

Die Zukunft der Wahlfeststellung

Zur erneuten Vorlage des 2. Strafsenats an den Großen Strafsenat in der Rechtssache 2 StR 495/12

Von Wiss. Mitarbeiter **Benedikt Linder**, Maître en droit, München

Der Aufsatz nimmt die aktuelle Vorlage des 2. Strafsenats an den Großen Strafsenat zur Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung zum Anlass, deren Grundlagen und die bisherige Rechtsprechung zu wiederholen und geht sodann der Frage nach der Entbehrlichkeit dieses Instituts aus praktischer Sicht nach. Ausgehend von wichtigen Grundprinzipien des materiellen und formellen Strafrechts wie dem Gesetzlichkeitsprinzip, dem Zweifelssatz und dem Grundsatz der Gewaltenteilung wird dazu der grundlegende Konflikt zwischen der Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit näher untersucht. Dabei zeigt sich, dass das eigentliche Problem in Wahlfeststellungskonstellationen die exklusiv-alternative Fassung einzelner Tatbestände ist, welches jedoch besser als über gesetzessubstitutive Verurteilungen gelöst werden kann. Hierzu werden Vorschläge gemacht, bevor ein Ausblick auf die mögliche Entscheidung des Großen Strafsenats und die Zukunft der Wahlfeststellung gegeben wird.

I. Die Wahlfeststellung vor dem Großen Strafsenat

Völlig unumstritten war die echte Wahlfeststellung wohl noch nie. Ein Novum ist jedoch, dass das Institut auch innerhalb des Bundesgerichtshofs kritisch gesehen wird. Denn der 2. Strafsenat, der gegenwärtig über die Revision gegen eine gesetzessubstitutive Verurteilung wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei zu entscheiden hat, hält diese für verfassungswidrig. Weil alle anderen Strafsenate einem entsprechenden Anfragebeschluss gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG entgegengetreten sind,¹ hatte er mit Beschluss vom 11.3.2015 den Großen Strafsenat auf Grundlage der Absätze 2 und 4 des § 132 GVG mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzessubstitutiven Verurteilung befasst.²

Diese Vorlage nahm der 2. Strafsenat jedoch nach Zweifeln an ihrer Zulässigkeit mit Beschluss vom 9.8.2016 wieder zurück und legte sie – ergänzt um die hilfsweise Frage nach dem Vorrang einer eindeutigen Verurteilung aus dem (Aufgang-)Tatbestand der Geldwäsche – mit Beschluss vom 2.11.2016 erneut vor.³ Bei seiner neuerlichen Vorlage stützt sich der Senat nur noch auf die grundsätzliche Bedeutung der Fragen i.S.d. § 132 Abs. 4 GVG, was insofern von Bedeu-

tung ist, als eine isolierte Grundsatzvorlage vielfach für unzulässig gehalten wird, wenn dadurch gleichzeitig von der Entscheidung eines anderen Senates abgewichen werden soll.⁴ Insbesondere zum Schutz des Anfrageverfahrens gem. § 132 Abs. 3 GVG soll in diesen Fällen nach wohl noch herrschender Meinung zunächst oder zumindest auch auf der Grundlage von § 132 Abs. 2 GVG vorgelegt werden.⁵ Indes hat der Große Strafsenat kürzlich – ebenfalls auf eine Vorlage des 2. Strafsenats hin – klargestellt, dass es eines Anfrageverfahrens bei einer Grundsatzvorlage gem. § 132 Abs. 4 GVG selbst dann nicht bedarf, wenn gleichzeitig eine Divergenzvorlage in Betracht käme.⁶ Eine Unzulässigkeit der neuerlichen Vorlage ist somit nicht zu besorgen.⁷

Die neue hilfsweise Vorlagefrage soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, das praktische Bedürfnis nach echten Wahlfeststellungen näher zu untersuchen. Dazu sollen zunächst anhand von Beispielfällen die Problematik und die bisherige Rechtsprechung dargestellt werden, bevor der grundlegende Konflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit kritisch betrachtet und Alternativen zu gesetzessubstitutiven Verurteilungen aufgezeigt werden. Schließlich wird ein Ausblick auf die mögliche Entscheidung des Großen Strafsenats und die Zukunft der echten Wahlfeststellung gegeben.

⁴ So früher BGH, Urt. v. 7.11.1985 – GSSt 1/85 = BGHSt 33, 356 (359 f.); vgl. auch Graf, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2017, § 132 GVG Rn. 25; Franke, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 10, 26. Aufl., § 132 GVG Rn. 39; Meyer-Gößner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 132 GVG Rn. 16.

⁵ Rissing-van Saan, in: Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 505 (519 f.); Rappert, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 132 GVG Rn. 19; Zimmermann, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 132 GVG Rn. 24; Ignor/Bertheau, NJW 2008, 2209 (2211); Quentin, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 135 GVG Rn. 7; Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 132 Rn. 30.

⁶ BGH, Beschl. v. 15.7.2016 – GSSt 1/16 = NJW 2017, 94 (95 f.); siehe auch schon BGH, Beschl. v. 23.8.2007 – 3 StR 50/07 = NJW 2007, 3294 (3298).

⁷ Dies gilt selbst dann, wenn man die Rücknahme eines Vorlagebeschlusses grundsätzlich für unzulässig hält, sofern man das Verhalten des vorlegenden Gerichts als Ergänzung der Begründung des ursprünglichen Vorlagebeschlusses verstehen kann (so Brodowski, StV 2017 [im Erscheinen]).

¹ Auf den Anfragebeschluss des 2. Strafsenats vom 28.1.2014 haben die übrigen Senate erklärt, ihre Rechtsprechung zur Wahlfeststellung aufrecht erhalten zu wollen, vgl. BGH, Beschl. v. 24.6.2014 – 1 ARs 14/14 = NStZ-RR 2014, 308; BGH, Beschl. v. 30.9.2014 – 3 ARs 13/14 = NStZ-RR 2015, 39; BGH, Beschl. v. 11.9.2014 – 4 ARs 12/14 = NStZ-RR 2015, 40; BGH, Beschl. v. 16.7.2014 – 5 ARs 39/14 = NStZ-RR 2014, 307.

² BGH, Beschl. v. 11.3.2015 – 2 StR 495/12 = StV 2016, 212 (214, Rn. 32). Zur Zulässigkeit der Rücknahme durch das vorlegende Gericht vgl. demnächst Brodowski, StV 2017 (im Erscheinen).

³ BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12 (noch unveröffentlicht), siehe dazu Kratz, jurisPR-StrafR 1/2017 Anm. 1.

II. Wiederholung der Grundlagen der Wahlfeststellung

1. Beispielfälle

Ausgangspunkt jedes Wahlfeststellungsfalles ist eine Ungewissheit über die Erfüllung zweier sich gegenseitig ausschließender Sachverhaltsalternativen. Die darin liegende Problematik soll anhand von drei Beispielfällen deutlich gemacht werden, in denen die Gerichte jeweils eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage vornahmen.

a) Ausgangsfall: Diebstahl oder Hehlerei⁸

Dem vom 2. Strafsenat zu entscheidenden Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Bei A und B wurden Gegenstände sichergestellt, die sie nach Überzeugung der Strafkammer entweder selbst als Mittäter – möglicherweise neben anderen Tätern – gestohlen oder als Hehler erworben hatten. Sie werden insoweit wegen Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB oder gewerbsmäßiger Hehlerei i.S.d. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB verurteilt.

b) Überweisungsfall: Betrug oder Computerbetrug⁹

In einem anderen Fall hatte C in betrügerischer Absicht gefälschte Überweisungsträger zu seinen Gunsten bei einer Bank eingereicht; die Fälschung blieb unbemerkt und die Überweisungen wurden ausgeführt. Weil das Tatgericht zu Art und Weise der Abwicklung keine Feststellungen getroffen und eine Vernehmung der Bankangestellten unterlassen hatte, konnte nicht mehr sicher festgestellt werden, ob die Überweisungsträger durch einen Angestellten der Bank (dann Betrug gem. § 263 StGB) oder maschinell (dann Computerbetrug gem. § 263a StGB) bearbeitet wurden. Der BGH „schließt schon mit Blick auf den Zeitablauf aus, dass sich die Frage der Abwicklung noch aufklären lässt“ und nimmt eine Wahlfeststellung zwischen beiden Delikten vor.

c) Mordfall: Verdeckungsabsicht oder niedrige Beweggründe¹⁰

In einem weiteren Fall hatte sich O in T verliebt und auf eine ernsthafte, langfristige Beziehung mit ihm gehofft, woran T jedoch trotz gelegentlicher Sexualkontakte kein Interesse hatte. Eines Abends holte T die O mit seinem Pkw ab und fuhr in ein Waldgebiet, wo er mit ihr den Geschlechtsverkehr durchführte und sie kurz darauf erstach. Das Landgericht konnte nicht feststellen, ob der Geschlechtsverkehr einverständlich oder gegen den Willen der O stattfand. Es nahm daher für den Fall einer Vergewaltigung das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht an. Andernfalls soll T aus niedrigen Beweggründen getötet haben, weil er O, die ihm lästig und nur als Sexualobjekt von Interesse war, loswerden wollte. Geschehensvarianten, die das Vorliegen von Mordmerkmalen schlechthin in Frage stellen könnten, schloss das Landgericht aus, da sich die Tötung im unmittelbaren zeitlichen Zusam-

menhang mit dem Geschlechtsverkehr ereignet habe. Es verurteilt T daher wird auf wahldeutiger Tatsachengrundlage wegen Mordes.

2. Die Wahlfeststellung als Ausnahme zum Grundsatz in dubio pro reo

a) Die richterliche Überzeugung als Maßstab für eine Verurteilung

In einem Rechtsstaat setzt die Verhängung von Strafe grundsätzlich voraus, dass der Täter nachweislich gegen ein Strafgesetz verstoßen hat. Denn niemand soll für eine Tat bestraft werden, die er möglicherweise gar nicht begangen hat; eine bloße Verdachtsstrafe wäre mit den geltenden Verfassungsgrundsätzen, insb. dem Schuldprinzip, unvereinbar.¹¹ Freilich sind Richter als Menschen mit begrenzten Erkenntnismöglichkeiten in vielen Fällen gar nicht in der Lage, die objektive Wahrheit festzustellen.¹² Es heißt, „vollkommene Gewissheit über den Tathergang [sei] dem menschlichen Erkenntnisvermögen überhaupt versagt“.¹³ Um dennoch zu praktischen Ergebnissen gelangen zu können, lässt § 261 StPO für eine Verurteilung bereits ausreichen, dass das erkennende Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften inneren Überzeugung zu dem Ergebnis kommt, der Angeklagte habe alle Merkmale eines Straftatbestands erfüllt.¹⁴ Denn hat ein Gericht auch nach Abschluss der Beweisaufnahme keine vernünftigen Zweifel am Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts, so spricht vieles dafür, dass dieser sich auch tatsächlich so zugetragen hat.

