

Entscheidungsbesprechung

Zur Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung

I. Der 2. Strafsenat beabsichtigt zu entscheiden:

1. Die richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

2. Eine wahldeutige Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei ist daher unzulässig.

II. Der Senat fragt bei den übrigen Strafsenaten an, ob sie der beabsichtigten Entscheidung zustimmen und entgegenstehende Rechtsprechung aufgeben.

(Tenor der Entscheidung)

GG Art. 103 Abs. 2
StGB §§ 1, 242, 259
GVG § 132

BGH, Beschl. v. 28.1.2014 – 2 StR 495/12¹

I. Einführung

Es geschieht selten und für den justizexternen Beobachter dann oft überraschend, dass seit Jahrzehnten praktizierte und ebenso lang umstrittene richterrechtliche Institute ein jähes Ende finden. Oft sind die Argumente für und wider lange bekannt, neue lassen sich kaum mehr finden, der Meinungskampf ist erlahmt. Und doch genügt bisweilen ein unbekannter Anstoß, um fest gefügt erscheinende Rechtsüberzeugungen und die darauf gebauten Rechtsinstitute im Nu hinwegzufegen, als ob es sie nie gegeben hätte, wie bei der vor 20 Jahren² untergegangenen fortgesetzten Handlung. Nicht nur ein Federstrich des Gesetzgebers kann Bibliotheken zu Makulatur werden lassen. Der 2. Strafsenat des BGH hat mit seinem Anfragebeschluss nun für die kurz darauf 80 Jahre alt gewordene³ echte Wahlfeststellung das Totenglöckchen probeläuten lassen. Ob es zur Beerdigung kommen wird, bleibt abzuwarten. Spontane Zustimmung der anderen vier Senate ist bisher nicht bekannt geworden.

Es ist zu begrüßen, dass der Senat die Frage der Legitimation der echten Wahlfeststellung endlich frontal und grundlegend anhand verfassungsrechtlichen Maßstabs angeht. Die tragenden Erwägungen sind indes nur zum Teil überzeugend und erfordern im Übrigen Widerspruch.

Um die Untersuchung der Entscheidung zu entlasten, erscheint es hilfreich, die Topographie des Problemfelds vorab zu skizzieren:

¹ Der Beschluss ist online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2014-1-28&nr=67965&pos=2&anz=29>

sowie abgedruckt in NStZ 2014, 392; dazu Jahn, JuS 2014, 753; Schuhr, NStZ 2014, 437; Wagner, ZJS 2014, 436.

² Infolge BGHSt (GS) 40, 138.

³ Sie wurde erstmals anerkannt in RG (Vereinigte Strafsenate), Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257.

II. Problemaufriss: Entscheidungen bei Tatsachenzweifel

1. Materieller und prozessualer Tatbestand

Die Normen des materiellen Strafrechts, die an bestimmtes menschliches Verhalten die Rechtsfolge bestimmter Straftypen knüpfen, sind für ideale Anwendungsbedingungen formuliert, d.h. das Strafgesetz legt nicht selbst seine Anwendungsbedingungen fest⁴ und zählt somit die Voraussetzungen der Bestrafung nur unvollständig auf. Da Strafe im deutschen Recht nur als Spruchstrafe (*poena ferendae sententiae*)⁵ durch ein Gericht aufgrund des in der StPO vorgeschriebenen Verfahrens verhängt und erst nach dessen rechtskräftigem Abschluss vollstreckt werden kann, kommt dem Verfahrensrecht die Aufgabe zu festzulegen, unter welchen zusätzlichen Bedingungen die Rechtsfolge „Strafe“ ausgelöst wird. Die vollständige Menge der rechtlichen Voraussetzungen zur Strafverhängung versammelt also erst, wie schon Kelsen dargelegt hat,⁶ ein prozessualer oder, in der Terminologie von Plósz,⁷ „praktischer“ Tatbestand, der den materiellen oder „idealen“ Tatbestand als Teilmenge enthält.

Zur Abgrenzung von materiellem und formellem Strafrecht bietet sich daher die von Hilde Kaufmann in ihrer dieser Unterscheidung gewidmeten grundlegenden Arbeit herausgearbeitete Frage an, ob eine Regelung abstrahiert von allen denkbaren Anwendungskontexten oder nur im Prozess eine Rolle spielt:

„Müßte der Eintritt bzw. Nichteintritt der Strafe, falls er ohne Prozeß möglich wäre, vom Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Verjährung, des Strafantrages, der Amnestie, der Zuständigkeit des Gerichts, dem Vorliegen einer Anklageschrift usw. abhängen oder wäre dieser Umstand dann nicht zu berücksichtigen, weil er sinnlos geworden ist?“⁸

⁴ Schuhr, NStZ 2014, 437 (438 ff.), nimmt an, die Strafdrohungen könnten ihre eigenen Nachweisbedingungen enthalten – das ist natürlich möglich, doch warum sollten sie, wenn es das Prozessrecht gibt? Zu Recht stellt er dann fest (S. 439 re. Sp.), dass sie keine expliziten, vielleicht sogar gar keine eigenen Nachweisbedingungen enthalten.

⁵ Tatstrafen (*poenae latae sententiae*), die nach Tatbegehung von selbst eintreten, kennt wohl nur noch das kanonische Recht, can. 1314 Codex Iuris Canonici 1983.

⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 242 ff., 246: „Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll eine bestimmte Strafe über ihn verhängt werden, sondern: Wenn das zuständige Gericht in einem durch die Rechtsordnung bestimmten Verfahren rechtskräftig festgestellt hat, daß ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine bestimmte Strafe verhängen.“, ebenso ders., Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 41, 105, 195 mit Fn. 167 auf S. 348.

⁷ Plósz, in: Festschrift für Adolf Wach, 1913, Bd. 2, S. 3 (9 ff., 21 ff.).

⁸ H. Kaufmann, Strafanspruch Strafklagerecht, Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, 1968, S. 134; zust.

2. Entscheidungsregeln

Die Anwendung einer generell formulierten Norm auf einen konkreten Sachverhalt bedarf der Begründung. Der prozessuale Tatbestand verlangt dafür eine die Rechtsgemeinschaft überzeugende – d.h. bei uns: wahrheitsdefinite – Existenzbehauptung der Elemente der von den materiellen Tatbestandsmerkmalen definierten Tatsachenklassen.⁹

Wann eine solche Existenzaussage gelungen ist, legen die prozessualen Bestimmungen über die Art der Tatsachenfeststellung, namentlich das zu erreichende Beweismaß fest. Ob Orakelbefragung oder conviction intime, Konsens oder Strengbeweis usw. geboten sind, darüber sagt das materielle Recht nichts. Es sind schließlich *prozessuale Entscheidungsregeln*,¹⁰ die an einen prozessualen Befund (das Ergebnis der Beweiswürdigung) eine prozessuale Rechtsfolge (Urteilsspruch) knüpfen, die im Fall der Sachentscheidung stets auch eine bindende Aussage über die im materiellen Strafgesetz vorgesehene Rechtsfolge enthält, also z.B. besagt, dass die zur Überzeugung des Gerichts gem. § 261 StPO feststehende Instantiierung des materiellen Tatbestands zum Schuld- und Strafausspruch gemäß der betreffenden Norm des StGB führen muss, welche umgekehrt bei feststehender Nichtverwirklichung nicht ergehen dürfen.¹¹

Das materielle Recht sagt auch nichts dazu, wie zu verfahren ist, wenn das Beweismaß weder für eine eindeutig positive noch eine negative Aussage erreicht ist. Kein Gericht verfügt über eine „Fotografie der angeklagten Tat“¹² bzw. eine exakte Aufzeichnung aller subsumptionsrelevanten Umstände (einschließlich der subjektiven), Tatsachenzweifel sind vielmehr das täglich Brot der Tatsacheninstanz. Art und Umfang des Zweifels bestimmen seine rechtliche Relevanz.

Der Bereich des trotz Ausschöpfung aller Aufklärungsmöglichkeiten endgültig unbehebaren Tatsachenzweifels oder non liquet, wonach für die angeklagte Tat wenigstens zwei Ablaufvarianten verbleiben, wird bislang im deutschen Recht durch fünf ungeschriebene Entscheidungsregeln regiert,

die sich in folgender Ordnung zu prüfen empfiehlt:¹³ (1) in dubio pro reo (Freispruch bei einer straffreien Tatalternative), (2) unechte, weil gleichartige Wahlfeststellung oder bloße Tatsachenalternativität (in allen Tatvarianten ist dasselbe Strafgesetz erfüllt: eindeutige Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage), (3) in dubio mitius (die Tatvarianten erfüllen verschiedene Strafgesetze, die in einem Stufenverhältnis stehen: Verurteilung aus dem mildesten Gesetz), (4) die echte, ungleichartige Wahlfeststellung (die Tatvarianten erfüllen verschiedene Strafgesetze, die „rechtsethisch und psychologisch vergleichbar“ sind: wahldeutige Verurteilung, Strafe aus dem mildesten Gesetz) und (5) Freispruch infolge fehlender Überzeugung von der Verwirklichung eines bestimmten Strafgesetzes (= mehrfache Anwendung des Zweifelssatzes).

Wendet man die *Kaufmannsche Testfrage*¹⁴ an, so steht fest, dass alle diese Entscheidungsregeln einschließlich der echten Wahlfeststellung dem formellen Recht angehören, denn träte Strafe auch ohne Prozess ein (als Tatstrafe), so gäbe es keinen Beweis Zweifel und alle Entscheidungsregeln wären sinnlos.

Alle diese Entscheidungsregeln lassen sich nicht logisch ableiten, sondern beruhen auf normativen Wertentscheidungen.¹⁵ Die ersten drei und die letzte Regel sind recht unkompliziert zu begründen: Steht in der ersten Fallklasse nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass sich der Angeklagte strafbar gemacht hat, so ordnet in dubio pro reo an, die fehlende Überzeugung von der Strafbarkeit mit der Überzeugung von der fehlenden Strafbarkeit gleichzusetzen und dieselbe Rechtsfolge auszusprechen:¹⁶ kein Schuldspruch bzw. (Teil-)Freispruch¹⁷. Denn den Strafeingriff auf Verdacht zu gründen, wäre willkürlich.¹⁸ In der zweiten Konstellation steht fest, dass der Angeklagte ein bestimmtes Strafgesetz verletzt hat, aber etwa nicht, wann. Schuld- und Strafausspruch ruhen somit auf der Überzeugung des Gerichts. Solche rein tatsächlichen Ungenauigkeiten müssen hingenommen werden, sollen Verurteilungen überhaupt möglich sein, denn wenn man versucht, einen Sachverhalt so genau („feinkörnig“) wie möglich zu beschreiben, wird man stets an einen Punkt kommen, wo sich Zweifel einstellen. In der dritten Situation stehen die

Frisch, in: Roxin u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, S. 273 (278 f.).

