

Carsten Klotzsch*

Die Wahlfeststellung – Kritische Betrachtung des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen, BGHSt 62, 164 ff.

Abstract

Mit Beschluss vom 8.5.2017 bestätigte der Große Strafsenat des BGH die Verfassungsmäßigkeit der „echten“ Wahlfeststellung, also einer auf zwei alternative Tatbestandsverwirklichungen gestützten Verurteilung, wobei sich die Verwirklichung keines Tatbestands mit Sicherheit nachweisen lässt. Vorausgegangen war eine – vom Vorlagebeschluss des von der Verfassungswidrigkeit überzeugten 2. Strafsenats nochmals angestoßene – mehrjährige kontroverse Debatte, in der sich viele Stimmen für die Abschaffung dieser Rechtsfigur stark gemacht hatten. Dieser Beitrag beleuchtet die Hintergründe der Wahlfeststellung und würdigt den Beschluss des Großen Senats für Strafsachen, welcher jüngst durch das BVerfG bestätigt wurde, kritisch.

Insbesondere wird das Spannungsfeld zwischen dem Streben nach „Einzelfallgerechtigkeit“ und den im Grundgesetz und in der EMRK verankerten Grundsätzen „in dubio pro reo“ sowie „nulla poena sine lege“ beleuchtet.

* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz mit dem Schwerpunkt „Strafrechtspflege, Option Strafverteidigung“. Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die im Rahmen des Blockseminars „Aktuelle Rechtsprechung auf dem Prüfstand“ im Sommersemester 2018 bei Prof. Dr. Jörg Scheinfeld angefertigt wurde. Ihm gebührt der Dank des Verfassers für seine Betreuung und Unterstützung.

A. Einführung – Der aktuelle Beschluss des *Großen Strafsenats*

I. Einleitung

„Im Zweifel für den Angeklagten“ – das ist einer der elementaren Grundsätze eines jeden Rechtsstaats. Zudem statuiert die Europäische Menschenrechtskonvention in Art. 6 Abs. 2, dass jeder Angeklagte bis zum Beweis seiner Schuld als unschuldig gilt. Sowohl im Grundgesetz in Art. 103 Abs. 2 als auch an vorderster Stelle des StGB in § 1 findet sich der Grundsatz: „Keine Strafe ohne Gesetz“. Auf diesen Säulen fußt die gesamte freiheitlich-demokratische (Straf-)Rechtsordnung. Doch wird die Praxis dem immer gerecht? Oder steht manchmal das Streben nach „Einzelfallgerechtigkeit“ oder ein „praktisches Bedürfnis“ nach einem Strafausspruch über den vorgenannten Grundsätzen?

Diesen Fragen geht der vorliegende Beitrag nach. Er befasst sich mit der Rechtsfigur der Wahlfeststellung und unterzieht die Bestätigung der Verfassungskonformität der „echten“, auch „ungleichartigen“ oder „gesetzesalternativen“ Wahlfeststellung, also der Verurteilung auf Grundlage zweier alternativ verwirklichter Tatbestände, durch den *Großen Strafsenat* des BGH einer kritischen Betrachtung.

Zunächst werden die tatsächlichen Geschehnisse, die Grundlage des Ausgangsverfahrens waren, und der Verfahrensgang dargelegt, welcher den 2. *Strafsenat* des BGH aufgrund seiner Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsfigur zum Vorlagebeschluss gemäß § 132 Abs. 2 GVG an den *Großen Strafsenat* veranlasste (A. II.). Anschließend wird dessen Beschluss, der die Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung bestätigte, betrachtet (B.). Ausgehend von diesem Fall folgen ein Abriss der nicht unproblematischen Geschichte der Rechtsfigur (C. I.) und ein Exkurs betreffend den Umgang mit der Wahlfeststellung außerhalb des deutschen Rechtskreises (C. II.) sowie eine kurze klarstellende Abgrenzung zu Präpendenz- und Postpendenzfeststellung (C. III.) und die Differenzierung der „echten“ von der „unechten“ Wahlfeststellung (C. IV. und V.). Daran schließt die Kritik des Verfassers am Beschluss des *Großen Strafsenats* – jüngst bestätigt durch das *BVerfG* – und an der Wahlfeststellung als solcher an (D.). Abschließend erfolgt ein Ausblick auf die Zukunft dieser Rechtsfigur und ihre nicht auszuräumenden Problematiken (E.).

II. Hintergründe und Verfahrensgang

Anstoß zur aktuellen erneuten, aber keineswegs neuen, sondern seit langem ungelösten Debatte über die Wahlfeststellung bot der im vorletzten Jahr ergangene Beschluss des *Großen Strafsenats*. Diesem ging ein jahrelanges

Verfahren voraus, welches in allen Instanzen grundlegende Rechtsfragen und Zweifel aufwarf. Höchststrichterlicher Klärungsbedarf war also absehbar.

1. Sachverhalt des Ausgangsurteils (Verhältnis zwischen Diebstahl und Hehlerei)

Das Tatgericht – *LG Meiningen* – stellte fest, dass die Angeklagten seit 2008 Gegenstände wie Fahrzeugteile und Werkzeuge im Automobilbereich stahlen oder hehlten.¹ Es ließ sich nicht mit Sicherheit klären, ob die Angeklagten bereits als Mittäter die Gegenstände gestohlen hatten oder ob sie diese erst später als Hehler erworben hatten. Auch möglich schien es, dass die beiden getrennt voneinander Beutestücke aus den vorherigen Diebstählen angekauft hatten oder aber, dass einer von beiden (neben Dritten) an den Diebstählen beteiligt war und dann an den anderen der beiden Angeklagten Beutestücke abgegeben hatte. Einer der Angeklagten mietete zur Lagerung und zum Auseinandernehmen der Fahrzeuge eine Werkstatt an. Der andere verfügte über ein Grundstück mit Garagen und einem Container, in dem er Gegenstände, die aus den Diebstählen herrührten, lagerte.² Auf eine anonyme Anzeige hin kam es zu einer Durchsuchung der genannten Räumlichkeiten. Es wurden zahlreiche Gegenstände sichergestellt, die im fraglichen Zeitraum gestohlen worden waren. In vielen Fällen scheide, so das *LG*, schon aufgrund der Menge und des Gewichts des Diebesguts eine alleinige Tatbegehung aus. Zudem waren die Taten derart professionell durchgeführt worden, dass gefolgert werden konnte, dass mindestens ein Täter „Schmiere gestanden“, also den Tatort abgesichert hatte. Das *LG* rechnete den Angeklagten nur Diebstahl oder gewerbsmäßige Hehlerei an den Gegenständen zu, die jeweils bei ihnen selbst sichergestellt wurden. In Bezug auf die Gegenstände, die beim jeweils anderen sichergestellt wurden, sprach es die Angeklagten frei.³ Bei fast allen Fällen handelte es sich – neben gewerbsmäßiger Begehung – auch um Fälle des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 2 StGB, also um Diebstähle, bei welchen die Regelbeispiele des Einbrechens oder der Überwindung einer Schutzvorrichtung verwirklicht wurden.⁴ Regelmäßig war bei den Diebstählen ein erheblicher Sachschaden entstanden und es wurde umfangreiche Beute erzielt. Die sichergestellten Gegenstände stellten nur Einzelstücke aus der gesamten Diebesbeute dar.⁵

¹ BGH (2. Strafsenat), Beschl. v. 11.3.2015 – 2 StR 495/12, BeckRS 2015, 20998, Rn. 13.

² *Ebd.*, Rn. 14.

³ *Ebd.*, Rn. 15.

⁴ *Ebd.*, Rn. 16.

⁵ *Ebd.*, Rn. 17.

2. Rechtliche Würdigung durch das Tatgericht

Das *LG* verurteilte die beiden Angeklagten wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB oder gewerbsmäßiger Hehlerei gemäß §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁶ Es verneinte die Postpendenzfeststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei, weil es die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzung „Sache, die ein anderer gestohlen hat“ nicht sicher treffen konnte. Auch sei möglich, dass einer von beiden den Diebstahl begangen und dann das Diebesgut an den anderen abgegeben habe.⁷ Der Strafraumen des § 260 Abs. 1 StGB sieht eine höhere Mindeststrafe als der des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB vor. Da bei der Wahlfeststellung stets der Strafraumen des geringer bestraften Delikts zur Anwendung kommt, ging die *Strafkammer* vom Strafraumen des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB aus.⁸ Bei der Strafzumessung, die für beide Angeklagte einheitlich vorgenommen wurde, legte sie den geringeren Schaden zugrunde, der beim Erwerb durch Hehlerei (im Vergleich zum Diebstahl) verursacht worden wäre. Im Übrigen stellte sie auf allgemeine Strafzumessungsgesichtspunkte ab, also ohne ein konkretes Tatbild zu bewerten.

3. Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats, *BGH*, NStZ 2014, 392 ff.

Die Angeklagten griffen das Urteil mit der Revision in Form der Sachrüge an. Nun musste sich der 2. Strafsenat des *BGH* der Frage stellen, ob eine solche Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei, wenn keine der beiden Taten zweifelsfrei nachweisbar ist, überhaupt zulässig ist. Hieran zweifelte der 2. Strafsenat derart, dass er sich gehalten sah, einen Vorlagebeschluss gemäß § 132 Abs. 2 GVG zu treffen.⁹ Im vorhergehenden Anfragebeschluss¹⁰ legte der 2. Strafsenat dar, dass das Rechtsinstitut der Gesetzesalternativen (ungleichartigen) Wahlfeststellung seiner Ansicht nach wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig sei.¹¹ Zunächst gestand man dem *LG* zu, dass ihm in seiner Beweiswürdigung kein Rechtsfehler unterlaufen sei. Auch stehe die erfolgte Verurteilung im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*. Man beabsichtige jedoch, diese Rechtsprechung aufzugeben, da sie nicht mit der Verfassung vereinbar sei.¹²

⁶ *BGH* (2. Strafsenat), Beschl. v. 11.3.2015 – 2 StR 495/12, BeckRS 2015, 20998, Rn. 18.

⁷ *Ebd.*, Rn. 19.

⁸ *Ebd.*, Rn. 20.

⁹ *Ebd.*, vor Rn. 1.

¹⁰ *BGH*, NStZ 2014, 392 ff.

¹¹ *Ebd.*, S. 394 Rn. 22.

¹² *Ebd.*, S. 392, Ls. sowie Rn. 4.

Nicht nur das formelle Recht, also Gesetze, sondern auch Richterrecht sei am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen, soweit es materiell-rechtlicher Natur ist.¹³ So läge es bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung. Sie müsse sich daher am Gesetzlichkeitsprinzip messen lassen und werde diesem strengen Gesetzesvorbehalt nicht gerecht.¹⁴ Das Strafverfahrensrecht habe im Falle der Verurteilung die Findung eines bestimmten Schuldspruchs zum Ziel und entspreche damit dem materiellen Strafrecht, welches nur scharf voneinander abgegrenzte Tatbestände kenne.¹⁵ Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG sowie der Schuldgrundsatz verlangten, dass der Richter die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Tatbestandes feststellt. Es handle sich bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung nicht nur um eine Entscheidungsregel wie der Grundsatz „in dubio pro reo“, denn es komme bei ihrer Anwendung im Falle exklusiver Sachverhaltsalternativität (wenn sich also beide möglicherweise verwirklichten Tatbestandsvarianten gegenseitig ausschließen) nicht nur zu zwei Möglichkeiten, nämlich der eindeutigen Verurteilung oder dem Freispruch.¹⁶ Stattdessen trete eine dritte Möglichkeit hinzu, die wahldeutige Verurteilung. Somit stehe diese Rechtsfigur in einem signifikanten Spannungsverhältnis zum Zweifelssatz „in dubio pro reo“. Im Fall der gesetzesalternativen Wahlfeststellung ergebe sich eine die Verurteilung tragende Gewissheit über den Sachverhalt nur aus einem „Rumpftatbestand“.¹⁷ Es fehle am Nachweis jeweils eines Tatbestandsmerkmals für beide Strafnormen. Dies laufe auf eine „Entgrenzung“ oder „Verschleifung“ zweier Straftatbestände durch alternative Vereinigung der jeweiligen Einzelvoraussetzungen hinaus. Im Ergebnis beruhe die Verurteilung dann auf einer dritten, ungeschriebenen Norm, die gemeinsame Unrechtselemente in sich vereinen solle. Das fehlende gemeinsame Tatbestandsmerkmal werde dann im Wege der Vergleichbarkeit ergänzt. Bei diesem Kriterium handle es sich um ein materiell-rechtliches, somit unter den strengen Gesetzesvorbehalt fallendes Element.¹⁸ Art. 103 Abs. 2 GG kenne keine Schranke, die richterrechtliche Ausnahmen zulasse.¹⁹ Der Strafgrund liege in der konkret begangenen Tat, welche nicht durch gesetzesalternative Verurteilung offen gelassen dürfe.²⁰ Bleibe dem Strafrichter unklar, welche Unrechtshandlung überhaupt begangen wurde, so begleiteten zwangsläufig Ungenauigkeiten den Strafzumessungsvorgang, die mit Art. 103 Abs. 2 GG

¹³ BGH, NStZ 2014, S. 393 Rn. 18.