Kann ein Sachverhalt hingegen nicht vollständig aufgeklärt werden, so müssen verbleibende Zweifel über Tatsachen nach dem Grundsatz in dubio pro reo zugunsten des Angeklagten wirken. Dies folgt schon aus dem „grundrechtlichen Freiheitsanspruch [des Einzelnen] gegenüber dem Staat“,¹⁵ wonach ein Eingriff in Grundrechte nur unter engen, im Wesentlichen durch den Parlamentsgesetzgeber bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Der Zweifelssatz präzisiert als

⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12 (noch unveröffentlicht), Rn. 18 ff.; *Kröpil*, JR 2015, 116 (117).

⁹ BGH, Beschl. v. 12.2.2008 – 4 StR 623/07 = NStZ 2008, 281.

¹⁰ Nach BGH, Urt. v. 8.3.2012 – 4 StR 498/11 = NStZ 2012, 441.

¹¹ *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 3. Kap. Rn. 33; vgl. auch *Kotsoglou*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschätzung als Argumentationsmuster, 2017, S. 199. Zum Verfassungsrang des Schuldprinzips vgl. nur BVerfG, Urt. v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63 = BVerfGE 20, 323 (331); BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187 (228); BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 44/92 = BVerfGE 90, 145 (173); BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 = BVerfGE 133, 168 (226); *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 386 ff.

¹² Vgl. *Herdegen*, StV 1992, 527 (529 f.).

¹³ RGSt 68, 257 (260).

¹⁴ Vgl. nur *Ott*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 2; *Miebach*, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 261 Rn. 51 ff.

¹⁵ *Kotsoglou*, ZIS 2014, 31 (44).

„logische Kehrseite“ des § 261 StPO¹⁶ deshalb nur, was bereits aus der Grundkonzeption der Freiheitsgrundrechte und der verfassungsrechtlich geschützten Unschuldsvermutung¹⁷ folgt, nämlich, dass sich ein non liquet, also die Nichterweislichkeit einer Tatsache, zugunsten des Bürgers und gegen die staatliche Eingriffsbefugnis auswirkt.¹⁸

b) Mehrfache Anwendung des Zweifelssatzes unbillig

Die Anwendung des Zweifelssatzes wird jedoch in den Fällen als unbillig empfunden, in denen nach Abschluss der Beweisaufnahme noch mehrere Sachverhaltsvarianten denkbar sind, die zwar jeweils einen Straftatbestand erfüllen, sich aber gegenseitig ausschließen. Obwohl dann festzustehen scheint, dass sich der Täter auf jeden Fall strafbar gemacht hat, müsste er bei isolierter Prüfung der einzelnen Delikte in dubio pro reo freigesprochen werden.

Im klassischen Fall einer solchen exklusiven Sachverhaltsalternativität,¹⁹ wie er auch der Vorlagefrage des 2. Strafsenats zugrunde liegt, kann nicht festgestellt werden, ob der Angeklagte, bei dem Diebesgut gefunden wurde, dieses selbst gestohlen oder bösgläubig vom Dieb erworben hat. Nach der ersten Variante (eigenhändige Wegnahme) läge ein Diebstahl vor, eine Strafbarkeit wegen Hehlerei wäre dagegen (mangels Vortat eines anderen) ausgeschlossen. In der zweiten Variante hingegen (bösgläubiger Erwerb vom Dieb) wäre der Angeklagte nur wegen Hehlerei, nicht aber wegen Diebstahls strafbar. Bei konsequenter Anwendung des Zweifelssatzes müsste also im Rahmen der Diebstahlsprüfung davon ausgegangen werden, dass der Angeklagte die Sache nicht selbst gestohlen hat, während bei Prüfung der Hehlerei zu seinen Gunsten gerade die umgekehrte Situation unterstellt werden müsste. Der Angeklagte könnte deshalb wegen keinem der beiden Delikte verurteilt werden. Dieses Ergebnis,

das dem „gesunden Menschenverstand“ widerspricht,²⁰ soll durch eine alternative Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage vermieden werden.

c) Problem der Belastung durch alternativen Schuldspruch

Freilich kann aber auch in Fällen nichtaufklärbarer Sachverhaltsalternativität nicht ohne weiteres eine Wahlfeststellung vorgenommen werden. Denn der Angeklagte wird durch einen alternativen Schuldspruch immer mit dem Verdacht belastet, ein Delikt begangen zu haben, dessen Tatbestand er in Wirklichkeit (sicher) nicht verwirklicht hat.²¹ Wenn aber das im Schuldspruch enthaltene sozialetische Unwerturteil wie das Strafmaß in die Rechte des Betroffenen eingreift und ihn belastet,²² so ist vor dem Hintergrund des Verfassungsgrundsatzes *nulla poena sine culpa*²³ ein alternativer Schuldspruch jedenfalls bei solchen Delikten unzulässig, deren Unwertgehalt erheblich differiert.²⁴ Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung ist eine echte Wahlfeststellung deshalb nur eingeschränkt zulässig.²⁵

3. Die bisherige Rechtsprechung zur echten Wahlfeststellung

a) Geschichte der echten Wahlfeststellung²⁶

Nach anfänglich ablehnender Haltung ließ das Reichsgericht erstmals in einer Entscheidung der Vereinigten Strafsenate

²⁰ Vgl. nur Zeiler, ZStW 40 (1919), 168 (170 f.); ders., ZStW 71 (1960), 4 (22).

²¹ Im Fall exklusiv-alternativer Delikte kann jeweils nur das eine oder das andere verwirklicht sein, sodass der alternative Schuldspruch bezüglich des nicht verwirklichten Tatbestandes immer unrichtig ist, was den Angeklagten insoweit stärker belastet als im Falle einer eindeutigen Verurteilung (BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 61; vgl. auch Freund/Rostalski, JZ 2015, 164).

²² BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 61; vgl. Norouzi, JuS 2008, 17; Freund/Rostalski, JZ 2015, 164 (169); Haas, HRRS 2016, 190 (193). Schon das RG sprach der „Erklärung über den strafrechtlichen Gehalt der Tat [...] keine geringere Bedeutung zu“, als der Festsetzung der Strafe (RGSt 68, 257 [261]).

²³ Vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 = BVerfGE 6, 389 (439); BVerfG, Beschl. v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63 = BVerfGE 20, 323; BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875 und 1852/94 = BVerfGE 95, 96 (140); Miebach, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 18.

²⁴ Das RG sah eine wahldeutige Verurteilung besonders da als ungerechte Bloßstellung an, wo die alternativen Delikte eine „verschiedene seelische Verfassung“ voraussetzen und dem Täter eine „verschiedene sittliche Bewertung“ zuziehen (RGSt 68, 257 [261]).

²⁵ Vgl. auch Ceffinato, Jura 2014, 655 (659).

²⁶ Umfassend dazu Pohlreich, ZStW 128 (2016), 676 (681 ff.); vgl. auch Norouzi, HRRS 2016, 285 (290); ders., in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 475 (487).

¹⁶ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2016, § 1 Rn. 25.

¹⁷ Die Unschuldsvermutung ist nur in Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 Abs. 1 der EU-Grundrechtecharta sowie in einigen Landesverfassungen ausdrücklich normiert, genießt aber als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips auch im deutschen Recht Verfassungsrang (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.1965 – 1 BvR 513/65 = BVerfGE 19, 342 [347]; Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 46 f.; Meyer-Goßner/Schmitt [Fn. 4], Art. 6 EMRK Rn. 12).

¹⁸ Stree, In dubio pro reo, 1962, S. 17; vgl. auch Kotsoglu, ZIS 2014, 31 (44), der von der Aufrechterhaltung des „default-Status“ des Angeklagten bei fehlender richterlicher Überzeugung spricht. Der Zweifelssatz ist deshalb auch keine Beweisregel, sondern eine Entscheidungsregel, die erst nach Abschluss der Beweisaufnahme bei der abschließenden Gesamtwürdigung und nicht schon bei der Feststellung einzelner Tatsachen zur Anwendung kommt (BGH, Urt. v. 12.10.2011 – 2 StR 202/11 = NStZ-RR 2012, 18 [19]; v. Heintschel-Heinegg [Fn. 16], § 1 Rn. 26).

¹⁹ Pohlreich, ZStW 128 (2016), 676 (677), spricht vom „Paradebeispiel für die echte Wahlfeststellung“.

vom 2.5.1934 eine wahldeutige Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei zu.²⁷ Bereits ein Jahr später führte der (nationalsozialistische) Gesetzgeber § 2b RStGB ein, der die Wahlfeststellung sogar uneingeschränkt für zulässig erklärte; diese Vorschrift wurde 1946 durch den Alliierten Kontrollrat aufgehoben.²⁸ Der Bundestag stellte zwar im Dritten Strafrechtsbereinigungsgesetz ausdrücklich fest, dass „§ 2b (Wahlweise Verurteilung) kein nationalsozialistisches Gedankengut“ enthalten habe, sah aber von einer Neuregelung mit dem Argument ab, „die Frage, wie die Grenzen für die Zulässigkeit von wahlweisen Schuldfeststellungen zu ziehen sind, [könne] auch in Zukunft der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen werden“.²⁹ Der BGH knüpfte alsbald an die Position des RG von 1934 an und dehnte den Anwendungsbereich der echten Wahlfeststellung in der Folge sogar noch weiter aus.³⁰ Deren Voraussetzungen beruhen deshalb trotz zahlreicher Appelle für eine gesetzliche Regelung³¹ auch heute noch auf Richterrecht. Darin sehen der Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats und ein Teil des Schrifttums aufgrund der strafbegründenden Wirkung der Wahlfeststellung einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.³²

b) Die Voraussetzungen der bisherigen Rechtsprechung

Die anderen Strafsenate hingegen teilen diese Bedenken nicht und wollen an der bisherigen Rechtsprechung festhalten,³³ wonach eine Wahlfeststellung vorgenommen werden kann, wenn nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Beweismittel bei mehreren möglichen keine straflose Sachverhaltsvariante denkbar ist und die in Rede stehenden Taten nicht in einem Stufenverhältnis stehen sowie rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind.³⁴

aa) Keine straflose Variante und mehrere mögliche Tatbestände

Die ersten beiden Kriterien bedürfen keiner langen Erklärung: Zunächst muss eine Straflosigkeit des Angeklagten sicher ausgeschlossen sein. Andernfalls wäre er schon in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo freizusprechen. Eine ungleichartige Wahlfeststellung kommt erst dann in

Betracht, wenn nach Abschluss der Beweisaufnahme noch mehrere Sachverhaltsvarianten denkbar sind, die jeweils unterschiedliche Straftatbestände erfüllen und deshalb keine eindeutige Verurteilung möglich ist.