⁹ Eingehend zum Ganzen Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 457 ff.

¹⁰ Zum Begriff der Entscheidungsregel schon Frisch (Fn. 8), S. 283; Stuckenberg (Fn. 9), S. 469 ff.; ders., in: v. Heintzel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 68. Erg.-Lfg., Stand: August 2013, § 261 Rn. 85; Wolter, GA 2013, 271 (272 f.).

¹¹ Man kann die Norm für das negative Resultat schon in Art. 103 Abs. 2 GG verorten, vgl. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 53 ff. mit Fn. 2 f.; Stuckenberg (Fn. 9), S. 465, worauf es aber nicht ankommt; festzuhalten ist nur, dass es eine separate Norm dafür geben muss, denn logisch folgt aus der positiven Anordnung der Rechtsfolge nichts für den Fall der Negation, ausführlich Koch/Rüßmann, ebda.

¹² Glaser nach v. Bar, GA 15 (1867), 569 (572 f.); wieder aufgegriffen von Jakobs, GA 1971, 257 (267).

¹³ Dazu Stuckenberg (Fn. 10), § 261 Rn. 85-158; Überblick bei dems., JA 2000, 568 ff.; dems., JA 2001, 221 ff.

¹⁴ Oben bei Fn. 8.

¹⁵ Zutr. Joerden, Logik im Recht, 2005, S. 62.

¹⁶ A.A. jüngst Kotsoglu, ZIS 2014, 31 ff., der diese Gleichsetzung als Inhalt der Unschuldsvermutung (ibid. S. 42) ansieht, weshalb der Zweifelssatz inhaltsleer sei. Diese Interpretation ist gewiss möglich, siehe nur Stuckenberg (Fn. 9), S. 461 f. m.w.N., reduziert die Unschuldsvermutung jedoch sehr und verkennt damit ihre Stoßrichtung. Als neu kann diese Sicht nur ausgeben, wer wie Kotsoglu (ibid. S. 33) die „übliche Vorgehensweise“ der Auswertung bisheriger Literatur für hinderlich hält.

¹⁷ Zur Frage, wann Freispruch und Teilfreispruch zu ergehen haben, siehe nur Stuckenberg, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 260 Rn. 37 ff., 51 ff. m.w.N.

¹⁸ Stuckenberg (Fn. 9), S. 523 ff.; ders. (Fn. 10), § 261 Rn. 87.

in den Tatalternativen verletzten Strafgesetze im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz, d.h. es steht jedenfalls die Verwirklichung des nachrangigen (generellen, subsidiären, konsumierten) Tatbestandes in allen denkbaren Varianten fest, die Zweifel betreffen allein den vorrangigen Straftatbestand; auch hier wird nur aus einem feststehenden Gesetz verurteilt, das nicht sicher feststehende vorrangige Gesetz wird nebst der Konkurrenzregel nicht angewandt. Auch hier ruhen Schuld- und Strafausspruch auf der Überzeugung des Gerichts. In der letzten Konstellation steht kein Tatbestand zur Überzeugung des Gerichts fest, weshalb auch aus keinem verurteilt wird – obschon feststeht, dass der Angeklagte ein bestimmtes Mindest-Strafquantum verwirkt hat, so dass immerhin der Strafausspruch auf der Überzeugung des Gerichts ruhen würde, was nur bei unbegrenzter Zulassung der ungleichartigen Wahlfeststellung zur Verurteilung genügen würde. Die vierte Situation unterscheidet sich von der fünften nur darin, dass die fraglichen Delikte in einer Ähnlichkeitsbeziehung stehen; mit dieser Einschränkung wird nach h.M. eine wahldeutige Verurteilung möglich.

3. Die echte Wahlfeststellung – ein prozessuales Aschenputtel

a) Die normative Lage

Die prozessuale Situation, die die echte Wahlfeststellung lösen soll, ist seit langem und keineswegs nur im deutschen Recht bekannt:¹⁹ Es steht fest, dass der Angeklagte sich entweder nach dem einen oder nach dem anderen Gesetz strafbar gemacht hat, aber es bleibt unaufklärbar, nach welchem. Die Situation mag durch Zufälligkeiten der Beweislage bedingt sein oder durch die spezielle Fassung der in Frage kommenden Tatbestände, wie in dem deutschen Standardbeispiel von Diebstahl und Hehlerei, die sich – bezogen auf dasselbe Tatobjekt – gegenseitig ausschließen.

Die Besonderheit besteht gegenüber den ersten drei oben genannten Konstellationen darin, dass die Überzeugung des Gerichts für Tatbestandsvoraussetzung und Rechtsfolge verschieden ausfällt: Während es nicht überzeugt ist, dass ein *bestimmter* Tatbestand erfüllt ist, ist es aber überzeugt, dass die Rechtsfolge Strafe in bestimmtem Umfang – dem allen Geschehensalternativen gemeinsamen (mithin kleinsten) Strafquantum – begründet ist, so dass es zwar keinen eindeutigen Schuldspruch, wohl aber einen eindeutigen Strafausspruch treffen kann. Normlogisch besteht daher am Eintritt der Rechtsfolge der Bestrafung kein Zweifel.²⁰

Zweifel an der Richtigkeit der Bestrafung ergeben sich vielmehr aus zusätzlichen Erwägungen: Ob es genügt, dass

eine Straftat nicht specific, sondern nur in summa feststeht, ist in mehrerlei Hinsicht erörterungsbedürftig: So könnte bereits der nullum crimen-Satz das Erfordernis enthalten, das verletzte Strafgesetz eindeutig festzustellen (dazu unten III.). Zudem ist die Überzeugung vom Vorliegen eines bestimmten Straftatbestandes nicht nur eine technische Rechtsanwendungsvoraussetzung, die in den Urteilsgründen zu nennen ist, sondern wird übersetzt in eine gesonderte Rechtsfolge, die selbst Sanktionscharakter hat, nämlich den Schuldspruch, dessen „Stärke und Wucht“ und „nachhaltiger Eindruck“ bei Eindeutigkeit wohl am größten sind und bei disjunktiver Fassung nachlassen.²¹ Technische Probleme der Fassung des Schuldspruchs, des Registereintrags etc. schließen sich an. Auch hinsichtlich der Rechtsfolge Strafe fragt sich, wie spezifisch sie feststehen muss oder sollte: Genügt es, dass Strafe überhaupt begründet ist, um dann das feststehende Minimum zu verhängen, oder muss es die gleiche Straftat oder gar derselbe Strafraum sein? Hindert es, dass die Strafzumessungserwägungen in den Tatalternativen ggf. recht unterschiedlich ausfallen können, so dass das reale Schuldquantum möglicherweise verfehlt wird, oder ist das hinnehmbar, weil darin kein prinzipieller Unterschied zur eindeutigen Verurteilung auf eindeutiger wie auf wahldeutiger Tatsachengrundlage liegt, bei der ebenfalls wesentliche Tatmodalitäten und Motivlagen und damit Strafzumessungstatsachen zweifelhaft bleiben mögen, so dass nur ein Schuldminimum zweifelsfrei feststellbar ist?²² Schließlich, und das ist die wichtigste Frage, ist zu klären, ob die wahldeutige Verurteilung die als maßgebend angesehenen Strafzwecke in gleicher Weise wie die eindeutige Verurteilung oder jedenfalls noch in genügendem Maße erfüllt.²³

Insgesamt ist also zu entscheiden, wie differenziert²⁴ die Prämissen und die Rechtsfolgen feststehen müssen, um eine Verurteilung zu erlauben.²⁵ Ob diese Entscheidungen bereits aus dem geltenden Recht ableitbar sind oder nicht und, falls nein, wie sie ausfallen sollten, ist seit rund 150 Jahren im deutschen Recht umstritten.

²¹ RGSt 68, 257 (261).

²² Zutr. Jakobs, GA 1971, 257 (267).

²³ Dazu Jakobs, GA 1971, 257 (262, 267 ff.); J. Schulz, JuS 1974, 635 (639 f.); Frister, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Nach § 2 Rn. 85 ff.; Stuckenberg (Fn. 10), § 261 Rn. 150; Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 261 Rn. 100, 104; Wolter, GA 2013, 271 (277 ff.).

²⁴ So schon Löwe/Hellweg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1904, § 292 Anm. 2.

²⁵ Dem entspricht die Frage, wie differenziert die Entscheidungsregel des Zweifelssatzes zu fassen ist: Genügt es, dass die Strafbarkeit feststeht, dann ist der Zweifelssatz von der echten Wahlfeststellung nicht berührt; muss hingegen jeder Tatbestand feststehen, dann stellt die Verhängung der günstigeren Sanktion die Entscheidung pro reo dar, Deubner, JuS 1962, 21 Fn. 6; Wolter, GA 2013, 271 (276).

¹⁹ Es ist auch kein Spezifikum des Strafrechts, dass eine Rechtsfolge alternativ durch verschiedene Tatbestände begründet ist, dies kann vielmehr in jedem Rechtsgebiet vorkommen, vgl. nur Zeiler, ZStW 40 (1919), 168 (179); Endruweit, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, 1973, S. 307 ff.

