

Entscheidungsbesprechung

Anfragebeschluss zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung: Verfassungswidrigkeit der echten Wahlfeststellung

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.

(Beabsichtigte Entscheidung des Senats)

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

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

I. Einführung: Problemaufriss, Bedeutung der Entscheidung, Examensrelevanz

In strafrechtlichen Klausuren und Hausarbeiten im Rahmen des Jurastudiums ist der Sachverhalt in der Regel vollständig vorgegeben. Die Bearbeiter können und sollen sich gänzlich darauf konzentrieren, die im Sachverhalt enthaltenen Angaben den Vorschriften des materiellen Rechts zu subsumieren.

Die strafrechtliche Praxis sieht dagegen vollständig anders aus: Der Sachverhalt, den der Richter letztlich subsumiert und so zu einer rechtlichen Entscheidung kommt, ist das Ergebnis einer Beweisaufnahme (vgl. §§ 244 ff. StPO) und der anschließenden Würdigung der vorgetragenen Tatsachen durch das Gericht (vgl. § 261 StPO).

Dabei kann es vorkommen, dass das Gericht sich trotz Heranziehung aller verfügbaren Beweismittel in Bezug auf eine bestimmte Tatsache keine Überzeugung bilden kann. Tritt dieser Fall ein, gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“ (lat.: „im Zweifel für den Angeklagten). Dieser Grundsatz ist zwar an keiner Stelle in den gesetzlichen Regelungen des Strafverfahrensrechts explizit niedergelegt,² folgt aber letztlich im Umkehrschluss aus § 261 StPO³ sowie aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen.⁴

In einigen Fällen wird allerdings die Anwendung des Zweifelssatzes als unbillig empfunden. So lassen sich Sach-

verhaltenskonstellationen denken, in denen außer Frage steht, dass der Täter durch eine von mehreren selbständigen Handlungen eine bestimmte Straftat begangen hat, es sich jedoch nicht aufklären lässt, durch welche Handlung genau dies der Fall ist. Dies ist etwa denkbar, wenn es zwischen Täter und Opfer mehrfach zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr kommt und medizinisch nicht rekonstruiert werden kann, bei welchem dieser Sexualkontakte der Täter das Opfer mit HIV infiziert hat.⁵ Wendet man den in dubio pro reo-Grundsatz unbesehen auf diese Fälle an, müsste man zugunsten des Täters für jede dieser Handlungen unterstellen, dass diese den Erfolg *nicht* verursacht hat, und folglich *jeweils* auf eine Versuchsstrafbarkeit erkennen. Für diese Konstellationen besteht jedoch weitgehend Einigkeit, dass eine Verurteilung (wegen vollendeter Tat) aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage möglich sein soll (sog. unechte Wahlfeststellung).⁶

Umgekehrt kann eine Sachverhaltsunklarheit dazu führen, dass bei den in Betracht kommenden Tatsachenvarianten unterschiedliche Tatbestände einschlägig sind. Verschafft sich etwa jemand mit gefälschten Überweisungsträgern Geld von fremden Konten, kommt es darauf an, ob die Überweisung von der Bank durch einen Mitarbeiter oder maschinell bearbeitet wird; im ersten Fall liegt ein Betrug gem. § 263 StGB, im zweiten Fall ein Computerbetrug gem. § 263a StGB vor.⁷ Klar ist aber, dass der Täter – gleichgültig, welchen Sachverhalt man zugrunde legt – eine strafbare Handlung vorgenommen hat. Insoweit wird diskutiert, ob es möglich ist, den Täter wahlweise nach dem einen oder dem anderen Tatbestand zu verurteilen. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur gehen davon aus, dass eine solche wahldeutige Verurteilung (unter bestimmten Voraussetzungen) möglich sein soll. Diese Lösung des Problems bezeichnet man als echte Wahlfeststellung (auch ungleichartige Wahlfeststellung genannt). Sie ist Gegenstand der zu besprechenden Entscheidung.

Der 2. Strafsenat hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem das Landgericht den Angeklagten wahlweise wegen Diebstahls oder (gewerbsmäßiger) Hehlerei verurteilt hat. Er hält das Rechtsinstitut der echten Wahlfeststellung für verfassungswidrig und legt daher den übrigen Strafsenaten die Frage vor, ob an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten werden soll. Diese Entscheidung ist durchaus aufsehenerregend; schließlich soll eine jahrzehntelang etablierte Praxis abgeschafft werden, die im Einzelfall weitreichende Bedeutung für das Schicksal des jeweiligen Angeklagten haben kann.

Vor diesem Hintergrund sollten auch Studierende die weitere Entwicklung dieses Vorlageverfahrens sorgsam beobachten. Die Thematik der echten Wahlfeststellung eignet sich

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2369b420c37d3a27d76c2acf80cae1a2&nr=67965&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>

sowie abgedruckt in NStZ 2014, 392.

² Klarstellend etwa Ott, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 56.

³ So etwa v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2012, § 1 Rn. 25.

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.2.1959 – 1 BvR 197/53 = BVerfGE 9, 167 (170) = NJW 1959, 619; BVerfG, Beschl. v. 23.4.1991 – 1 BvR 1443/87 = BVerfGE 84, 82 (87) = NJW 1991, 3139.

⁵ So der Sachverhalt in BGH, Urt. v. 12.10.1989 – 4 StR 318/89 = BGHSt 36, 262.

⁶ Vgl. etwa Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 60 m.w.N.; krit. Frister, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Nach § 2 Rn. 103 ff. m.w.N.

⁷ Zu dieser Sachverhaltskonstellation vgl. BGH, Beschl. v. 12.2.2008 – 4 StR 623/07 = NStZ 2008, 281; jüngst auch BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 1 StR 613/12 = NStZ 2014, 42.

nicht nur hervorragend für mündliche Examensprüfungen, sondern lässt sich auch mit Leichtigkeit in einer strafrechtlichen Examensklausur abfragen. So war etwa die bereits genannte Konstellation einer Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug Gegenstand der strafrechtlichen Klausur in der Pflichtfachprüfung des bayerischen Staatsexamens im Termin 2013/1.