¹⁴ Ebd., S. 394 Rn. 19 ff.

¹⁵ Ebd., S. 394 Rn. 24.

¹⁶ Ebd., S. 394 Rn. 25.

¹⁷ Ebd., S. 394 Rn. 26.

¹⁸ Ebd., S. 394 f. Rn. 27.

¹⁹ Ebd., S. 395 Rn. 35.

²⁰ Ebd.

unvereinbar seien.²¹ Die Umwandlung einer Verhaltensnormverletzung in ein Strafquantum gelänge bei der gesetzeshaltigen Wahlfeststellung nicht im Einklang mit einem bestimmten Gesetz.²²

Aus allen diesen Gründen, so der *2. Strafsenat*, sei dieses Konstrukt untragbar und bedürfe der Abschaffung.

4. Reaktion der anderen *Senate* und Beschluss des *Großen Strafsenats*

Im weiteren Verlauf äußerten sich die jeweils betroffenen *Strafsenate*, von deren Rechtsprechung der *2. Strafsenat* abweichen wollte. Keiner der anderen *BGH-Strafsenate* war bereit, seine Rechtsprechung zur Wahlfeststellung aufzugeben.²³ Sie vertraten die Ansicht, dass die Wahlfeststellung als reine Verfahrensregel bereits der Prüfung am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zugänglich sei.²⁴ Der *5. Strafsenat* erklärte zudem, es handle sich bei der Wahlfeststellung um eine Ausnahme vom Grundsatz „in dubio pro reo“, da andernfalls ein Freispruch „unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“ sei.²⁵ Schließlich wurde die Sache wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 132 Abs. 4 GVG dem *Großen Strafsenat* vorgelegt.²⁶ In der Stellungnahme des Generalbundesanwalts zum Beschluss beantragte dieser sogar, zukünftig auf die Voraussetzung rechtsethischer und rechtspsychologischer Vergleichbarkeit zu verzichten, trat also für eine unbegrenzte Zulässigkeit der Wahlfeststellung weit über die gegenwärtige Praxis hinaus ein.²⁷

Auch der *Große Strafsenat* entschied, an der Wahlfeststellung festzuhalten, behielt aber das Kriterium der rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit bei.

B. Die Argumentation des *Großen Strafsenats*

I. Darstellung der Beschlussgründe

Der *Große Strafsenat* stützte seine Entscheidung insbesondere auf die Negierung der materiell-rechtlichen Natur der Wahlfeststellung. Er argumentiert – den übrigen *Strafsenaten* mit Ausnahme des *2. Strafsenats* folgend –, die

²¹ BGH, NStZ 2014, S. 395 Rn. 36.

²² Ebd.

²³ BGHSt 62, 164 (167 Rn. 8).

²⁴ So etwa der *1. Strafsenat*, BGH, NStZ-RR 2014, 308 (308 f.); ebenso der *3. Strafsenat*, BGH, NStZ-RR 2015, 39 (39 f.); ihm folgend der *4. Strafsenat*, BGH, NStZ-RR 2015, 40 (40 f.).

²⁵ *5. Strafsenat*, BGH, NJW 2016, 3317 f.

²⁶ BGHSt 62, 164 (167 Rn. 10).

²⁷ Ebd., S. 167 f. Rn. 11.

Wahlfeststellung sei ihrer Natur nach eine prozessuale Entscheidungsregel.²⁸ Als solche sei sie nicht an das Gesetzlichkeitsprinzip des sachlichen Rechts, sondern nur an allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen der richterlichen Rechtsfortbildung gebunden. Das Rechtsinstitut greife erst dann ein, wenn zwar nicht die Feststellung eines bestimmten Straftatbestandes möglich sei, wohl aber die tatrichterliche Überzeugung vorliege, dass auf jeden Fall einer der alternativ in Betracht kommenden Tatbestände verwirklicht worden sei. In jeder in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante müsse ein Straftatbestand verwirklicht sein.²⁹ Die ungleichartige Wahlfeststellung gebe dem Tatgericht vor, wie es bei einer bestimmten Beweislage, nämlich bei nicht behebbaren Zweifeln über zwei oder mehr Sachverhaltsvarianten, die ihrerseits jeweils eine Strafbarkeit des Angeklagten begründen, zu entscheiden ist. Daher sei die Wahlfeststellung – wie der Zweifelsatz „in dubio pro reo“ – dem Verfahrensrecht zuzuordnen. Die Wahlfeststellung wirke demnach nicht strafbarkeitsbegründend.³⁰

Strafbegründende Wirkung hätten allein die jeweils in Betracht kommenden Tatbestände des StGB. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht sei Grundlage der Bestrafung nicht eine ungeschriebene weitere Norm, die den „gemeinsamen Unrechtskern“ der wahldeutig angewandten Strafgesetze in sich vereine.³¹ Stattdessen müsse in jeder in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante ein Straftatbestand vollständig verwirklicht sein. So sei sichergestellt, dass über die Strafbarkeit als solche nicht die jeweiligen Gerichte, sondern immer noch der Gesetzgeber entscheidet, es liege keine „Entgrenzung“ oder „Verschleifung“ von Tatbestandsmerkmalen vor. Dem Täter sei auch nicht ungewiss, ob sein Verhalten strafbar sei, denn die Strafbarkeit folge aus bereits normierten Tatbeständen, welche wiederum hinreichend bestimmt und verfassungsgemäß seien.³²

Auch die Fortführung der Anwendung des einschränkenden Kriteriums der „rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit“ der Tatbestände, auf welche sich das wahldeutige Urteil stützt, ändere nichts an der Natur der Wahlfeststellung als prozessuale Entscheidungsregel.³³ Nur weil verfahrensrechtliche Institute vom materiellen Recht beeinflusst würden, verlören sie nicht den Charakter des Verfahrensrechts.

²⁸ BGHSt 62, 164 (168 Rn. 14).

²⁹ Ebd., S. 168 f. Rn. 15.

³⁰ Ebd., S. 169 Rn. 17.

³¹ Ebd., S. 169 f. Rn. 18.

³² Ebd., S. 170 Rn. 19.

³³ BGHSt 62, 164 (171 Rn. 21)

Die gesetzesalternative Wahlfeststellung verletze auch nicht das Schuldprinzip oder die Unschuldsvermutung.³⁴ Schließlich sei unabdingbare Voraussetzung für ihre Anwendung, dass der Angeklagte zur tatrichterlichen Überzeugung schuldhaft einen Straftatbestand verwirklicht habe. Durch die Anwendung des niedrigeren Strafrahmens der zur Wahl stehenden Delikte werde auch dem Gebot der schuldangemessenen Strafe Rechnung getragen.

Weiterhin stelle die wahldeutige Verurteilung kein „Verdachtsurteil“ dar, denn sicher sei, dass der Angeklagte eine der benannten Straftaten begangen habe. Die Belastung des Verurteilten durch Aufzählung mehrerer Delikte sei „denkbar gering“ und „rechtsstaatlich hinnehmbar“.³⁵

Angesichts all dieser Punkte halte sich die Wahlfeststellung im Rahmen zulässiger richterrechtlicher Rechtsfortbildung. Die Wahlfeststellung sei in Anlehnung an die seinerzeitige Rechtsprechung des *RG* und die daran anknüpfende Rechtsprechung des *BGH* vor allem zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit geschaffen worden. Ein Freispruch in (mehrfacher) Anwendung des „in dubio pro reo“-Grundsatzes sei „schlechthin unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“.³⁶ Zudem liege angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers, welcher davon absah, die Thematik der Wahlfeststellung gesetzlich zu normieren, eine Billigung vor.³⁷ Er habe bewusst nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in Kenntnis der – über die seinerzeit vom *RG* gezogenen Grenzen hinausgehenden – Rechtsprechung des *BGH* die Klärung dieser Fragen der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen.³⁸ Auch sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber zu einem späteren Zeitpunkt der Wahlfeststellung seine Billigung entzogen haben könne.³⁹ Auch aus der Neufassung von Straftatbeständen wie der Unterschlagung oder der Geldwäsche ergebe sich kein Indiz für eine Ablehnung der Wahlfeststellung; vielmehr fehlten Äußerungen zu diesen Fragen.⁴⁰

Das Kriterium der „rechtspsychologischen und rechtsethischen Vergleichbarkeit“ müsse jedoch – entgegen der Ansicht des

³⁴ Ebd., S. 172 Rn. 22.

³⁵ Ebd.

³⁶ Ebd., S. 172 f. Rn. 24.

³⁷ Ebd., S. 173 Rn. 25.

³⁸ Ebd., S. 173 Rn. 26; als Indiz für diese bewusste Entscheidung wird der Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz), BT-Drucks. 1/3713, S. 19, angeführt.

³⁹ BGHSt 62, 164 (174 Rn. 27).

⁴⁰ Ebd., S. 174 Rn. 27 f.

Generalbundesanwalts – beibehalten werden.⁴¹ Die Wahlfeststellung sei nur zu rechtfertigen und hinzunehmen, soweit sie sich auf Straftaten beziehe, die bezüglich des sittlich-rechtlichen Werturteils sowie der inneren Beziehung des Täters hierzu „wesentlich gleichwertig“ seien. Über diese Schranke dürfe nicht hinausgegangen werden.⁴² Es seien in langjähriger Praxis genügend typische Fallgruppen entstanden, welche der Rechtsprechungsformel hinreichend feste Konturen verliehen.⁴³ Es bestünden auch keine unüberwindlichen Hindernisse bei der Strafzumessung.⁴⁴ Gängige Praxis sei, die Strafe jeweils für beide bzw. alle in Betracht kommenden Konstellationen zu ermitteln und dann die geringste Strafe zu verhängen.⁴⁵ In der Regel bleibe die Strafe damit sogar hinter dem wahren Schuldumfang zurück; dies sei eine aus der Anwendung des Zweifelssatzes folgende Konsequenz. Es bestehe kein qualitativer Unterschied zu den sehr häufigen Konstellationen, in denen wegen tatsächlicher Zweifel aufgrund der Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts von Mindestfeststellungen und Annahmen zugunsten des Angeklagten ausgegangen werden müsse. Dass die Strafe nicht den vollen Schuldgehalt der Tat ausschöpfe, müsse hingenommen werden. Die Alternative – Freispruch trotz „feststehender Strafbarkeit“ – sei „ganz offensichtlich“ noch weniger schuldangemessen.⁴⁶ Zudem stellte der *Große Senat* klar, eine gleichzeitige Verurteilung wegen Geldwäsche im konkreten Fall sei ebenso ausgeschlossen.⁴⁷ Auch eine wahldeutige Verurteilung wegen der Vortat sei eine Vortatverurteilung im Sinne des § 261 Abs. 6 S. 2 StGB, welcher Vorrang gegenüber einer Verurteilung wegen Geldwäsche zukomme.

