

1. Sachverhalt¹

A betreibt eine Werkstatt, in der er gestohlene Gegenstände und Fahrzeuge aufbewahrt und demontiert.

Diese hat A – so die Überzeugung des entscheidenden LG – entweder durch Diebstahl oder, trotz Kenntnis über ihren Ursprung, durch gewerbsmäßige Hehlerei erlangt. Eine andere Erklärung kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass zumindest das Nachtatgeschehen gegeben ist, da die Gewahrsamerlangung durch mittäterschaftlichen Diebstahl nicht endgültig ausgeschlossen werden kann. Nach erfolglosen Bemühungen, die tatsächlichen Geschehnisse zu rekonstruieren, verurteilt die Strafkammer A wegen Diebstahls gem. §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3² *o d e r* gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren. Hierzu wird der mildere Strafraum des § 243 Abs. 1 S. 1 herangezogen.

Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein. Der zuständige 2. Strafsenat legt dem Großen Senat für Strafsachen die Sache im Rahmen des § 132 Abs. 4 GVG zur Entscheidung vor.

Oktober 2017

Wahlfeststellungs- Fall II

Echte Wahlfeststellung / Verfassungsmäßigkeit/ Vorlagefrage
§§ 1, 242, 259, StGB, § 261 StPO, Art. 20 Abs. 3, Art. 6 Abs. 2 EMRK, 103 Abs. 2 GG.

famos-Leitsatz:

1. Die echte Wahlfeststellung verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.
2. Bei der echten Wahlfeststellung handelt es sich ausschließlich um eine prozessuale Entscheidungsregel.

BGH Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17; veröffentlicht in NJW 2017, 2842.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Verstößt die gesetzesalternative Verurteilung gegen die Verfassung?

Insbesondere ist umstritten, ob ein Verstoß gegen den in dubio pro reo Grundsatz vorliegt, da das Gericht von keinem der fraglichen Sachverhalte überzeugt ist.³ Die gesetzesalternative Verurteilung könnte weiterhin einen Verstoß gegen das Schuldprinzip aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen.⁴

Die echte Wahlfeststellung ist von anderen Konstellationen abzugrenzen. **Die unechte Wahlfeststellung**⁵ betrifft den Fall, dass der Strafrichter die konkret ursächliche Handlung nicht eindeutig aufklären kann.⁶ Somit steht ein Verstoß gegen § 46 Abs. 1 im Raum, da nicht feststeht, aus welchem Straf-

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

³ Sander, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006-2014, § 261 Rn. 141 ff.

⁴ BVerfGE 20, 323, 331.

⁵ Siehe bereits Schober/Richter, famos 09/2014.

⁶ Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2017, § 57 Rn. 17; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 1134.

tatbestand die Strafe resultiert.⁷ Hierbei steht die Erfüllung eines Tatbestandes einer ganz bestimmten Norm fest, allerdings ist die konkret ursächliche Handlung nicht aufklärbar.⁸

Typischerweise lässt sich hierzu das Beispiel der Infizierung des Opfers mit dem HI-Virus anführen. Hat der Täter zumindest eventualvorsätzlich über einen längeren Zeitraum mehrmals Beischlaf mit seinem Opfer gehabt und lässt sich nachträglich nicht mehr eindeutig bestimmen, mit welchem konkreten Handeln er sein Opfer mit dem tödlichen Virus angesteckt hat⁹, spricht man auch von der **Sachverhaltsalternativität**.¹⁰ Die Verurteilung erfolgt nach dem konkret in Rede stehenden Delikt; hier gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 1, 5 bzw. im Todesfall nach § 227.