II. Verfahrensgang und Entscheidung des *Senats*

Bei einer Durchsichtung wurden bei den beiden Angeklagten verschiedene Gegenstände sichergestellt.⁸ Das erstinstanzliche Landgericht⁹ gelangte zu der Überzeugung, dass diese Gegenstände entweder (mittäterschaftlich) durch die beiden Angeklagten selbst gestohlen worden waren oder aber von einer anderen Person gestohlen und von den Angeklagten im Wege der Hehlerei erworben worden waren. Es verurteilte die Angeklagten daher wahlweise wegen Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB oder §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Für die Strafbemessung legte es den (milderen) Strafrahmen des § 243 StGB zugrunde.

Die Angeklagten griffen die Verurteilung mit der Revision an. Der 2. Strafsenat sieht in der alternativen Verurteilung zwar nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung des BGH keinen Rechtsfehler; er beabsichtigt jedoch, diese Rechtsprechung aufzugeben,¹⁰ da er die Konstruktion der echten Wahlfeststellung für verfassungswidrig hält.¹¹

Zur Begründung zeichnet der *Senat* zunächst die Entwicklung der Rechtsfigur in Gesetzgebung und Rechtsprechung nach.¹² Vor diesem Hintergrund führt er aus, letztlich führe eine wahldeutige Verurteilung dazu, dass der Angeklagte weder aufgrund des einen noch aufgrund des anderen Tatbestandes verurteilt werde, sondern aufgrund einer „ungeschriebenen dritten Norm“,¹³ die sich aus dem gemeinsamen Nenner der beiden Tatbestände ergebe.¹⁴ Dies sei kein rein prozessualer, sondern ein materiell-rechtlicher Effekt.¹⁵ Für das materielle Strafrecht gälten aber die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁶ Diesen werde die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung in ihrer gegenwärtig praktizierten Form nicht gerecht, weil es dafür an der notwendigen gesetzlichen Grund-

lage fehle.¹⁷ Art. 103 Abs. 2 GG sei auch keiner nach einer Abwägung erfolgenden einschränkenden Auslegung zugänglich, um Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen.¹⁸ Dass der Gesetzgeber die Frage nach der Zulässigkeit der Wahlfeststellung seinerseits bewusst der Rechtsprechung überlassen habe,¹⁹ ändere daran nichts, weil er sich seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung insoweit nicht entziehen könne.²⁰ Zudem sei eine wahldeutige Verurteilung gem. Art. 103 Abs. 2 GG auch deshalb verfassungswidrig, weil es bei einem Offenlassen der Schuldfrage an der Grundlage für die Strafzumessung fehle, die nach dem Gesetzlichkeitsprinzip ebenfalls gewährleistet sein müsse.²¹

Aus diesem Grund fragt der 2. Strafsenat bei den übrigen Strafsenaten an, ob diese an der ursprünglichen Rechtsprechung festhalten wollen oder der Rechtsprechungsänderung zustimmen.

III. Würdigung der Entscheidung

Das Ergebnis sei an dieser Stelle vorweggenommen: Die Entscheidung ist sehr zu begrüßen.

1. Prozessuales

Zunächst einige Bemerkungen zur prozessualen Funktion der Entscheidung:

a) Die Funktion der Divergenzvorlage

Eine einheitliche höchstrichterliche Rechtsprechung liegt im Interesse der Rechtssicherheit.²² Dies gilt nicht nur insoweit, als die Rechtsprechung der verschiedenen Bundesgerichte einheitlich sein sollte (vgl. Art. 95 Abs. 3 GG, §§ 1 ff. Rsp-EinhG), sondern auch in Bezug auf die Rechtsprechung der einzelnen Senate eines Bundesgerichts. Am Bundesgerichtshof bestehen daher neben den verschiedenen Straf- und Zivilsenaten auch der Große Senat für Strafsachen und der Große Senat für Zivilsachen (§ 132 Abs. 1 S. 1 GVG), die zusammen die Vereinigten Großen Senate bilden (§ 132 Abs. 1 S. 2 GVG). Der Große Senat für Strafsachen besteht aus dem Präsidenten des Gerichtshofs sowie aus je zwei Mitgliedern jedes Strafsenats (§ 132 Abs. 5 S. 1 Var. 2 GVG). Er muss angerufen werden, wenn ein Strafsenat von der Rechtsprechung eines anderen Strafsenats abweichen will (§ 132 Abs. 2 Var. 3 GVG). Unterlässt der Senat die Vorlage willkürlich, liegt darin sogar ein Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters

⁸ Vgl. zum Sachverhalt BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 2 = NStZ 2014, 392.

⁹ LG Meiningen, Entsch. v. 30.5.2012 – 110 Js 19 545/12 – 1 Kls.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 3 = NStZ 2014, 392.

¹¹ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 4 = NStZ 2014, 392.

¹² BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 5 ff. = NStZ 2014, 392 f. Dazu sogleich ausführlich unter III. 2. a).

¹³ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 26 = NStZ 2014, 392 (394).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 26 ff. = NStZ 2014, 392 (394 f.).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 23 ff. = NStZ 2014, 392 (394 f.).

¹⁶ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 23 f. = NStZ 2014, 392 (394).

¹⁷ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 31 ff. = NStZ 2014, 392 (395).

¹⁸ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 31 f. = NStZ 2014, 392 (395).

¹⁹ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 33 m.w.N. = NStZ 2014, 392 (395).

²⁰ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 34. = NStZ 2014, 392 (395).

²¹ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 35 f. = NStZ 2014, 392 (395).

²² Exemplarisch Hannich, in: Hannich (Fn. 2), GVG § 132 Rn. 1.

(Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).²³ Der Große Senat für Strafsachen entscheidet dann ausschließlich über die (abstrakte) *Rechtsfrage*, nicht jedoch über den konkreten Einzelfall (§ 138 Abs. 1 S. 1 GVG). In dem konkreten Einzelfall ist jedoch die rechtliche Würdigung des Großen Senats für den erkennenden Senat bindend (§ 138 Abs. 1 S. 3 GVG).