II. Rezeption und Kritik des Beschlusses

Der *Große Senat* vermied mit seinen Ausführungen eine Stellungnahme zur dogmatisch brisanten Frage der „Doppelnatur“ der Wahlfeststellung und zur Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG durch Richterrecht beschränkt werden kann. Stattdessen behauptet der *Große Senat* geradezu „desinteressiert“⁴⁸, Art. 103 Abs. 2 GG sei im Prozessrecht, wozu die Wahlfeststellung zähle, nicht anwendbar. Auch über das Problem der Belastung des Verurteilten durch den wahldeutigen Tenor mit (mindestens) einem Delikt, welches er nicht begangen

⁴¹ Ebd., S. 176 Rn. 34.

⁴² Ebd. unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1957, 71.

⁴³ BGHSt 62, 164 (176 Rn. 34).

⁴⁴ Ebd., S. 177 Rn. 35.

⁴⁵ Ebd., S. 177 Rn. 36.

⁴⁶ Ebd., S. 177 f. Rn. 36.

⁴⁷ Ebd., S. 176 Rn. 33.

⁴⁸ So *Jahn*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.5.2017 – GSSt 1/17, NJW 2017, 2846.

haben kann, geht er in einem Handstreich hinweg. Die Ergründung dieser Fragen ist aber für die sachgerechte Beurteilung dieser Rechtsfigur und die Identifikation der ihr innewohnenden Probleme unerlässlich. Daher lohnt es sich, zum besseren Verständnis die Geschichte der Wahlfeststellung zu beleuchten und zu betrachten, wie sie sich in der Rechtsprechung des letzten Jahrhunderts entwickelt hat.

C. Zur Rechtsfigur der Wahlfeststellung

I. Entstehung und Entwicklung vom *RG* bis heute

Weder der Gesetzgeber der StPO im Jahre 1877 noch der des StGB von 1953 oder von 1969 bezogen Stellung zum Problem der Wahlfeststellung.⁴⁹ Dennoch wurde diese Rechtsfigur in der Praxis bereits zu Zeiten des *RG* entwickelt und angewandt.⁵⁰ Man sah das Problem schon damals als ein primär strafprozessuales an, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Beweiswürdigung i. S. d. § 261 StPO, aber auch etwa in der Formulierung der Anklage. Diese ist alternativ zu fassen, sofern es sich beim der Wahlfeststellung unterfallenden Geschehen um eine Tat im prozessualen Sinne, also um einen einheitlichen historischen Lebensvorgang, handelt.⁵¹ Andernfalls ist mindestens gemäß § 265 StPO ein rechtlicher Hinweis auf die Möglichkeit einer Wahlfeststellung durch das Gericht erforderlich.⁵² Ein gewisser materiell-rechtlicher Bezug ließ sich jedoch nie negieren. So werden etwa seit Zeiten des *RG* Kriterien der Vergleichbarkeit des Handlungs- und Erfolgsunwertes, der Tatschuld und der psychologischen Vergleichbarkeit bemüht, auch Konkurrenzerwägungen spielen mitunter eine Rolle. Damals erachtete man aber auch am *RG* eine Wahlfeststellung nur zwischen Diebstahl und Hehlerei als zulässig, für andere Tatbestände lehnte man sie rundheraus ab.⁵³

Man müsste die Wahlfeststellung also, wollte man sie gesetzlich fixieren und damit von legislativer Seite Position in diesem seit mehr als einem Jahrhundert andauernden rechtsdogmatischen Streit beziehen, sowohl in der StPO als auch im StGB kodifizieren.⁵⁴ So tat es der NS-Gesetzgeber in der StGB-Novelle von 1935. Die Wahlfeststellung wurde in § 2b StGB i. d. F. v. 28.6.1935 normiert.

⁴⁹ BGHSt 62, 164 (173 Rn. 26); *Wolter*, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987, S. 26; so auch *Hahn*, Materialien zur StPO, 1. Abteilung, 1880, S. 223 f.

⁵⁰ So etwa RGSt 68, 257 ff.; ebenso RGSt 69, 369 ff.

⁵¹ *Wolter* (Fn. 49), S. 27.

⁵² *Ebd.*

⁵³ RGSt 68, 257 (260).

⁵⁴ So auch *Wolter* (Fn. 49), S. 29.

Das strafprozessuale Äquivalent fand sich in § 267b StPO i. d. F. von 1935.⁵⁵ Die Einführung der „unbegrenzten“ Wahlfeststellung gliederte sich in ein ganzes „Maßnahmenpaket“ zur Verschärfung des Strafrechts ein. Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs v. 28.6.1935, mit dem § 2b StGB (1935) eingeführt wurde (und mit ihm gleichzeitig § 2 StGB (1935), welcher das „gesunde Volksempfinden“ als Strafgrund heranzieht), ist im Gesetzesentwurf überschrieben mit: „Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung“.⁵⁶ Die Maßnahme reihte sich ein in weitere rechtsstaatswidrige Gesetzesänderungen wie etwa durch das „Heimtückegesetz“⁵⁷ oder die „Lex van der Lubbe“⁵⁸ zur Aufhebung des Rückwirkungsverbots.

Der § 2b StGB i. d. F. v. 28.6.1935 wurde am 30.1.1946 von den Alliierten durch KRKG Nr. 11 wieder abgeschafft.⁵⁹ Jedoch blieb die Möglichkeit der Wahlfeststellung im deutschen Rechtskreis weiterhin anerkannt.⁶⁰ Zunächst sollte nur die tatsachenalternative („unechte“) Wahlfeststellung zulässig sein; gegen gesetzesalternative („echte“) Wahlfeststellungen hegte der *BGH* zunächst rechtsstaatliche Bedenken. Wenig später ließ dieser dann doch wieder Ausnahmen zu.⁶¹ Zunächst beschränkte der *BGH* sich auf die Alternativen Diebstahl und Hehlerei, so wie es das *RG* im Beschluss der *Vereinigten Strafsenate* 1934 getan hatte.⁶² Im Laufe der Zeit weitete der *BGH* dies aber immer mehr auf eine Vielzahl weiterer Konstellationen aus. Anstelle einer (mit Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit unvereinbaren) uferlosen Zulässigkeit der Wahlfeststellung hat die Rechtsprechung Grenzen entwickelt, so etwa das Erfordernis der rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände, die der wahldeutigen Verurteilung zugrunde liegen.⁶³

Es stellt sich also die Frage, was „Vergleichbarkeit“ in den Worten des *BGH* zu bedeuten hat. Hierzu ergingen einige Leitentscheidungen, welche im Folgenden kurz skizziert werden sollen.

⁵⁵ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, RGBl. 1935 I, Nr. 70, S. 839 ff; Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes, RGBl. 1935 I, Nr. 71, S. 844; *Wolter* (Fn. 49), S. 29.

⁵⁶ Überschrift zu Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, RGBl. 1935 I, Nr. 70, S. 839 ff.

⁵⁷ RGBl. 1935 I, Nr. 137, S. 1269 ff.

⁵⁸ RGBl. 1933 I, Nr. 28, S. 151.

⁵⁹ Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland Nr. 1, 1946, S. 55 (Art. I); *Wolter* (Fn. 49), S. 29.

⁶⁰ *BGH*, NStZ 2014, 392 (393 Rn. 13).

⁶¹ BGHSt 1, 302 (304 sub 2.).

⁶² BGHSt 1, 302 (304 sub 2.).

⁶³ *BGH*, NStZ 2014, 392 (393 Rn. 13 f.).

1. Wahlfeststellung zwischen Anstiftung und Beihilfe?

So hatte etwa der *BGH* im Jahr 1982 zur Frage Stellung zu beziehen, ob zwischen verschiedenen Formen der Tatbeteiligung, namentlich zwischen Anstiftung und Beihilfe, eine Wahlfeststellung zulässig ist.⁶⁴ Das Tatgericht vermochte nicht zweifelsfrei zu klären, ob die Angeklagten den Haupttäter (eines Mordes) angestiftet, also dessen Tatentschluss erst hervorgerufen hatten oder ob dieser bereits *omnimodo facturus* war.⁶⁵ Die als Schwurgericht zuständige *Strafkammer* am *LG* führte aus, entweder müssten die Angeklagten selbst auf den Gedanken der Tötung gekommen sein und hätten dementsprechende Vorkehrungen getroffen oder der Haupttäter sei bereits auf den Tötungsgedanken gekommen und wurde seitens der anderen nur bestärkt.⁶⁶ Beide Sachverhaltsalternativen schlossen sich denklogisch gegenseitig aus.⁶⁷ Das *LG* erkannte auf Freiheitsstrafen von sieben Jahren und neun Jahren für die beiden Angeklagten, im Falle der Revisionsführerin „wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord“.⁶⁸ Dieser Schuldspruch hatte in der Revision vor dem *BGH* keinen Bestand.⁶⁹ Auf die Sachrüge hin passte der 4. *Strafsenat* den Schuldspruch dahingehend an, dass allein wegen Beihilfe zum Mord verurteilt wurde.⁷⁰ Zur Begründung legte der 4. *Strafsenat* dar, dass zwischen Anstiftung und Beihilfe ein normatives Stufenverhältnis bestehe, es handle sich nicht um vergleichbare Alternativen, sondern um ein „Mehr oder Weniger“.⁷¹ Damit sei der Grundsatz „in dubio pro reo“ anzuwenden und eine Verurteilung müsse aufgrund des leichteren Gesetzes erfolgen.⁷² Der Angeklagte habe also (nur) für das geringere mögliche Unrecht einzustehen. Nur falls kein solches Stufenverhältnis vorliege und auch kein Auffangtatbestand gegeben sei, komme eine Verurteilung auf Grundlage der Wahlfeststellung in Betracht.⁷³ Lagen deren Voraussetzungen auch nicht vor, so müsse sogar ein Freispruch erfolgen. Für das Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe ergebe sich das Stufenverhältnis direkt aus dem Gesetz, so ist der Anstifter „gleich einem Täter“ zu bestrafen, die Strafe des Gehilfen ist obligatorisch gemäß §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern.⁷⁴ Der *Senat* änderte den Schuldspruch von sich aus, ließ die

⁶⁴ BGHSt 31, 136 ff. = *BGH*, Urt. v. 28.10.1982 – 4 StR 480/82 (juris).

⁶⁵ *Ebd.*, Rn. 4 (juris).

⁶⁶ *Ebd.*, Rn. 5-7 (juris).

⁶⁷ *Ebd.*, Rn. 5 (juris).

⁶⁸ *Ebd.*, Rn. 1 (juris).

⁶⁹ *Ebd.*, Rn. 2 (juris).

⁷⁰ *Ebd.*, Rn. 11 (juris).

⁷¹ *Ebd.*, Rn. 13 (juris).

⁷² BGHSt 31, 136 ff. = *BGH*, Urt. v. 28.10.1982 – 4 StR 480/82, Rn. 12 (juris).

⁷³ *Ebd.*

⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 14 (juris).

Strafzumessung des *LG* jedoch unberührt. Dieses hatte von vornherein die Sachverhaltsalternative der Beihilfe seinen Erwägungen gemäß § 46 StGB zugrunde gelegt und auch wie von §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB gefordert eine Strafraumverschiebung vorgenommen.⁷⁵

Zusammenfassend bleibt zu sagen, dass der *BGH* an dieser Stelle dem Institut der Wahlfeststellung enge Grenzen aufzeigte und zudem klarstellte, dass ein Freispruch trotz schuldhafter Verwirklichung eines Straftatbestandes dann zwingend ist, wenn weder Stufenverhältnis noch Auffangtatbestand vorliegen und die Kriterien der Wahlfeststellung ebenfalls nicht erfüllt sind. Eine „Verurteilung um jeden Preis“ kommt nicht in Frage.