Beim Vorliegen eines **Stufenverhältnisses** ist zweifelhaft, welche von zwei möglichen, in einem Stufenverhältnis stehenden Begehungsformen der Täter verwirklicht hat.¹¹ In diesem Stufenverhältnis stehen jeweils Fahrlässigkeits- und Vorsatzdelikte¹² sowie Grundtatbestände und Qualifikationen.¹³

Bei der **Präpendenz** ist die Vortatbeteiligung unzweifelhaft, aber die Verwirklichung der Nachtat nicht klar feststellbar.¹⁴ In Fällen der **Postpendenz** hingegen steht zwar das Nachtatgeschehen sicher fest, offen bleibt jedoch eine Beteiligung an der Vortat.¹⁵

Im Gegensatz dazu liegt bei der echten, **sog. ungleichartigen** Wahlfeststellung ebenfalls eine Strafbarkeit vor, allerdings steht aufgrund der unauflösbaren Ungewissheit über den tatsächlichen Sachverhalt nicht fest, gegen welche konkrete Vermeidungspflicht hier verstoßen wurde.¹⁶ Es handelt sich um einen Fall der **Tatbestandsalternativität¹⁷ oder Tatsachenalternativität.**¹⁸

Bereits das RG entwickelte die Rechtsfigur für den Fall der gesetzalternativen Verurteilung wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei.¹⁹ 1935 normierte der nationalsozialistische Gesetzgeber die echte Wahlfeststellung in den §§ 2b RStGB²⁰ und 267b RStPO.²¹ Obwohl der Alliierte Kontrollrat²² dieses Gesetz 1946 wieder aufhob, hat die Rechtsprechung des BGH auch in der Folgezeit die entwickelten Grundsätze der richterrechtlichen Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung wieder aufgegriffen.²³

Daran wurde schließlich auch in den folgenden Jahrzehnten – ungeachtet der zahllosen Reformen des Gesetzgebers zu Beginn der 1970er Jahre – festgehalten.²⁴ Scheinbar beeindruckt und beeinflusst durch die Kritik der Lehre, hat die Rechtsprechung sich inzwischen auf mehr oder weniger klare Kriterien²⁵ konkretisiert, die für eine Verurteilung

⁷ Haas, HRRS 2016, 190, 190.

⁸ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 21; Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1134.

⁹ BGHSt 36, 262, 266.

¹⁰ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 21; Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1134.

¹¹ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 7; Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1129.

¹² Normatives Stufenverhältnis.

¹³ Logisches Stufenverhältnis.

¹⁴ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 34; Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 1135.

¹⁵ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 32; Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1135.

¹⁶ Rengier, (Fn. 6), § 57 Rn. 21.

¹⁷ Köchel, ZJS 2014, 269; Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 21.

¹⁸ Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1132 ff.

¹⁹ RGSt 55, 44 f.

²⁰ RGBl. 1935 I, 839: „Steht fest, dass jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist nach dem mildesten Gesetz zu bestrafen“.

²¹ RGBl. 1935 I, 844.

²² KontrollRABI 55.

²³ OGHSt 2, 89, 93; BHGSt 1, 127, 129; 9, 390, 394; 11, 26, 28; 183, 30, 77 f.

²⁴ Siehe bereits unter Fn. 19.

²⁵ Linder, ZIS 2017, 311, 316 ff.

aufgrund gesetzalternativer Wahlfeststellung vorliegen müssen.²⁶

Zunächst muss der vergebliche Versuch der Sachverhaltsaufklärung innerhalb der prozessualen Tat gem. § 264 StPO trotz Ausschöpfung aller verwertbaren Beweise und Ermittlungsmöglichkeiten unternommen werden. Die Strafverfahrensvorschriften der Strafprozessordnung dürfen keine weitere Aufklärung im Sinne der einen oder anderen alternativen Sachverhalte bringen. Eine andere Strafbarkeit muss gänzlich ausgeschlossen sein.²⁷

Sodann ist die Strafbarkeit durch Subsumtion der in Betracht kommenden Sachverhaltsalternativen unter die entsprechenden Normen zu prüfen. Hier also die Strafbarkeit des Täters nach § 242 bei Annahme der Wegnahme der Gegenstände sowie die Strafbarkeit unter Zugrundelegung der böswilligen Verschaffung der entwendeten Gegenstände durch den Täter gem. § 259.²⁸