Von den Fällen der ungleichartigen (echten) Wahlfeststellung müssen die Fälle der gleichartigen Wahlfeststellung sowie der Prä- und Postpendenz unterschieden werden.³⁵ Bei der gleichartigen (unechten) Wahlfeststellung sind ebenfalls mehrere Sachverhaltsvarianten denkbar, die aber alle denselben Tatbestand erfüllen. So liegt bei zwei sich widersprechenden Aussagen desselben Zeugen mit Sicherheit zumindest eine Falschaussage gem. § 153 StGB vor, auch wenn nicht festgestellt werden kann, welche Aussage konkret unwahr ist. Diese sogenannte Tatsachenalternativität ist im Grunde genommen nur ein alltägliches Beweisproblem³⁶ ohne Auswirkung auf den Schuldspruch, sodass eindeutig wegen des erfüllten Tatbestands verurteilt werden kann. Dasselbe gilt für eine verbleibende Unsicherheit hinsichtlich der konkret erfüllten Tatbestandsvariante wie im „Mordfall“ (s.o. 1. c), der deshalb ebenfalls als Fall der gleichartigen (unechten) Wahlfeststellung behandelt werden sollte.³⁷

In Fällen der Präpendenz kann von zwei Sachverhalten nur der zeitlich spätere nicht aufgeklärt werden – Postpendenz liegt dagegen vor, wenn der zeitlich frühere ungeklärt bleibt –, das Vorliegen des zweifelhaften Sachverhalts jedoch Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung des sicher feststehenden Geschehens hat.³⁸ Auch hier kann nach h.M. in dubio pro reo die nicht sicher feststehende Variante ausgeschieden und wegen des zweifelsfrei festgestellten Verhaltens eindeutig verurteilt werden.³⁹

bb) Kein Stufenverhältnis

Die alternativ erfüllten Straftatbestände dürfen darüber hinaus auch nicht in einem Verhältnis des „Mehr oder Weniger“ zueinander stehen.⁴⁰ Hierbei können logische Stufenverhält-

²⁷ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257; vgl. auch *Frister*, StV 2014, 580; *Kröpil*, JR 2015, 116 (118).

²⁸ Vgl. dazu *Norouzi*, HRRS 2016, 285 (290); *ders.* (Fn. 26 – Strafrechtspflege), S. 487; *Frister*, StV 2014, 580 (581).

²⁹ BT-Drs. 1/3713, S. 19.

³⁰ *Norouzi*, HRRS 2016, 285 (290); *ders.* (Fn. 26 – Strafrechtspflege), S. 488; *Frister*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Nachbem. zu § 2 Rn. 6.

³¹ Vgl. nur *Wolter*, GA 2013, 271 (281 ff.).

³² BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 31; *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164 (169 f.); *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), 334 (358 f.); *Frister*, StV 2015, 584 (585 f.); *Wagner*, ZJS 2014, 436 (441).

³³ Siehe dazu schon die Nachweise in Fn. 1.

³⁴ Vgl. dazu nur *v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 16), § 1 Rn. 49; *Köchel/Wilhelm*, ZJS 2014, 269.

³⁵ Vgl. auch *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (677 f.).

³⁶ Man denke nur an eine Tötung durch mehrere vorsätzlich abgegebene Schüsse, wenn nicht sicher festgestellt werden kann, welcher Schuss letztlich zum Tode geführt hat.

³⁷ Für eine echte Wahlfeststellung jedoch *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 72; *ders.*, JK 12/12, StGB § 211/65. Das Argument, sonst würde die zufällige Fassung unter einen oder mehrere Tatbestände sich unter Umständen auf die Strafbarkeit auswirken (so *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 82; *Günther*, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 273 ff.) überzeugt jedoch nicht. Denn die konkrete Tatbestandsfassung beruht mitnichten auf bloßem Zufall, sondern ist Ergebnis einer gesetzgeberischen Entscheidung, die zu respektieren ist (siehe dazu ausführlich noch unter III. 2. a).

³⁸ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 1135; *Hruschka*, JZ 1970, 637 (640).

³⁹ *Eser/Hecker* (Fn. 37), § 1 Rn. 91; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 38), Rn. 1135.

⁴⁰ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 38), Rn. 1129.

nisse (z.B. zwischen Grundtatbestand und Qualifikation) und normative Stufenverhältnisse mit einer Abstufung im Unrechtsgehalt (z.B. zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit oder Täterschaft und Teilnahme) unterschieden werden.⁴¹ Liegt ein solches Stufenverhältnis vor, muss ebenfalls in dubio mitius eindeutig wegen des tätergünstigeren Delikts verurteilt werden.⁴²

cc) Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit

Bei allen verbleibenden Delikten, die sich einer Günstigkeitsbetrachtung mithilfe des Zweifelssatzes verschließen, kommt eine Wahlfeststellung aus den oben genannten Gründen nur dann in Betracht, wenn die Tatbestände auch als gleich schwer angesehen werden, also über einen ähnlichen Unrechts- und Schuldgehalt verfügen. Die Rechtsprechung prüft dies anhand der von *Kohlrausch*⁴³ übernommenen Formel der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“.⁴⁴ Danach ist erforderlich, dass die in Rede stehenden Straftatbestände abstrakt gesehen „nach dem allgemeinen Rechtsempfinden die gleiche oder ähnliche sittliche Missbilligung verdienen“,⁴⁵ also z.B. vergleichbare Rechtsgüter verletzen, und der Täter eine „gleichgeartete psychische Beziehung“ zu den alternativen Verhaltensweisen aufweist.⁴⁶ In der Praxis ist dafür letztlich die höchstrichterliche Rechtsprechung ausschlaggebend, der sich ein Katalog vergleichbarer Tatbestände entnehmen lässt.⁴⁷

III. Praktische Entbehrlichkeit der Wahlfeststellung?

Nach Ansicht des 2. Strafsenats ist diese gefestigte Rechtsprechung jedoch verfassungswidrig. So soll die echte Wahlfeststellung als strafbegründendes Richterrecht einerseits gegen das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen.⁴⁸ Andererseits sei aber jedenfalls eine wahldeutige Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls und gewerbsmäßiger Hehlerei ausgeschlossen, weil beide Alternativen Katalogtaten der Geldwäsche seien und die Umgehung der eindeutigen Verurteilung aus diesem geschriebenen Auf-

fangtatbestand mit dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar wäre.⁴⁹ Darüber hinaus entfielen in diesem Fall auch das praktische Bedürfnis für eine Wahlfeststellung, weil ein ungerechtfertigter Freispruch nicht zu besorgen sei.⁵⁰

Die Frage nach einem Verstoß der Gesetzesalternativen Verurteilung gegen Art. 103 Abs. 2 GG, die maßgeblich davon abhängt, wie weit man dessen Schutzbereich ziehen will, wurde in jüngerer Zeit bereits sehr ausführlich behandelt⁵¹ und soll deshalb im Folgenden weitestgehend ausgeklammert werden. Ausgehend von der neuen hilfswisen Frage des Vorlagebeschlusses soll hier vielmehr erörtert werden, ob in der Praxis überhaupt ein Bedürfnis nach Gesetzesalternativen Verurteilungen besteht. Denn wenn die echte Wahlfeststellung, wie bereits gezeigt, die konfligierenden Grundsätze der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit im Wege praktischer Konkordanz zu einem vernünftigen Ausgleich bringen soll,⁵² so könnte sie entbehrlich sein, wenn in Wirklichkeit entweder das behauptete Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit geringer oder die rechtsstaatlichen Bedenken gegen eine Durchbrechung des Zweifelssatzes wesentlich größer wären, als gemeinhin angenommen wird.

1. Keine zwingenden Argumente für die echte Wahlfeststellung

Die Erforderlichkeit der Wahlfeststellung wird allgemein damit begründet, dass aus Gerechtigkeitsgründen eine Ausnahme vom Grundsatz in dubio pro reo angezeigt sei, um ungerechtfertigte Freisprüche zu vermeiden. Davon abgesehen, dass in vielen Wahlfeststellungskonstellationen schon aufgrund der Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung aus einem Auffangtatbestand (dazu ausführlich noch unter 3. a) keine Straflosigkeit zu besorgen ist, wird damit aber einerseits dem Zweifelssatz eine Aussage unterstellt, die dieser gar nicht trifft, und andererseits das Prinzip der Gerechtigkeit wesentlich höher gewichtet, als in anderen Bereichen.

⁴¹ *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Anh. zu § 1 Rn. 15 ff.

⁴² *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anh. zu § 1 Rn. 51; *Eschelbach*, in: Graf (Fn. 4), § 261 Rn. 47a; *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (678).

⁴³ Vgl. *Kohlrausch*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 37. Aufl. 1941, S. 54.

⁴⁴ *Dannecker* (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 40; *Eser/Hecker* (Fn. 36), § 1 Rn. 99.

⁴⁵ *Dannecker* (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 136.

⁴⁶ *Dannecker* (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 145.

⁴⁷ Vgl. die Auflistung z.B. bei *Dannecker* (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 146 f.; *Stuckenberg*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 81. Lfg., Stand: November 2016, § 261 Rn. 145 f.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 36 ff.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 86 ff.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 86 ff.

⁵¹ Vgl. *Ceffinato*, Jura 2014, 655 (663 ff.); *Eschelbach*, ZAP 2014, 1041; *Freund*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 35; *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164 sowie 716; *Frister*, StV 2014, 584; *Haas*, HRRS 2016, 190; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2014, 710; *Jahn*, JuS 2014, 753 (754 f.); *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), 334 (343 ff.); *Kröpil*, JR 2015, 116; *Norouzi*, HRRS 2016, 285 (289 ff.); *ders.* (Fn. 26 – Strafrechtspflege), S. 486 ff.; *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (688 ff.); *Schuh*, NStZ 2014, 437; *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461; *ders.*, JZ 2015, 714; *Wagner*, ZJS 2014, 436 (440 ff.); *Wolter*, GA 2013, 271.

⁵² Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 38), Rn. 1127; *Satzger* (Fn. 377 – SSW-StGB), § 1 Rn. 80; *Schmitz* (Fn. 41), Anh. zu § 1 Rn. 12.

a) *Der Aussagegehalt des Zweifelssatzes*

Zunächst muss die Aussage, eine doppelte Anwendung von in dubio pro reo wäre logisch widersprüchlich und würde dem Angeklagten einen unverdienten Vorteil bringen,⁵³ kritisch gesehen werden, weil sie dem Zweifelssatz eine positive Aussage in tatsächlicher Hinsicht zuspricht, die dieser bei genauer Betrachtung gar nicht trifft. Denn als Entscheidungsregel sagt der Grundsatz in dubio pro reo dem Richter lediglich *negativ*, welche Schlüsse er aus dem Ergebnis einer Beweisaufnahme *nicht* ziehen darf. Indes zwingt er ihn nicht *positiv* zur Unterstellung bestimmter Tatsachen. Typisch für ein non liquet ist ja gerade, dass selbst im Fall der Sachverhaltsalternativität die Ablehnung einer Alternative noch nicht zwingend das Vorliegen der anderen bedingt, sondern auch noch die dritte Variante existiert, dass die zweifelbehaftete Tatsache nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann (siehe oben). Das heißt aber – wie bei der einfachen Sachverhaltsungleichheit auch⁵⁴ – noch nicht, dass sie nicht vorgelegen haben kann! Dies wird schon daran deutlich, dass auch der dann in dubio pro reo ergehende Freispruch (aus Mangel an Beweisen) nur die negative Aussage trifft, dass die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nicht festgestellt werden konnte. Keinesfalls aber wird dadurch behauptet, es könnte nicht dennoch so gewesen sein oder sogar dem (potentiellen) Opfer unterstellt, es hätte gelogen.