2. Wahlfeststellung zwischen Vorsatzdelikt und Fahrlässigkeitsdelikt

In der frühen Rechtsprechung des *BGH* wurde vereinzelt eine Wahlfeststellung auch zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt für zulässig erklärt. So hatte man damals etwa nichts an einer Verurteilung „wegen fahrlässigen Falscheids oder Meineids“ auszusetzen.⁷⁶ Dies begründete man damit, dass zwar das *RG* enge Beschränkungen der Wahlfeststellung vorgesehen habe, dies sei allerdings nicht so zu verstehen, dass nur die vom *RG* explizit genannten Delikte einer Wahlfeststellung zugänglich seien. Vielmehr sei eine Wahlfeststellung immer dann zulässig, wenn die seinerzeit vom *RG* geäußerten Bedenken gegen die Wahlfeststellung als solche für den konkreten Fall nicht begründet seien.⁷⁷ Das *RG* bemerkte schon damals, die Wahlfeststellung verwässere die richterliche Tätigkeit, denn sie führe von Bejahung zu Verneinung von Delikten, belaste den Verurteilten über Gebühr mit einem „öffentlich bescheinigten Verdacht“ und führe zu unbilligen, nicht vertretbaren Ergebnissen.⁷⁸ Die Bedenken gegen die Wahlfeststellung seien aber in den Fällen, in denen die vom *RG* geäußerten Mahnungen nicht begründet seien, aus dem praktischen Bedürfnis nach ihrer Anwendung heraus zurückzustellen.⁷⁹

Im Ergebnis verkehrte der *BGH* damit die mahnenden Worte des *RG*, das gerade nicht so verstanden werden wollte, ins Gegenteil.

Später gelangte die Rechtsprechung in solchen Fällen zu einer eindeutigen Verurteilung über das Kriterium des Auffangtatbestands.⁸⁰ Hierbei lässt die

⁷⁵ *Ebd.*, Rn. 15 (juris).

⁷⁶ BGHSt 4, 340 (341).

⁷⁷ *Ebd.*, S. 342.

⁷⁸ RGSt 68, 257 (261).

⁷⁹ BGHSt 4, 341 (342).

⁸⁰ So etwa BGHSt 17, 210 (212).

Rechtsprechung offen, ob den Täter der Vorwurf des Vorsatzdelikts trifft. Stattdessen nutzt sie das Fahrlässigkeitsdelikt als „Auffangbecken“ für das, was zur Überzeugung des Gerichts tragfähige Grundlage einer Verurteilung sein kann. Die neuere und auch heutige Rechtsprechung erkennt ein „normatives Stufenverhältnis“ an.⁸¹ Zwar sei Fahrlässigkeit nicht einfach ein Minus zum Vorsatz, das in ihm enthalten sei, sondern vielmehr ein Aliud.⁸² Dennoch schließe dies die Annahme eines Stufenverhältnisses nicht aus.⁸³ Dieses Stufenverhältnis müsse nicht allein durch logische, sondern durch juristisch-wertende Betrachtung ermittelt werden. Ein Stufenverhältnis ergebe sich nicht nur bei „begrifflich-logischen“, sondern auch bei „normativ-ethischen“ Alternativen, die in einem „Mehr-oder-Weniger“-Verhältnis stünden. Somit sei nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu verfahren und (nur) wegen des Fahrlässigkeitsdelikts zu verurteilen.⁸⁴ Die (eindeutige) Verurteilung des Täters, den jedenfalls der Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung trifft, erfolgt aber hier auch auf wahldeutiger Tatsachengrundlage – aus der „echten“ wird eine „unechte“ Wahlfeststellung.⁸⁵ Diese bietet den „Vorteil“, dass nur das Fahrlässigkeitsdelikt tenoriert wird und keine Belastung des Angeklagten mit einem wahldeutigen Schuldspruch erfolgt.

Viele der hierzulande diskutierten Probleme der Wahlfeststellung stoßen in der Betrachtung von Standpunkten außerhalb des deutschen Rechts auf Kritik und Unverständnis. Daher soll im Folgenden ein kurzer rechtsvergleichender Überblick gegeben werden.

II. Wahlfeststellung in anderen Rechtsordnungen

In vielen anderen Rechtsordnungen wird das Konzept der Wahlfeststellung kritisch gesehen und ist insbesondere rechtstheoretischen und rechtslogischen Einwänden ausgesetzt. Ein echtes Äquivalent in einer anderen Rechtsordnung hierzu besteht nicht, auch nicht im übrigen deutschsprachigen Raum. So lässt das österreichische Recht etwa die Wahlfeststellung bei verschiedenen Delikten, vor allem den praktisch relevanten wie etwa Diebstahl oder Hehlerei, von vornherein nicht zu.⁸⁶ Praktisch lässt man sich von „in dubio pro reo“ leiten und legt die für den Angeklagten günstigeren Tatsachen zugrunde, um ihn auf

⁸¹ So erstmals klarstellend BGHSt 32, 48 (52).

⁸² Ebd.; so auch Hecker, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 85.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ OLG Düsseldorf, NZV 1994, 486 (486 f.); Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 82), § 1 Rn. 85.

⁸⁶ Wolter (Fn. 49), S. 28.

Basis dessen zu verurteilen.⁸⁷ In der Schweiz ist dieses Konzept ebenfalls fast gänzlich unbekannt.⁸⁸ Wenn sich das Problem doch einmal stelle, werde sich zugunsten des Angeklagten eindeutig für den milderen Tatbestand entschieden.⁸⁹ Auch das belgische Recht lässt eine Verurteilung auf Grundlage einer alternativen Überzeugung überhaupt nicht zu.⁹⁰ Eine wahldeutige Verurteilung sei „verfassungs- und gesetzeswidrig, denn das Strafgesetz erhebe keine Handlung auf alternative Weise zu Vergehen“. Weiterhin sei „eine solche Entscheidung nicht nach den Gesetzesvorschriften begründet, der Angeklagte würde nicht wissen, wegen welcher Tat er verurteilt wäre und der Richter hätte nicht das Gesetz bezeichnet, welches er angewandt hätte“.⁹¹ Gleiches gilt im spanischen Recht.⁹² Auch das italienische Recht betrachtet eine Verurteilung aufgrund wahldeutiger Feststellung als unzulässig.⁹³ Doch man behelfe sich in der Praxis gerne damit, im Urteil eine Sicherheit vorzugeben, die man tatsächlich nicht habe.⁹⁴

Im englischen Recht geht man davon aus, dass die Anklagebehörde ihrer Beweislast nicht Genüge getan habe, wenn das Gericht nicht von einer eindeutigen, tatbestandsbezogenen Schuld des Angeklagten überzeugt ist.⁹⁵ Zwingende Folge ist der Freispruch.⁹⁶

Man ist der Ansicht, die Wahlfeststellung überschreite die Grenzen der Logik und entstamme nicht logischer Deduktion, sondern sei ein Produkt von „value

⁸⁷ *Günther*, Verurteilungen im Strafprozeß trotz tatsachenrelevanter Subsumtionszweifel, 1976, S. 215.

⁸⁸ *Wolter* (Fn. 49), S. 28.

⁸⁹ So *Zeiler*, Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage, ZStW 64 (1952), 156 (162), bezugnehmend auf die von ihm erhaltene Auskunft von *Pfenninger* (Professor an der Universität Zürich) und *German* (Professor an der Universität Basel); auf diese Auskünfte Bezug nehmend auch *Günther* (Fn. 87), S. 215.

⁹⁰ So *Zeiler* (Fn. 89), S. 163, bezugnehmend auf von ihm erhaltene Auskunft von *Beckaert* (Professor an der Universität Brüssel, Generalstaatsanwalt am Berufungsgericht Gent).

⁹¹ So die Auskunft von *Beckaert* nach *Zeiler* (Fn. 89), S. 163.

⁹² *Zeiler* (Fn. 89), S. 169, bezugnehmend auf von ihm erhaltene Auskunft von *Castejón* (Rat am Obersten Gerichtshof in Madrid).

⁹³ *Zeiler* (Fn. 89), S. 164 f.; nach Auskunft von *Vassali* (Professor an der Universität Genua); Grundlage dieser Überzeugung bilde in der italienischen Rechtsgemeinschaft ein Aufsatz von *Bettiol* („Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti“, *Rivista Italiana di diritto penale* 1935, 463 ff.).

⁹⁴ So die Auskunft von *Vasalli* nach *Zeiler* (Fn. 89), S. 165.

⁹⁵ *Endrumeit*, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, 1972, S. 312; *Zeiler* (Fn. 89), S. 170.

⁹⁶ *Endrumeit* (Fn. 95), S. 312.

judgments [...] that respond in particular to the social dynamics of a given society [...]"⁹⁷

Viele Rechtsordnungen umgehen das Problem der Wahlfeststellung auch von vornherein, indem unter einen Tatbestand mehrere Handlungsformen zusammengefasst werden und sich das Problem, welche nun konkret verwirklicht ist, gar nicht erst stellt. In Norwegen etwa wurde das Gesetz dahingehend angepasst, dass Hehlerei lediglich eine Verfügung über eine gestohlene Sache voraussetzt, nicht erforderlich ist, dass sie ein anderer gestohlen hat.⁹⁸ Auch bezüglich des Täterbegriffes und daraus folgender problematischer Abgrenzungen zwischen verschiedenen Formen der Täterschaft sind andere Rechtsordnungen weniger streng in der Differenzierung. So werden etwa im österreichischen und auch im italienischen Recht die im deutschen Recht bekannten Teilnahmeformen unter eine Vorschrift zusammengefasst.⁹⁹ Demgegenüber sind in diversen ausländischen Rechtsordnungen, so etwa in England, im Recht vieler US-Bundesstaaten, der Niederlande und auch vieler sich an der britischen Rechtsordnung orientierender ehemaliger Kolonien alternative Anklagen, zum Teil sogar mit vielen verschiedenen Varianten, zulässig und auch in der Praxis gebräuchlich.¹⁰⁰ Möglich ist im angelsächsischen Strafverfahren auch, den Angeklagten wegen eines Anklagepunktes freizusprechen (etwa wegen Diebstahls), ihn aber so dann wegen des gleichen Sachverhalts (etwa wegen Hehlerei) dennoch zu verurteilen.¹⁰¹ Im Ergebnis müssen diese Anklagen aber auf ein eindeutiges Urteil hinauslaufen.¹⁰²

Die Wahlfeststellung als Urteilsgrundlage ist also ein „deutsches“ Konzept und stellt insoweit ein Unikum dar.¹⁰³ Ihre von der Praxis betonte Notwendigkeit wurzelt freilich auch in der Tatsache, dass im deutschen Strafrecht die einzelnen Straftatbestände enger und präziser formuliert sind als dies in anderen Rechtskreisen der Fall ist. Zusätzlich ist die Rechtsprechung dem

⁹⁷ Jeuntner, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, 2017, S. 124.

⁹⁸ (Damaliger) § 317 norwegisches Strafgesetzbuch (Stand 1972), heute § 332 (Hehlerei); siehe auch *Endruweit* (Fn. 95), S. 316.

⁹⁹ Siehe für das österreichische Recht: § 12 öStGB; für das italienische Recht: Art. 110 codice penale; so auch *Endruweit* (Fn. 95), S. 317.

¹⁰⁰ *Endruweit* (Fn. 95), S. 313 f.; ein besonders außergewöhnliches Beispiel ist etwa der Fall *Supreme Court of Illinois, People v. Skinner* 73 N.E. 2d 427 aus den USA mit 5(!) verschiedenen Anklagevarianten wegen ein und desselben tatsächlichen Geschehens.

¹⁰¹ *Zeiler* (Fn. 89), S. 169 f.

¹⁰² *Endruweit* (Fn. 95), S. 314.

¹⁰³ So *Arzt*, Anmerkung zu Urteil des BGH v. 3.10.1984 – 2 StR 166/84 (BGHSt. 33, 44), JR 1985, 211 (213).