Schließlich sind die gefundenen Ergebnisse einerseits dahingehend zu überprüfen, dass zwischen ihnen kein Stufenverhältnis²⁹ besteht und kein Fall der Prä- und Postpondenz vorliegt. Ansonsten müsste zwingend eine Verurteilung nach dem mildereren der einschlägigen Gesetze vorgenommen werden.³⁰ Ebenso, wenn ein Auffangtatbestand vorliegt.³¹

Andererseits liegt der Gedanke nahe, mangels expliziter Regelung dieses Dilemmas³² infolge der (doppelten) Anwendung³³ des strafrechtlichen **in dubio pro reo Grundsatzes** als materiellrechtliche Entscheidungs-

regel³⁴ von der Straffreiheit auszugehen. Damit einher ginge der Vorrang der Rechtssicherheit³⁵ zur Vermeidung von Verdachtsurteilen.³⁶

Daneben existiert das besondere Verlangen des Einzelnen und des Rechtsstaats³⁷ nach einer effektiven sowie dem materiellen Gerechtigkeitsempfinden aller Bürger entsprechenden Strafrechtspflege.³⁸

Um diesem Spannungsverhältnis gerecht zu werden, entwickelte die Rechtsprechung als Voraussetzungen für die **richterrechtliche gesetzalternative Verurteilung**, dass die in Betracht kommenden Tatbestände eine **rechtsethische³⁹ und psychologische⁴⁰ Vergleichbarkeit⁴¹** aufweisen.

Die **rechtsethische** Vergleichbarkeit liegt vor, wenn die einschlägigen Delikte sich in ihrer Natur ähneln und sozial in einem ähnlichen Maß verachtenswert erscheinen. Die **psychologische** Vergleichbarkeit wird als die einigermaßen gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zu mehreren in Frage stehenden Verhaltensweisen bezeichnet.⁴² Die Einstellung des Täters zu den verletzten Rechtsgütern sowie sein motivationales Handeln können dabei genauso als Indizien herangezogen werden,⁴³ wie die Einordnung der

²⁶ Fischer, StGB, 65. Aufl. 2017, § 1 Rn. 11; Rengier (Fn. 6) § 57 Rn. 14 ff.

²⁷ BGH NJW 1983, 405.

²⁸ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 30 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1134 ff.

²⁹ Fischer (Fn. 24), § 1 Rn. 22 m.w.N. aus der Rspr.

³⁰ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 22.

³¹ Ceffinato, Jura 2014, 655, 657.

³² BGHSt 6, 84; 15, 63; BGH NSTz 1981, 33.

³³ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1118.

³⁴ BVerfG MDR 1975, 468 f.; BGHSt 9, 390, 397; 11, 100, 102; 31, 136, 138; BGH NSTz 2010, 102.

³⁵ Alwart, GA 1992, 545, 562.

³⁶ Eser/Hecker, in Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 65.

³⁷ Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 64.

³⁸ Vgl. Eschenbach, Jura 1994, 302, 307 f.

³⁹ Ausführlich zum Merkmal der rechtsethischen Gleichartigkeit Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 100.

⁴⁰ Ausführlich zum Merkmal der psychologischen Vergleichbarkeit Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 102.

⁴¹ BGHSt 9, 390, 392; NSTz 85, 123.

⁴² BGHSt 9, 390, 394; 11, 26, 29; 20, 100, 101; NSTz 1985, 123.

⁴³ OLG Saarbrücken NJW 1976, 65, 67; NSTz 1985, 123.

Delikte als Verbrechen oder Vergehen.⁴⁴ Trotz unterschiedlicher Bemühungen im Interesse der Rechtsstaatlichkeit, die unbestimmten und daher auslegungsträchtigen Begriffe zu umschreiben, dürfen die Anforderungen an das Kriterium der Vergleichbarkeit nicht überstrapaziert werden.⁴⁵

Unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit verlangt ein Teil der Literatur eine von den Voraussetzungen der rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit unabhängige und damit uneingeschränkte Anwendung.⁴⁶

