt, sondern lediglich im Zusammenwirken mit anderen Tatbeteiligten als Mittäter oder Gehilfe. Das LG verurteilt A unter Freispruch im Übrigen wegen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei oder schweren Bandendiebstahls in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe.

Hat die hiergegen zulässig eingelegte Revision des A mit der Sachrüge Aussicht auf Erfolg?

### Gutachten

**I.** Die Revision ist **begründet**, wenn das angefochtene **Urteil** auf einer **Gesetzesverletzung beruht** (§ 337 Abs. 1 StPO). Das LG hat **rechtsfehlerhaft** eine ungleichartige Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei und schwerem Bandendiebstahl angenommen. Eine Beteiligung des A an den Diebstählen konnte nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden. Ausgeschlossen werden konnte sie allerdings auch nicht, sondern lediglich, dass er als Alleintäter gehandelt hat. „[5] ... **Damit steht die mögliche Beteiligung des [A] an den Vortaten einer – eindeutigen – Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei aber nicht entgegen.** Denn [A] hat in jedem Fall für die (Mit-)Täter des Diebstahls Absatzhilfe geleistet und damit faktisch alle Tatbestandsmerkmale der Hehlerei erfüllt. **Es steht daher ein Sachverhalt fest, der die Verurteilung wegen einer auf den Diebstahl folgenden ‚Nachtat‘ rechtfertigt. Ungewiss ist lediglich, ob der [A] (auch) an den jeweiligen Vortaten beteiligt war. In derartigen Fällen geht eine Verurteilung auf eindeutiger Grundlage im Wege der Postpendenz unter Anwendung des Zweifelssatzes einer gesetzessalternativen Wahlfeststellung vor.**“

**II.** Da A eine Beteiligung an den in der Anklage zur Last gelegten Diebstahlstaten nicht nachgewiesen werden konnte, ist er **insoweit freizusprechen** (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 66. Aufl. 2023, § 260 Rn. 27 a). Der **Rechtsfolgenauspruch** kann trotz der Änderung des Schuldspruchs bestehen bleiben: Angesichts des identischen Strafrahmens des § 260 a Abs. 1 StGB und des § 244 a Abs. 1 StGB und der rechtsfehlerfreien Verneinung eines minder schweren Falls kann ausgeschlossen werden, dass die Strafe niedriger ausgefallen wäre, wenn das LG den A im Wege der Postpendenzfeststellung (nur) wegen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei verurteilt hätte.

**III. Ergebnis:** Auf die Revision des A wird das Urteil des LG lediglich im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der A unter Freispruch im Übrigen der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei schuldig ist.

OStA Dr. Jost Schützeberg

### Leitsatz

Steht ein Sachverhalt fest, der die Verurteilung wegen einer auf den Diebstahl folgenden „Nachtat“ (hier: gewerbsmäßige Bandenhehlerei) in jedem Fall rechtfertigt, und ist lediglich ungewiss, ob der Angeklagte (auch) an der jeweiligen Vortat beteiligt war, geht eine Verurteilung auf eindeutiger Grundlage im Wege der Postpendenz unter Anwendung des Zweifelssatzes einer gesetzessalternativen Wahlfeststellung vor.

**Postpendenz: Fälle der „einseitigen“ Sachverhaltsungewissheit**, in denen dem Angeklagten ein **Folgegeschehen sicher nachweisbar** ist, das die Voraussetzungen einer Anschlussstat, wie etwa der Hehlerei, erfüllt. **Rechtlich** ist die Strafbarkeit der Anschlussstat jedoch von einem **nur möglicherweise gegebenen Vortatgeschehen** abhängig (vgl. AS-Skript Strafrecht AT 2 [2021], Rn. 487 ff.).

Dagegen bedeutet eine **ungleichartige (gesetzessalternative) Wahlfeststellung** eine **doppelte Ungewissheit im Tatsächlichen**: Der Angeklagte kann zwei verschiedene Tatbestände erfüllt haben, die nicht in einem Stufenverhältnis zueinander stehen, aber rechtsethisch und psychologisch miteinander vergleichbar sind. **Beispiel:** Entweder hat A den in seinem Besitz befindlichen Schmuck gestohlen oder er wusste, dass dieser aus einem Diebstahl stammt. Hier erfolgt eine Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage wegen Diebstahls oder wegen Hehlerei (vgl. AS-Skript Strafrecht AT 2 [2021], Rn. 492 ff.; BVerfG RÜ 2019, 638). Eine **gleichartige Wahlfeststellung** liegt vor, wenn der Sachverhalt nicht eindeutig festgestellt werden kann, gleichzeitig aber die Strafbarkeit des Angeklagten aus jeweils demselben Straftatbestand in jeder denkbaren Sachverhaltsalternative feststeht. Auch diese ist zulässig (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.08.2023 – 2 BvR 1373/20, BeckRS 2023, 21234).