„Präziserungsgebot“ verpflichtet, um den Anforderungen an Bestimmtheit und Rechtsklarheit gerecht zu werden.¹⁰⁴ Dies darf allerdings nicht dahingehend verstanden werden, dass das Gericht „korrigierend“ eingreifen dürfte, sollte ein besonderer Einzelfall aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, selbst wenn er ähnlich strafwürdig erscheinen sollte.¹⁰⁵

Arzt stellt (vom Standpunkt der Schweiz) zutreffend fest: „Warum gerade die deutschen Gerichte so oft außerstande sind, eindeutige Feststellungen zu treffen, ist das eigentliche Rätsel der Wahlfeststellung. Vielleicht erzeugt eine Rechtskultur, in der die Wahlfeststellung als Rechtsinstitut Fuß gefaßt hat, erst die Zweifel, um deren Lösung es geht.“¹⁰⁶

III. Abgrenzung zu Präpendenz- und Postpendenzfeststellungen

Im Rahmen der Thematik „Wahlfeststellung“ begegnet man des Öfteren auch den Begriffen „Präpendenz“ und „Postpendenz“. Diese sind jedoch von der Wahlfeststellung deutlich abzugrenzen. Bei Postpendenz handelt es sich um eine ungeklärte Straftat zeitlich vor einer feststehenden Tat, welche auf die Verurteilung wegen der feststehenden Tat Einfluss hätte.¹⁰⁷ Beispielsweise könnte feststehen, dass jemand Gelder veruntreut hat, aber es bleibt fraglich, ob er diese überhaupt erst durch einen Betrug erlangt hat. Man verurteilt in solchen Fällen dann „eindeutig“ wegen Betruges, es findet also keine Wahlfeststellung zwischen den Delikten statt.¹⁰⁸ Die Strafe ist in diesem Falle dem mildesten Strafgesetz zu entnehmen, ein Teilfreispruch, weil eine der beiden Taten nicht möglich sein kann (etwa, weil sie zueinander im Exklusivitätsverhältnis stehen), erfolgt nicht.¹⁰⁹

Präpendenz beschreibt solche Sachverhalte, bei denen die zeitlich frühere Tat feststeht, eine mögliche spätere Tat jedoch ungeklärt bleibt. Die Literatur unterscheidet zudem noch teilweise zwischen „konkurrenzrelevanten“ und „tatbestandsrelevanten“ Fällen der Post-/Präpendenz.¹¹⁰ Bei den „tatbestandsrelevanten“ Fällen, wenn also das Vorliegen eines Tatbestandes das Vorliegen des anderen ausschließt (wie etwa Diebstahl und Hehlerei), komme

¹⁰⁴ *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 77 f.); *Schubert*, Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip – Bemerkungen aus Anlass des Anfragebeschlusses vom 28.1.2014 in der Sache 2 StR 495/12, NStZ 2014, 437 (440).

¹⁰⁵ *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 77 f.).

¹⁰⁶ *Arzt* (Fn. 103), S. 213.

¹⁰⁷ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 1 Rn. 45.

¹⁰⁸ *OLG Hamburg*, MDR 1994, 712 ff.; *Fischer* (Fn. 107), § 1 Rn. 45.

¹⁰⁹ *Fischer* (Fn. 107), § 1 Rn. 45.

¹¹⁰ *Ebd.*, § 1 Rn. 46.

nur eine Verurteilung nach den Grundsätzen der Wahlfeststellung in Betracht, keine eindeutige.¹¹¹

Anders als bei der Wahlfeststellung handelt es sich hier nur um eine einseitige Sachverhaltsunklarheit. Eines der beiden Delikte wurde auf jeden Fall verwirklicht, die Überzeugung des Gerichts im Sinne des § 261 StPO steht also auf einem sichereren Fundament als bei der Wahlfeststellung. Bei der Wahlfeststellung hingegen sind beide möglichen Sachverhaltsvarianten ungewiss, daher ist bei ihr die rechtsstaatliche Problematik einer darauf gestützten Verurteilung gravierender.

IV. Die „unechte“ (gleichartige) Wahlfeststellung

Die weniger problematische Form der Wahlfeststellung stellt die sog. „unechte“ oder „gleichartige“ Wahlfeststellung dar. Hier erfolgt eine Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage.¹¹² Das bedeutet, der genaue Hergang der Tat ist nicht mehr aufzuklären, jedoch steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass ein bestimmtes Delikt durch einen bestimmten Täter verübt wurde. Beispiel: „A hat B entweder am 1.1. oder am 2.1. getötet“. Beide Sachverhaltsalternativen unterfallen aber der gleichen rechtlichen Würdigung, am Unrechts- und Schuldgehalt änderte sich nichts, legte man die jeweils andere Sachverhaltsvariante dem Urteil zugrunde. Eine solche Verurteilung ist weiterhin nur im Rahmen des § 264 StPO zulässig. Alle möglichen Handlungen müssen demnach im Prozess zur Überzeugung des Gerichts festgestellt sein, es darf keine anderen Möglichkeiten geben außer denen im wahldeutig formulierten Tenor. Diese Form der Wahlfeststellung, wenn auch nicht völlig unbedenklich, unterfällt zumindest nicht so weitreichenden Bedenken wie die im Folgenden zu beleuchtende „echte“ Variante der Wahlfeststellung.

V. Die „echte“ (ungleichartige) Wahlfeststellung

Die tiefgehenden Probleme hinsichtlich Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtsstaatlichkeit ergeben sich bei der „echten“ Wahlfeststellung. Hierbei handelt es sich um die Verurteilung aufgrund zweier (oder mehr) Straftatbestände, von denen mindestens einer zur Überzeugung des Gerichts auf jeden Fall verwirklicht wurde. Es kommt also zur Verurteilung wie etwa im Ausgangsfall „wegen Diebstahls oder Hehlerei“. Sollten nicht nur vergleichbare Rechtsgüter verletzt sein, welche einer Wahlfeststellung zugänglich sind, so scheidet man zunächst die „überschießenden“ Elemente nach dem in dubio pro reo-Grundsatz aus (so etwa das Nötigungselement bei Wahlfeststellung

¹¹¹ *Ebd.*, unter Bezugnahme auf *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 82), § 1 Rn. 85.

¹¹² *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 1 Rn. 17.

zwischen (schwerem) Raub und Hehlerei) und beschränkt die Wahlfeststellung sodann auf die übrigen Tatbestände, in diesem Falle also Diebstahl oder Hehlerei.¹¹³

1. Tenorierung im Urteil

Hinsichtlich des Tenors ist zu beachten, dass sich die Anwendung mehrerer Strafgesetze auf wahldeutiger Grundlage direkt aus der Urteilsformel ergeben muss.¹¹⁴ Mangels gesetzlicher Regelung unterliegt die konkrete Ausgestaltung des Tenors richterlichem Ermessen. In der Praxis hat sich durchgesetzt, die beiden wahlweise angewandten Normen mit der Verwendung von „oder“ in der Urteilsformel zu verbinden: „A wird wegen Diebstahls oder Hehlerei verurteilt“. Im Fall der „unechten“ Wahlfeststellung oder der Postpendenzfeststellung dagegen kommt die Anwendung der Rechtsfigur nicht in der Urteilsformel zum Ausdruck, darauf wird erst in den Entscheidungsgründen eingegangen.¹¹⁵

2. Begrenzung des Strafmaßes durch das mildere Strafgesetz

Bei der Ermittlung des im konkreten Fall mildesten Gesetzes ist kein abstrakter Strafrahmenvergleich vorzunehmen. Vielmehr muss der Tatrichter für jede in Frage kommende Sachverhaltsalternative jeweils erörtern, welche Strafe er (nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen) jeweils für angemessen hielte, wenn die eine oder die andere Handlung zweifelsfrei feststände. Darauf basierend hat er dann die niedrigere der beiden ermittelten Strafen zu verhängen.¹¹⁶

3. Voraussetzungen, Ausschlussfunktion

Damit die „echte“ Wahlfeststellung zur Anwendung kommt, muss jede Möglichkeit, den Sachverhalt so aufzuklären, dass eine eindeutige Verurteilung möglich ist, ausgeschöpft worden sein.¹¹⁷ Verurteilt man sodann auf Grundlage der Wahlfeststellung, werden andere Delikte (wie etwa das der Geldwäsche in dem vor dem *Großen Strafsenat* behandelten Fall) ausgeschlossen, die der Wahlfeststellung nicht zugänglich sind. Zudem müssen die Delikte „rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbar sein“. An der konkreten Bemessung dieser Konturen ist seit Anbeginn der Wahlfeststellung immer

¹¹³ *Kübl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 112), § 1 Rn. 17.

¹¹⁴ *Mayer-Goßner*, in: Mayer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, § 260 Rn. 27.

¹¹⁵ *Ebd.*

¹¹⁶ So bereits RGSt 69, 369 (374 f.); dem folgend BGHSt 13, 70 (72); bestätigend *BGH*, NStZ-RR 2015, 40 (41).

¹¹⁷ BGHSt 62, 164 (168 f. Rn. 15).

wieder erbitterter Streit entbrannt. Fast alle Kontroversen drehen sich um dieses Kriterium, weswegen viele Stimmen eine Konkretisierung fordern.

Es wurde gezeigt, dass die wahldeutige Verurteilung schon lange auf sehr viele Zweifel stößt und Unsicherheiten auslöst. Wenn die Kapazitäten weder der Anklagebehörde noch des Gerichts ausreichen, einen eindeutigen Tatnachweis zu erbringen, ist es dann legitim, eine Verurteilung erfolgen zu lassen, weil der Täter ja „irgendeines“ der Delikte begangen haben muss und somit keinen Freispruch „verdient“? Oder kaschiert man Unzulänglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden bzw. der umfassenden richterlichen Aufklärungspflicht, die aus §§ 244, 261 StPO folgt, unter dem Mantel der Schaffung von „Einzelfallgerechtigkeit“ und verkehrt den Grundsatz „in dubio pro reo“ ins Gegenteil?

D. Kritische Würdigung des Beschlusses des *Großen Strafsenats*

Mit Urteil vom 25.10.2017 setzte der 2. *Strafsenat* den ergangenen Beschluss, welcher die bisherige Rechtsprechung mit Bindungswirkung für die einzelnen Strafsenate bestätigt, um.¹¹⁸ Er hielt den Schuldspruch auf Grundlage der Wahlfeststellung nun aufrecht und verwarf die Revisionen der Angeklagten.¹¹⁹ Am Institut der „echten“ Wahlfeststellung wird also nicht gerüttelt, obwohl sich breite Kritik aufat.

Der Einschätzung des *Großen Strafsenats*, die „echte“ Wahlfeststellung in ihrer jetzigen Form sei legitim, kann nicht gefolgt werden. Es bestehen durchgreifende Kritikpunkte an diesem Rechtsinstitut, auf die im Einzelnen eingegangen wird.

I. Irrtumsgefahr und „Verwässerung“ der richterlichen Tätigkeit – Die mahnenden Worte des *Reichsgerichts*

Das RG erkannte bereits bei der Einführung des Rechtsinstituts, dass die Wahlfeststellung ein problematisches Konstrukt ist. Bevor der NS-Gesetzgeber und ihm folgend die NS-Gerichtsbarkeit sie in ihrem Sinne missbrauchten, hielten die *Vereinigten Großen Strafsenate* des RG noch warnend fest: „Würden wahldeutige Feststellungen schrankenlos zugelassen, so würde das Gewicht der geistigen Arbeit, die der Richter zu leisten hat, um das Bild des von der Klage erfassten Lebensvorgangs in sich zu gestalten, von der Bejahung in die Verneinung übergehen“.¹²⁰ Bleibe der Richter in der Erforschung der Wahrheit

¹¹⁸ BGH, NStZ-RR 2018, 47 ff.

¹¹⁹ *Ebd.*, S. 47.