Die echte Wahlfeststellung wird sowohl hinsichtlich des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG⁴⁷ als auch der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung des Art. 20 Abs. 3 GG bzw. des Art. 6 Abs. 2 EMRK⁴⁸ als verfassungswidrig angesehen. Die Reichweite des Bestimmtheitsgrundsatzes reicht von seinem Grundrechtscharakter⁴⁹, über die Berechenbarkeitsfunktion⁵⁰, bis hin zur unantastbaren Voraussetzung des Schuldstrafrechts.⁵¹

Große Teile der Literatur verlangen – jeweils mit unterschiedlicher Gewichtung – die **Identität des Unrechtskerns**.⁵² Ein tatsächlicher Unterschied zwischen den einzelnen Wertungsgesichtspunkten wird von anderen Teilen sogar gänzlich in Frage gestellt.⁵³ Dem schließt sich auch der 2. Strafsenat mit seiner Vorlagefrage gem. § 132 Abs. 2 GVG an.⁵⁴

⁴⁴ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 26.

⁴⁵ Schulz, JuS 1974, 634, 637 m.w.N.

⁴⁶ V. Hippel, NJW 1963, 1533, 1534.

⁴⁷ Gaede, in Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 51.

⁴⁸ Haas, HRRS 2016, 190, 194.

⁴⁹ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 290.

⁵⁰ BVerfGE 37, 201, 207.

⁵¹ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 290.

⁵² Deubner, JuS 1962, 21 f.; Wachsmut/Waterkamp, JA 2005, 509, 512.

⁵³ Sander, in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), § 261 Rn. 141 ff.

⁵⁴ BGH NJW 2017, 2842, 2843.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung befasst sich insbesondere mit der Frage, ob die Gesetzesalternative Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verfassungsgemäß ist.⁵⁵ Der große Senat bejaht diese Frage, wobei er in diesem Rahmen dem Gebot der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit eine konstitutive und gleichzeitig eingrenzende Wirkung hat zukommen lassen.⁵⁶

Die echte Wahlfeststellung sei daher eine **prozessuale Entscheidungsregel**, die nicht an dem nur für das sachliche Recht geltenden⁵⁷ strengen Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG zu messen sei, sondern lediglich den allgemein, für die richterrechtliche Rechtsfortbildung bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen unterliege, denen sie im Einzelnen genüge.

Weiterhin liege keine unzulässige Analogie oder eine unzulässige sog. Entgrenzung bzw. „Verschleifung“⁵⁸ von Tatbestandsmerkmalen vor.⁵⁹ Auch sei dem Täter nicht ungewiss, ob sein Verhalten strafbar ist oder nicht, sodass dem Gesetzlichkeitsprinzip zugrundeliegenden Gedanken⁶⁰ Rechnung getragen werde.⁶¹ Der große Senat führt weiter aus, dass die Kriterien des BGH den Anwendungsbereich der Rechtsfigur lediglich einschränken, aber keineswegs die Strafbarkeit begründen.⁶²

Er vertritt weiterhin die Auffassung, dass ein Zurückbleiben der Strafe hinter dem wahren **Schuldumfang** kein Spezifikum der Rechtsfigur, sondern eine aus der Anwendung

⁵⁵ Der BGH hat weiterhin festgestellt, dass § 269 Abs. 9 S. 3 ebenfalls im Rahmen der Gesetzesalternativen Verurteilung Anwendung findet.

⁵⁶ BGH NJW 2017, 2842, 2843 ff.

⁵⁷ St.Rspr., BVerfGE 25, 269, 284 m.w.N.

⁵⁸ BVerfGE 126, 170, 211 m.w.N.

⁵⁹ BGH NStZ-RR 2014, 308, 309.

⁶⁰ BVerfGE 26, 41, 42; 45, 363, 370. Fn. 48.

⁶¹ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

⁶² BGH NJW 2017, 2842, 2844.

des **Zweifelssatzes** folgende Konsequenz sei.⁶³ So wird der Vergleich des Schuldpruchs bei wahldeutiger Verurteilung aufgrund alternativer Tatsachenfeststellung bei gleichwertigen Merkmalen einer einzigen Strafvorschrift herangezogen.⁶⁴ Eine Verletzung des **Schuldprinzips** sei daher nicht anzunehmen.