Zulässig ist eine Vorlage an den Großen Senat jedoch nur dann, „wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, daß er an seiner Rechtsauffassung festhält“ (§ 132 Abs. 3 S. 1 GVG). Um eine solche Anfrage handelt es sich bei der vorliegenden Entscheidung.

b) Zulässigkeit des Anfragebeschlusses: Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage

Da für die Zulässigkeit der Anfrage zur Divergenzvorlage die Rechtsfrage für den konkreten Sachverhalt entscheidungserheblich sein muss,²⁴ stellt sich die Frage, ob eine (echte) Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei überhaupt notwendig und möglich ist.

aa) Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung nach bisheriger Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat die folgenden sechs Voraussetzungen entwickelt, deren Vorliegen für eine echte Wahlfeststellung notwendig ist:²⁵

(1) Zunächst ist erforderlich, dass sich endgültig nicht klären lässt, welche der denkbaren Sachverhaltsalternativen tatsächlich zutrifft.²⁶ Auch die Möglichkeit der Wahlfeststellung entbindet das Gericht nicht von der grundsätzlichen Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen (§ 244 Abs. 2 StPO).

(2) Weiterhin muss der Angeklagte in jeder der alternativ denkbaren Sachverhaltsvarianten strafbar sein.²⁷ Weitere mögliche Geschehnisse, bei deren Zugrundelegung der Angeklagte straffrei wäre, müssen gänzlich ausgeschlossen werden können.²⁸

(3) Die möglichen Sachverhaltsvarianten müssen zur Folge haben, dass jeweils der eine bzw. der andere Straftatbestand Anwendung findet; die beiden Delikte müssen *exklusiv alternativ* vorliegen.²⁹

(4) Zwischen den beiden Delikten darf kein Stufenverhältnis bestehen (z.B. Versuch und Vollendung, Grunddelikt

und Qualifikation); in einem solchen Fall ist nach dem Zweifelsatz nach dem milderen Delikt zu bestrafen.³⁰

(5) Die denkbaren Sachverhaltsalternativen müssen sämtlich Gegenstand des Verfahrens sein.³¹

(6) Die beiden Delikte müssen „psychologisch und rechtsethisch“ gleichwertig sein.³²

bb) Konsequenzen für die Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei

Diebstahl und Hehlerei werden in der Rechtsprechung seit langem als gleichwertig im Sinne des Kriteriums (6) angesehen.³³ Die Hehlerei habe „nach allgemeiner Rechtsüberzeugung die gleiche sittliche Mißbilligung verdient wie die des Diebes“ und „auch die seelische Verfassung dieser beiden Täter, deren Verfehlungen in gleichem Maße gegen fremdes Eigentum gerichtet sind“, seien „nicht wesentlich verschieden“.³⁴

Damit Kriterium (2) erfüllt ist, ist notwendig, dass das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte, bei dem der gestohlene Gegenstand aufgefunden wurde, jedenfalls hinsichtlich dessen deliktischer Herkunft bösgläubig war.³⁵ Ein Stufenverhältnis im Sinne des Kriteriums (4) besteht nach der Rechtsprechung zwischen Hehlerei und Diebstahl jedenfalls nicht.

Erhebliche rechtliche Zweifel bestehen allerdings hinsichtlich des Kriteriums (3): Ist – wie im vorliegenden Sachverhalt – nicht klar, ob der Angeklagte das Tatobjekt selbst gestohlen oder vom Dieb (oder einem Zwischenhehler) erworben hat, kommt auch eine *eindeutige* Verurteilung wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB in Betracht; dann ist aber die Wahlfeststellung überflüssig.³⁶ Ist dagegen klar, dass der Angeklagte die Sache zwar nicht selbst dem ursprünglich Berechtigten entwendet hat, sondern ist unklar, ob er die Sache seinerseits vom Dieb gestohlen oder freiwillig von diesem erhalten hat, läge nach der ganz überwiegenden Auffassung das für die Wahlfeststellung erforderliche alternative Exklusivitätsverhältnis vor, weil nach der ganz h.M. für die Hehlerei ein einvernehmliches Zusammenwirken von Vortäter und Hehler erforderlich ist, dass bei einer Wegnahme nicht ge-

²³ Etwa *Hannich* (Fn. 22), GVG § 132 Rn. 10 m.w.N.

²⁴ Etwa *Hannich* (Fn. 22), GVG § 132 Rn. 4 m.w.N.

²⁵ Vgl. die übersichtliche Darstellung bei *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 72 ff. m.w.N.

²⁶ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 4.12.1958 – 4 StR 411/58 = BGHSt 12, 386 (388) = NJW 1959, 896 (897); BGH, Urt. v. 11.11.1966 – 4 StR 387/66 = BGHSt 21, 152 = NJW 1967, 359.

²⁷ Etwa BGH, Urt. v. 4.12.1958 – 4 StR 411/58 = BGHSt 12, 386 (388) = NJW 1959, 896 (897).

²⁸ Etwa BGH, Beschl. v. 24.9.1982 – 2 StR 476/82 = NJW 1983, 405.

²⁹ Etwa BGH, Urt. v. 4.12.1958 – 4 StR 411/58 = BGHSt 12, 386 (389) = NJW 1959, 896 (897).

³⁰ Etwa BGH, Urt. v. 16.12.1969 – 1 StR 339/69 = BGHSt 23, 203 (207) = NJW 1970, 668. Detailliert zu diesem Aspekt etwa *Satzger* (Fn. 25), § 1 Rn. 69 f., 75.

³¹ Etwa BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 1 StR 613/12 = NStZ 2014, 42 m.w.N.

³² Grundlegend BGH, Beschl. v. 15.10.1956 – GSSt 2/56 = BGHSt 9, 390 (393) = NJW 1957, 71.

³³ Vgl. bereits BGH, Urt. v. 12.9.1951 – 4 StR 551/51 = BGHSt 1, 302 (304); BGH, Urt. v. 17.10.1957 – 4 StR 73/57 = NJW 1957, 1933.

³⁴ BGH, Urt. v. 17.10.1957 – 4 StR 73/57 = NJW 1957, 1933.
³⁵ Etwa OLG Celle, Urt. v. 12.8.1986 – 1 Ss 270/86 = NJW 1988, 1225.