Insofern liegt auch in der doppelten Anwendung von in dubio pro reo kein Widerspruch, sie ist vielmehr mit Blick auf die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Verurteilung nur konsequent. Es ist nicht ersichtlich, warum sich an der Handhabung des Zweifelssatzes bei einer nicht aufklärbaren *exklusiven* Sachverhaltsalternativität etwas ändern sollte. Somit bleibt es auch in diesem Fall bei dem Grundsatz, dass ein Angeklagter nur bei zweifelsfreier Feststellung aller Tatbestandsmerkmale verurteilt werden kann. Der vermeintlich ungerechte Vorteil, der dem Angeklagten durch einen Freispruch bei nicht aufklärbaren Sachverhaltszweifeln zuteilwird, beruht deshalb auch nicht auf dem Zweifelssatz, sondern resultiert aus der alternativen Exklusivität der in Frage kommenden Tatbestände. Diese sind der eigentliche Grund für das unbefriedigende Ergebnis in Wahlfeststellungskonstellationen. Bevor aber so grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien wie der Zweifelssatz aufgeweicht werden, sollte geprüft werden, ob diese Einzelfälle praktisch wirklich so problematisch sind. Denn es kann schon mit guten Gründen bezweifelt werden, dass das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit wirklich eine Ausnahme vom Zweifelssatz gebietet.

b) *Der Stellenwert des Gebots der Gerechtigkeit*

Wenn in Fällen nichtaufklärbarer exklusiver Sachverhaltsalternativität geltend gemacht wird, dass alles andere als eine gesetzesalternative Verurteilung aus den in Betracht kommenden Delikten dem gesunden Menschenverstand wider-

spräche und mit dem Gebot der Einzelfallgerechtigkeit nicht zu vereinbaren wäre,⁵⁵ so kann dem entgegengehalten werden, dass es Gerechtigkeit in einem Rechtsstaat nun einmal nicht um jeden Preis gibt.⁵⁶

aa) *Bestimmtheit als Grenze der materiellen Gerechtigkeit*

Dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Gebot materieller Gerechtigkeit kommt ohne Zweifel Verfassungsrang zu.⁵⁷ Es steht jedoch immer in einem Spannungsverhältnis zu den anderen Komponenten der Rechtsstaatlichkeit wie Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit, die vom Gesetzgeber in einen Ausgleich gebracht werden müssen.⁵⁸ Wer eine Wahlfeststellung aus Gerechtigkeitsgründen für erforderlich hält, übersieht dabei gerne, dass bereits das Bestimmtheitsgebot selbst durch einen Kompromiss von formeller und materieller Gerechtigkeit gekennzeichnet ist,⁵⁹ indem es klar umrissene Tatbestände fordert, wodurch Strafbarkeitslücken erst entstehen.⁶⁰ Der Gesetzgeber nimmt also schon bei der Formulierung hinreichend bestimmter Straftatbestände bewusst Beweisprobleme in Kauf.⁶¹ Seine Entscheidung für eine tatbestandliche Abgrenzung zweier Verhaltensweisen darf nach dem Gesetzlichkeitsprinzip, das insoweit auch dem Grundsatz der Gewaltenteilung zur Geltung verhilft, aber nicht von den Gerichten durch eine eigene Abwägung ersetzt werden. Denn „[I]nwiefern die Rechtssicherheit mit der Gerechtigkeit in Widerstreit, so ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, sich für die eine oder andere Seite zu entscheiden“.⁶² Die Situation ist hier keine andere als bei sonstigen Strafbarkeitslücken, wo sich der Gesetzgeber ebenfalls beim Wort nehmen lassen muss und eine Bestrafung an Art. 103 Abs. 2 GG scheitert. Für ein rechtsstaatliches Strafrecht sind solche Lücken deshalb gerade typisch, ja streng genommen erlangt das Gesetzlichkeitsprinzip nur für diese Fälle überhaupt Bedeutung.⁶³

⁵⁵ Vgl. nur Zeiler, ZStW 40 (1919), 168 (170 f.); Stuckenberg, ZIS 2014, 461 (464); Dannecker (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 1.

⁵⁶ Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 5; BVerfG, Beschl. v. 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09 = JZ 2011, 249 (250); vgl. auch Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 24.7.1957 – 1 BvL 23/52 = BVerfGE 7, 89 (92); BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 = BVerfGE 133, 168 (198).

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 24.7.1957 – 1 BvL 23/52 = BVerfGE 7, 89 (92 f.).

⁵⁹ Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989, S. 55; Lenckner, JuS 1968, 305; Frister, StV 2014, 580 (584).

⁶⁰ Umgekehrt für einen Vorrang der materiellen Gerechtigkeit wohl Lenckner, JuS 1968, 305.

⁶¹ Vgl. auch Pohlreich, ZStW 128 (2016), 676 (680) m.w.N., dort aber wohl als Argument für die Wahlfeststellung.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 26.2.1969 – 2 BvL 15, 23/68 = BVerfGE 25, 269 (290).

⁶³ Eine Strafflosigkeit mangels gesetzlicher Bestimmtheit kommt überhaupt nur für strafwürdiges Verhalten in Betracht, denn andernfalls dürfte schon mangels Strafwürdigkeit

⁵³ Vgl. nur Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 38), Rn. 1122; Beulke/Fahl, Jura 1998, 265; Norouzi, JuS 2008, 17.

⁵⁴ So auch Freund/Rostalski, JZ 2015, 164 (166).

So hat bereits die Grundentscheidung gegen eine generelle Ermächtigung zur Bestrafung jedweden als strafwürdig angesehenen Verhaltens („nullum crimen sine poena“⁶⁴)⁶⁵ und für eine gesetzliche Bestimmtheit notwendig ein fragmentarisches Strafrecht zur Folge. Alle Verhaltensweisen, die nicht unter einen Straftatbestand fallen, müssen zwingend straflos bleiben, selbst wenn sie ähnlich strafwürdig sind. Insoweit produziert der Gesetzlichkeitsgrundsatz sogar Einzelfallgerechtigkeit.⁶⁶ Hintergrund ist, dass ein rechtsstaatliches Strafrecht nicht nur gerechte Einzelfallentscheidungen, sondern vor allem auch eine gleichmäßige Rechtsanwendung gewährleisten will, die für fallübergreifende Gerechtigkeit sorgt. Nach dem Verständnis des Grundgesetzes gibt es somit gar keine Gerechtigkeit jenseits der Gesetze.⁶⁷ Auch formal erscheinende Vorschriften, die einer gerechten Entscheidung *prima vista* entgegenstehen, können daher in Wahrheit gerade der allgemeinen Gerechtigkeit dienen,⁶⁸ weshalb Rechtsstaatlichkeit grundsätzlich verlangt, an allgemeinen Grundsätzen auch dann festzuhalten, wenn diese im Einzelfall (vermeintlich) als Schwäche angesehen werden.⁶⁹

Im Übrigen kennt unsere Rechtsordnung aber auch Fälle, in denen sogar sicher feststehende Straftaten ungesühnt bleiben und die Gerechtigkeit aus anderen Gründen zurücktritt.

bb) Anerkannte Gerechtigkeitslücken im geltenden Recht

Wohl am besten vergleichbar mit der Wahlfeststellung ist die Situation des Strafklageverbrauchs aufgrund eines vorangegangenen Freispruchs aus Mangel an Beweisen. Kann dem Angeklagten in einem ersten Verfahren die Tat nicht sicher nachgewiesen werden und muss er daraufhin aus Mangel an Beweisen freigesprochen werden, so tritt hinsichtlich des abgeurteilten Sachverhalts Strafklageverbrauch ein.⁷⁰ Eine

nicht gestraft werden (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 4. Abschn. Rn. 8).

⁶⁴ Vgl. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2015, S. 180; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 132.

⁶⁵ Eine solche versuchte z.B. der 1935 eingeführte § 2 RStGB („Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“) zu normieren, mit dem der nationalsozialistische Gesetzgeber eine dem heutigen § 1 StGB ähnliche Vorschrift ersetzte.

⁶⁶ *Jakobs* (Fn. 63), 4. Abschn. Rn. 8 (*Hervorhebung* im Original); vgl. auch *Freund* (Fn. 51), S. 51.

⁶⁷ *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (687).

⁶⁸ *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1 (18).

⁶⁹ Dass um solche Garantien stets aufs Neue gekämpft werden muss, zeigen die regelmäßig wiederkehrenden Forderungen nach Ausnahmeregelungen wie z.B. bei der Rettungsfolter (vgl. *Brugger*, JZ 2000, 165) oder bei Maßnahmen im Bereich der Verbrechens- oder Terrorismusbekämpfung (vgl. *Krings*, ZRP 2015, 167 [168 ff.]).

⁷⁰ *Volk/Engländer* (Fn. 56), § 14 Rn. 20.

Verurteilung ist – in den von § 362 StPO gesetzten Grenzen – wegen des Grundsatzes *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG) auch dann nicht mehr möglich, wenn sich seine Täterschaft zu einem späteren Zeitpunkt beweisen lässt.⁷¹ Obwohl eine Straftat dann sicher feststeht (und diese anders als bei der Wahlfeststellung sogar zweifelsfrei benannt werden kann), akzeptieren wir, dass sie ungesühnt bleibt.

Aber auch bestimmte Verfahrenshindernisse können einer Verurteilung entgegenstehen, obwohl das Vorliegen einer Straftat zweifelsfrei erwiesen ist. Liegt dem Tatnachweis beispielsweise ein Verstoß gegen ein Beweisverbot zugrunde, so kann trotz des Feststehens der Tat nicht verurteilt werden.⁷² „Kraft des Beweisverbots muss das Gericht den Schuldigen laufen lassen.“⁷³ Auch in Fällen, in denen ein Angeklagter aufgrund gravierender Verstöße gegen rechtsstaatliche Grundsätze wie bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nicht bestraft werden kann,⁷⁴ liegt eine ähnliche Situation vor. Und wird eine Straftat schließlich nicht innerhalb der Frist des § 78 Abs. 3 StGB geahndet, so tritt grundsätzlich Strafverfolgungsverjährung ein.⁷⁵ Nach Fristablauf liegt also gewissermaßen von einer Sekunde auf die andere ein Verfahrenshindernis vor, welches einer Verurteilung entgegensteht, auch wenn sich die Tat vollumfänglich beweisen lässt.⁷⁶ Denn Rechtssicherheit und Rechtsfrieden überwiegen hier gegenüber dem Interesse an einer gerechten Bestrafung.