²⁰ Joerden (Fn. 15), S. 53; Schuhr, NSTZ 2014, 437 (438 f.). Damit ist natürlich noch keine *normative* Begründung geleistet.

b) Rechtspolitische Erwägungen

Der Reichsjustizgesetzgeber hatte sich zur heutigen echten Wahlfeststellung nicht geäußert, aber die Vorläuferfrage, ob es zulässig sei, alternativ gefasste Fragen an die Geschworenen zu stellen, was etwa Württemberg und Sachsen erlaubten,²⁶ offen gelassen, weil diese in der Rechtswissenschaft noch lebhaft erörtert werde, ohne dass bisher ein festes Prinzip gefunden sei.²⁷

Während das Reichsgericht 55 Jahre lang bis 1934 nur die gleichartige Wahlfeststellung erlaubte, fanden sich auch im namhaften Schrifttum Verfechter einer teils unbegrenzten, teils rechtsgutsbezogenen Zulassung der ungleichartigen Wahlfeststellung,²⁸ die sich im Wesentlichen auf zwei Argumenttypen stützten: Das erste Argument hält einen Freispruch, der ergeht, obwohl keine straflose Geschehensalternative in Betracht kommt, schlicht für ungerecht und beruft sich dafür auf das „Rechtsgefühl“ oder den „gesunden Menschenverstand“, später auf „kriminalpolitische Notwendigkeiten“; namentlich der juristische Laie könne dieses Ergebnis nicht verstehen, wohl nicht einmal der Angeklagte selbst.²⁹

Das zweite Argument hängt sich an das erste an und beruht auf Beobachtungen, dass Tatrichter, um einen auch von ihnen als ungerecht empfundenen Freispruch zu vermeiden, sich dazu hinreißen lassen, an sich vorhandene Zweifel zu überwinden und eindeutige Feststellungen – nicht stets des mildernden Gesetzes – vorzugeben, also tatsächlich ein geringeres Beweismaß als das gesetzlich von § 261 StPO erforderte genügen zu lassen. Schlagkraft gewinnt das Argument daraus, dass es sich nicht bloß um einzelne Fälle richterlichen Rechtsbruchs durch „verwerfliche Schleichmittel“³⁰ handele, sondern um eine allgemeine Übung,³¹ zumal noch in der

Nachkriegszeit sogar Anleitungsbücher dazu aufriefen,³² die sich gut hinter einer einst rein subjektiv verstandenen richterlichen Überzeugung verstecken ließ. Insoweit ist die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung auch Ausdruck rechtsstaatlichen Skrupels.³³

c) Die wechselvolle Karriere als geltende Rechtsnorm

Der dritte Deutsche Richtertag sprach sich 1913 mit nur einer Gegenstimme für die unbeschränkte Einführung der echten Wahlfeststellung aus³⁴ und eine Strafrechtskommission des Preußischen Richtervereins forderte 1921 vom Gesetzgeber eine dahingehende Vorschrift.³⁵ Die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts haben sich allerdings erst 1934 dazu durchgerungen, dem „Mißstand“,³⁶ dass im Zweifelsfall, ob Diebstahl oder Hehlerei vorliege – Delikte, die derselben sittlichen Missbilligung unterlägen –, nach bisheriger Rechtsprechung Freispruch ergehen musste, durch einen offenen Akt der Rechtsfortbildung abzuwenden, die echte Wahlfeststellung aber – entgegen der Vorlage des *1. Strafsenats*³⁷ – ansonsten nicht zuzulassen aus „Rücksicht auf die Sicherheit der Urteilsfindung und auf die Gerechtigkeit der Urteilswirkung“³⁸. Mit den berüchtigten Änderungsgesetzen vom 28.6.1935 hat das nationalsozialistische Regime durch Einfügung von § 2b StGB³⁹ und § 267b StPO die echte Wahlfeststellung allgemein zugelassen.⁴⁰ Der Alliierte Kontrollrat hat § 2b

²⁶ Art. 371 der Württembergischen StPO von 1868; § 54 des Sächsischen Gesetzes über das Verfahren vor den Geschworenengerichten vom 1.10.1868.

²⁷ Hahn/Stegemann (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 223.

²⁸ Literatur bis 1867 listet v. *Tippelskirch*, GA 15 (1867), 449 f., auf; der Meinungsstand bis 1932 ist nachgezeichnet bei *Nüse*, Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, 1933, S. 5 ff., 20 ff. Siehe auch *Löwe/Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 17. Aufl. 1927, § 267 Anm. 4b; v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 44 f.; sowie die Nachw. in RGSt 68, 257 f.; RG JW 1934, 294 (295); OGHSt 2, 89 (91 f.).

²⁹ Statt vieler seien hierzu zwei der eifrigsten Befürworter der unbeschränkten Wahlfeststellung genannt: *Rumpf*, Der Strafrichter, Bd. 2, 1913, S. 1-226, insb. 141 ff.; *ders.*, DRiZ 1913, Sp. 767 (792 f.) und der auch am Plenarbeschluss beteiligte spätere Reichsgerichtsrat *Zeiler*, DRiZ 1914, Sp. 521 ff.; 569 ff.; *ders.*, ZStW 40 (1919), 168; *ders.*, ZStW 42 (1921), 665; *ders.*, ZStW 43 (1922), 596; *ders.*, ZStW 64 (1952), 156; *ders.*, ZStW 72 (1960), 4.

³⁰ *Zeiler*, ZStW 40 (1919), 168 (170).

³¹ Siehe nur *Zeiler*, ZStW 40 (1919), 168 (170, 177, 181); *ders.* im Geleitwort zu *Nüse* (Fn. 28), S. 1 f.; *ders.*, Meine Mitarbeit, 1938, S. 39 f.; sowie die Beispiele bei *Rumpf*

(Fn. 29), S. 65-110; *Zeiler*, ZStW 43 (1922), 596; *Nüse* (Fn. 28), S. 77 ff.; umfangr. Nachweise bei *Günther*, Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 89 Fn. 114.

³² *Koeniger*, Die Hauptverhandlung in Strafsachen, 1966, S. 551; dazu *Tröndle*, in: Jescheck u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 1985, Anhang zu § 1 Rn. 63; krit. *Günther* (Fn. 31), S. 34 f.

³³ Vgl. nur *Zeiler* (Fn. 31); *Tröndle* (Fn. 32), Anh. § 1 Rn. 63; *Deubner*, JuS 1962, 21; *J. Schulz*, JuS 1974, 635 (638).

³⁴ Abgedruckt in DRiZ 1913, Sp. 694 ff., 767, 792 f., 812. Der von *Rumpf* vorgeschlagene Leitsatz VII (Sp. 792) lautete: „Eine Handlung ist auch dann strafbar, wenn sie gegen eins von mehreren Strafgesetzen verstößt, wenn sich aber nicht feststellen läßt, gegen welches. Die Strafe ist aus dem Gesetze zu bestimmen, das die mildeste Strafe, bei ungleichen Strafarten die mildeste Strafart androht. [...]“. Die Formulierung ist indes misslungen, weil es nicht um eine Handlung geht, krit. schon *Zeiler*, DRiZ 1914, Sp. 521 (533), siehe ferner unten Fn. 89.

³⁵ *Zeiler* (Fn. 31), S. 43.

³⁶ RGSt 68, 257 (262).

³⁷ Versehentlich abgedruckt in JW 1934, 294 ff., vgl. die Erklärung des Senatspräsidenten dort S. 366.

³⁸ RGSt 68, 257 (260).

³⁹ § 2b StGB lautete: „Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.“

⁴⁰ RGBI. I 1935, S. 839; 844.

StGB mit Kontrollratsgesetz Nr. 11⁴¹ wieder aufgehoben; § 267b StPO fiel demzufolge weg⁴².

Die Gerichte befanden alsbald, dass das Kontrollratsgesetz eine Weiterführung der reichsgerichtlichen Judikatur nicht hindere;⁴³ dieser Ansicht schlossen sich der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone,⁴⁴ der Bundesgerichtshof⁴⁵ und der Bundesgesetzgeber⁴⁶ an. Der BGH ging allerdings über die Rechtsprechung des RG deutlich hinaus, indem er die Wahlfeststellung im Rahmen der von *Kohlrausch* zu § 2b StGB geprägten Formel der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“⁴⁷ der betroffenen Tatbestände zuließ. Dieser Rechtszustand besteht bis heute fort und hat zu einer dichten Kasuistik geführt. Das Schrifttum stimmt der Rechtsprechung im Grundsatz mehrheitlich zu, kritische Stimmen, deren Zahl in jüngerer Zeit wächst, gibt es in verschiedener Intensität.⁴⁸

Insgesamt ist die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung mehr Aschenputtel als Lichtgestalt: Zwar verrichtet sie nach überwiegender Ansicht eine notwendige Aufgabe, um die Rechtsprechung ihrem vornehmsten Ziel, der Erzielung gerechter Ergebnisse, näher zu bringen, richtig geliebt wird die Wahlfeststellung dennoch von kaum jemandem und viele lassen sie nur mit schlechtem Gewissen und stetem Tadel gewähren, weil sie mit ihren zwielichtigen (wohl eher bloß unverstandenen) Geschwistern (den anderen Entscheidungsregeln, s.o.) in einem „Irrgarten“⁴⁹ haue, ihre Methoden (der „rechtsethische und psychologische“ Vergleich) fragwürdig, ihre Ergebnisse unsauber (etwa wegen der sog. „Verrufswirkung“ des alternativen Schuldspruchs) und ihre Herkunft dubios bis illegitim erscheinen und auf ihrer Jugendzeit ein brauner Schatten liegt. Zu letzterem sei ein Exkurs erlaubt:

d) Typisch nationalsozialistisches Rechtsdenken?

Nur oberflächliche Betrachtung kann zu der jüngst wieder anzutreffenden⁵⁰ Ansicht führen, bei der echten Wahlfeststel-

lung handele es sich um „typisch nationalsozialistisches Rechtsdenken“. Denn keineswegs wird ein Rechtsgedanke schon allein dadurch, dass er dem nationalsozialistischen Gesetzgeber gefiel, dieser ihn sich zu eigen machte und eifrige Gefolgsleute ihn ideologisch vereinnahmten,⁵¹ in ein Produkt nationalsozialistischer Ideologie verwandelt, wie etwa an den Maßregeln der Sicherung und Besserung oder dem Mordtatbestand⁵² ersichtlich. Zu zeigen wäre vielmehr, dass der Rechtsgedanke außerhalb der NS-Ideologie keine Plausibilität (mehr) aufweist.

Dagegen spricht hier schon entscheidend, dass „die große Controverse“⁵³ über die Zulassung alternativer Fragestellungen und dann auch alternativer Feststellungen seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts intensiv diskutiert wurde⁵⁴ und nach der Jahrhundertwende die Zulassung der Wahlfeststellung zunehmende und schließlich weite Zustimmung wie etwa auf dem Richtertag 1913⁵⁵ fand, lange bevor die NS-Ideologie entstand. Die von der damaligen Wissenschaft vorgeschlagenen Gesetzentwürfe⁵⁶ unterscheiden sich sachlich kaum vom späteren § 2b StGB.