³⁶ Vgl. dazu *Frister* (Fn. 6), Nach § 2 Rn. 90; *Altenhain*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 259 Rn. 86 m.w.N.

ben ist.³⁷ Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, bedarf es eines solchen Einvernehmensefordernisses nicht,³⁸ weshalb in dieser Sachverhaltskonstellation jedenfalls auf Hehlerei erkannt werden kann, was eine Wahlfeststellung ebenfalls entbehrlich macht.³⁹

cc) Zwischenergebnis

Richtigerweise stellt sich nach dem eben Dargestellten das Problem der Wahlfeststellung im Verhältnis zwischen Diebstahl und Hehlerei eigentlich nicht. Für die Zulässigkeit des Anfragebeschlusses ist jedoch die Rechtsprechung zugrunde zu legen (anderenfalls wäre insoweit ein Anfragebeschluss erforderlich, um die Rechtsprechung im hiesigen Sinne zu ändern). Auf deren Grundlage ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung hier zutreffenderweise entscheidungserheblich. Da keine Anhaltspunkte vorliegen, die am Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zweifeln lassen, ist der Anfragebeschluss damit zulässig.

2. Verfassungswidrigkeit der echten Wahlfeststellung?

Es stellt sich daher die Frage, ob dem *Senat* auch in der Sache zugestimmt werden kann.

a) Historische Entwicklung

Dabei ist es unerlässlich, zunächst die historische Entwicklung des Rechtsinstituts der echten Wahlfeststellung nachzuzeichnen:

Die Reichsstrafprozessordnung von 1877 sah keine gesetzliche Regelung der Wahlfeststellung vor. Die Frage nach der Zulässigkeit der Wahlfeststellung war bereits zuvor in der Literatur heftig umstritten gewesen und die Entwurfsverfasser der Reichsjustizgesetze wollten diese Diskussion nicht durch eine gesetzliche Regelung unterbrechen, die einer gesicherten wissenschaftlichen Grundlage entbehrt.⁴⁰

³⁷ Vgl. etwa RG, Urt. v. 6.10.1930 – II 445/30 = RGSt 64, 326 (327); RG, Urt. v. 9.7.1918 – II 264/18 = RGSt 52, 203; RG, Urt. v. 23.3.1920 – IV 1004/19 = RGSt 54, 280 (281 f.); BGH, Beschl. v. 28.4.1998 – 4 StR 167/98 = wistra 1998, 264 (265); BGH, Beschl. v. 29.3.1977 – 1 StR 646/76 = BGHSt 27, 160 (163); BGH, Beschl. v. 20.7.2004 – 3 StR 231/04 = wistra 2005, 27 (28); BGH, Urt. v. 22.6.1960 – 2 StR 192/60 = BGHSt 15, 53 (56 f.); aus der Literatur exemplarisch *Pflieger*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 3. Aufl. 2013, StGB § 259 Rn. 30; *Altenhain* (Fn. 36), § 259 Rn. 25 ff.; *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 259 Rn. 68; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 259 Rn. 10; *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 259 Rn. 15; jeweils m.w.N.

BGHSt 27, 45 (46)

³⁸ Vgl. *M. Wagner*, ZJS 2010, 17 (18 ff.).

³⁹ Vgl. *M. Wagner*, ZJS 2010, 17 (28).

⁴⁰ Vgl. Hahn (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Bd. 3: *Materialien zur Strafprozeß-*

Anfänglich hatte das Reichsgericht eine echte Wahlfeststellung noch abgelehnt.⁴¹ Eine alternative Sachverhaltsfeststellung ließ es nur zu, wenn unterschiedliche gleichwertige Ausführungsvarianten desselben Delikts im Raum standen.⁴²

Diese Rechtsprechung wurde durch eine Entscheidung der Vereinigten Strafsenate im Jahre 1934 gekippt.⁴³ Die Entscheidung führt aus, grundsätzlich sei zwar „der Wille des Richters dem des Gesetzgebers untergeordnet.“⁴⁴ Der Auftrag der Vereinigten Strafsenate führe aber „aus diesem regelmäßigen Aufgabenkreis hinaus.“⁴⁵ Sie seien „berechtigt und verpflichtet, [...] zur Ergänzung einer im Verfahrensrecht vorhandenen Gesetzeslücke [...] rechtsschöpferisch tätig zu werden.“⁴⁶ Dabei müssten sie „gleich dem Gesetzgeber arbeiten.“⁴⁷ Zwar könne die Wahlfeststellung nicht generell zugelassen werden.⁴⁸ Eine Ausnahme müsse aber für das Verhältnis von Diebstahl und Hehlerei gelten, weil ein Freispruch bei Unmöglichkeit der vollständigen Sachverhaltsaufklärung nicht hinnehmbar sei.⁴⁹

Ein Jahr später wurde die Wahlfeststellung durch den Gesetzgeber uneingeschränkt zugelassen. Durch die Strafrechtsnovellen v. 28.6.1935⁵⁰ wurde unter anderem § 2b RStGB a.F. eingefügt, der lautete:

§ 2b RStGB i.d.F.v. 28.6.1935

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.

ordnung, Erste Abtheilung, 2. Aufl. 1885, S. 223 m.w.N. aus der Literatur.

⁴¹ Vgl. RG, Urt. v. 9.11.1891 – 2638/91 = RGSt 22, 213 (216); RG, Urt. v. 8.4.1892 – 822/92 = RGSt 23, 47; RG, Urt. v. 29.5.1902 – 1808/02 = RGSt 35, 299 (300); RG, Urt. v. 30.4.1919 – III 156/19 = RGSt 53, 231 (232).

⁴² Vgl. RG, Urt. v. 9.11.1891 – 2638/91 = RGSt 22, 213 (216); RG, Urt. v. 8.4.1892 – 822/92 = RGSt 23, 47; RG, Urt. v. 29.5.1902 – 1808/02 = RGSt 35, 299 (300); RG, Urt. v. 30.4.1919 – III 156/19 = RGSt 53, 231 (232); RG, Urt. v. 18.6.1920 – II 476/20 = RGSt 55, 44; RG, Urt. v. 1.2.1921 – II 899/20 = RGSt 55, 228 (229); RG, Urt. v. 19.4.1921 – 483/21 = RGSt 56, 35; RG, Urt. v. 4.1.1922 – II 538/22 = RGSt 57, 174.

⁴³ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257.

⁴⁴ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257 (259).

⁴⁵ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257 (259).