¹²⁰ RGSt 68, 257 (261).

so weit zurück, dass er keinen bestimmten tatbestandsmäßigen Vorgang zu erkennen vermöge, sondern nur eine Mehrheit von Gestaltungen vorfinde, welche die undeutlichen Erscheinungsformen bloßer Möglichkeiten zeigten, so rücke die Gefahr eines Irrtums bedenklich nahe. Die nach § 261 StPO erforderliche Überzeugung habe so keinen zuverlässigen Boden. Auch auf die Urteilswirkung habe dies negative Auswirkungen. Der Richter habe sich nicht zur Gewissheit durchgerungen, was geschehen sei. Er belaste sodann den Verurteilten mit einem „öffentlich bescheinigten Verdacht“. Die Ungerechtigkeit einer solchen Wahlfeststellung dränge sich da besonders auf, wo mehrere Verfehlungen verschiedener Natur, welche verschiedene Schlüsse über den Täter zuließen, in die Wahl aufgenommen würden. Daher sei daran gelegen, dass gerichtliche Entscheidungen, die sich als unsichere, schwankende Erklärungen kennzeichneten, im Strafverfahren nicht weiter um sich griffen, als ein zwingendes Bedürfnis es verlange.¹²¹

Diese Sätze haben auch fast ein Jahrhundert später ihre Geltung keineswegs eingebüßt. Die Belastung mit einem nicht auf Tatsachen begründeten, strafmakelähnlichen Verdacht ist nach wie vor geeignet, den Verurteilten sowohl persönlich als auch gesellschaftlich negativ zu beeinflussen und zu stigmatisieren. Aus der Kriminologie, insbesondere vor dem Hintergrund der Theorien des „*labeling approach*“¹²² sowie der differentiellen Assoziation¹²³ ist bekannt, dass die Stigmatisierung als „Täter“ der Resozialisierung erheblich entgegenwirken kann, vielmehr sogar weiteres delinquentes Verhalten zu befördern geeignet ist.¹²⁴ Der Verurteilte, welcher sich aufgrund beider wahldeutig erkannter Delikte bemakelt sieht, wird auch weiterhin seinem Rollenmuster, welches ihm gerichtlich bestätigt wurde, gerecht werden wollen.¹²⁵

Daraus kann gefolgert werden: Die wahldeutige Verurteilung intensiviert die negative soziale Konstruktion der individuellen Identität.¹²⁶

¹²¹ *Ebd.*

¹²² Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 189 ff.; der „*labeling approach*“ wurde begründet von Tannenbaum (in: *Crime and the Community*, 1938) und in der deutschen Kriminologie insbesondere von Sack („Neue Perspektiven in der Kriminologie“, in: *Sack/König*, Kriminologischer Jahrbuch, 1968, S. 431 ff.) rezipiert.

¹²³ Bock (Fn. 122), Rn. 147 ff.; die differentielle Assoziation und differentielle Verstärkung sind Konzepte aus der Sozialen Lerntheorie von Akers („*Social Learning Theory*“, in: *Explaining Criminals and Crime*, 1994, S. 192 ff.).

¹²⁴ Bock (Fn. 122), Rn. 189 f. nach Tannenbaum (Fn. 122), S. 17.

¹²⁵ In diesem Sinne auch Bock (Fn. 122), Rn. 190.

¹²⁶ Zur „sozialen Konstruktion der Identität“: Tannenbaum (Fn. 122), S. 17 ff.

II. Die problematische Geschichte der Rechtsfigur

Weitere gravierende Bedenken begegnen der – zur Legitimation der Rechtsfigur herangezogenen – Annahme des Bundesgesetzgebers von 1953, bei § 2b StGB i. d. F. v. 28.6.1935, der die „echte“ Wahlfeststellung gesetzlich fixierte, habe es sich „nicht um typisch nationalsozialistisches Recht“ gehandelt.¹²⁷ Zwar mag die Einzelnorm nicht per se rechtsstaatswidrig oder durch NS-Gedankengut geprägt sein, jedoch eingebettet in den systematischen Kontext des § 2 StGB i. d. F. v. 28.6.1935, der in Abs. 2 als Strafgrundlage das „gesunde Volksempfinden“ bemühte, bleibt ein gewisser Beigeschmack. Weiterhin kommt auch in ihr der Geist zum Ausdruck, den Grundsatz „in dubio pro reo“ zugunsten subjektiver Gerechtigkeitsabwägungen über den Haufen zu werfen.¹²⁸ Diese Praxis fügte sich nahtlos in den damaligen Trend der „Materialisierung“ des Strafrechts ein. Man kann die Norm nicht aus ihrem NS-Kontext herausnehmen.¹²⁹

Trotz des Überschreitens der Grenzen, welche sich der *BGH* selbst in Urteilen kurz nach dem Ende der NS-Herrschaft setzte und sogar der Grenzen, die sich das *RG* im Jahr 1934 setzte, entschied der Gesetzgeber, man könne die Entwicklung der Rechtsfigur der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen und vergab die Möglichkeit, Klarheit zu schaffen. Es ist in ständiger Rechtsprechung in Verkennung geraten, dass das *RG* 1934 vom Grundsatz der Unzulässigkeit gesetzessalternativer Verurteilungen ausging und nur eine einzige klar definierte Ausnahme zuließ, da für sie (und nur für sie!) ein zwingendes Bedürfnis bestand. Gerne spricht man auch heute zur Begründung der Rechtmäßigkeit der „echten“ Wahlfeststellung von einer „Anlehnung an das *RG*“, handelt aber so, wie es das *RG* seinerzeit gerade nicht wollte. Stattdessen wird das damals in aller Deutlichkeit betonte Regel-Ausnahme-Prinzip auf den Kopf gestellt. Dies ist umso problematischer angesichts dessen, dass es sich hier nicht um irgendwelche Regeln handelt, sondern um elementare rechtsstaatliche Grundsätze.

¹²⁷ So in BT-Drucks. 1/2713, S. 19.

¹²⁸ *Wagner*, Entscheidungsbesprechung zu BGH 2 StR 495/12, ZJS 2014, 436 (440).

¹²⁹ So auch *Wagner* (Fn. 128), S. 440.

III. Zusätzliche Belastung des Verurteilten mit wahldeutigem Schuldspruch

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass teilweise auch dem Schuldspruch als solchem, der im Strafrecht schließlich ein sozialetisches Unwerturteil beinhaltet, Strafcharakter beigemessen wird.¹³⁰

Folgt man dieser Auffassung, dann würde jedes wahldeutige Urteil den Betroffenen mit einer Strafe belasten, die nicht auf einem tatsächlich verwirkten Tatbestand beruht. Auch wenn das erkennende Gericht nicht zu klären vermag, welches der beiden tenorierten Delikte nun verwirklicht wurde, steht in Fällen wie hier definitiv fest, dass es nicht beide gleichzeitig sein können.

1. Der Schuldspruch als Strafübel eigener Art

So argumentiert eine Auffassung in der Lehre, Strafe setze sich zwingend aus dem Schuldspruch sowie (gegebenenfalls) der zusätzlichen Verhängung eines Strafübels wie Geld- oder Freiheitsstrafe zusammen.¹³¹ Die staatliche Reaktion stelle sich in Form von „Tat A = Schuldspruch „A“ + (ggf.) Strafübel proportional zu A“ dar.¹³² Der Hauptbestandteil der Strafe aus straftheoretischer Sicht sei der Schuldspruch, dieser sei der Kern der gesellschaftlichen Antwort auf die Infragestellung der übertretenen Verhaltensnorm.¹³³ Ein Schuldspruch könne jedoch allein unter der Voraussetzung in rechtmäßiger Weise erfolgen, dass das Fehlverhalten des Angeklagten inhaltlich eindeutig benannt werden kann.¹³⁴ Die Aussage, dass sich der Angeklagte grundsätzlich falsch verhalten habe, ohne genau angeben zu können, inwiefern, werde den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Tatstrafrecht nicht gerecht.¹³⁵ Ein dennoch erfolgreicher Schuldspruch sei nicht

¹³⁰ So etwa: *Freund/Rostalski*, Verfassungswidrigkeit des wahldeutigen Schuldspruchs, JZ 2015, 164 (168); *Kaiser*, Die Beschwer als Voraussetzung strafprozessualer Rechtsmittel, 1992, S. 61; *Waiblinger*, Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schuldigerklärung im Strafprozeß. Das Problem der Teilrechtskraft, in: FS Pfenniger, 1958, S. 158 (162 ff.); *Plöttner*, Die Beschwer des Angeklagten im Rechtsmittelverfahren, 1973, S. 50 f.; a. A. jedoch BGHSt 20, 116 (120).

¹³¹ *Freund/Rostalski* (Fn. 130), S. 168.

¹³² *Ebd.*

¹³³ *Ebd.*, S. 165; ähnlich *Wagner*, Die selbstständige Bedeutung des Schuldspruchs im Strafrecht, insbesondere beim Absehen von Strafe gemäß § 16 StGB [mittlerweile § 60 StGB, Anm. d. Verfassers], GA 1972, 33 (37).

¹³⁴ *Freund/Rostalski* (Fn. 130), S. 168; so auch bereits *Freund*, Nicht „entweder – oder“ sondern „weder – noch“! Zum Verstoß gesetzesalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG, in: FS Wolter, 2014, S. 35 (56); ebenso *Frister*, Anmerkung zu BGH 2 StR 495/12, StV 2014, 584 (585).

¹³⁵ *Freund/Rostalski* (Fn. 130), S. 168; so auch bereits *Freund* (Fn. 134), S. 50.

nur unberechtigt, sondern sogar dysfunktional. Solange mit Berechtigung von „Strafe“ die Rede sein soll, sei erforderlich, dass ein bestimmter Verhaltensnormverstoß tatsächlich feststehe. Die Notwendigkeit eines eindeutigen Schuldspruchs folge zwingend aus normlogischen Erwägungen, denn durch sein Fehlverhalten stelle der Täter die Geltung einer bestimmten Norm infrage. Die Antwort der Rechtsgemeinschaft habe daher ebenso klar und präzise auszufallen.¹³⁶ Nur eine inhaltlich zutreffende Reaktion werde demgemäß der Funktion staatlicher Strafe zur Wiederherstellung des Rechts gerecht. Bei der Wahlfeststellung werde jedoch durch den Schuldspruch auch immer eine Norm bekräftigt, die gar nicht in ihrer Geltung angegriffen wurde.¹³⁷ Ein solches staatliches Vorgehen sei sachlich nicht zu rechtfertigen, es entspreche nicht dem Menschenbild einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, den Delinquenten hierdurch zum „Mittel zum Zweck“ zu machen. Auch stehe dem nicht entgegen, dass in Fällen der „echten“ Wahlfeststellung der Täter immerhin gegen irgendeine Verhaltensnorm verstoßen habe und somit ein Bedürfnis nach staatlicher Reaktion auf sein Fehlverhalten bestehe. Dieses Bedürfnis beziehe sich allein auf den Verhaltensnormverstoß, der sich tatsächlich ereignet habe. Ein Verstoß gegen eine Verhaltensnorm sei nur ein Angriff auf die Geltungskraft dieser Regelung, nicht aber gegen die Gesamtrechtsordnung. Die Befriedigung des Bedürfnisses, die Normgeltung zu bestätigen, könne somit nur im Wege der eindeutigen Aburteilung erfolgen – nicht durch irgendeine Reaktion.¹³⁸ Dem Täter müsse genau das rechtliche Fehlverhalten zum Vorwurf gemacht werden, welches er begangen habe.¹³⁹ Ansonsten liefe „Strafe“ auf einen Tadel hinaus, irgendetwas Unerlaubtes getan zu haben, also ein „Täter“ zu sein.¹⁴⁰ Im rechtsstaatlichen Tatstrafrecht verböten sich solche Gedanken. Daher sei und bleibe es unmöglich, die Rechtsfolge des wahldeutigen Schuldspruchs zu legitimieren.¹⁴¹

Weiterhin wird argumentiert, der Präventionszweck der Strafe bestätige die Selbstständigkeit des Schuldspruchs.¹⁴² Der bloße Rechtsfolgenausspruch reiche für eine spezial- oder generalpräventive Wirkung nicht aus, vielmehr müsse dieser in eine Beziehung zum Schuldvorwurf gesetzt werden. § 260 Abs. 4 S. 1 StPO ordne die Aufnahme des Schuldspruchs in den Tenor auch dann an,

¹³⁶ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 164; so auch bereits Freund (Fn. 134), S. 52; ebenso Frister (Fn. 134), S. 585.