(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Anh. § 1 Rn. 4, nur, dass der Kontrollrat die Norm als „typisch nationalsozialistisch“ aufgehoben habe; die Einschätzung des Kontrollrats war freilich insoweit irrig; offenbar genügte ihm schon die seines Erachtens zu starke Ausdehnung richterlicher Befugnisse, so *Zeiler*, ZStW 64 (1952), 156; s.a. *Lazi* (Fn. 43), S. 57 ff.

⁵¹ Auch dies gelang bei der Wahlfeststellung nicht ohne Mühe: Zwar bemüht sich etwa der 1. Strafsenat des RG in seinem Entwurf eifrig um entsprechende Einfärbung, JW 1934, 294 (297), überzeugte damit aber weder *H. Mayer*, *ibid.* S. 294 f., noch *Lobe*, GS 104 (1934), 160 (163), die beide meinten, die Wahlfeststellung habe mit der „neuen Weltanschauung“ nichts zu tun. Später fand *Nüse*, DR 1937, 18, dass der § 2b StGB nur das ausspreche, was zuvor schon für zulässig erklärt worden sei, beeilte sich dann aber (S. 20) zu beteuern, dass die Ablehnung der Wahlfeststellung nicht mit der nationalsozialistischen Weltanschauung vereinbar sei. Auch *Strobach*, Die Wahlfeststellung im Strafverfahren nach der Novelle vom 28. Juni 1935, 1937, S. 1, behauptete, dass der „neue Geist“ in §§ 2b StGB, 267b StPO „in besonderem Maße zum Ausdruck“ komme. Der RGRat *Schwarz*, DJZ 1936, Sp. 209 (213), erklärte § 2b gar zur Durchführungsvorschrift des Grundsatzes „nullum crimen sine poena“. Siehe auch die Nachw. bei *Lazi* (Fn. 43), S. 59 ff., 79 ff.

⁵² Der am 4.9.1941 erlassene § 211 StGB lehnt sich bekanntlich eng an Art. 52 des Vorentwurfs von *Stooss* zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1894 an, was gegenwärtig aber selbst Justizministern entgangen zu sein scheint.

⁵³ *Glaser*, Die Fragestellungen im Schwurgerichtsverfahren (1862), in: *ders.*, Schwurgerichtliche Erörterungen, 2. Aufl. 1874, S. 59.

⁵⁴ Oben Fn. 28.

⁵⁵ Oben Fn. 34.

⁵⁶ Abgedruckt bei *Nüse* (Fn. 28), S. 64 ff.; vgl. den Entwurf eines § 6a StGB des Strafrechtsausschusses der Münchener Juristischen Studiengesellschaft, dem u.a. *Beling* und *Frank*

⁴¹ KontrollRABl. 55.

⁴² Art. III KRG 11; vgl. die Neubekanntmachung der StPO durch Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit usw. v. 12.9.1950, BGBl. I 1950, S. 455 (629 ff.).

⁴³ Nachw. bei *Lazi*, In welchem Umfang ist eine Wahlfeststellung heute noch möglich und zulässig?, 1952, S. 42 ff.

⁴⁴ OGHSt 2, 89 (93).

⁴⁵ BGHSt 1, 127 (128), 275 (276); 302 (304); s.a. BGHSt 9, 390 (393 ff.); 21, 152 (153 f.).

⁴⁶ BT-Drs. I/3713, S. 19.

⁴⁷ *Kohlrausch*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 34. Aufl. 1938, § 2b Anm. II.3, weil eine Wahlfeststellung ohne diese Einschränkung „nicht angehe“.

⁴⁸ Siehe nur die Nachw. bei *Frister* (Fn. 23), Nach § 2 Rn. 54 ff., 76 ff.; *Sander*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 261 Rn. 145 ff.; *Stuckenberg* (Fn. 10), § 261 Rn. 136, 147 ff.; *Velten* (Fn. 23), § 261 Rn. 101 ff.

⁴⁹ So der Titel von *Drehers* Aufsatz in MDR 1970, 369.

⁵⁰ *Wagner*, ZJS 2014, 436 (440); differenzierter (nur § 2b) *Endruweit* (Fn. 19), S. 39 Fn. 93. Hingegen berichten *Frister* (Fn. 23), Nach § 2 Rn. 6, und *Schmitz*, in: Joecks/Miebach

Dass das Ziel der Wahlfeststellung die Beförderung materiell gerechter Entscheidungen ist, genügt ebenso wenig⁵⁷ zur Klassifizierung als NS-Unrecht, denn so hatte schon der sächsische Gesetzgeber von 1868 die Zulässigkeit alternativer Fragen begründet⁵⁸ und schließlich ist die materielle Gerechtigkeit selbstredend auch im Grundgesetz eine Komponente des Rechtsstaatsprinzips⁵⁹. Es kommt vielmehr darauf an, was man unter „materieller Gerechtigkeit“ versteht und in welches Verhältnis materielle und formelle Gerechtigkeit gesetzt werden. Hier ist überdies weniger klar als oft ohne Begründung behauptet, dass die Momente der formellen Gerechtigkeit (des formellen Rechtsstaats) wie Rechtssicherheit usw. durch die Wahlfeststellung überhaupt gefährdet sind, denn sowohl Voraussetzungen als auch Rechtsfolge der Wahlfeststellung *an sich* (noch ohne Einschränkungen) sind scharf konturiert und vollkommen berechenbar. In der Diskussion vor 1933 begegnet der Kontrast von beklagtem „Formalismus“ – namentlich der Judikatur von PrObTrib und RG, die eine Wahlfeststellung nur innerhalb von Tatbestandsalternativen erlaubte – und „sachlich Notwendigem“ zwar schon früh,⁶⁰ eben weil es um das für richtig gehaltene Ergebnis⁶¹ ging. Man darf zudem nicht vergessen, dass das Rechtsdenken nach der Jahrhundertwende von der Freirechtsschule, die Begriffsjurisprudenz und staatliches Recht bekämpfte, mitgeprägt war.⁶² Ein „weltanschaulicher“ Gegensatz von materieller Gerechtigkeit zu „Formalismus“ als Kennzeichen des bekämpften „Liberalismus“ und „Individualismus“ usw. fehlte indes vor 1933,⁶³ woraus folgt, dass zwar die *Begründung* des § 2b StGB im Schrifttum – nicht in den Gesetzesmaterialien⁶⁴ – spezifisch nationalsozialistisches Gepräge zeigt, keineswegs aber die Rechtsfigur selbst.

angehörten: „Steht fest, daß jemand von mehreren Straftaten die eine oder die andere begangen hat, läßt sich aber nicht feststellen, welche er begangen hat, so ist bei Verschiedenheit der angedrohten Strafen das mildere Gesetz anzuwenden.“, Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1922, S. 6 f.

⁵⁷ So aber wohl Wagner, ZJS 2014, 436 (440).

⁵⁸ Motive, S. 502, zit. nach Schwarze, Die Strafproceßgesetze im Königreiche Sachsen, Bd. 2, Heft 2: Das Königlich Sächsische Gesetz, das Verfahren in den vor die Geschwornengerichte gewiesenen Untersuchungssachen betr., vom 1. Oktober 1868, 1869, S. 42 f.

⁵⁹ BVerfGE 7, 89 (92); 194 (196); 45, 187 (246); 74, 129 (152); 122, 248 (272); 133, 168 (198).

⁶⁰ Z.B. bei Rubo, GA 14 (1866), 377 (388).

⁶¹ Zeiler, DRiZ 1914, Sp. 521 (526).

⁶² Vgl. Rumpf (Fn. 29), S. 125 ff.

⁶³ Solche Aufbauschung begegnet, soweit ersichtlich, erstmals – kurz vor der „Machtergreifung“ – bei Nüse (Fn. 28), S. 30 ff.; sodann ders., JW 1934, 463 (464 ff.); ders., DR 1937, 18 (20).

⁶⁴ Die amtliche Begründung des § 2b StGB fällt neutral aus und enthält – bis auf den einmaligen Gebrauch der Vokabel „materieller Gerechtigkeit“, falls man sie überhaupt dazu zählt – keine ideologischen Bezüge, Amtliche Sonderveröffentli-

Dies sei zu guter Letzt an einem Blick ins Ausland illustriert. Das Sachproblem besteht zwar praktisch überall, aber eine vergleichbare Diskussionslage ist selten, geschweige denn eine der Wahlfeststellung entsprechende Rechtsregel. Teils wird das Problem nicht sichtbar – etwa bei Geschworenenbänken, wo es freilich das Problem alternativer Fragen gibt – oder es wird subkutan „gelöst“ durch forciert eindeutige Feststellungen oder Verurteilungen aus dem milderen Gesetz.⁶⁵ Bemerkenswert ist aber, dass ausgerechnet im Common Law-Rechtsraum eine gesetzliche Vorschrift existiert, die dem § 2b StGB fast aufs Haar gleicht, aber deutlich älter ist, nämlich section 72⁶⁶ des Indian Penal Code, deren heute geltende Fassung 1882 in den 1860 erlassenen Kodex eingefügt wurde. Die indische Kodifikation gilt als Abbild des englischen Strafrechts, nur systematisch geordnet und befreit von Technischem und Überflüssigem sowie vereinzelt an lokale Besonderheiten angepasst.⁶⁷ Womöglich ist dem Alliierten Kontrollrat entgangen, dass es in Britisch-Indien damals eine dem § 2b StGB zum Verwechseln ähnliche Vorschrift gab, die schon in Macaulays Kommissionsentwurf von 1837 als section 61⁶⁸ enthalten ist und Vorbilder in lokaler Praxis namentlich des islamischen Rechts⁶⁹ hat. Als Be-

chungen der Deutschen Justiz Nr. 10, Die Strafrechtsrechtsnovellen v. 25. Juni 1935, S. 30-32.

⁶⁵ Vgl. die Überblicke bei Rumpf (Fn. 29), S. 221 ff.; Zeiler, ZStW 64 (1952), 156 (160 ff.); Endruweit (Fn. 19), S. 312 ff.; Günther (Fn. 31), S. 214 ff.

⁶⁶ Sec. 72 Indian Penal Code (Act XLV of 1860) lautet: „In all cases in which judgment is given that a person is guilty of one of several offences specified in the judgment, but that it is doubtful of which of these offences he is guilty, the offender shall be punished for the offence for which the lowest punishment is provided if the same punishment is not provided for all.“ (Inserted by Act 8 of 1882, sec. 4); s.a. Radbruch, SchwZStR 1937, 142 (148 f.).