⁴⁶ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257 (259).

⁴⁷ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257 (259).

⁴⁸ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257 (260 f.).

⁴⁹ RG, Beschl. v. 2.5.1934 – 1 D 1096/33 = RGSt 68, 257 (262).

⁵⁰ Gesetz zur Änderung des Strafrechtsgesetzbuchs = RGBl. I 1935, S. 839.

Diese Regelung wurde durch eine prozessuale Regelung flankiert.⁵¹

§ 267b RStPO i.d.F.v. 28.6.1935

Trifft das Gericht eine Wahlfeststellung (§ 2b des Strafgesetzbuchs), so ist der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen.

Die Urteilsgründe müssen angeben, welche Gesetze als verletzt in Betracht kommen. Die Tatsachen, die den Verstoß ergeben, sind festzustellen; es ist darzutun, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich ist.

Sieht das Gericht entgegen einer in der Hauptverhandlung gestellten Anfrage von einer Wahlfeststellung ab, so müssen die Gründe dafür dargelegt werden.

In den Fällen, die die Rechtsprechung des Reichsgerichts beschäftigt hatten, sei ein Freispruch „für das Rechtsgefühl unerträglich[]“.⁵² Die Regelung solle dem abhelfen. Sie gelte auch dann, wenn die beiden alternativ vorliegenden Delikte durch verschiedene Taten (im strafprozessualen Sinne) begangen wurden.⁵³

Die Regelung hat den Zweck, den formalen Charakter des Zweifelsatzes zugunsten subjektiver Gerechtigkeitserwägungen zu suspendieren. Sie ist daher Ausdruck des typischen nationalsozialistischen Gesetzgebungsphänomens der Materialisierung⁵⁴ und somit typisch nationalsozialistisches Recht.⁵⁵ Dementsprechend wurde sie durch Gesetz Nr. 11 des Alliierten Kontrollrats für Deutschland v. 30.1.1946⁵⁶ aufgehoben.⁵⁷

Der BGH sah in dieser Aufhebung keinen Grund, die Wahlfeststellung aufzugeben. Die Aufhebung der gesetzlichen Regelung bedeute nicht, dass die Wahlfeststellung unzulässig

sei.⁵⁸ Vielmehr knüpfte er – wie zuvor bereits der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone⁵⁹ – an die Rechtsprechung der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts an und setzte sie fort.⁶⁰

Der Bundesgesetzgeber verzichtete im Zuge der Strafrechtsbereinigung explizit darauf, eine Neuregelung zu schaffen, sondern überließ die Frage unter Bezugnahme auf die Nachkriegsrechtsprechung der Entwicklung in Wissenschaft und Praxis.⁶¹

Im Weiteren ging der BGH jedoch letztlich über die Rechtsprechung des Reichsgerichts hinaus, was der Große Strafsenat des BGH billigte, aus den verschiedenen Entscheidungen das Kriterium der „rechtsethischen und psychologischen Gleichwertigkeit“ herausdestillierte und zum allgemeinen Maßstab erhob.⁶² Vor diesem Hintergrund wurde die echte Wahlfeststellung in einer großen Zahl von Konstellationen zugelassen.⁶³

b) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG hinsichtlich der Anforderungen an die Tatbestandsseite eines Strafgesetzes

Der Senat begründet die Verfassungswidrigkeit der Rechtsprechung zur Wahlfeststellung mit einem Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip gem. Art. 103 Abs. 2 GG.

aa) Anwendungsbereich und normativer Gehalt des Art. 103 Abs. 2 GG

Art. 103 Abs. 2 GG normiert den zentralen Grundsatz eines aufgeklärten rechtsstaatlichen Strafrechts.⁶⁴ Danach kann eine Tat „nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“.

Die Vorschrift besitzt zwei unterschiedliche Zweckrichtungen.⁶⁵ Zum einen soll der Normadressat vorhersehen können, welches Verhalten strafbar ist (subjektiv-rechtlicher Gehalt). Zum anderen legt sie fest, dass nur der parlamentarische Gesetzgeber selbst die Entscheidung treffen darf, welche Verhaltensweisen strafbar sind (objektiv-rechtlicher Gehalt).

⁵¹ Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes = RGBl. I 1935, S. 844.

⁵² Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz, Die Strafrechtsnovellen v. 28. Juni 1935, Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs (RGBl. I S. 839), Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes (RGBl. I, S. 844) und amtliche Begründungen zu diesen Gesetzen, 1935, S. 31.

⁵³ Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz (Fn. 52), S. 31.

⁵⁴ Dazu Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, S. 15, 61 ff.

⁵⁵ So auch die Einschätzungen bei Frister (Fn. 6), Nach § 2 Rn. 6, und Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Anh. zu § 1 Rn. 4; a.A. BT-Drs. I/3713, S. 19; Stuckenberg, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 68. Lfg., Stand: August 2013, § 261 Rn. 151.

⁵⁶ Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, S. 55.

⁵⁷ Dazu Etzel, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), 1992, S. 84.

⁵⁸ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.4.1951 – 3 StR 165/51 = BGHSt 1, 127 (128); BGH, Urt. v. 21.6.1951 – 4 StR 26/51 = BGHSt 1, 275 (276) = NJW 1952, 193.

⁵⁹ Vgl. OGH BrZ, Urt. v. 20.6.1949 – StS 198/49 = OGHSt 2, 89 (93).

⁶⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 19.4.1951 – 3 StR 165/51 = BGHSt 1, 127 (128); BGH, Urt. v. 21.6.1951 – 4 StR 26/51 = BGHSt 1, 275 (276) = NJW 1952, 193.

⁶¹ BT-Drs. I/3713, S. 19.

⁶² Vgl. BGH, Beschl. v. 15.10.1956 – GSSt 2/56 = BGHSt 9, 390 = NJW 1957, 71.

⁶³ Vgl. die Übersicht bei Stuckenberg (Fn. 55), § 261 Rn. 145.

⁶⁴ Vgl. etwa Schünemann, Nulla poena sine lege?, Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978, S. 1 ff. m.w.N. Krit. zur Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Strafrecht Rotsch, ZJS 2008, 132 (134 f., 138).

⁶⁵ Exemplarisch jüngst BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (194 f.) m.w.N.