Zudem betont der große Senat, dass durch die Heranziehung der mildesten in Betracht kommenden Strafe dem **Zweifelssatz** hinreichend Rechnung getragen wird.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Große Senat bestätigt die Ansicht der Rechtsprechung zur echten Wahlfeststellung, die sich in langer Tradition manifestiert hat. In der Folge wird in der Ausbildung weiterhin eine entsprechende Darstellung des Meinungsstreites erforderlich sein. Doch könnte es sich lohnen, die Problematik mit erhöhter Aufmerksamkeit weiter zu verfolgen, denn dem Angeklagten steht noch der Weg einer Verfassungsbeschwerde gem. § 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG oder sogar eine Individualbeschwerde zum EGMR Art. gem. 34 EMRK offen. Ob das BVerfG bzw. der EGMR die ständige Judikatur des BGH so uneingeschränkt bestätigen würde, wie es der Große Senat getan hat, ist zumindest fraglich und bleibt abzuwarten.

5. Kritik

Die Entscheidung gilt es nun hinsichtlich der oben genannten Aspekte zu würdigen. Die Bewertung muss dabei anhand zweier unterschiedlicher Maßstäbe erfolgen. Die Frage der **Billigung anhand moralischer Wertvorstellungen** mit dem Ziel der Einzelfallgerechtigkeit einerseits, sowie die Überprüfung der Entscheidung unter **verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten** andererseits

drängen sich jeweils auf. Diese können sehr wohl divergierend beantwortet werden.

Ob die als Missstand empfundene Situation der Nichtfeststellbarkeit von Diebstahl oder Hehlerei ein derartiges Verbiegen des Gesetzlichkeitsprinzips rechtfertigen kann, darf bezweifelt werden. Der Vergleich des Großen Senats,⁶⁵ dass ein qualitativer Unterschied zu in der Praxis außerhalb der Wahlfeststellung sehr häufigen Konstellationen nicht bestehe, geht ins Leere. Es macht einen elementaren Unterschied, ob infolge nicht vollständiger Aufklärbarkeit des Sachverhalts von Mindestfeststellungen und Annahmen „zugunsten“ des Angeklagten ausgegangen wird oder die Strafbarkeit infolge dessen mit Hilfe der echten Wahlfeststellung begründet wird. Denn entgegen der Ansicht des Großen Senats fungiert sie damit als **materiellrechtliche Entscheidungsregel** und nicht als rein prozessuale, sodass Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung findet.

Der Gesichtspunkt, dass der mögliche Täter im vorliegenden Fall nach Überzeugung des Gerichts zweifelsfrei eine der beiden strafbaren Handlungen begangen hat und deshalb auch verurteilt wird, mag zwar dem Billigkeitsgefühl aller entsprechen. Dem **Schuldprinzip** wird aber, mangels eindeutiger Festlegung auf eine verwirklichte Norm, nicht hinreichend Rechnung getragen.

Hinsichtlich der Frage einer verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit müssen zudem die Maßstäbe des **Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG** näher betrachtet werden. Anknüpfend an den Aspekt der Berechenbarkeit⁶⁶ vermag die Argumentation des Großen Senats nicht zu überzeugen, wenn er ausführt, dass dem Täter nicht ungewiss sei, ob sein Verhalten strafbar ist oder nicht.⁶⁷ Der Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips dient nicht alleine dazu, die Vorhersehbarkeit der Bestrafung für den Normadressaten zu

⁶³ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

⁶⁴ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

⁶⁵ BGH NJW 2017, 2842, 2846.

⁶⁶ Siehe bereits unter Fn. 4.

⁶⁷ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

gewährleisten,⁶⁸ sondern zugleich der Rechtstaatlichkeit der Entscheidungsfindung. Es muss der Anspruch des Rechtsstaates sein, auch den Weg zur Bestrafung klar zu definieren. § 261 StPO normiert mit seinen verschiedenen Ausprägungen ausreichende Kriterien.