⁶⁷ Stephen, A History of the Criminal Law of England, Bd. 3, 1883, S. 300.

⁶⁸ Sec. 61 des Entwurfs lautete: „In all cases in which judgment is given in the manner prescribed in the law of procedure that a person is guilty of an offence, but that it is doubtful under which of certain penal provisions of this Code he is punishable, the offender shall be liable to be punished with whatever punishment is common to the legal provisions between the doubt lies, and if imprisonment is common to the penal provisions between which the doubt lies, and any one of those provisions admits of simple imprisonment, the offender may be sentenced to simple imprisonment.“, A Penal Code Prepared by the Indian Law Commission and Published by Command of The Governor General of India in Council, 1837, S. 11 f. Die dort angefügten Beispiele zeigen, dass die Vorschrift sowohl unechte als auch echte Wahlfeststellungskonstellationen erfasst.

⁶⁹ Jedenfalls für die reine Tatsachenalternativität, namentlich zwei sich widersprechende Aussagen desselben Zeugen, so die *fatwah*, die in Construction no. 656 (Sept. 2, 1831) abgedruckt ist, in: Constructions by the Courts of the Sudder Dewanny and Nizamut Adawlut of the Regulations and Laws,

gründung der Vorschrift wurde angegeben, dass es im Zweifel, ob Diebstahl oder Veruntreuung vorliege, „absurd“ wäre, den Angeklagten laufenzulassen, und grob ungerecht, ihn wegen des schwereren Delikts des Diebstahls zu verurteilen, so dass er offensichtlich wegen Veruntreuung zu bestrafen sei. Der Urteilsspruch sei aber alternativ zu fassen.⁷⁰

III. Die Bedenken des 2. Strafsenats

Der Anfragebeschluss ergeht aufgrund einer Revision gegen ein Strafkammerurteil, das den Angeklagten wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in Wahlfeststellung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt hatte.

Der Senat findet an dem Urteil nichts auszusetzen außer an der Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung selbst, die er nun im Gegensatz zur über 60jährigen Judikatur des BGH wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG für verfassungswidrig hält.

Der Einwand, alternative Fragen an die Geschworenen und später die Wahlfeststellung verstießen gegen den nullum crimen sine lege-Satz, wurde schon früh, aber nur selten erhoben⁷¹ und vielfach entkräftet⁷². Im Folgenden wird untersucht, ob die Argumentation des Senats überzeugt.⁷³

1. Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG?

Der Senat nimmt an, die gesetzesalternative Wahlfeststellung sei eine „richterrechtliche Ausnahme“ von den Grundsätzen „nullum crimen sine lege“ und „nulla poena sine lege“ (Rn. 18), die nicht nur das Verfahrensrecht betreffe, sondern strafbegründend wirke und daher das Analogieverbot verletze (Rn. 19).

for the Civil Government of the Whole of the Territories under the Presidency of Fort William in Bengal, 1833, Bd. 2, S. 21; dazu R. v. Mahomed Hoomayoon Shah (1873), 13 Bengal Law Reports 324 = 6 Sutherland's Weekly Reporter, Appellate High Court, Criminal Rulings 72 (82); Schneider, in: Dubber/Farmer (Hrsg.), Modern Histories of Crime and Punishment, S. 299 (318 f. m. w. Nachw.); s.a. Mayne, Commentaries on the Indian Penal Code, 12. Aufl. 1884, S. 46 f.; Zeiler, ZStW 64 (1952), 156 (175 ff.).

⁷⁰ A Penal Code (Fn. 68), Notes, Note A, S. 14: „It will often be certain that there has been a fraudulent appropriation of property; and the only doubt will be whether this fraudulent appropriation was a theft or a criminal breach of trust. To allow the offender to escape unpunished on account of such a doubt would be absurd. To subject him to the punishment of theft, which is the higher of the two crimes between which the doubt lies, would be grossly unjust. The punishment to which he ought to be liable is evidently that of a criminal breach of trust.“

⁷¹ v. Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht, 1865, S. 200 ff., 204; ders., GA 15 (1867), 569 (574); RGSt 22, 213 (216); 56, 35 (36).

⁷² Z.B. Rubo, GA 14 (1866), 377 (389 f.); v. Hippel (Fn. 28), S. 44 f.; Nüse (Fn. 28), S. 42 f.; auch der 1. Strafsenat des RG JW 1934, 294 (298 f.).

⁷³ Der Beschluss wird im Text nach seinen Rn. zitiert.

a) Garantieumfang des Art. 103 Abs. 2 GG

Zunächst bestimmt der Senat den Gewährleistungsumfang des grundrechtsgleichen Rechts des Art. 103 Abs. 2 GG und nimmt an, die Norm beziehe sich nur auf die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit, nicht auf Regeln des Strafverfahrensrechts (Rn. 23). Sodann werden materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht in plausibler Weise unterschieden (Rn. 24). Darauf folgt ein ebenso überraschender wie rätselhafter Satz, nämlich:

„Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG und der Schuldgrundsatz verlangen, dass der Richter die tatsächlichen Voraussetzungen des Straftatbestands feststellt ...“ (Rn. 24 a.E.).

Warum verlangen ausgerechnet Bestimmtheitsgebot und Schuldgrundsatz auch noch, dass der Richter das – hinreichend bestimmte und Schuld voraussetzende – Gesetz im Prozess richtig anwendet? Ist das Bestimmtheitsgebot doch nicht nur auf das materielle Recht begrenzt wie wenige Sätze zuvor behauptet? Ist die Forderung, der Richter möge im Prozess die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorschriften des materiellen Rechts feststellen, nicht in allen Rechtsgebieten zu erheben und nicht schon in der Gesetzesbindung der Justiz und folglich im Rechtsstaatsprinzip inbegriffen? Freilich nimmt auch das BVerfG an, der Schuldgrundsatz garantiere das Prinzip der materiellen Wahrheit.⁷⁴ Beides ist methodisch misslich, weniger, weil materielles und formelles Recht verwischt werden – das Grundrecht stellt dann nicht nur Anforderungen an das materielle Recht, sondern auch an dessen Anwendungsbedingungen –, sondern weil damit die Schutzbereiche in unnötiger Weise entgrenzt werden: Müsste man nicht weiter fordern, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des Straftatbestands nicht nur irgendwie, sondern auch prozessordnungsgemäß, also unter Einhaltung aller prozessualen Garantien usw. festgestellt werden?⁷⁵ Dann wäre bei jedem im Ergebnis belastenden prozessualen Fehler, etwa einem Beweiswürdigungsfehler oder Verstoß gegen die Abstimmungsreihenfolge, sogleich auch Art. 103 Abs. 2 GG verletzt, der damit zum strafrechtlichen Supergrundrecht und das BVerfG endgültig zur Superrevisionsinstanz avancierte. Eine solche Interpretation bewirkte keine sinnvolle Aufgabenverteilung zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht und wäre allenfalls als Notbehelf tolerabel, wenn für das Strafprozessrecht sonst keine genügenden verfassungsrechtlichen Garantien aufzufinden wären, wovon nicht die Rede sein kann und deren Verdoppelung es nicht bedarf.

Dem Senat ist insoweit zuzustimmen, dass Art. 103 Abs. 2 GG nur Anforderungen an die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Bestrafung aufstellt.

⁷⁴ BVerfGE 133, 168 (225 ff.).

⁷⁵ So Stree, In dubio pro reo, 1962, S. 18 f.; wohl auch Freund, in: Zöller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter, 2013, S. 37 (52 f.): Der konkrete Schuld- und Strafausspruch habe nur dann eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage in einem bestimmten Strafgesetz, wenn dessen Voraussetzungen prozessordnungsgemäß bewiesen seien.

b) *Uneinschränkbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG*

Im Zusammenhang mit der Wahlfeststellung fällt vor allem im Schrifttum ein bisweilen erstaunlich unbekümmerter Umgang mit dem Verfassungsrecht auf, der genaue verfassungsrechtliche Ableitungen für entbehrlich hält und durch intuitive Überzeugungen ersetzt, etwa eine Beeinträchtigung des Art. 103 Abs. 2 GG durch die wahldeutige Verurteilung annimmt, diese aber schlankweg im Wege „praktischer Konkordanz“⁷⁶ mit kriminalpolitischen Bedürfnissen für zulässig erklärt, oder meint, es genüge, dem Art. 103 Abs. 2 GG „möglichst weitgehend Rechnung zu tragen“⁷⁷ – und das bei einem Grundrecht, das durch strikte Formalisierung⁷⁸ gekennzeichnet ist.

Mit begrüßenswerter Deutlichkeit hat der *Senat* hingegen jetzt ausgesprochen (Rn. 31-32), dass der schrankenlos gewährleistete Art. 103 Abs. 2 GG natürlich keiner Abwägung mit allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen, Strafbedürfnissen und Rechtsgefühlen zugänglich ist und keine solchermaßen begründeten richterrechtlichen Ausnahmen gestattet. Wenn die Wahlfeststellung den nullum crimen-Satz verletzt, dann ist sie unrettbar verfassungswidrig.⁷⁹ Die Auffassung des Gesetzgebers des Strafrechtsbereinigungsgesetzes (3. StR-ÄG 1953), er könne die Frage getrost der Rechtsprechung und Lehre überlassen,⁸⁰ wäre dann bloß eine unbeachtliche irrige Rechtsmeinung.

c) *Materieller Charakter der Wahlfeststellung?*

Damit kommt es darauf an, ob man der Wahlfeststellung rein prozessrechtlichen oder wenigstens auch materiellrechtlichen Charakter zuerkennt, denn ersterenfalls ist, wie eine verbreitete Meinung⁸¹ annimmt, der nullum crimen-Satz hier überhaupt nicht berührt.

aa) Die Wahlfeststellung nur als prozessuale Regel anzusehen, griffe „zu kurz“, meint der *Senat* (Rn. 23, 26). Sie sei nicht nur, wie der Zweifelssatz, eine Entscheidungsregel, weil sie neben bestimmter Verurteilung und Freispruch noch eine dritte Entscheidungsvariante eröffne, womit sie „im Spannungsverhältnis zum Zweifelssatz“ stehe (Rn. 25).