Der Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG beschränkt sich erstens auf das materielle Strafrecht.⁶⁶ Zweitens beschränkt er sich auf die Sanktionsnormen, die auch tatsächlich unmittelbar die Rechtsfolge der Strafbarkeit anordnen.⁶⁷ Allerdings gilt das Gesetzlichkeitsprinzip nicht nur für die Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern auch für Art und Maß der Sanktion selbst.⁶⁸

bb) Art. 103 Abs. 2 GG als Prüfmaßstab für die echte Wahlfeststellung

Es stellt sich nun die Frage, ob die Wahlfeststellung überhaupt den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG berührt und – bejahendenfalls – dessen Anforderungen gerecht wird.

Ob es sich bei der Wahlfeststellung um ein prozessuales oder um ein materiell-rechtliches Institut handelt, war seit jeher umstritten.⁶⁹ Dass die gesetzliche Regelung der echten Wahlfeststellung während des Nationalsozialismus sowohl eine Vorschrift im StGB wie auch eine Vorschrift in der StPO enthielt, trifft hierüber keine dogmatisch abschließende Aussage, sondern hat bestenfalls Indizcharakter.⁷⁰

Für den (ausschließlich) prozessualen Charakter der Wahlfeststellung wird angeführt, dass materiell kein Problem bestehe, weil der Angeklagte materiell ja gerade eines der beiden im Schuldspruch aufgeführten Delikte tatsächlich begangen hat.⁷¹ Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieses Delikts sowie seine Strafdrohung seien vor der Tat hinreichend bestimmt gewesen, weshalb ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ausscheide.⁷² Die Tatsachenunsicherheit stelle lediglich ein Beweisproblem dar, das prozessualer Natur sei und deshalb nicht am strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip zu messen sei.⁷³ Über die Frage der Zulässigkeit einer mehrdeutigen Verurteilung treffe das Gesetzlichkeitsprinzip keine Aussage.⁷⁴

Diese Ausführungen sind nicht haltbar: Bei der Wahlfeststellung handelt es sich gerade nicht um eine Beweisfrage. Sie kommt – anders als etwa der Zweifelssatz – erst zur Anwendung, wenn sowohl Beweisaufnahme wie auch Beweiswürdigung bereits abgeschlossen sind; ja sogar erst, nachdem

das Gericht den Sachverhalt bereits den beiden in Frage kommenden Deliktstatbeständen subsumiert und festgestellt hat, dass beide Tatbestände jeweils für sich genommen nicht einschlägig sind. Dass materiell gesehen einer der Tatbestände tatsächlich verwirklicht wurde, ist insoweit irrelevant, weil Subsumtionsgrundlage des Gerichts ausschließlich die prozessordnungsgemäß festgestellten Tatsachen sind.⁷⁵ Wendete das Gericht das materielle Recht ohne weiteres an, müsste es zum Ergebnis eines Freispruchs kommen. Denn für die Verurteilung wegen des einen oder des anderen Deliktes besteht keine – materielle (!) – Ermächtigungsgrundlage (nämlich ein entsprechender Deliktstatbestand); die Anforderungen der bestehenden Rechtsgrundlagen sind jeweils nicht erfüllt. Die Wahlfeststellung dient also dazu, materiell zu einem anderen Ergebnis zu kommen, als es das positive Recht eigentlich vorsieht; sie kann daher selbst zwangsläufig nur materieller Natur sein. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung zur Schließung dieser materiell-rechtlichen „Lücke“ ein ebenfalls materielles Kriterium heranzieht, nämlich dasjenige der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“ der in Frage kommenden Deliktstatbestände⁷⁶ (das letztlich keinen Begriffsinhalt hat, sondern nur eine leere Floskel darstellt, die der Rechtsprechung eine willkürliche Handhabung ermöglicht⁷⁷). Letztlich ist damit dem *Senat* darin zuzustimmen, dass im Falle der echten Wahlfeststellung eine Verurteilung letztlich auch nicht darauf gestützt wird, dass eine wahldeutige Tatsachengrundlage zwei bestehenden Straftatbeständen subsumiert wird. Vielmehr gründet die Verurteilung auf einer ungeschriebenen dritten Strafnorm.⁷⁸ Die Voraussetzungen dieser Norm bestehen zum einen in den tatbestandlichen Anforderungen, die den beiden wahlweise abgeurteilten Deliktstatbeständen gemeinsam sind, zum anderen in dem von der Rechtsprechung entwickelten Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit.⁷⁹ Damit wird eine gänzlich neue Sanktionsnorm geschaffen.

⁶⁶ Vgl. *Kudlich*, in: *Kudlich/Montiel/Schuhr* (Hrsg.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, S. 233 (239 ff.) m.w.N.

⁶⁷ So auch jüngst *Freund*, *JZ* 2014, 362 f.; a.A. etwa *Appel*, *Verfassung und Strafe*, *Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998, S. 571.

⁶⁸ Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 26.2.1969 – 2 BvL 15/68, 2 BvL 23/68 = BVerfGE 25, 269 (285 f.) = *NJW* 1969, 1059 (1060).

⁶⁹ Vgl. die Nachweise zur älteren Literatur bei *Günther*, *Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel*, *Ein Beitrag zum Institut der sog. „ungleichartigen Wahlfeststellung“*, 1976, S. 168 Fn. 27.

⁷⁰ So zutreffend *Wolter*, *GA* 2013, 271 (275).

⁷¹ Etwa *Günther* (Fn. 69), S. 168 f.; *Wolter*, *GA* 2013, 271 (276).

⁷² Etwa *Wolter*, *GA* 2013, 271 (274).

⁷³ Etwa *Günther* (Fn. 69), S. 169.

⁷⁴ Etwa *Wolter*, *GA* 2013, 271 (274); *Frister* (Fn. 6), *Nach § 2 Rn. 77*; *Stuckenberg* (Fn. 55), § 261 Rn. 149 m.w.N.

⁷⁵ Klarstellend *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 (52).

⁷⁶ Zutreffend der *Senat*, vgl. BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 27 f. = *NStZ* 2014, 392 (394 f.).

⁷⁷ So auch *Endrueit*, *Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssylogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten*, 1973, S. 182 ff., 198 f.; *Stuckenberg* (Fn. 55), § 261 Rn. 148.

