

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Bei Durchsuchungen werden bei L und E Gegenstände sichergestellt, die sie entweder entwendet oder mit Wissen um deren Herkunft vom Täter erworben haben.

Da das LG nicht feststellen kann, welche der beiden Handlungen L und E tatsächlich vornahm, es aber davon überzeugt ist, dass sie zumindest eine der beiden ausführten, verurteilt es sie wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 18 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe.

Da die Mindeststrafe bei gewerbsmäßiger Hehlerei höher ist als bei einem besonders schweren Fall des Diebstahls, geht das LG vom Strafraumen des Letzteren aus. Gegen das Urteil legen L und E Revision ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Rechtsfigur der Wahlfeststellung wurde gegen Ende des 19. Jh. vom RG mittels Richterrecht entwickelt und 1935 als § 2b RStGB kodifiziert. Diese Regelung wurde 1946 durch den Alliierten Kontrollrat aufgehoben. Ab 1951 wurde die Rechtsfigur vom BGH in Anknüpfung an das RG erneut etabliert.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde von den Bearbeitern ergänzt, um das Problem deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> Näheres in BGH, Beschluss vom 28. Januar 2014 – 2 StR 495/12, Rn. 6 ff.; *Frister* in NK, 4. Aufl. 2013, Nach § 2,

## September 2014 Wahlfeststellungs-Fall

*Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung*

Art. 103 II GG

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Die Zulässigkeit der Wahlfeststellung ist insgesamt am Maßstab des Art. 103 II GG zu messen, da es sich bei den Voraussetzungen der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tat um ein materiell-rechtliches Element handelt.

2. Die zur Legitimation der gesetzeshilferischen Wahlfeststellung angeführten Gründe, die ausschließlich auf einer Abwägung von Gerechtigkeitsüberlegungen und kriminalpolitischen Erwägungen beruhen, halten einer Überprüfung anhand der Verfassungsnorm des Art. 103 II GG nicht stand.

BGH, Beschluss vom 28. Januar 2014 – 2 StR 495/12; veröffentlicht in BeckRS 2014, 11953

Innerhalb der Rechtsfigur der Wahlfeststellung ist zwischen der echten (gesetzeshilferischen) und der unechten (tatsachenalternativen) Wahlfeststellung zu unterscheiden. Bei Letztgenannter steht fest, dass der Täter eine strafbewehrte Handlung vornahm und damit einen konkreten Straftatbestand verwirklichte, die zugrundeliegenden Tatsachen können aber nicht abschließend geklärt werden, da unklar bleibt, durch welche Handlung er den Tatbestand erfüllt hat. So liegt der Fall z.B. dann, wenn feststeht, dass T den O schlug, jedoch nicht nachvollzogen werden kann, bei welcher von mehreren Begegnungen dies geschah. Hier wird eine eindeutige Verurteilung auf

Rn. 2 ff; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, § 16 III 1.

wahldeutiger Tatsachengrundlage ausgesprochen.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Beschluss beschäftigte sich der Senat hingegen mit der echten Wahlfeststellung. Diese wird bislang von der h.M. dann für zulässig angesehen, wenn dem Täter nicht nachgewiesen werden kann, dass er von mehreren möglichen und allesamt strafbaren Handlungsalternativen eine bestimmte mit Sicherheit verwirklichte, es aber zur Überzeugung des Gerichts<sup>4</sup> feststeht, dass entweder die eine oder die andere im Sinne einer „exklusiven Alternativität“<sup>5</sup> vorliegt,<sup>6</sup> d.h., dass entweder der eine oder der andere Ablauf möglich ist, eine straffreie Alternative jedoch ausgeschlossen ist

Wird etwa ein Warenlager mit gestohlenen Sachen gefunden und lässt sich nicht aufklären, ob der Besitzer die Sachen selbst stahl oder bösgläubig erwarb, kann er wegen „Diebstahls oder Hehlerei“ verurteilt werden.<sup>7</sup> Die Rechtsprechung hat eine Anwendbarkeit der Rechtsfigur unter der Voraussetzung von **vier Kriterien** für weitere Fallgruppen etabliert.<sup>8</sup>