Ein (vermeintliches) Zurücktreten der Einzelfallgerechtigkeit durch einen Freispruch aus rechtsstaatlichen Gründen ist also kein Makel, sondern gerade ein Markenzeichen des

⁷¹ Anders als bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten gem. § 359 Nr. 5 StPO führen neue Tatsachen oder Beweismittel, wie zum Zeitpunkt der ersten Verurteilung noch nicht auswertbare DNA-Spuren, bei § 362 StPO gerade nicht zu einer Durchbrechung der Rechtskraft (vgl. dazu und zu den diskutierten Ausnahmen aus Gerechtigkeitsgründen *Kaspar*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* [Hrsg.], Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 362 Rn. 13 f.).

⁷² Vgl. auch *Alwart*, GA 1992, 545 (563); grundlegend *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 2. Aufl. 1968.

⁷³ *Beling* (Fn. 72), S. 32.

⁷⁴ Vgl. dazu jüngst BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14 = NSTZ 2016, 52, sowie grundlegend *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 3. Aufl. 2004, S. 31 ff.

⁷⁵ Diese stellt nach überwiegender Ansicht nur ein Prozesshindernis dar, lässt die Strafbarkeit und die Strafwürdigkeit des Verhaltens aber unberührt (*Mitsch*, in: *Joecks/Miebach* [Fn. 23], § 78 Rn. 1).

⁷⁶ Diese starre Regelung lässt sich am ehesten dadurch erklären, dass die Verjährung zur Rechtssicherheit und zur Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden beitragen will (vgl. *Mitsch* [Fn. 75], § 78 Rn. 2 ff.). Die darüber hinaus angeführten Legitimationsgründe des Zeitablaufs als „poena naturalis“, des Schwundes der Beweismöglichkeiten und der schwächeren präventiven Effizienz einer Ahndung können die unterschiedliche Behandlung quasi „über Nacht“ hingegen nicht zufriedenstellend erklären.

Rechtsstaats. Vermutlich wird es auch weiterhin „regelmäßig als bedauerliche Einbuße an Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit erscheinen, wenn wegen des nulla-poena-Grundsatzes oft mit guten Gründen als strafwürdig angesehenes Verhalten straflos bleiben muss. Das aber sollte um der ‚Bewahrung des Strafrechts als Recht‘ willen hingenommen werden [...]. Schlimmer als alle Hindernisse für die Realisierung der Gerechtigkeit – oder richtiger dessen, was man jeweils dafür hält – wäre im Strafrecht die Lösung vom Gesetz. Sie würde zur Zerstörung des Rechtsstaates führen.“⁷⁷

Bei allen berechtigten Bemühungen um gerechte Ergebnisse im Einzelfall dürfen deshalb die gravierenden Auswirkungen der Wahlfeststellung auf fundamentale Grundsätze des rechtsstaatlichen Strafverfahrens nicht übersehen werden.

2. Gewichtige Argumente gegen die echte Wahlfeststellung

Gesetzesalternative Verurteilungen sind keineswegs nur eine harmlose Ausnahme vom Zweifelssatz. Denn die Rechtsprechung greift damit weit in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers ein und verschiebt so die verfassungsmäßige Gewaltenteilung. Auch der veränderte Prüfungsmaßstab stellt sich bei genauerer Untersuchung als Fremdkörper dar, der mit überkommenen Grundsätzen und Zielen des Strafprozesses nicht in Einklang zu bringen ist.

a) Die Auswirkungen der Wahlfeststellung auf die Gewaltenteilung

Selbst wenn man in der Wahlfeststellung keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sieht, kann die Machtverschiebung zugunsten der Judikative, die aus dieser richterlichen Rechtsfortbildung resultiert, mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung sehr kritisch gesehen werden.⁷⁸ Denn die wesentliche Grundentscheidung, wie ein Verhalten strafrechtlich zu beurteilen ist, hat das Grundgesetz dem Gesetzgeber zugewiesen.⁷⁹ Dessen Wertungen müssen die Gerichte aufgrund ihrer Gesetzesbindung respektieren und dürfen sie nicht durch ihre eigenen ersetzen.⁸⁰ Die Zulassung einer richterrechtlichen Bestimmung der Vergleichbarkeit zweier Delikte im Rahmen der echten Wahlfeststellung droht aber gerade,

die unterschiedliche gesetzgeberische Bewertung der alternativen Sachverhalte zu übergehen.⁸¹

Versteht man nämlich den Tatbestand als Beschreibung typischen Unrechts,⁸² so indiziert eine tatbestandliche Unterscheidung zweier Verhaltensweisen durch den Gesetzgeber immer auch einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt.⁸³ Selbst Delikten mit identischen Strafrahmen kommt daher nicht automatisch auch dieselbe sittliche Missbilligung zu, denn die gesetzgeberische Schwereeinschätzung beschränkt sich nicht auf das Strafmaß, sondern umfasst auch das im Schuldpruch zum Ausdruck kommende Unwerturteil.⁸⁴ Richtigerweise wird deshalb auch eine unbeschränkte Wahlfeststellung überwiegend für unzulässig erachtet.⁸⁵ Will man aber die gesetzlichen Wertungen wirklich ernst nehmen, so kann auch die Vergleichbarkeit zweier Delikte (wenn überhaupt) nur aus entsprechenden Entscheidungen des Gesetzgebers, welche die grundsätzlich aus der tatbestandlichen Abgrenzung folgende Vermutung artverschiedenen Unrechts widerlegen, abgeleitet werden.⁸⁶ Beispielhaft kann die Formulierung der §§ 252 und 255 StGB „ist gleich einem Räuber zu bestrafen“ genannt werden, durch die der Gesetzgeber zu erkennen gibt, dass er dem räuberischen Diebstahl und der räuberischen Erpressung dieselbe sittliche Missbilligung angedeihen lässt wie dem Raub.

Die Begrenzung der Wahlfeststellung durch die ständige Rechtsprechung auf Delikte „rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit“ vermag hingegen nicht sicherzustellen, dass die gesetzgeberischen Wertungen beachtet werden. Denn diese zu Recht vielfach kritisierte „Leerformel“ orientiert sich nur bedingt am Gesetz und erlaubt letztlich beliebige Ergebnisse.⁸⁷ Das liegt maßgeblich auch daran, dass ihr

⁷⁷ Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, S. 232.

⁷⁸ Vgl. auch Pohlreich, ZStW 128 (2016), 676 (680), der andere einfach- und verfassungsrechtliche Prinzipien in den Blick nimmt.

⁷⁹ Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 17.1.1978 – 1 BvL 13/76 = BVerfGE 47, 109 (120); BVerfG, Beschl. v. 22.6.1988 – 2 BvR 234/87, 1154/86 = BVerfGE 78, 374 (382 f.); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 78. Lfg., Stand: September 2016, Art. 103 Abs. 2 Rn. 180; Grünwald, ZStW 76 (1964), 1 (13 f.); Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 46; Vogel, in: Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor §§ 15 ff. Rn. 42.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 17.11.1983 – 4 StR 617/83 = NStZ 1984, 117.

⁸¹ Freund (Fn. 30), Nachbem. zu § 2 Rn. 86; Freund (Fn. 51), S. 52; dagegen Ceffinato, Jura 2014, 655 (664).

⁸² So Jescheck/Weigend (Fn. 64), S. 244 ff.

⁸³ Frister (Fn. 30), Nachbem. zu § 2 Rn. 85; vgl. auch Pohlreich, ZStW 128 (2016), 676 (709).

⁸⁴ Freund/Rostalski sehen hierin sogar den „Kern gesellschaftlicher Antwort auf die Infragestellung der übertretenen Verhaltensnorm“ (JZ 2015, 164 [165]). Bestünde zwischen manchen Delikten aufgrund ihrer Vergleichbarkeit wirklich kein relevanter Unterschied, so müssten einem wegen Hehlelei Verurteilten konsequenterweise mangels Beschwer auch keine Rechtsmittel zustehen, wenn er die Sache in Wirklichkeit selbst gestohlen hat (und das erkennende Gericht diesen Einwand als bloße Schutzbehauptung zurückgewiesen hat). Der Schuldpruch soll aber gerade „einen eigenständigen Eingriff in die Rechtssphäre des Verurteilten“ darstellen und „eine Beschwer im Sinne der Rechtsmittelbefugnisse“ begründen (Haas, HRRS 2016, 190 [193]).

⁸⁵ Anders zuletzt der 3. Strafsenat, BGH, Beschl. v. 30.9.2014 – 3 Ars 13/14 = NStZ-RR 2015, 39 (40); vgl. auch Nüse, GA 1953, 33 (39).

⁸⁶ Vgl. auch Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 51.

⁸⁷ Vgl. Norouzi, JuS 2008, 113. Das alternativ vorgeschlagene Kriterium einer „Identität des Unrechtskerns“ (vgl. Schmitz [Fn. 41], Anh. zu § 1 Rn. 51 ff.; Jescheck/Weigend

ein täterstrafrechtliches Denken zugrunde liegt, welches tatbestandliche Grenzen gerade als hinderlich erachtet und die Persönlichkeit des Täters als Grundlage der Strafbarkeit ansieht.⁸⁸ Festgestellt werden sollte mit der Formel ja ursprünglich „nicht ein Tattyp, sondern ein Tätertyp“.⁸⁹ Es besteht aber doch ein großer Unterschied zwischen der Bewertung zweier Krimineller als „gleich gefährlich“ und der Vergleichbarkeit zweier Tatbestände. Von ihrem täterstrafrechtlichen Ursprung – der in anderen Fällen für sich genommen schon ein Argument für eine Reform wäre⁹⁰ – einmal abgesehen, liefert die Formel aber jedenfalls keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung der als vergleichbar und der nicht als vergleichbar angesehenen Delikte. Eine Differenzierung aber, die sich weder auf Sachgründe noch auf das Gesetz stützen kann, ist willkürliche Rechtsanwendung.⁹¹ Genau hiervor soll das Gesetzlichkeitsprinzip schützen.

b) Die Wahlfeststellung als Fremdkörper im Strafprozess

aa) Systembruch durch Negativbeweis fehlender Straflosigkeit

Daneben stellt die Wahlfeststellung aber auch das der StPO zugrundeliegende Konzept der Wahrheitsermittlung (siehe dazu schon oben II. 2. a) auf den Kopf, indem für eine wahldeutige Verurteilung auf alternativer Tatsachengrundlage nicht mehr die (positive) Feststellung des Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale nötig ist, sondern es bereits genügen soll, dass (negativ gesehen) keine straflose Sachverhaltsalternative denkbar ist. Denn der negative Beweis, „dass etwas nicht ist“, ist ungleich schwieriger zu führen, als der positive Beweis, „dass etwas ist“. Es handelt sich deshalb nicht nur um die logische Kehrseite der allgemeinen Überzeugungsbildung, sondern um eine völlig andere Prüfung. So erfordert der Ausschluss einer straflosen Variante, dass sämtliche ver-

bleibenden Möglichkeiten zur richterlichen Überzeugung widerlegt werden, was wiederum voraussetzt, dass diese alle bekannt sind.⁹² Das ist jedoch aufgrund der begrenzten Erkenntnismöglichkeiten gar nicht möglich. Insoweit hat schon das Reichsgericht erkannt, dass ein solcher Negativbeweis „einem Übersehen, noch weit mehr ausgesetzt [ist] als das bejahende Fürwahrhalten eines Geschehens“.⁹³

Weiter wird übersehen, dass Tatsachenfeststellung und Rechtssatzermittlung schlechterdings nicht getrennt werden können, weshalb schon im Rahmen der Ermittlungen vor allem nach Fakten mit Relevanz für die in Frage kommenden Delikte gesucht wird.⁹⁴ Nimmt man weiter an, dass es einem Richter unmöglich sei, „ein Geschehen wert-indifferent zu erfassen und juristisch-neutral zu beurteilen“,⁹⁵ so mag diese Ergebnisorientierung beim Positivbeweis sogar zielführend sein. Indes steht sie einem unbefangenen Negativbeweis, der auch weit abseits des Vorwurfs liegende Möglichkeiten einbeziehen muss, diametral entgegen.