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 26 = *NStZ* 2014, 392 (394); so bereits zuvor etwa *Endrueit* (Fn. 77), S. 251 ff.; *Freund* (Fn. 75), S. 35 (49); *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar Strafgesetzbuch*, 2011, § 1 Rn. 51.

⁷⁹ BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 26 f. = *NStZ* 2014, 392 (394 f.).

cc) *Möglichkeit der Rechtfertigung des Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG*

Damit greift eine Verurteilung im Wege der echten Wahlfeststellung in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein. Zwar ist dessen subjektiv-rechtlicher Gehalt nicht betroffen, weil der Angeklagte vor seiner Tat eine Strafbarkeit hatte vorhersehen können.⁸⁰ Die Verletzung manifestiert sich jedoch mit Blick auf den objektiv-rechtlichen Gehalt des Gesetzlichkeitsprinzips, weil die Verurteilung – wie gezeigt – eben gerade nicht aufgrund eines Deliktstatbestandes erfolgt, der vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffen wurde.

Diesen Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich mit Erwägungen der Einzelfallgerechtigkeit rechtfertigen zu wollen,⁸¹ ist unzulässig.⁸² Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip gilt absolut; das Grundgesetz hat in Bezug auf das Strafrecht die Abwägung der widerstreitenden Interessen zugunsten des Parlamentsvorbehalts und der Rechtssicherheit entschieden und sich damit gerade gegen eine absolute Einzelfallgerechtigkeit ausgesprochen.⁸³ Vielmehr ist es gerade Aufgabe des Art. 103 Abs. 2 GG, mit seiner formalen und zwingenden Natur den Richter in den Fällen zum Freispruch zu zwingen, in denen ein solcher dem subjektiven Gerechtigkeitsempfinden widerstreben mag.⁸⁴

Ebenfalls keine Rechtfertigung ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber zwar absichtlich auf eine gesetzliche Regelung verzichtet hat, sich damit aber nicht gegen die Wahlfeststellung aussprechen wollte, sondern die Frage der Rechtsprechung überlassen wollte.⁸⁵ Über die rechtsstaatliche Gewaltenteilung darf der Gesetzgeber nicht frei disponieren; er kann sich seiner verfassungsrechtlichen Aufgabe nicht nach Belieben entziehen.⁸⁶

c) *Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG hinsichtlich der Anforderungen an die Rechtsfolgenseite eines Strafgesetzes*

Die Probleme, die die Wahlfeststellung hinsichtlich des Schuldspruchs aufwirft, setzen sich auch bei der Strafrechtsfolge fort. Nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist die Schuld die Grundlage der Strafzumessung. Wird die Strafbarkeit im Schuldspruch offengelassen, fehlt es an dieser Grundlage. Dies wird etwa deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass bei unklarer Tatsachenlage regelmäßig das Motiv des

⁸⁰ Zutreffend *Freund* (Fn. 75), S. 35 (36).

⁸¹ So etwa *Eser/Hecker* (Fn. 6), § 1 Rn. 67 f.; *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anh. § 1 Rn. 13 ff.

⁸² Zutreffend BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 31 f. = NStZ 2014, 392 (395); bereits zuvor *Stuckenberg* (Fn. 55), § 261 Rn. 149; *Frister* (Fn. 6), Nach § 2 Rn. 76; *Freund* (Fn. 75), S. 35 (43, 51).

⁸³ Zutreffend BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 31 f. = NStZ 2014, 392 (395).

⁸⁴ Zutreffend *Freund* (Fn. 75), S. 35 (51).

⁸⁵ S.o. III. 2. a) auf S. 439.

⁸⁶ Zutreffend BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 33 f. = NStZ 2014, 392 (395).

Täter nicht ermittelt werden kann, das gem. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB einen maßgeblichen Strafzumessungsaspekt darstellt.⁸⁷ Da Art. 103 Abs. 2 GG auch die Gesetzlichkeit der Rechtsfolgenseite einer Strafnorm garantiert, verstößt die Wahlfeststellung auch vor diesem Hintergrund gegen das Grundgesetz.⁸⁸

IV. Exkurs: Möglichkeit einer gesetzlichen Normierung der echten Wahlfeststellung

Da de lege lata der Haupteinwand gegen die echte Wahlfeststellung das Fehlen einer gesetzlichen Regelung ist,⁸⁹ stellt sich die Frage, inwiefern die Schaffung einer solchen möglich ist.

1. Regelungsmöglichkeiten im Allgemeinen Teil des StGB

Eine erneute Regelung im Allgemeinen Teil des StGB⁹⁰ ist aus mehreren Gründen zum Scheitern verurteilt:

Versuchte der Gesetzgeber, die Rechtsprechung des BGH zu normieren,⁹¹ verstieße eine solche Regelung aufgrund mangelnder Bestimmtheit gegen Art. 103 Abs. 2 GG, weil das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit keinerlei normativen Aussagegehalt besitzt.⁹²

Aber auch wenn man versuchte, eine neu gestaltete Legitimationsgrundlage für die echte Wahlfeststellung zu schaffen, wäre diese erheblichen Problemen und Bedenken ausgesetzt. Diese ergeben sich vor allem aus straftheoretischer Perspektive:

Ungelöst bleibt etwa das Problem, dass bei Unkenntnis des tatsächlichen Vorgangs und dessen strafrechtlicher Einordnung Art und Maß der Schuld unbekannt sind und es daher an einer Grundlage für die Strafzumessung fehlt.⁹³ Doch auch unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention⁹⁴ fehlt es an der Grundlage für eine straftheoretische Rechtfertigung der echten Wahlfeststellung:⁹⁵ Ist nicht klar, gegen welche Norm der Täter verstoßen hat, kann durch seine Verurteilung auch

⁸⁷ So etwa *Jakobs*, GA 1971, 257 (268).

⁸⁸ Zutreffend BGH, Beschl. v. 28.2.2014 – 2 StR 495/12, Rn. 35 f. = NStZ 2014, 392 (395).

⁸⁹ Klarstellend *Freund* (Fn. 75), S. 35 (56 in Fn. 79).