Beide Teile des Arguments sind entweder unschlüssig oder tautologisch: Wie oben gezeigt, knüpft die Wahlfeststellung an eine bestimmte prozessuale Situation – ein spezifisches

Ergebnis der Beweisaufnahme – eine bestimmte prozessuale Rechtsfolge – eine spezifische Sachentscheidung. Dass sie eine eigene, „dritte“ (je nach Zählung, s.o.) Entscheidungsvariante anordnet, ändert nichts am Charakter als Entscheidungsregel. Mit dem Zweifelssatz kann sie nicht in einem Spannungsverhältnis stehen, weil die Anwendungsvoraussetzungen für beide Entscheidungsregeln verschieden sind. Schlüssig wird das Argument somit nur, wenn man annimmt, es dürfe als Rechtsfolgen einer Entscheidungsregel überhaupt nur eindeutigen Schuldspruch oder Freispruch geben und letzterer werde vom Zweifelssatz immer dann angeordnet, wenn keine eindeutige Verurteilung möglich sei – ob das so ist, ist aber gerade das thema probandum, weshalb ein Zirkelchluss vorliegt.

Dass die Wahlfeststellung, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind, letztlich zur Verhängung einer materiellen Rechtsfolge (Strafe) führt, genügt entgegen einer verbreiteten Ansicht⁸² noch nicht, um sie als materiellrechtlich zu qualifizieren, denn alle Normen des Prozessrechts haben die Aufgabe, bei Erfüllung der Anwendungsbedingungen des materiellen Tatbestands dessen Rechtsfolge zu ermöglichen. So führt z.B. auch die Vorschrift über die zur Verurteilung erforderliche Mehrheit in § 263 StPO, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind, zur Bestrafung, dennoch wird sie zu Recht nicht als materiellrechtlich qualifiziert. Die Unsicherheit über die Abgrenzung von materiellem und formellem Recht ist alt und hat verschiedene Ursachen, die *Hilde Kaufmann* schließlich einer Lösung mit dem oben angeführten sicheren Abgrenzungskriterium zugeführt hat.⁸³

bb) Wesentlicher ist das folgende Argument (Rn. 26), das die wohl zuerst von *Ludwig von Bar* vor fast 150 Jahren geäußerte Ansicht⁸⁴ aufnimmt, bei der Wahlfeststellung erfolge eine Verurteilung aufgrund eines – allein mit Gewissheit festgestellten – „gemeinsamen Unrechtskerns“, eines

⁷⁶ *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 67.

⁷⁷ *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anh. zu § 1 Rn. 9 ff., 24, 69.

⁷⁸ BVerfGE 95, 96 (131 f.).

⁷⁹ So auch *Frister* (Fn. 23), Nach § 2 Rn. 83; *Stuckenberg* (Fn. 10), § 261 Rn. 149; *Velten* (Fn. 23), § 261 Rn. 103; *Freund* (Fn. 75), S. 51; nicht ganz deutlich *Wolter*, GA 2013, 271 (275 f.).

⁸⁰ Oben Fn. 46.

⁸¹ Oben Fn. 72 und *Günther* (Fn. 31), S. 167 ff., 169 m.w.N.; *Frister* (Fn. 23), Nach § 2 Rn. 83 ff.; *Sander* (Fn. 48), § 261 Rn. 145 Fn. 1024; *Stuckenberg* (Fn. 10), § 261 Rn. 149; *Velten* (Fn. 23), § 261 Rn. 103; *Nüse*, GA 1953, 33 (38); *Schuh*, NSStZ 2014, 437 (438 ff.); *Wolter*, GA 2013, 271 (273).

⁸² Z.B. *Zeiler*, ZStW 64 (1952), 156 (161 Fn. 4); *ders.*, ZStW 72 (1960), 4 (25 ff.); *Nüse*, GA 1953, 33 (41), weil die Wahlfeststellung ausspreche, welche Strafe an welches Verhalten geknüpft werde – das tut sie gerade nicht: sie bestimmt lediglich die Frage, welche von zwei alternativ verwirkten Strafen im Falle des non liquet zu verhängen ist. Welche Strafen an die alternativen Verhaltensweisen geknüpft werden, bestimmen die jeweils einschlägigen Tatbestände. Jüngst auch *Wagner*, ZJS 2014, 436 (441), der verkennt, dass das Gericht das materielle Recht nicht „ohne weiteres“ anwenden kann, sondern ausnahmslos durch Vermittlung des Prozessrechts.

⁸³ Oben Fn. 8.

⁸⁴ v. *Bar* (Fn. 71); später auch *Lobe*, GS 104 (1934), 161 (166); *H. Mayer*, JW 1934, 294 (296), und *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 417; *Endruweit* (Fn. 19), S. 269 f.; *Montenbruck*, Wahlfeststellung und Werttypus im Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1976, S. 117; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 96; *Gaede*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar Strafgesetzbuch, 2011, § 1 Rn. 51; jüngst *Freund* (Fn. 75), S. 49 mit Fn. 58; *Wagner*, ZJS 2014, 436 (441).

„Rumpftatbestands“⁸⁵ und somit einer „ungeschriebenen dritten Norm“. Dies laufe auf eine alternative Vereinigung von Einzeltatbeständen hinaus, die über die vom BVerfG unlängst für unzulässig erklärte Entgrenzung bzw. Verschleifung von Tatbeständen⁸⁶ noch weit hinausgehe.

Das Argument verkennt die logische Struktur der Wahlfeststellung.⁸⁷ Um dies zu verdeutlichen sei der ausführliche Gedankengang in den Worten von Bars wiederholt:

„Ein Zweifel darüber, ob eine That unter den Begriff des Strafgesetzes A., oder unter den Begriff des Strafgesetzes B. falle, ist überhaupt nur denkbar, wenn beide Strafgesetze einen in gewissen Merkmalen konformen, d.h. einen *ähnlichen* Thatbestand darstellen. Wenn ich mich also nicht über das Zutreffen des Thatbestandes A. und ebenso wenig über das Zutreffen des Thatbestandes B. bestimmt ausspreche, sondern es unentschieden lasse, ob A. oder B. zutrefte, und nur sage, jedenfalls treffe A. oder B. zu, so subsumire ich die That bestimmt nur unter einen von mir selbst gemachten Verbrechensbegriff, der die gemeinsamen Merkmale von A. und B., nicht aber ihre differierenden Merkmale trägt, und begnüge mich im Uebrigen mit einer nur annähernden Bestimmung. Das ist aber doch wohl nichts anderes, als ein nur dem Gesetzgeber zustehendes, für den Urtheiler unzulässiges Ausfüllen angeblicher Lücken des Strafgesetzes. [...] An alternative Subsumtionen unter Strafgesetze, die gar keine Aehnlichkeit miteinander haben, hat wohl noch Niemand gedacht; es ist wohl noch nie vorgekommen, zu fragen, ob eine That Tödtung oder Diebstahl sei.“⁸⁸

Der entscheidende Fehler liegt in dem Schluss, die alternative Aussage („jedemfalls treffe A oder B zu“) sei identisch mit der eindeutigen Subsumtion unter einen „selbst gemachten“ Schnittmengentatbestand, der, wenn man ihn wie von Bar bestimmen wollte, schon bei Diebstahl und Hehlerei nicht funktionstüchtig ist: Gemeinsame Merkmale gibt es nämlich nur ein einziges: „Sache“; nicht einmal eine einzige Tathandlung ist §§ 242, 259 StGB gemeinsam. Auch eine „alternativ vereinigte“ Norm „Tue nicht A oder B“, „Du sollst entweder nicht stehlen oder nicht hehlen!“ lässt sich als Verhaltensnorm nicht sinnvoll bilden. Man muss schon wie der Senat auf etwas Diffuseres zurückgreifen wie den „Unrechtskern“, also z.B. Verletzung fremden Mobiliareigentums. Vorstellbar ist es natürlich, den Angeklagten deshalb verurteilen zu wollen, weil er sich jedenfalls „irgendwie an fremdem Eigentum vergriffen“ habe – das wäre zweifellos die Anwendung eines gesetzlich nicht vorgesehenen Rumpftatbestandes und eine verbotene Analogie. Das ist aber gerade nicht der Regelungsgehalt der Wahlfeststellung:

⁸⁵ Der Senat zitiert hierzu Günther (Fn. 31), S. 262 ff., der jedoch dort von etwas anderem spricht, nämlich der eindeutigen Feststellung *gesetzlich vorgesehener* „Rumpftatbestände“, etwa der Unterschlagung bei der Alternative Diebstahl/Hehlerei.

⁸⁶ BVerfGE 126, 170 (198).

⁸⁷ So auch Schuhr, NSTz 2014, 437 (438 f.).

⁸⁸ v. Bar, GA 15 (1867), 569 (574).

Das Argument verwechselt eine eindeutige Verurteilung aus dem zweifelsfrei feststehenden Sachverhaltsteil mit der disjunktiven Feststellung zweier Straftatbestände. Denn aufgrund der Wahlfeststellung wird *gerade nicht eindeutig* verurteilt,⁸⁹ also keine Handlung „zwischen“ den Sachverhaltalternativen festgestellt. Ein eindeutig feststehender bloßer Unrechtskern genügt gerade nicht, sonst könnte man sich die Prüfung sparen, ob jede Sachverhaltalternative unter ein bestimmtes Strafgesetz fällt. Logisch betrachtet liegt ein einfacher disjunktiver Schluss vor, dessen conclusio immer dann wahr ist, wenn eine der Prämissen wahr ist.⁹⁰

Dieser Fehler wird auch daran deutlich, dass das Argument bei der völlig unbeschränkten Wahlfeststellung – wie zwischen Betrug und Abtreibungsversuch⁹¹ – versagt, bei der es nicht einmal einen Rumpftatbestand oder Unrechtskern gibt, dessen Existenz für eine alternative Verurteilung nämlich *nicht wesentlich* ist.⁹² Ferner beweist das Argument zuviel, denn nähme man es ernst, verböte es die Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage auch in dem Fall, dass zwei Varianten desselben Tatbestands alternativ erfüllt sind: Steht z.B. nicht fest, ob der Angeklagte das Opfer aufgrund hinterlistigen Überfalls oder mit einem gefährlichen Werkzeug körperlich misshandelt hat, so dürfte nicht aus § 224 verurteilt werden, denn es steht nur einfache Körperverletzung eindeutig fest und nicht etwa eine Rumpfqualifikation – ob die Alternativen verschiedene Tatbestände oder verschiedene vertypete Varianten desselben Tatbestandes erfüllen, ist einerlei.