Schließlich werden zumindest faktisch auch die Rollen der Prozessparteien umgedreht. Genügt es für eine erfolgreiche Verteidigung normalerweise, die gerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen in Zweifel zu ziehen, so müsste für einen Negativbeweis die Möglichkeit eines alternativen, zur Straflosigkeit führenden Geschehens positiv nachgewiesen werden. Aus dem Amtsermittlungsgrundsatz würde dann der „Verteidigungsermittlungsgrundsatz“, worin man eine faktische Umkehr der Beweislast sehen kann.⁹⁶ Das ist auch mit Blick auf die Prozessmaxime der Wahrheitsermittlung⁹⁷ problematisch, denn die Verteidigung wird alternative Sachverhaltsvarianten stets nur dann vorbringen, wenn diese zur Entlastung des Angeklagten beitragen können; anders als das Gericht hat sie kein darüberhinausgehendes Aufklärungsinteresse. Hätte beispielsweise A im obigen „Mordfall“ (II. 1. c) von Anfang an geplant, O zu töten, um sie loszuwerden, aber vorher in jedem Fall noch mit ihr zu schlafen (egal ob mit oder ohne ihr Einverständnis), so läge zweifelsfrei ein Mord

[Fn. 64], S. 150) ist allerdings nahezu ebenso wertungsabhängig.

⁸⁸ Vgl. *Norouzi*, HRRS 2016, 285 (291); *ders.* (Fn. 26 – Strafrechtspflege), S. 491. Umso mehr muss es verwundern, dass die Formel auch heute noch unbesehen der Tatsache verwendet wird, dass sogar *Kohlrausch* in seiner Kommentierung des § 2b StGB der Ansicht war, die Wahlfeststellung führe in einem Tatstrafrecht zu unzulässigen Verdachtsstrafen (*Kohlrausch* [Fn. 43], S. 54).

⁸⁹ *Kohlrausch* (Fn. 43), S. 54.

⁹⁰ Vgl. *Haas*, HRRS 2016, 190 (196). Man denke insofern nur an die öffentlichkeitswirksame Begründung des Bedarfs einer Reform der Tötungsdelikte mit der ebenfalls in die NS-Zeit fallenden Entstehungsgeschichte und vermeintlich täterstrafrechtlichen Fassung des § 211 StGB („Mörder ist, wer [...]“), siehe dazu *Köhne*, ZRP 2007, 165 (166).

⁹¹ So auch *Freund* (Fn. 51), S. 56. Eine Differenzierung durch den Gesetzgeber hingegen wäre nicht willkürlich, weil dieser aufgrund der ihm auferlegten Zurückhaltung (*ultima ratio*) ohnehin nur eine Auswahl unerwünschter Verhaltensweisen mit Strafen belegen soll (*Maiwald*, in: *Schroeder/Zipf* [Hrsg.], *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 23.).

⁹² Es soll freilich nicht verkannt werden, dass der positive Beweis oftmals ebenfalls auf negativen Rückschlüssen beruht („es muss wohl so gewesen sein“). Es ist aber ein großer Unterschied, ob eine Sache nur auf eine bestimmte Weise erklärt werden kann (und daher zugleich alle anderen ausschließt) oder „jedenfalls keine andere Möglichkeit denkbar“ ist.

⁹³ RGSt 68, 257 (260). So dürfte auch die Vorstellung, die Erde sei eine Scheibe, maßgeblich darauf zurückzuführen sein, dass eine andere Form (z.B. eine Kugel mit sog. Antipoden auf der gegenüberliegenden Seite des Globus) nicht leicht vorstellbar ist. Eine Gewähr für die Richtigkeit der Annahme liegt in diesem Ausschlussverfahren freilich nicht.

⁹⁴ *Berkemann*, JZ 1971, 537 (538).

⁹⁵ *Berkemann*, JZ 1971, 537 (538).

⁹⁶ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 1452 f.

⁹⁷ Vgl. dazu nur BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 = BVerfGE 133, 168 (225 f.); *Volk/Engländer* (Fn. 56), § 3 Rn. 1 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 10 Rn. 5, § 15 Rn. 3 ff.

aus niedrigen Beweggründen vor. Die Verteidigung hat an dieser Klarstellung aber schon insoweit kein Interesse, als für den Angeklagten daraus kein direkter Vorteil erwächst und jedenfalls die kumulative Verwirklichung zweier Mordmerkmale und eine damit verbundene Strafschärfung gar nicht in Rede steht. Und auch das Gericht ist auf die Feststellung eines zweifelsfreien Sachverhalts nicht angewiesen, solange eine wahldeutige Verurteilung möglich bleibt. Damit ist aber zu besorgen, dass sich die Wahlfeststellung zulasten der eindeutigen Aufklärung des Sachverhalts auswirkt.

bb) Gefahr der Vernachlässigung der Sachverhaltsaufklärung

In der Tat drängt sich bei vielen Urteilen der Eindruck auf, dass noch nicht einmal versucht wurde, eines der infrage kommenden alternativen Delikte sicher festzustellen, sondern vorschnell von der Möglichkeit einer alternativen Verurteilung Gebrauch gemacht wird. Wie ließe es sich z.B. sonst erklären, dass im obigen „Überweisungsfall“ (II. 1. b) bei der Beweisaufnahme Feststellungen zur Bearbeitung des Überweisungsträgers unterblieben (!), obwohl diese – wie auch der BGH hervorhob – ausschlaggebend für die Einordnung der Tat als Betrug oder Computerbetrug waren. Die Gefahr für die Pflicht der Gerichte zur Erforschung der materiellen Wahrheit, welche aufgrund der Nähe zum Schuldprinzip schon vom Grundgesetz selbst vorausgesetzt wird,⁹⁸ liegt auf der Hand, wenn befürchtet werden muss, dass die echte Wahlfeststellung „als Mittel zur Ressourcenschonung im Ermittlungsverfahren missbraucht“ wird.⁹⁹ Ohne den Ausweg einer wahldeutigen Verurteilung wären Ermittlungsbehörden und Gerichte aber von vornherein zu den größtmöglichen Anstrengungen verpflichtet, um das Vorliegen einer Straftat eindeutig nachweisen zu können.

Freilich wird dagegen oftmals eingewandt, der Verzicht auf die Möglichkeit wahldeutiger Verurteilung habe erzwungene Feststellungen zur Folge, unter denen die Ehrlichkeit des Richterspruchs leide.¹⁰⁰ Es wird also davon ausgegangen,

⁹⁸ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11 = BVerfGE 133, 168 (198 ff.); vgl. auch *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (694 ff.).

⁹⁹ *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (696).

¹⁰⁰ *Dannecker* (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 11; *Günther* (Fn. 37), S. 180; vgl. auch *Tröndle*, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1985, S. 687; *Alwart*, GA 1992, 565. Anhand der von *Zeiler*, ZStW 43 (1922), 596 aufgeführten Fälle wird jedoch nicht recht deutlich, worin das Problem solcherart erzwungener Feststellungen liegen soll. Sind in einem Richterkolleg nach Abschluss der Beweisaufnahme drei Personen vom Vorliegen eines Diebstahls, zwei hingegen von einer Hehlerei überzeugt und muss deshalb ein Freispruch ergehen (610 f.), so zeigt dies nur, dass im Grunde gar nichts feststeht. Inwiefern die Wahlfeststellung hier etwas anderes bewirken soll, als diesen Zustand auch noch gutzuheißen, ist nicht ersichtlich. Auch weshalb das Geständnis einer Hehlerei eine „fadenscheinige Ausrede“ und die Verurteilung aufgrund richterlicher Überzeugung von der Richtigkeit desselben eine „Unwahrhaftigkeit“ darstellen soll (607),

dass ein Richter, der zu einer Strafbarkeit des Angeklagten kommen will, zur Not auch gegen seine eigene Überzeugung das eindeutige Vorliegen von Tatsachen annimmt, die ihm eigentlich zweifelhaft erscheinen. Wer so argumentiert, schüttet aber gleichsam das Kind mit dem Bade aus. Zwar dürfen praktische Konsequenzen nicht außer Acht gelassen werden,¹⁰¹ ein Richter, der, wenn es sein muss, auch entgegen seiner persönlichen Überzeugung von einem Sachverhalt i.S.d. § 261 StPO „überzeugt“ ist, kann aber kein geeigneter Prüfstein sein. Vielmehr verweist der Einwand auf eine viel größere Gefahr, die erst durch die Wahlfeststellung droht: Ein solcher Richter ließe sich nämlich vermutlich noch viel leichter vom Fehlen einer straflosen Alternative „überzeugen“,¹⁰² um wenigstens eine Wahlfeststellungskonstellation herbeizuführen. Darüber hinaus muss angesichts möglicher Alternativen zur gesetzalternativen Verurteilung bezweifelt werden, dass der Gewissenskonflikt für die Gerichte wirklich so groß ist, wie behauptet wird. Das gilt insbesondere, wenn der Täter – wie in den meisten Fällen – auch ohne die Vornahme einer Wahlfeststellung dasselbe Strafmaß zu erwarten hat.

3. Alternativen zur Wahlfeststellung

Der Vorlagebeschluss des 2. *Strafsenats* hält zumindest im Fall der Alternativität von Diebstahl und Hehlerei schon *de lege lata* eine eindeutige Verurteilung wegen Geldwäsche für vorrangig. Aber auch *de lege ferenda* erscheint eine Reform der exklusiv-alternativen Tatbestände, welche wie gezeigt das eigentliche Problem darstellen, gegenüber einer allgemeinen gesetzlichen Regelung der echten Wahlfeststellung vorzuzugewürdigt.

a) Vorrang eindeutiger Verurteilung de lege lata

Bereits heute kommt in den meisten Fällen, für die eine echte Wahlfeststellung diskutiert wird, eine eindeutige Verurteilung aus sicher feststehenden Tatbeständen in Betracht.¹⁰³ Hierbei ist zunächst an die Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung wegen einer Begehungsform „niedrigerer Stufe“ wie Versuch oder Beihilfe¹⁰⁴ zu denken. So dürfte beispielsweise im „Überweisungsfall“ bereits mit Einwerfen des Überweisungsträgers ein Versuch sowohl des § 263 StGB als auch des § 263a StGB vorliegen, denn selbst, wenn sich der Täter keine Gedanken über die einzelnen Schritte der Ab-

leuchtet nicht recht ein, wenn Diebstahl und Hehlerei doch vergleichbar sein sollen.