¹³⁷ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165.

¹³⁸ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165; so auch bereits Freund (Fn. 134), S. 56.

¹³⁹ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165; so auch bereits Freund (Fn. 134), S. 52.

¹⁴⁰ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165.

¹⁴¹ Freund (Fn. 134), S. 50.

¹⁴² Kaiser (Fn. 130), S. 61; so auch Wagner (Fn. 133), S. 42.

wenn das Strafmaß gar nicht dem entsprechenden Tatbestand entnommen wird, so etwa im Falle der Idealkonkurrenz.¹⁴³ Auch alle entwickelten Einschränkungen im Bereich der Wahlfeststellung seien überflüssig, wenn nicht bereits an den Schuldspruch ein eigenständiger sozialetischer Vorwurf geknüpft wäre.¹⁴⁴ Dieser stelle auch eine eigenständige Beschwer dar, welche mit Rechtsmitteln angreifbar sei.¹⁴⁵ Dies folge daraus, dass der Schuldspruchentscheidung eine Feststellungswirkung sowie eine Gestaltungswirkung im Hinblick auf die Rechtsstellung des Angeklagten zukomme. Man bescheinige ihm einen ideellen Angriff auf den Geltungsanspruch einer materiell-strafrechtlichen Verhaltensnorm, somit ein sozialschädliches Verhalten. Er werde durch den Schuldspruch sozialetisch negativ gekennzeichnet und einer zumindest psychischen Repressivwirkung ausgesetzt. Auch und gerade in Fällen des isolierten Schuldspruchs, etwa beim Absehen von Strafe gemäß § 60 StGB, zeige sich der Präventivgedanke als einzige Legitimationsgrundlage, dennoch ein Schuldfeststellungsbedürfnis zu bejahen und den Täter den genannten Folgen auszusetzen.¹⁴⁶

Auch sei die „Schuldigerklärung“ wegen einer *bestimmten* mit Strafe bedrohten Handlung nichts anderes als die prozessuale Reflexwirkung des Dogmas „nulla crimen sine lege“.¹⁴⁷ Im Strafprozess bestehe ein von der Verurteilung zu Strafe unabhängiges öffentliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass sich der Angeklagte einer bestimmten Tat schuldig gemacht habe.¹⁴⁸ Es sei daher vom Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit bedenklich, wollte man die Urteilsqualität des Schuldspruchs verneinen. Sähe man die Schuldfrage nur als Durchgangsfeststellung für Strafzumessung und Maßnahmenanordnung, so wäre nicht nur jede wahldeutige Tatbestandsfeststellung zulässig, solange sie die gleiche Strafe zur Folge hätte, auch jede „Wahlqualifikation“ mit gleicher Straffolge wäre möglich.¹⁴⁹

2. Der Schuldspruch als bloße Strafvoraussetzung

Die Gegenansicht tritt dieser Auffassung damit entgegen, durch Einordnung des Schuldspruchs als Strafe anstelle eines rein kommunikativen Strafzweckbezugs werde der Schuldspruch „unrechtsakzessorisch“, semantisch spiegelnd, mithin nicht mehr unrechtsneutral, wie §§ 38, 40 StGB es

¹⁴³ Wagner (Fn. 134), S. 40 f.

¹⁴⁴ Kaiser (Fn. 130) S. 61.

¹⁴⁵ Ebd., S. 160.

¹⁴⁶ Kaiser (Fn. 130), S. 160; Wagner (Fn. 133), S. 47 ff.

¹⁴⁷ Waiblinger (Fn. 130), S. 163 [Hervorhebung durch den Verfasser].

¹⁴⁸ Ebd., S. 162.

¹⁴⁹ Ebd., S. 163.

erforderten.¹⁵⁰ Vielmehr liege allein in der Sanktion die „Gegenrede“ der Rechtsgemeinschaft, nur in ihr liege die notwendige „Expressivität des Strafschmerzes“. Der Schuldspruch sei auch nicht in den §§ 38 ff. StGB aufgeführt, zudem spreche § 60 StGB von einem „Absehen von Strafe“, obwohl ein Schuldspruch ergehe. Der Schuldspruch sei syllogistisch betrachtet nichts anderes als die (verbindliche) Aussprache der *praemissia minor* zur *conclusio* Strafe. Als Voraussetzung der Strafe könne er somit nicht selbst Strafe sein.

In Bezug auf die Wahlfeststellung sei mitnichten in einer alternativen Verurteilung eine Aufgabe des Tatstrafrechts zu sehen, ein „Generaldelikt des Rechtsbruchs“ komme vor Gericht nicht vor.¹⁵¹ Auch konfligiere eine solche Verurteilung nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG, dieser sei nicht die Ermächtigungsgrundlage für eine staatliche Reaktion in Gestalt von Strafe, sondern vielmehr eine Spezialregel, die zusätzliche Anforderungen an die Gesetzesvorbehalte der durch den Strafeingriff verkürzten Grundrechte stelle. Es sei nicht einsichtig, den Garantiegehalt mehrerer Vorschriften in jede einzelne hineinzuiinterpretieren, sodass am Ende „alles in allem stünde“.¹⁵²

Stuckenberg, welcher diese Auffassung vertritt, konzediert jedoch, dass die „echte“ Wahlfeststellung trotz – nach seiner Ansicht – Nichteinschlägigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG nicht ohne weiteres verfassungsrechtlich unbedenklich sei.¹⁵³ Aus dem allgemeinen Rechtsstaatsgebot müsse die Überlegung folgen, ob nicht eine gesetzliche Grundlage für die wesentlichen Voraussetzungen eines staatlichen Grundrechtseingriffs zu verlangen ist. Da die Wahlfeststellung zur Grundlage der Entscheidung „Strafe oder Freispruch?“ werde, sei sie auch eine solche wesentliche Voraussetzung. Anstelle einer Positivierung der Wahlfeststellung komme aber auch eine Flexibilisierung materieller Tatbestandsvoraussetzungen in Betracht, sodass eine Wahlfeststellung gar nicht erst erforderlich sei.¹⁵⁴ Auch er verweist exemplarisch auf die Regelungen des norwegischen Strafgesetzes bezüglich Diebstahls und Hehlerei. Wenn man schon das „strafprozessuale Aschenputtel“ nicht „erschlagen“ wolle, so könne man doch wenigstens dessen Dienste überflüssig machen.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *Stuckenberg*, Erwiderung zum Streit um die echte Wahlfeststellung, JZ 2015, 714 (714).

¹⁵¹ *Ebd.*, S. 715.

¹⁵² *Stuckenberg* (Fn. 150), S. 716.

¹⁵³ *Stuckenberg*, Entscheidungsbesprechung zu BGH 2 StR 495/12, ZIS 2014, 463 (471).

¹⁵⁴ *Ebd.*, S. 472.

¹⁵⁵ *Ebd.*

3. Eigene Stellungnahme

Jeder Angeklagte gilt bis zum Beweis seiner Schuld als unschuldig, dies stellt Art. 6 Abs. 2 EMRK unmissverständlich klar. In Fällen der „echten“ Wahlfeststellung ist dieser Nachweis aber gerade nicht in der gebotenen Weise zu führen, weswegen man sich ja gerade erst dieses Konstrukts bedienen muss. Gerade im Falle des wahldeutigen Tenors wiegt die Stigmatisierung schwerer, da schließlich immer eines der beiden dem Täter bescheinigten Delikte nicht verwirklicht wurde. Der so vom RG bereits erkannte „öffentlich bescheinigte Verdacht“ lässt sich auch nicht allein durch die Konjunktion „oder“ im Tenor entschärfen. Die Öffentlichkeit wird den Täter dennoch durch beide Delikte bemakelt sehen. Darin ist ein über die reine Rechtsfolge hinausgehendes Strafübel zu erkennen, welches den Täter zudem länger verfolgen wird als die eigentliche Rechtsfolge. Daraus folgt, dass bei einer „echten“ Wahlfeststellung stets eine Belastung für den Verurteilten statuiert wird, welche einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. Zwar ist die Belastung soweit gerechtfertigt, wie der Verurteilte tatsächlich Unrecht verwirkt hat, aber eben auch nur bis dahin. Eines der beiden Delikte wurde nicht begangen und wird dennoch tenoriert. Der wahldeutige Tenor stellt also ein Strafübel dar, welches nicht auf gesetzlicher Grundlage beruht. Somit steht er im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG. Weiterhin hat der Schuldspruch, gerade der wahldeutige, sehr wohl Potential, den Täter gesellschaftlich zu stigmatisieren und ihm eine Beschwer eigener Art aufzuerlegen. Auch wenn das in den Straftatbeständen des Besonderen Teils angedrohte Strafübel das Hauptelement des rechtsstaatlichen Unrechtsausgleichs darstellen mag, so ist die belastende Wirkung eines Schuldspruchs als Eingriff in den sozialen Status des Rechtsunterworfenen nicht in Abrede zu stellen. Nicht umsonst sind viele Resozialisierungsprobleme verurteilter Sträflinge auf die Stigmatisierung zurückzuführen, die gerade aus der Verurteilung herrührt – nicht aus der konkreten Bemessung des verhängten Strafübels.

IV. Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen „*nullum crimen, nulla poena...*“ und „*in dubio pro reo*“

Der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*“ ist einer der elementaren Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit. In ihm spiegeln sich zentrale Wertentscheidungen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung wider, die auch und sogar gerade in einem Spannungsfall wie dem der Wahlfeststellung die zentrale Leitlinie des Rechtsanwenders sein müssen. Wird auf Grundlage der „echten“ Wahlfeststellung verurteilt, so wird gerade nicht wegen der klar normierten gesetzlichen Tatbestände Strafe ausgesprochen, sondern es wird vielmehr eine dritte, nicht normierte,

„entweder- oder“-Handlungsalternative geschaffen.¹⁵⁶ Dem 2. *Strafsenat* ist beizupflichten, dass dem Gesetzesvorbehalt nicht Genüge getan ist, denn hier wird Strafbarkeit ohne gesetzliche Basis begründet. Der Gesetzgeber kann sich – wie der 2. *Senat* zutreffend anmerkt¹⁵⁷ – seiner Verantwortung, diese Thematik selbst zu regeln, nicht durch den Verweis auf Richterrecht oder Rechtsfortbildung durch Lehre und Praxis entziehen. Die Verurteilung kann sich gerade nicht auf die beiden schon vorhandenen Strafgesetze stützen, denn es wurden nicht etwa beide Delikte „ein bisschen“ begangen, sondern keines davon ist mit der erforderlichen Sicherheit nachweisbar.¹⁵⁸ Der eindeutige Aussagegehalt des Art. 103 Abs. 2 GG lässt sich nicht durch das Streben nach „materieller Gerechtigkeit“ relativieren oder suspendieren. Die Wertentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers dürfen nicht hinter kriminalpolitische Bedürfnisse zurückgestellt werden.¹⁵⁹ Die vor unrechtmäßiger Strafe schützende Funktion des formell-straftbegrenzenden Art. 103 Abs. 2 GG ist gerade dann besonders relevant, wenn das Ergebnis ungerecht scheint.¹⁶⁰ Dass es zu „ungerecht“ scheinenden Freisprüchen kommt, ist aus rechtsstaatlichen Gründen hinzunehmen.¹⁶¹ Gerade in diesem Fall muss die Form geschworene Feindin der Willkür und Zwillingschwester der Freiheit sein (nach *Jhering*¹⁶²).