Der Fehler speist sich aus der regelmäßig vorliegenden bzw. von der derzeit h.M. erforderten Ähnlichkeit der alternativen Tatbestände, auf die von Bar schon anspielt, hinter der in der Tat der Gedanke stehen mag, im Grunde stehe doch ein einziges Delikt – etwa ein Eigentumsdelikt – fest, das der Gesetzgeber nur zufällig in zwei Tatbeständen ausformuliert habe.⁹³ Diese Erwägung missachtete jedoch die verfassungsrechtlich von Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Tatbestandsdifferenzierung und Tatbestandsbindung und zöge sich die Kritik von Bars und des 2. Strafsenats zu Recht zu. Verwendbar ist

⁸⁹ Dies verwischen Formulierungen wie die des vom Richter tag 1913 (Fn. 34) angenommenen Vorschlags („Eine Handlung ist auch dann strafbar, wenn ...“), denn *eine* Handlung wird gerade nicht festgestellt, sondern eine Disjunktion. Solche zum Fehlschluss verleitenden Formulierungen finden sich vor allem im älteren Schrifttum öfters, etwa dass bei der Wahlfeststellung „Gegenstand der Verurteilung ein Gesamtverhalten“ (Kohlrausch/Lange, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 43. Aufl. 1961, § 2b Anm. I.2) sei oder „eine zwischen beiden Tatbeständen liegende Tat“ (v. Dassel, Wahlweise Tatsachenfeststellungen im Strafrecht, 1923, S. 114) oder, schlimmer noch, nicht eine Tat werde festgestellt, sondern ein Tätertyp (Kohlrausch/Lange *ibid.*).

⁹⁰ Genau genommen liegt eine vollständige Disjunktion oder Kontravalenz vor, weil die beiden Prämissen nicht zugleich wahr sein können, zum Ganzen Joerden (Fn. 15), S. 52 ff.

⁹¹ RGSt 69, 369 (370 ff.); 71, 44.

⁹² Siehe auch Schuhr, NSTz 2014, 437 (438 f.).

⁹³ So etwa Sax, JZ 1965, 745 (748); Joerden (Fn. 15), S. 54.

der Unrechtskern oder das gemeinsame Rechtsgut hingegen allein auf der Strafzweckebene bei Beantwortung der Frage, ob die wahldeutige Verurteilung ein insoweit brauchbares Ergebnis liefert.⁹⁴

Somit liegt in einer wahldeutigen Verurteilung nicht die Anwendung eines Rumpftatbestands oder einer ungeschriebenen dritten Norm und folglich auch keine verbotene Analogie. Vielmehr hat der Angeklagte entweder das eine mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbare Strafgesetz gebrochen oder das andere, so dass die Strafbarkeit seines Verhaltens sich vollständig aus vor der Tat erlassenen und genügend bestimmten Strafgesetzen ergibt.⁹⁵ Deshalb ist die Wahlfeststellung auch nicht, anders als der *Senat* meint, „strafbarkeitsbegründend“. Dies war auch nie ihr Zweck, denn sie soll keine materiellrechtlichen Tatbestandslücken, sondern „verfahrensrechtliche Erkenntnismöglichkeitenlücken“⁹⁶ beheben. Das Argument des *Senats* reduziert sich somit letztlich darauf, dass es einer eindeutigen Feststellung bedürfe, doch das ist nur eine Behauptung und keine Begründung.

Der nullum crimen-Satz hingegen verbürgt Straffreiheit für denjenigen, der kein Strafgesetz übertrat,⁹⁷ und ist deshalb hier, wo dies ausgeschlossen ist, nicht berührt.

d) 1. *Hilfserwägung: Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit*

Der *Senat* stützt seine Ansicht noch mit zwei zusätzlichen Argumenten. Das erste besagt, die materiellrechtliche Einordnung der Wahlfeststellung werde durch das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der in Frage kommenden Straftatbestände bestätigt, das zweifelsohne ein materiellrechtliches Element darstelle, anhand dessen über das Vorliegen von Schuld und das Erfordernis von Strafe entschieden werde (Rn. 27).

Dieses Argument steht in Widerspruch zur vom *Senat* zuvor in Rn. 24 gegebenen Begriffsbestimmung von materiellem und formellem Strafrecht. Prozessrecht dient der Verwirklichung des materiellen Rechts und nimmt dazu zahlreiche Beurteilungen anhand materieller Kriterien vor, etwa bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts, der Zulässigkeit einer Einstellung nach §§ 153, 153a StPO, bei den Wiederaufnahmegründen usw. Sind daher z.B. §§ 153b, 154, 154a StPO Normen des materiellen Rechts? Die Anwendung materiellrechtlicher Kriterien verändert den Charakter der Norm allein noch nicht,⁹⁸ ebenso wenig wie ein Richter durch die Anwendung der Grundrechenarten bei der Gesamtstrafenbildung zum Mathematiker wird.

Weiter heißt es (Rn. 28), das Kriterium erfülle die Funktion eines Tatbestandsmerkmals der ungeschriebenen dritten Strafnorm. Es ist, wie oben bemerkt, in der Tat nicht auszuschlie-

ßen, dass das Kriterium von manchen in dieser unzulässigen Weise verstanden wird. – Einen sachlichen Zusammenhang mit der Figur der wahldeutigen Verurteilung hat das Kriterium im Übrigen nicht, es ist der Wahlfeststellung vielmehr vollkommen äußerlich und in seiner Konturenlosigkeit bedenklich.

Schließlich versagt das Hilfsargument ebenso wie der Haupteinwand kurioser-, aber notwendigerweise gegenüber der unbeschränkten Wahlfeststellung, die demnach mangels materiellrechtlichen Kriteriums prozessualer Natur und § 2b StGB fehlplaziert gewesen sein müsste.

e) 2. *Hilfserwägung: Unbestimmtheit der Strafzumessung?*

Der *Senat* nimmt in einem zweiten Hilfsargument (Rn. 35–36) noch eine Verletzung des nulla poena-Satzes an, also der von Art. 103 Abs. 2 GG ebenfalls garantierten Bestimmtheit der Strafandrohung und Grundlagen der Strafbemessung⁹⁹. Lasse der Strafrichter offen, welcher Straftatbestand anzuwenden sei, und greife nur auf den geringsten Strafraumen der Alternativen zurück, ergäben sich verfassungswidrige Ungenauigkeiten bei der Strafbemessung. Zur Herbeiführung einer schuldangemessenen Strafe reiche ein quantitativer Strafraumenvergleich nicht aus. Im vorliegenden Fall werde dies deutlich, weil gemeinschaftlich begangene Diebstähle mit umfangreicher Beute und später allein begangene Hehlerrei so verschiedene Tatbilder aufwiesen, dass sie nicht alternativ als Grundlage einer gesetzeskonformen Strafzumessung dienen könnten.

Die Stoßrichtung des Arguments ist nicht klar: Zweifellos muss dem Strafgesetz zu entnehmen sein, wie der Strafraumen auszufüllen ist, und zweifellos muss der Richter dabei „die Qualität der Strafe mit Blick auf eine bestimmte strafbare Handlung und diesbezügliche Schuld“ bewerten (Rn. 35). Genau das passiert bei der Wahlfeststellung auch: Für jede Sachverhaltsalternative wird – hypothetisch, als ob sie feststünde – aufgrund des anwendbaren Straftatbestandes unter Beachtung aller relevanten Umstände eine konkrete Strafe bestimmt und im zweiten Schritt von den so ermittelten Strafen die mildeste verhängt.¹⁰⁰ Dies wird allerdings häufig durch Formulierungen verschleiert, dass die Strafe „aus dem mildesten Gesetz zu entnehmen“ sei.¹⁰¹ Auch der *Senat* erweckt in seinen Formulierungen den Eindruck, als habe der Strafrichter den geringsten Strafraumen zu ermitteln und dann – wie, wenn es keine eindeutigen Feststellungen gibt? – eine Strafe zu bemessen, was augenscheinlich eine unmögliche Vorgehensweise wäre.

Überdies ist, wie in dem vom *Senat* zitierten Aufsatz von *Jakobs*¹⁰² beschrieben, die Unsicherheit über die Strafzumessungsgrundlage keine Besonderheit der Sachverhaltsalternativität, sondern kann auch bei eindeutiger Verurteilung in gleichem Maße bestehen, wenn äußere wie innere Strafzumessungstatsachen zweifelhaft oder unbekannt bleiben. Für

⁹⁴ Dazu *Jakobs*, GA 1971, 257 (268 ff.): Ein generalpräventiver Effekt und die plakative Kennzeichnung sozial unerträglichen Verhaltens sei nur bei Verletzung desselben gattungsmäßig bestimmten Rechtsguts erzielbar.

⁹⁵ Ebenso *Schuh*, NSTz 2014, 437 (438 f.).

⁹⁶ *Endruweit* (Fn. 19), S. 20.

⁹⁷ v. *Hippel* (Fn. 28), S. 44.

⁹⁸ *Zutr. Wolter*, GA 2013, 271 (273).

⁹⁹ BVerfGE 103, 135 (155 ff.).

¹⁰⁰ So schon RGSt 69, 369 (374 f.).

¹⁰¹ Vgl. RGSt 68, 257 (263); klarstellend *Frister* (Fn. 23), Nach § 2 Rn. 73 m.w.N.

¹⁰² *Jakobs*, GA 1971, 257 (267).

die in dubio mitius-Fälle gilt nichts anderes: So unterscheiden sich z.B. die Tatbilder fahrlässiger und vorsätzlicher Begehung erheblich,¹⁰³ so dass sich fragt, ob dann, wenn der Vorsatz wahrscheinlich, aber nicht sicher feststellbar ist, jedenfalls aber Fahrlässigkeit subsumierbar ist, folgte man dem *Senat*, dennoch nicht aus dem Fahrlässigkeitsdelikt verurteilt werden dürfte? In allen Fällen, in denen auch bei eindeutiger Verurteilung wesentliche Tatumstände – wie die Verwirklichung eines Qualifikationsumstands – und Strafzumessungstatsachen – Motive, Schadensumfang usw. – zweifelhaft bleiben, wird der Täter aufgrund des wenigstens feststehenden Schuldquantums bestraft – vielleicht hat er mehr verdient, aber die Realität zu verfehlen ist nun einmal das unvermeidbare Los forensischer Wahrheit¹⁰⁴. Bei der Wahlfeststellung stellt sich dies nicht anders dar. Die Annahme des *Senats*, die

„Umwertung der Verhaltensnormverletzung in ein Schuldquantum gelingt bei der gesetzeshypothetischen Wahlfeststellung nicht im Einklang mit einem bestimmten Gesetz“ (Rn. 36),

ist aus den oben sub III. 1. c) genannten Gründen unzutreffend: Jeder alternativ in Betracht kommende Verhaltensnormverstoß wird im Einklang mit dem auf ihn anwendbaren Strafgesetz in ein Schuldquantum und Strafmaß übersetzt und anschließend das mildeste verhängt, denn dieses Schuldquantum hat der Täter in jedem Fall verwirklicht und das sich daraus ergebende – bei gleichartiger Strafe ohnehin unrechtsneutrale – Strafmaß zweifelsohne auf sich geladen.