¹⁰¹ Zutreffend als „rechtspolitisches Problem“ erkannt von *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461 (472).

¹⁰² Diese Überzeugung wird aber regelmäßig viel schwieriger angreifbar sein, als jene vom Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts (siehe dazu die Ausführungen oben).

¹⁰³ Vgl. *Eschelbach* (Fn. 42), § 261 Rn. 47a; *Frister* (Fn. 30), Nachbem. zu § 2 Rn. 39 ff.; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage, 1972, S. 277.

¹⁰⁴ So zu Recht BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – 4 StR 369/11 = HRRS 2011 Nr. 1082; vgl. auch *Eser/Hecker* (Fn. 37), § 1 Rn. 87.

wicklung seiner Überweisung macht, schließt dies seinen Vorsatz nicht aus.¹⁰⁵ Vielmehr wird er regelmäßig sowohl die manuelle als auch die maschinelle Verarbeitung für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.¹⁰⁶ Einer Vollendungsstrafbarkeit steht dann nur entgegen, dass nicht geklärt werden kann welches Delikt genau verwirklicht wurde. Der Eintritt des in beiden Fällen identischen tatbestandlichen Erfolges eines Vermögensschadens beim Opfer hingegen ist unzweifelhaft, weshalb es vertretbar erscheint, auf die fakultative Strafmilderung gem. §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu verzichten,¹⁰⁷ sodass letztlich auf dieselbe Strafe erkannt werden kann, wie bei einer wahldeutigen Verurteilung.

Aber auch typische Auffangdelikte wie die Unterschlagung und die Geldwäsche lassen nach Ansicht des Vorlagebeschlusses das Bedürfnis nach einer Wahlfeststellung entfallen,¹⁰⁸ denn eine eindeutige Verurteilung aus geschriebenen Tatbeständen wie § 261 StGB hat Vorrang vor richterrechtlichen Hilfskonstruktionen.¹⁰⁹ Dass die Angeklagten des Ausgangsfalls sich die aus einer rechtswidrigen Tat i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB herrührenden Gegenstände bei entsprechendem Vorsatz gem. § 261 Abs. 1 S. 1 StGB verschafft hatten, steht zweifelsfrei fest. Fraglich ist daher lediglich, ob die Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 S. 2 StGB wegen einer strafbaren Beteiligung an der Vortat ausgeschlossen ist. Dies befürwortet der 5. Strafsenat mit dem Verweis auf die

Möglichkeit einer wahldeutigen Verurteilung wegen der beiden Katalogvorfällen des gewerbsmäßigen Diebstahls oder der gewerbsmäßigen Hehlerei.¹¹⁰ Dagegen spricht jedoch, dass eine Wahlfeststellung keineswegs den Nachweis der Erfüllung eines bestimmten Tatbestandes liefert, sondern allenfalls eine Bestrafung im Falle einer alternativen Verletzung zweier Delikte legitimiert.¹¹¹ Auch wird eine gesetzesalternative Verurteilung ihrerseits erst durch das Vorliegen einer Gerechtigkeitslücke legitimiert, an der es aber gerade fehlt, wenn eine eindeutige Verurteilung aus einem Auffangtatbestand in Betracht kommt.¹¹² Deren Ablehnung durch den 5. Strafsenat beruht daher auf einem Zirkelschluss. Schließlich ist die Anwendung des § 261 StGB bei nicht aufklärbarer Sachverhaltsalternativität zwischen zwei Katalogvorfällen nicht nur vom Wortlaut der Norm gedeckt, sie entspricht auch dem grundsätzlichen Willen des Gesetzgebers, der mit der Streichung des Merkmals „eines anderen“ und der Einfügung des Abs. 9 S. 2 gerade in Fällen zweifelhafter Vortatbeteiligung eine Postpendenzfeststellung ermöglichen wollte.¹¹³ Dass er dabei die Fälle einer Wahlfeststellung zwischen den Katalogtaten möglicherweise gar nicht im Blick hatte, steht einer Anwendung des § 261 StGB auch in diesen Fällen jedenfalls nicht entgegen.¹¹⁴

Freilich mag eingewandt werden, man erkaufe sich den Verzicht auf die Wahlfeststellung mit Auffangdelikten, die ihrerseits mit Blick auf den Grundsatz „nulla poena sine lege certa“ problematisch sind.¹¹⁵ Indes sind die Kriterien für die Bestimmtheit einer strafrechtlichen Vorschrift wesentlich präziser als die zu Recht als unbestimmt gerügte Vergleichbarkeitsprüfung bei der Wahlfeststellung. Zudem trifft die Entscheidung nicht die Rechtsprechung, sondern der hierzu berufene Gesetzgeber, der insoweit der Kontrolle des BVerfG unterliegt. Auch das Argument, die Verurteilung wegen des Auffangdelikts bringe im Gegensatz zu einer Wahlfeststellung das wirkliche Geschehen bzw. den Unrechts- und

¹⁰⁵ Auch der BGH ging im Überweisungsfall davon aus, dass sich der Vorsatz des Täters auf beide Tatbestände erstreckt (BGH, Beschl. v. 12.2.2008 – 4 StR 623/07 [Rn. 5] = NSTZ 2008, 281 [282]); vgl. auch *Goeckenjan*, JA 2006, 758, 760 f.

¹⁰⁶ Sieht man § 263a StGB wegen seiner „historischen Auffangfunktion“ als subsidiär an (*Tiedemann/Valerius*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann*, [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 95; vgl. auch *Heger*, in: *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 263a Rn. 27), so tritt der versuchte Computerbetrug hinter den versuchten Betrug zurück. Eine Wahlfeststellung kommt in der Versuchskonstellation schon mangels Unsicherheit in tatsächlicher Hinsicht nicht in Betracht, denn der (Eventual-)Vorsatz hinsichtlich der einen lässt den Vorsatz hinsichtlich der alternativen Variante nicht entfallen (vgl. *Schmitz*, ZStW 112 [2000], 301 [323]).

¹⁰⁷ Anders als in BGH, Urt. v. 26.11.1963 – 1 StR 474/63 = GA 1965, 204 ist die Vollendung an sich ja gerade nicht zweifelhaft. Vgl. BGH, Urt. v. 6.5.2004 – 3 StR 78/04 = BeckRS 2004, 05207, wo eine Strafmilderung richtigerweise als fernliegend angesehen wurde, weil die Verurteilung wegen vollendeten Mordes lediglich daran scheiterte, dass eine fahrlässige Herbeiführung des Todeserfolges noch bevor der Täter den Tötungsvorsatz gefasst hatte, nicht ausgeschlossen werden konnte.

¹⁰⁸ BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 32 und 71 ff. = StV 2016, 212 (214, 218); vgl. auch *Eschelbach*, ZAP 2014, 1041 (1042).

¹⁰⁹ So auch *Wolter* (Fn. 103), S. 277; BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09 = BGHSt 55, 148 (152, Rn. 17); *Schmitz* (Fn. 41), Anh. zu § 1 Rn. 39; vgl. auch *Günther* (Fn. 37), S. 262 ff.; *Dannecker* (Fn. 42), Rn. 127.

¹¹⁰ BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 5 StR 182/16 = NJW 2016, 3317.

¹¹¹ Vgl. *Schuhr*, NSTZ 2014, 437 (439); *Wolter*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, Anh. zu § 55 Rn. 5a.

¹¹² So auch BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 88.

¹¹³ BT-Drs. 13/8651, S. 10; vgl. auch BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 89.

¹¹⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist für die Auslegung einer Vorschrift lediglich der objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Norm und dem Sinnzusammenhang ergibt, relevant (vgl. nur BVerfG, Urt. v. 21.5.1952 – 2 BVH 2/52 = BVerfGE 1, 299 [312]; BVerfG, Urt. v. 16.2.1983 – 2 BvE 1-4/83 = BVerfGE 62, 1 [45]).

¹¹⁵ § 261 StGB wird vor allem für seine Unübersichtlichkeit gerügt (vgl. *Bittmann*, NSTZ 2016, 249; *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg [Fn. 16], § 261 vor Rn. 1) und auch die Neufassung des § 246 StGB blieb nicht ohne Kritik (vgl. nur *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 [1998], 884; *Noak*, in: *Schlüchter* [Hrsg.], *Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz*, 1998, § 246 Rn. 4).

Schuldgehalt der Tat nicht deutlich zum Ausdruck,¹¹⁶ greift nicht durch.¹¹⁷ Denn im Tenor kann nur das ausgedrückt werden, was im Prozess zur richterlichen Überzeugung festgestellt wurde. Daran fehlt es hinsichtlich der (sicheren) Verwirklichung der alternativen Delikte aber gerade. Allein die eindeutige Verurteilung aus dem Auffangdelikt gibt zu erkennen, welcher Sachverhalt sicher festgestellt werden konnte – im Fall des § 261 StGB ein bestimmter Umgang mit bemakelten Gegenständen – und hält sich mit darüberhinausgehenden Verdächtigungen zurück.¹¹⁸ Sie verdient deshalb auch aus diesem Grund den Vorzug gegenüber einer Wahlfeststellung.

b) Reform der exklusiv alternativen Tatbestände de lege ferenda

Einigkeit herrscht bei fast allen Befürwortern und Gegnern der echten Wahlfeststellung darüber, dass die Schließung der verbleibenden „Gerechtigkeitslücken“ Sache des Gesetzgebers ist.¹¹⁹ Die Tatsache, dass ungefähr die Hälfte aller Fälle gesetzeshaltiger Verurteilungen die Tatbestände des Diebstahls und der Hehlerei betrifft,¹²⁰ spricht jedoch dafür, dass es – von den praktischen Schwierigkeiten einer den Anforderungen der Verfassung genügenden Formulierung¹²¹ einmal abgesehen – jedenfalls keiner allgemeinen Regelung der Wahlfeststellung bedarf.¹²² Vielmehr sollte vorrangig die alternative Exklusivität der „wahlfeststellungsanfälligen“ Tatbestände, die wie gezeigt das eigentliche Problem darstel-

len (siehe oben 1. a), auf den Prüfstand gestellt werden.¹²³ Hierfür können folgende Leitlinien gelten:

Eine exklusiv-alternative Fassung zweier Tatbestände ist immer dann berechtigt, wenn die zugrundeliegenden Abläufe völlig unterschiedlich bewertet werden müssen, z.B. weil unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind oder der Unrechts- oder Schuldgehalt nicht identisch ist. Abgesehen davon, dass dann zumindest bei einer restriktiven Anwendung der Vergleichbarkeitsformel schon nach der bisherigen Rechtsprechung eine Wahlfeststellung nicht in Betracht kommt, erfüllt die gesetzgeberische Entscheidung für eine tatbestandliche Abgrenzung in solchen Fällen auch eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Differenzierung. Beweisprobleme, die aufgrund der exklusiven Alternativität auftreten, müssen darum grundsätzlich hingenommen werden, um die Wertungen hinter der Abgrenzung nicht zu konterkarieren.