⁹⁰ So etwa der Gesetzesvorschlag bei *Wolter*, GA 2013, 271 (282 ff.).

⁹¹ Kritisch auch *Stuckenberg* (Fn. 55), § 261 Rn. 151.

⁹² Denselben Vorwurf ist auch der Gesetzesvorschlag von *Wolter* ausgesetzt. Sein § 55a Abs. 1 S. 3 StGB-E lautet „Die Taten sind vergleichbar, wenn sie sich namentlich in den gesetzlichen Merkmalen von Unrecht und Schuld entsprechen.“ (GA 2013, 271 [282]). Diese Zweifel erhärten sich, wenn *Wolter* die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB, deren Funktion und Inhalt bis heute vollständig ungeklärt sind (vgl. *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 122 m.w.N.), als „sprachliches wie inhaltliches Vorbild“ für seinen Regelungsvorschlag anführt (GA 2013, 271 [284]).

⁹³ Siehe bereits oben II. 2. c).

⁹⁴ Zu diesem Strafzweck *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 21 ff.

⁹⁵ Nicht dagegen die Spezialprävention, vgl. *Frister* (Fn. 6), Nach § 2 Rn. 80 m.w.N.

nicht die Geltung einer Norm bekräftigt werden, weshalb der generalpräventive Effekt der Strafe entfällt; der konkrete Appell an die Bevölkerung, ein bestimmtes Verhalten zu tun oder zu unterlassen, verkommt zu einer allgemeinen Aufforderung zur Rechtstreue.⁹⁶

2. Regelungsmöglichkeiten im Besonderen Teil des StGB

Es verbleibt nur die Möglichkeit einzelner Normierungen im Besonderen Teil des StGB. Zum einen können einzelne Tatbestandsverwirklichungsformen ein und desselben Tatbestandes durch die Konjunktion „oder“ verknüpft werden.⁹⁷ Zum anderen besteht die Möglichkeit, neue Deliktstatbestände in den Bereichen zu normieren, in denen die Wahlfeststellung praktisch häufig angewandt wird (wie z.B. im Verhältnis zwischen Diebstahl und Hehlerei).⁹⁸ Insoweit stellt sich dann aber das grundsätzliche Problem, ob aufgrund von Beweisschwierigkeiten neue Tatbestände des Besonderen Teils geschaffen werden dürfen.⁹⁹

V. Fazit

Prinzipiell ist es sehr zu begrüßen, dass der 2. Strafsenat von einer jahrzehntelangen verfassungswidrigen Rechtsprechungspraxis abkehren möchte. Es ist daher zu wünschen, dass die übrigen Senate dieser Entwicklung nicht entgegenstehen oder zumindest der Große Strafsenat im Falle einer Divergenzvorlage in diesem Sinne entscheidet.

Zu bezweifeln ist jedoch, dass damit das letzte Wort in dieser Angelegenheit gesprochen sein wird:

Wiederholt hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit Kreativität bewiesen, wenn es darum ging, für richtig gehaltene Ergebnisse auch nach der Rüge ihrer Verfassungswidrigkeit auf anderem Wege zu erreichen.¹⁰⁰ Im Falle der echten Wahlfeststellung besteht daher etwa das Risiko, dass das erkennende Gericht trotz bestehender tatsächlicher Zweifel vorgibt, vom Vorliegen solcher Tatsachen überzeugt zu sein, die einen der beiden in Frage stehenden Tatbestände erfüllen, um einen Freispruch zu vermeiden.¹⁰¹ Dass eine solche Umge-

hung des in dubio pro reo-Grundsatzes sogar den Rechtsbeugungstatbestand gem. § 339 StGB erfüllen kann,¹⁰² wird derlei Entwicklungen leider wohl kaum verhindern können.

Zudem birgt die Erkenntnis der Verfassungswidrigkeit der echten Wahlfeststellung die Gefahr, den Gesetzgeber zu unüberlegtem populistisch motiviertem Handeln zu verleiten. Es bleibt zu wünschen, dass diese eigentlich erfreuliche Entwicklung der Rechtsprechung nicht letzten Endes zur Folge hat, dass unnötige Straftatbestände oder eine sonstige Regelung geschaffen werden, die nur dazu dienen, die bisherige zweifelhafte Rechtsprechung für die Zukunft zu legitimieren.

Die nächsten Jahre werden zeigen, ob dies nur fromme Wünsche sind, die von der Kriminalpolitik ungehört verhallen.

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner, Gießen

⁹⁶ Zutreffend *Jakobs*, GA 1971, 257 (269); *Freund* (Fn. 75), S. 35 (56); *Frister* (Fn. 6), Nach § 2 Rn. 81; *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 261 Rn. 104; dagegen *Stuckenberg* (Fn. 55), § 261 Rn. 150; *Wolter*, GA 2013, 271 (277 ff.).

⁹⁷ Vgl. etwa *Freund* (Fn. 75), S. 35 (47 f., 53).

⁹⁸ Für einen solchen „pragmatische[n] Lösungsansatz“ *Stuckenberg* (Fn. 55), § 261 Rn. 151.

⁹⁹ Zu diesem Problem jüngst etwa *Bülte*, JZ 2014, 603.

¹⁰⁰ So hat etwa jüngst der 1. Strafsenat das (hochproblematische) Rechtsinstitut der *omissio libera in causa* herangezogen, um zum Ergebnis einer Untreuestrafbarkeit kommen zu können und dabei gleichzeitig den Anschein zu erwecken, man habe die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (vgl. die Untreue-Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170) beachtet; vgl. BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13 = NSStZ 2014, 158; dagegen *M. Wagner*, ZIS 2014, 364.

¹⁰¹ Diese Warnung äußern auch *Günther* (Fn. 69), S. 165, 180, 182 f.; *Montenbruck*, Wahlfeststellung und Werttypus in

Strafrecht und Strafprozeßrecht, Entwicklung und Erprobung eines neuen Erklärungsmodells, 1976, S. 195 f.; *Dannecker* (Fn. 81), Anh. § 1 Rn. 11; *Freund* (Fn. 75), S. 35 (55); jeweils m.w.N.

¹⁰² Vgl. BGH, Urt. v. 21.7.1970 – 1 StR 119/69 = NJW 1971, 571 (573).