Die Strafbarkeit des Täters anhand des jeweils in Rede stehenden Delikts muss sich dabei zur „freien Überzeugung“⁶⁹ des Gerichts aus dem „Inbegriff“⁷⁰ der Verhandlung ergeben. Gemessen am Maßstab der freien Überzeugung muss die Prüfung jeder einzelnen Strafbarkeit daran scheitern, dass gerade keine Überzeugung vorhanden ist. Die unzureichende Würdigung des Schuldprinzips kann auch nicht darin seine Rechtfertigung finden, dass bei alternativer Tatsachenfeststellung innerhalb einer Norm ebenfalls ein Verstoß gesehen werden müsse. Bei letzterer steht zumindest gesetzlich fest, dass eine ganz bestimmte Norm verletzt ist, wohingegen die Gesetzesalternative Verurteilung sich nicht eindeutig auf eine Norm festlegt.

Die Annahme, der Gesetzgeber habe der ständigen Rechtsprechung zur Wahlfeststellung seine Billigung nicht entzogen,⁷¹ kann ebenfalls nicht als Rechtfertigung herangezogen werden. Der **Gewaltenteilungsgrundsatz** erlaubt es der Rechtsprechung nicht, die Untätigkeit des Gesetzgebers als Anlass zu nehmen, die Strafbarkeit mit auslegungsträchtigen Kriterien wie der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit zu begründen.

Der **Bestimmtheitsgrundsatz** verlangt in seinen Ausprägungen unter anderem eine bestimmte, vorher festgelegte, Norm, sowie entsprechende Tatbestandsvoraussetzun-

gen.⁷² Die Aufgabe der Strafgerichte ist nicht die subsidiäre Bestimmung von Strafbarkeitsvoraussetzungen, sondern schlichtweg die Subsumtion der in Rede stehenden Handlungen unter die schon vorhandenen strafprozessualen und materiellrechtlichen Normen.

Die zahlreichen oben zitierten Versuche, den uferlosen Begriffen der **psychologischen und rechtsethischen Vergleichbarkeit** Bestimmtheit zu verleihen, widerlegen zudem die Annahme des Großen Senats, die Rechtsprechungsformel habe hinreichend feste Konturen erlangt. Vielmehr gibt der BGH an anderer Stelle zu erkennen, dass zur Vermeidung lebensfremder und der Gerechtigkeit widersprechender Ergebnisse⁷³ die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz ausnahmsweise heruntergeschraubt wurden.

Es muss allerdings das Ziel sein, durch gesetzliche Grundlagen die Strafbarkeit zu begründen. Anderenfalls ist den Ansprüchen des Rechtsstaates und dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht hinreichend Rechnung getragen. Dass die konsequente Anwendung des **in dubio pro reo Grundsatzes** in dem vorliegenden Fall dem gerechtigkeitsbeflissenen Bürger das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit erschweren würde, darf nicht dazu führen, dass eine Kernfrage der Strafbarkeit ohne dogmatische Grundlage beantwortet wird.

Wer die richterrechtliche Konstruktion der echten Wahlfeststellung weiterhin befürwortet, muss sich damit gleichzeitig eingestehen, der Einzelfallgerechtigkeit dem Vorzug gegenüber den anspruchsvollen verfassungsrechtlichen Grundsätzen der **Bestimmtheit, Gesetzlichkeit** und eine dem **Schuldprinzip** entsprechende Strafe, den Vorzug gegeben zu haben.

(Roj Khalaf/Tim Schilderoth)

⁶⁸ BVerfGE 26, 41, 42; 45, 363, 370 ff.

⁶⁹ Sander, in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), § 261 Rn. 29 ff., 104 ff.

⁷⁰ Sander, in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), § 261 Rn. 14 ff.; Julius, in Gercke/Julius/Temming/Zöller, Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl. 2012, § 261 Rn. 5 ff.

⁷¹ BGH NJW 2017, 2842, 2845.

⁷² Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 8, 17.

⁷³ BGHSt 12, 386, 388.