Umschreiben die in Rede stehenden Delikte hingegen nur unterschiedliche Ausprägungen desselben Fehlverhaltens und wird ihnen die identische sittliche Missbilligung zuteil, dann wird vielfach zumindest im Ergebnis auch kein sachlicher Grund für eine exklusive Alternativität bestehen; ja diese widerspricht oftmals sogar den gesetzgeberischen Zielen. So muss einerseits die Berechtigung der strengen Unterscheidung zwischen Diebstahl und Hehlerei in ihrer jetzigen Form kritisch hinterfragt werden, wenn beide Delikte wirklich dasselbe Unrecht umschreiben. Andererseits können insbesondere Tatbestände wie § 263a StGB, die als unbillig beurteilte Lücken im materiellen Strafrecht füllen sollen, diese Aufgabe nur dann sinnvoll erfüllen, wenn ihre Auffangfunktion auch auf prozessualer Ebene eine Fortsetzung findet.¹²⁴

Für diese Delikte sollte der Gesetzgeber also entweder auf die exklusiv-alternative Formulierung ganz verzichten oder jedenfalls auf andere Weise sicherstellen, dass eine eindeutige Verurteilung möglich bleibt. Denkbar wäre beispielsweise eine Formulierung wie in § 323a StGB, die den Fall der Nichtbeweisbarkeit des einen explizit dem anderen Tatbestand unterstellt,¹²⁵ oder eine Ausschlussklausel wie in den §§ 257 Abs. 3 und 261 Abs. 9 S. 2 StGB, die Präpendenz- bzw. Postpendenzfeststellungen erlaubt.¹²⁶ Sollte dies nicht

¹¹⁶ So *Stuckenberg* (Fn. 47), § 261 Rn. 139; *ders.*, JA 2001, 220 (223).

¹¹⁷ Genaugenommen widerspricht es jedenfalls bei vergleichbaren Strafen sogar der ansonsten sehr ergebnisorientierten Argumentation der Wahlfeststellungsbefürworter. *Wolter* hat deshalb recht, wenn er dem „tatbestandlichen Abstand von den Ursprungsdelikten“ im Verhältnis zu der „weitgehend erzielbaren Eindeutigkeit des Urteils kein entscheidendes Gewicht“ zukommen lässt (*ders.* [Fn. 103], S. 277).

¹¹⁸ Vgl. auch *Wolter* (Fn. 103), S. 277.

¹¹⁹ Eine gesetzliche Normierung der Wahlfeststellung fordern deshalb z.B. *Wolter* (Fn. 111), Anhang zu § 55 Rn. 6; *ders.* (Fn. 103), S. 279 ff.; *ders.*, GA 2013, 271; *Gaede* (Fn. 86), § 1 Rn. 51; *Zeiler*, ZStW 72 (1960), 4 (24 ff.); vgl. auch *Dannecker* (Fn. 42), Anh. zu § 1 Rn. 42 m.w.N.; *Kröpil*, JR 2015, 116 (121); dagegen aber *Endruweit*, Die Wahlfeststellung, 1973, S. 327.

¹²⁰ *Wolter*, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987, S. 28 („Parade-Alternativität“), S. 163 ff.; *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), 334 (345 f.); *ders.* (Fn. 11), S. 202.

¹²¹ Vgl. dazu schon *Endruweit* (Fn. 119), S. 327 f.; *Günther* (Fn. 37), S. 283; *Freund* (Fn. 51), S. 55 f.; *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461 (471 f.); *Ceffinato*, Jura 2014, 655 (665); *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (711).

¹²² Eine solche enthält beispielsweise der Vorschlag von *Wolter*, GA 2013, 284. *Schuhr* hingegen hält eine gesetzliche Regelung der Wahlfeststellung von vornherein für ausgeschlossen (NStZ 2014, 437 [439]).

¹²³ Für eine Reduktion der „Fälle gesetzeshaltiger Sachverhaltsalternativität“ auch *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461 (472).

¹²⁴ Für eine Auffangfunktion des § 263a StGB auch *Eschelbach*, ZAP 2014, 1041 (1042).

¹²⁵ Vgl. dazu *Wolter* (Fn. 120), S. 168; *Eschelbach*, ZAP 2014, 1041 (1042).

¹²⁶ Einer Postpendenzfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei steht de lege lata entgegen, dass eine Hehlerei nur an Sachen aus der Tat eines anderen möglich ist (*Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 259 Rn. 85); der Vortäter erfüllt also schon nicht den Tatbestand des § 259 StGB. Das Ausschlussverhältnis zwischen Vortat und Anschlussdelikten könnte aber grundsätzlich genauso gut auf Konkurrenzebene statt auf Tatbestandsebene gelöst werden (vgl. dazu auch *Küper*, in: Warda/Waider/v. Hippel/Meurer [Hrsg.], Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag,

möglich oder nicht erwünscht sein, könnten auch neue Auffangtatbestände oder unter Umständen sogar deliktsspezifische Wahlfeststellungsvorschriften geschaffen werden. Im Unterschied zu den allgemeinen Regelungsvorschlägen der Wahlfeststellung¹²⁷ hätten diese den Vorteil, dass sie gerade keiner unbestimmten Vergleichbarkeitsklausel bedürften, denn die Frage nach der Vergleichbarkeit der Delikte würde sich ja schon eindeutig aus dem Gesetz ergeben.¹²⁸

IV. Die Zukunft der Wahlfeststellung

Was aber heißt das für die Zukunft der Wahlfeststellung? Zunächst einmal ist nun der *Große Strafsenat* am Zug, der über die beiden Vorlagefragen entscheiden muss. Dass er die Wahlfeststellung für verfassungswidrig erklären wird, ist dabei schon aufgrund seiner Besetzung¹²⁹ eher nicht zu erwarten.¹³⁰ Erfreulich wäre aber schon, wenn die hilfswise Frage nach dem Vorrang des Auffangtatbestandes der Geldwäsche entgegen der Ansicht des *5. Strafsenats*¹³¹ und im Sinne der hier vertretenen Meinung entschieden würde. Denn die Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung gem. § 261 StGB würde das praktische Bedürfnis nach wahldeutigen Verurteilungen in einer Vielzahl von Fällen beseitigen und wäre ein wichtiger Schritt hin zu einer stärkeren Orientierung am geschriebenen Recht. Eine solche Entscheidung würde auch den Gesetzgeber stärker in die Verantwortung nehmen und könnte ihn ermutigen, weitere wahlfeststellungsanfällige

Konstellationen in der oben gezeigten Weise auf den Prüfstand zu stellen und gegebenenfalls zu reformieren.

Fällt die Entscheidung jedoch anders aus, wäre der *2. Strafsenat* bei der Entscheidung des Ausgangsfalles gem. § 138 Abs. 1 S. 2 GVG daran gebunden und müsste die Revisionen der Angeklagten zurückweisen.¹³² Dann wäre nicht auszuschließen, dass auch noch das Bundesverfassungsgericht im Wege einer Verfassungsbeschwerde¹³³ mit der Sache befasst wird.¹³⁴ Dies wäre – unabhängig vom Ergebnis – schon deshalb zu begrüßen, weil den Hütern der Verfassung damit die Gelegenheit gegeben würde, die Reichweite des Gesetzlichkeitsprinzips und die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative im Strafrecht insbesondere mit Blick auf richterliche Rechtsfortbildung zuungunsten des Angeklagten näher zu präzisieren. Dabei sollte der Gesetzgeber schon aufgrund seiner Stellung als einziges unmittelbar demokratisch legitimes Verfassungsorgan¹³⁵ künftig stärker als bisher in die Verantwortung genommen werden. Dann hätten richterrechtliche Verlegenheitslösungen wie die echte Wahlfeststellung endgültig keine Zukunft mehr.

1976, S. 65; *ders.*, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989, S. 25 ff.). Für eine Ausdehnung des Zweifelssatzes durch Einbeziehung wertmäßiger Stufenverhältnisse *Jescheck/Weigend* (Fn. 64), S. 150.

¹²⁷ Siehe nur *Wolter*, GA 2013, 271 (281).

¹²⁸ *Ceffinato* weist zutreffend darauf hin, dass eine allgemeine Regelung der Wahlfeststellung die Frage der Vergleichbarkeit zweier Delikte weiterhin der Rechtsprechung überlasse (*Jura* 2014, 655 [665]).

¹²⁹ Der *Große Senat für Strafsachen* besteht gem. § 132 Abs. 5 GVG aus dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs und je zwei Mitgliedern der Strafsenate. Zwar sind diese in ihrem Abstimmungsverhalten nicht an die Meinung „ihres“ Senats gebunden (vgl. *Franke* [Fn. 4], § 132 GVG Rn. 52), angesichts der klaren Ablehnung des Anfragebeschlusses (siehe oben) ist eine Mehrheit für die Vorlagefragen aber dennoch eher unwahrscheinlich (vgl. auch die kürzlich auf eine Vorlage des *2. Strafsenats* hin ergangene Entscheidung BGH, Beschl. v. 15.7.2016 – GSSSt 1/16 = NSTZ 2016, 747, der ebenfalls eine einhellige Ablehnung des Anfragebeschlusses durch die anderen Strafsenate vorausging). Hinzu kommt, dass der bisherige Vorsitzende des *2. Strafsenats* und mutmaßliche Initiator der Vorlage, Thomas Fischer, am 1.5.2017 in den Ruhestand getreten ist und somit nicht mehr an der Entscheidung des *Großen Senats* mitwirken wird. Daraus auf die Aussichtslosigkeit der Vorlage zu schließen, wäre jedoch unangebrachte Spekulation.

¹³⁰ Vgl. auch *Satzger* (Fn. 37), § 1 Rn. 94; *Jahn*, JuS 2014, 753 (755); *Frister*, StV 2014, 580 (586).

¹³¹ BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 5 StR 182/16 = NJW 2016, 3317.

¹³² *Hannich*, in: *Hannich* (Fn. 14), § 138 GVG Rn. 10.

¹³³ Zwar wäre eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar nur gegen die Entscheidung des *2. Strafsenats* gerichtet, sie würde sich mittelbar aber auch gegen den Beschluss des *Großen Strafsenats* wenden (*Hannich* [Fn. 132], § 138 GVG Rn. 11).

¹³⁴ *Kotsoglu*, ZStW 127 (2015), 334 (367); *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676 (681). Freilich ist diese ein eher „schwergängiges Kontrollinstrument“ *Norouzi*, HRRS 2016, 285 (292); *ders.* (Fn. 26 – Strafrechtspflege), S. 492 f.

¹³⁵ Zum „demokratischen Charakter“ des Gesetzesvorbehalts vgl. nur *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 211 m.w.N.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 79), Art. 103 Abs. 2 Rn. 180 ff.