Die „Einzelfallgerechtigkeit“ darf, möge es auch in der konkreten Situation schwer auszuhalten sein, nicht so wichtig sein, als dass man für sie Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung durchbrechen dürfte. Die Gefahr einer schleichenden „Normalisierung“ der Ausnahme, weil immer wieder ein „praktisches Bedürfnis“ nach ihr entstehen würde, besteht und hat sich in der Vergangenheit bewahrheitet, wie die Geschichte der Wahlfeststellung nach 1945 zeigt.

Zudem beinhaltet der „in-dubio pro reo“-Grundsatz den klaren Aussagegehalt, dass bei nicht behebbaren tatsächlichen Zweifeln – welche hier bei jeder denkbaren (aber eben nur denkbaren!) – Tatvariante vorliegen, die für den Angeklagten günstigere Entscheidung zu treffen ist.¹⁶³ Im Falle nicht zweifelsfreier tatsächlicher Verurteilungsvoraussetzungen darf der Status des

¹⁵⁶ BGH, NStZ 2014, 392 (394 Rn. 25).

¹⁵⁷ *Ebd.*, S. 395 Rn. 34.

¹⁵⁸ So auch *Freund* (Fn. 134), S. 53.

¹⁵⁹ So auch *Freund* (Fn. 134), S. 43.

¹⁶⁰ So auch *ebd.*, S. 47, 50.

¹⁶¹ *Ebd.*, S. 59.

¹⁶² *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Bd. 2, 1854, S. 32.

¹⁶³ *Zopfs*, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, S. 261.

Angeklagten nicht nachteilig verändert werden.¹⁶⁴ Hier wird dies aber durch die Verurteilung nicht nur wegen eines, sondern sogar wegen zweier Delikte im Strafausspruch in „in dubio contra reum“ verkehrt.¹⁶⁵ Die Frage, welche der beiden Varianten einschlägig ist, überdeckt regelmäßig die Frage, ob denn überhaupt zweifelsfrei feststeht, dass der Angeklagte eines der beiden Delikte tatsächlich verwirklicht hat.¹⁶⁶ Dem 2. *Strafsenat* ist daher beizupflichten, dass die bisher nicht gestellte Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip dringend der Aufwerfung bedarf. Schließlich werden hier keine technischen Regelungen für das Wie der Straffeststellung und des Verfahrensablaufs getroffen, es wird ein Ob der Strafbarkeit statuiert und unter Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“ ein Strafausspruch getätigt für Taten, von denen keine zweifelsfrei feststeht. Es würde also einer gesetzgeberischen Legitimation bedürfen, nicht nur einer (zudem widersprüchlichen und inkonsistenten) Rechtsfortbildung. Hieran scheitert das gegenwärtige Konzept der „echten“ Wahlfeststellung.

E. Fazit und Ausblick

Die „echte“ Wahlfeststellung, welche den Verurteilten mit zwei alternativen Delikten belastet, von welchen er nur eines begangen haben kann, ist in ihrer gegenwärtigen Form nicht mit den strafprozessualen und verfassungsmäßigen Grundprinzipien zu vereinen. Ohne klare gesetzliche Regelung handelt es sich um eine Belastung, die dem Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB nicht entspricht. Als ein grundlegendes Prinzip der Strafgerechtigkeit kann dieser auch nicht überzeugenderweise durch Richterrecht ausgehebelt werden, nur, weil ein Tatrichter ein „praktisches Bedürfnis“ verspürt oder sich der „materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall“ verpflichtet fühlt. Die Vergangenheit des Rechtsinstituts hat gezeigt, dass Rechtsprechung ohne ausreichende Bindung an Gesetze ins Ungerechte und Willkürliche abdriften kann. Eine Rückkopplung an die urdemokratische Legitimation in Form des Gesetzgebers und seiner verfassungsmäßig gebotenen Handlungsweise ist hier unverzichtbar. Wo der Staat durch die Zulässigkeit wahldeutiger Verurteilungen intensiv in die Freiheit seiner Bürger eingreift, muss der parlamentarische Gesetzgeber umfassend die Folgen und Risiken abgewogen haben und alle gewählten Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft müssen Gelegenheit gehabt haben, am Prozess der Gesetz

¹⁶⁴ *Ebd.*, S. 261.

¹⁶⁵ *Kotsoglou*, Über die Bedeutungslosigkeit des Satzes „in dubio pro reo“, ZIS 2014, 31 (33).

¹⁶⁶ *Montenbruck*, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985, S. 185; *Kotsoglou* (Fn. 165), S. 33.

gewordenen demokratischen Willensbildung zu partizipieren. Das folgt bereits aus der Wesentlichkeitstheorie, die ihrerseits direkt in Art. 19 Abs. 1 GG wurzelt und eine grundlegende Wertentscheidung des Verfassungsgebers widerspiegelt.

Auch das *BVerfG* stellte bereits 1978 in der *Kalkar I*-Entscheidung klar:

„In einer notwendigerweise mit Ungewissheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten.“¹⁶⁷

Es bleibt zu wünschen, dass der Gesetzgeber dieses Thema auf seine Agenda nimmt und es zu einer rechtspolitischen Debatte kommt, welche die brisanten, in diesem Beitrag angerissenen Fragen und Probleme aufgreift und eine gesamtgesellschaftlich tragbare Lösung entwickelt. Nach der fachlichen Debatte im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, die zwar durchaus von juristischen Nachrichtenseiten und Blogs¹⁶⁸, aber wenig von der allgemeinen Berichterstattung aufgegriffen wurde, bleibt zu hoffen, dass auch der politische Diskurs diesem Problem Aufmerksamkeit widmet. Eine verbindlich geregelte Wahlfeststellung, die auf umfassende demokratische Legitimation zurückgreifen kann und so ausgestaltet ist, dass sowohl Rechtsunterworfenen als auch Rechtsanwender nicht länger durch den Nebel des Ungewissen lavieren, kann die lange ersehnte Klarheit schaffen. Entweder – was vorzuziehen ist – stellt man klar, dass gesetzesalternative Verurteilungen von vornherein unzulässig sind. Oder der Gesetzgeber muss selbst konkret festlegen, unter welchen Voraussetzungen und für welche Delikte sie infrage kommen. Jedenfalls ist zu hoffen, dass in einer so brisanten Materie des Strafrechts nicht auf lange Sicht das Schicksal des Angeklagten einer inkonsistenten Kasuistik auf Grundlage des sehr dehnbaren Kriteriums der „rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit“ nach richterlicher Auslegung im Einzelfall überantwortet

¹⁶⁷ BVerfGE 49, 89 – Kalkar I, Rn. 94, so auch Leitsatz 4.

¹⁶⁸ Etwa *Freund*, Keine Gerechtigkeit ohne Gesetzlichkeit, Legal Tribune Online, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-ungleichartige-wahlfeststellung-strafrecht-diebstahl-hehlerei/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019) oder *v. Heintschel-Heinegg*, Das Institut der ungleichartigen = echten Wahlfeststellung bleibt weiterhin gültig, beck-community.de, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2017/09/12/grosser-senat-des-bgh-das-institut-der-ungleichartigen-echten-wahlfeststellung-bleibt-weiterhin-gueltig> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

bleibt. Es besteht die Gefahr dogmatisch unsauberer Verurteilungen, bei denen das Recht dem „gewünschten“ Ergebnis angepasst wird und nicht umgekehrt.

Einen interessanten und diskussionswürdigen Vorschlag für eine Kodifizierung hat *Wolter* vorgestellt, der eine gesetzliche Fixierung der alternativen Verurteilung nicht nur für wünschenswert, sondern aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips für „nachgerade notwendig“ erachtet.¹⁶⁹ Der Entwurf greift zwar einige – nach hiesiger Ansicht – problematische Kriterien auf¹⁷⁰, aber als Ausgangspunkt einer dringend notwendigen Debatte eignet er sich sehr gut, zumal – wie *Wolter* selbst anmerkt¹⁷¹ – der gesetzgeberische Spielraum beträchtlich ist und sich im Gesetzgebungsverfahren noch vieles ändern würde. Aus den in diesem Prozess geschaffenen Gesetzgebungsmaterialien könnte dann der Rechtsanwender in der Praxis schöpfen, der sich nun wieder auf die originäre Aufgabe des Juristen – Gesetzesauslegung anhand des Methodenkanons – besinnen kann. Er soll schließlich kein „neues Recht schaffen“, sondern bestehendes Recht auslegen und anwenden. Gewisse Feinheiten bleiben nach wie vor dem Spielraum des Richters bzw. der Rechtsprechung im Ganzen überlassen, aber der rechtliche Rahmen wäre durch den demokratischen Gesetzgeber bereits abgesteckt und die Ergebnisse besser voraussehbar.

Jüngst hat das *Bundesverfassungsgericht* die Entscheidung des *Großen Senat für Strafsachen* bestätigt.¹⁷² Es schloss sich dem *Großen Senat für Strafsachen* dahingehend an, dass die Wahlfeststellung nur eine prozessuale Entscheidungsregel sei, die mangels materiell-strafrechtlichen Charakters schon den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG nicht berühre.¹⁷³ Auch sei die Unschuldsvermutung nicht verletzt, ein unzulässiges Verdachtsurteil ergehe nicht.¹⁷⁴ Kritisch zu betrachten sind jedoch insbesondere die angeführte „Billigung“ durch den Gesetzgeber¹⁷⁵ (siehe hierzu **D. I. und II.** dieses Beitrags) sowie die Überzeugung, hinsichtlich des Schuldgrundsatzes bestehe

¹⁶⁹ *Wolter*, Strafbemessung bei alternativen Gesetzesverletzungen und Entscheidungsnormen – Ein notwendiger Gesetzesvorschlag, GA 2013, 271 (280 f.).

¹⁷⁰ So etwa § 267a StPO-E, der den Tenor weiterhin (zulasten des Täters) alternativ fassen will und § 55a Abs. 1 S. 3 StGB-E, der zwar die „Vergleichbarkeit“ der Tatbestände an (etwas) greifbarere gesetzliche Merkmale knüpfen will, aber bei dem auch ähnliche praktische Probleme wie die bisher bekannten abzusehen sind; siehe *Wolter* (Fn. 169), S. 282, 285.

¹⁷¹ *Wolter* (Fn. 169), S. 284.

¹⁷² *BVerfG*, Beschl. v. 5.7.2019 – 2 BvR 167/18 (juris).

¹⁷³ *Ebd.*, Rn. 29.

¹⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 39.

¹⁷⁵ *Ebd.*, Rn. 44; siehe hierzu **D. I. und II.**

keinerlei Problem, da man ja von für den Angeklagten günstigen Tatsachen ausgehe¹⁷⁶ (siehe hierzu **D. III.** dieses Beitrags). Die aufgezeigten dogmatischen Bedenken gegen das Richterrechtsinstitut der echten Wahlfeststellung lassen sich nur durch den Strafgesetzgeber selbst ausräumen. Dieser wird allerdings nun, da sowohl *BGH* als auch *BVerfG* die Rechtsfigur bestätigt haben, in absehbarer Zeit (leider) keinen Handlungsbedarf sehen. Ein „praktisches Bedürfnis“ nicht nur der Rechtsanwender, sondern der gesamten Rechtsgemeinschaft besteht nicht nach einer unbedingten Verurteilung, sondern nach einer klaren Regelung, die das Verlangen nach „Einzelfallgerechtigkeit“ contra legem erst gar nicht aufkommen lässt. Auf diese Weise wird man auch dem Ideal der rechtsstaatlichen Grundpfeiler „in dubio pro reo“ und der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK gerecht.

Um es mit den Worten des Literaturnobelpreisträgers *Romain Rolland* auf den Punkt zu bringen:

„Die Gerechtigkeit wächst nicht auf einem mit Lastern gedüngten Boden“.¹⁷⁷

¹⁷⁶ *Ebd.*, Rn. 33; siehe hierzu **D. III.**

¹⁷⁷ So der Charakter *Jerôme* im Theaterstück *Ein Spiel von Tod und Liebe* (*Le jeu de l'amour et de la mort*), 1928, S. 118.