2. Fazit

Die Ansicht des *Senats*, die echte, gesetzeshypothetische Wahlfeststellung verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG, trifft nicht zu. Die Begründung, dass die Wahlfeststellung ein materiellrechtliches strafbegründendes Institut sei, das eine verbotene Analogie darstelle, verfehlt den Regelungsgehalt und die logische Struktur der Wahlfeststellung, wie sich schon daran zeigt, dass sie nur die durch das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit eingeschränkt zulässige Wahlfeststellung trifft und die uneingeschränkte Wahlfeststellung nicht erfassen kann. Die weitere Annahme, die Wahlfeststellung erlaube keine hinreichend bestimmte Strafzumessung, übersieht, dass der Strafzumessungsvorgang sich von dem bei eindeutigen Feststellungen nicht unterscheidet und dass Unsicherheiten über die Strafzumessungsgrundlage kein Spezifikum der wahldeutigen Feststellung sind, sondern ausnahmslos jede Feststellung betreffen können.

Art. 103 Abs. 2 GG regelt die Anforderungen an die Festlegung der bei Strafe verbotenen Verhaltensweisen sowie an die Festlegung der daran zu knüpfenden Strafsanktion. Die Fragen, auf welchem Wege das Gericht bei der Beurteilung eines konkreten Sachverhalts zur Bejahung oder Verneinung

der Voraussetzungen eines bestimmten Strafgesetzes gelangt und wie die Fallklassen unbehebbarer Sachverhaltszweifels zu entscheiden sind, regelt das Strafprozessrecht, das – insoweit war dem *Senat* zuzustimmen – nicht von Art. 103 Abs. 2 GG, wenn man die Norm nicht zu einem strafrechtlichen Supergrundrecht aufblähen will, regiert wird, sondern das eigenen Verfassungsgarantien untersteht.

IV. Ausblick

1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage?

Auch wenn Art. 103 Abs. 2 GG nicht einschlägig ist, bedeutet dies keineswegs, dass die echte Wahlfeststellung als konkretisierende Auslegung oder Fortbildung des § 261 StPO ohne weiteres verfassungsrechtlich unbedenklich wäre.

Statt des Bestimmtheitsgrundsatzes den verfassungskräftigen Schuldgrundsatz um eine prozessuale Dimension anzureichern und zu behaupten, dass letzterer stets eindeutige Verurteilungen verlange, ist allerdings, wenn es nicht bloß eine *petitio principii* sein soll, wegen der Inkonnexität mit der Kernaussage ebenso wenig zu begründen, zumal Schuld zweifelsfrei vorliegt.

Zu erwägen ist aber, ob nicht das Rechtsstaatsgebot eine gesetzliche Grundlage für die prozessuale Entscheidungsregel der Wahlfeststellung verlangt angesichts des allgemeinen Erfordernisses, dass die wesentlichen Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs vom Gesetzgeber festzulegen sind¹⁰⁵ – und was könnte wesentlicher sein als die Entscheidung zwischen Bestrafung oder Freispruch, zumal, wenn man annähme,¹⁰⁶ bei der Wahlfeststellung bestehe ein erhöhtes Fehlerisiko? Die anderen Entscheidungsregeln dürften dann freilich kaum ungeregt bleiben. Ob der derzeitige Zustand deswegen verfassungswidrig ist, ist indes wegen des vorkonstitutionellen Charakters des § 261 StPO zu verneinen, der wie viele unveränderte Regelungen der RStPO dem lapidar-elliptischen Gesetzesstil des 19. Jahrhunderts und nicht der pingeligen Verbosität fortgeschrittener Grundrechtssensibilität entspricht. Den heutigen Anforderungen genügten die unrenovierten Vorschriften der StPO oftmals nicht.

2. Wünschbarkeit einer gesetzlichen Regelung?

Ungeachtet ihrer Notwendigkeit könnte eine gesetzliche Grundlage für die echte Wahlfeststellung jedoch wünschenswert sein, um die Zweifel an der Zulässigkeit und an den Kriterien, namentlich der notorisch unklaren Vergleichbarkeitsformel, zu beheben. Aus diesen Gründen hat *Wolter* jüngst einen Entwurf vorgelegt.¹⁰⁷

Allerdings zieht jeder Versuch einer Positivierung der wie auch immer eingeschränkten echten Wahlfeststellung unweigerlich den Makel des alten § 2b StGB auf sich und dürfte daher rechtspolitisch aussichtslos sein, auch wenn eine partielle Derogation des Kontrollratsgesetzes Nr. 11 heute mög-

¹⁰³ Siehe nur *Jakobs*, GA 1971, 257 (260 f.).

¹⁰⁴ Zu materieller und formeller Wahrheit im Strafprozess siehe nur *Stuckenberg*, in: *Schroeder/Kudratov* (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*, 2014, S. 39 (43 ff.).

¹⁰⁵ BVerfGE 49, 89 (126 f.); 53, 30 (56); 84, 212 (226); 88, 103 (116).

¹⁰⁶ So *Velten* (Fn. 23), § 261 Rn. 105 – zweifelhaft, dagegen *Wolter*, GA 2013, 271 (279 m.w.N.).

¹⁰⁷ *Wolter*, GA 2013, 271 (279 ff.).

lich geworden ist. Ob die bisherigen Versuche, die Begrenzungsformel der Rechtsprechung als wesentliche Ursache der Rechtsunsicherheit durch andere Kriterien zu ersetzen, Erfolg versprechen, muss zudem bezweifelt werden.

Sachlich fragt sich, ob die echte Wahlfeststellung überhaupt eine wünschbare Rechtsfigur ist oder ob ihr Anliegen nicht anders und besser zu erreichen ist. Obschon auch Strafzweckerwägungen der Wahldeutigkeit, sofern der Zweifel über das konkrete Geschehen nicht zu groß wird,¹⁰⁸ nicht entgegenstehen,¹⁰⁹ ist die eindeutige Verurteilung doch fraglos das Leit- und Idealbild der Strafverhängung. Dass ohne die Möglichkeit der echten Wahlfeststellung Gerichte versucht sind, den Sachverhalt zu vergewaltigen, um eindeutige Feststellungen zu treffen, also verdeckt alternativ verurteilen, ist zwar normativ irrelevant, aber dennoch ein rechtspolitisches Problem: Weise Gesetzgebung muss danach trachten, solche Anwendungsprobleme zu vermeiden und nicht unter den Teppich zu kehren, also ein Bedürfnis nach Rechtsbeugung zur Erzielung „richtiger“ Ergebnisse gar nicht erst entstehen zu lassen.

Ein pragmatischer Lösungsansatz läge daher in der Reduktion der Fälle gesetzessalternativer Sachverhaltsalternativität. Möglich ist dies jedenfalls, soweit die Gesetzesalternativität ihre Ursache in der Formulierung der betroffenen Tatbestände sowie dem Fehlen von Auffangtatbeständen hat, zunächst durch genaue Prüfung, ob wirklich keine eindeutige Verurteilung im Stufenverhältnis möglich ist,¹¹⁰ ansonsten durch Veränderung derjenigen Tatbestände des materiellen Strafrechts, die das Gros der Fälle echter Gesetzesalternativität stellen, z.B. von Diebstahl und Hehlerei,¹¹¹ wie es Norwegen schon 1902 getan hat¹¹².

Ob die Zahl verbleibender Fälle von Gesetzesalternativität dann noch groß genug ist, um eine wahldeutige Verurteilung nötig und Freisprüche intolerabel erscheinen zu lassen, bliebe zu klären.

3. Mehr Empirie!

Überhaupt wissen wir zu wenig über die rechtstatsächliche Seite der Wahlfeststellung, vor allem über ihre Inzidenz. Zeiler hat vor langer Zeit kleine Umfragen angestellt, aber entweder keine Antworten erhalten¹¹³ oder nur erwartbare¹¹⁴. Die schlichte Einsicht, dass Faktenkenntnis die normative

Beurteilung entscheidend fördern kann, wurde durch die vom BVerfG in Auftrag gegebene Studie zur Absprachenpraxis¹¹⁵ unlängst deutlich illustriert. Wünschenswert sind deshalb empirische Studien dazu, in welchem Ausmaß bei jeweils welchen Tatbeständen wahldeutige Feststellungen in der Praxis vorkommen.

Für unser strafprozessuales Aschenputtel mag kein Märchenprinz in Sicht sein, doch muss man es vielleicht nicht gleich erschlagen, um es zu erlösen. Wenn seine Dienste überflüssig würden, könnte es sich zur Ruhe setzen.

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn

¹⁰⁸ Was nur bei einer Vielzahl von Alternativen zu befürchten wäre, die jedoch als Ergebnis einer Überzeugungsbildung ohnehin kaum je praktisch darstellbar sein dürfte.

¹⁰⁹ Dazu Stuckenberg (Fn. 10), § 261 Rn. 150; Wolter, GA 2013, 271 (277 ff.), jew. m.w.N.

¹¹⁰ Vgl. schon H. Mayers „Theorie des Mindestschuldvorwurfs“, JW 1934, 294 (295 ff.); ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S. 193.

¹¹¹ Vgl. Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987, S. 163 f.; Endruweit (Fn. 19), S. 332 ff. mit 315 ff.

¹¹² Andenaes bei Zeiler, ZStW 64 (1952), 156 (167).

¹¹³ Zeiler, DRiZ 1918, Sp. 122; ders., ZStW 40 (1919), 168 (170).

¹¹⁴ Zeiler, ZStW 64 (1952), 156 (157), zum Missbrauch von § 2b StGB.

¹¹⁵ Altenhain/Dietmeyer/May, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013.