Zunächst ist eine Wahlfeststellung nur zulässig, sofern eine **eindeutige Feststellung** nach Ausschöpfung sämtlicher Ermittlungsmöglichkeiten **unmöglich** ist.<sup>9</sup> Als zweite Voraussetzung

muss **jede der in Frage kommenden**, bestimmt umschriebenen tatsächlichen **Möglichkeiten**, unter Ausschluss jeder weiteren Möglichkeit, zusammen mit dem eindeutig festgestellten Sachverhalt **ein Strafgesetz verletzen**.<sup>10</sup> Dabei dürfen die **Strafnormen nicht in einem Stufenverhältnis zueinander stehen**,<sup>11</sup> d.h. sie müssen als gleichwertige Tatbestände nebeneinander vorliegen können ohne dass die eine Strafnorm die andere verdrängt; ansonsten muss in dubio pro mitius eine eindeutige Verurteilung nach dem milderen Gesetz erfolgen.<sup>12</sup> So kann ein wegen Raub angeklagter Täter, dem zwar die Wegnahme, nicht aber die Gewaltanwendung nachgewiesen werden kann nur wegen Diebstahls verurteilt werden. Das vierte Kriterium ist das Vorliegen einer **rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit** der Straftaten.<sup>13</sup> Dabei liegt eine rechtsethische Vergleichbarkeit dann vor, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände, die den Unrechtscharakter der Straftatbestände ausmachen, den möglichen Taten im Rechtsempfinden der Allgemeinheit eine ähnliche sittliche

---

ungewissheit in dem Sinne besteht, dass von zwei Sachverhalten der zeitlich frühere möglicherweise, der zeitlich spätere aber sicher gegeben ist (*Fischer*, StGB, 61. Auflage 2014, § 1 Rn. 45). Wenn z.B. nicht festgestellt werden kann, ob der Angeklagte die Sachen gestohlen oder vom Dieb erlangt hat, er aber mit Sicherheit versucht hat, sie später zu verkaufen, kann eine eindeutige Verurteilung wegen des sicher festgestellten, zeitlich nachfolgenden Deliktes (=Hehlerei) erfolgen, eine Wahlfeststellung ist hier unzulässig.

<sup>3</sup> *Hoffmann-Holland*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2011, Rn. 897.

<sup>4</sup> Vgl. § 261 StPO.

<sup>5</sup> Begriff von der Rspr. eingeführt, vgl. BGHSt 9, 390.

<sup>6</sup> *Walper*, Aspekte der strafrechtlichen Postpendenz, 1999, S. 19 f.

<sup>7</sup> BGHSt 1, 203; 21, 154; BGH NStZ 2008, 646; *Frister*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, 3. Kapitel Rn. 34.

<sup>8</sup> So etwa für verschiedene Tatbestandsvarianten desselben Delikts BGHSt 22, 12; BGH NStZ 2012, 441; für Meineid und falsche Verdächtigung vgl. BayObLG MDR 1977, 860.

<sup>9</sup> BGHSt 12, 386, 388; 21, 152; *Heintschel-Heinegg* in BeckOK StGB, 23. Edition 2013, § 1 Rn. 49. Davon abzugrenzen ist der Fall der sog. Postpendenz, bei welchem eine „einseitige“ Sachverhalts-

<sup>10</sup> *Fischer* (Fn. 9), § 1 Rn. 33; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 1 Rn. 12.

<sup>11</sup> *Rengier*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 57 Rn. 14, 22.

<sup>12</sup> *Heintschel-Heinegg*, in Beck-OK (Fn. 9), § 1 Rn. 49; *Rengier* (Fn. 11) § 57 Rn. 22.

<sup>13</sup> BGHSt 9, 390, 394; 11, 28; 21, 153; 25, 182, 183 f.; 30, 77, 78; BGH NStZ 1985, 123, NStZ 2008, 646.

Bewertung zuteil wird.<sup>14</sup> Anhaltspunkte dafür können das jeweilige Rechtsgut und die Schwere des Schuldvorwurfes sein.<sup>15</sup> Die psychologische Gleichwertigkeit erfordert eine im Wesentlichen gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zu den alternativ in Frage kommenden Verhaltensweisen,<sup>16</sup> d.h. eine ähnliche Motivationslage oder Haltung oder eine Ähnlichkeit der subjektiven Unrechts- oder Schuldelemente.<sup>17</sup> Eine psychologische und rechtsethische Vergleichbarkeit sah die Rechtsprechung bislang z.B. bei Diebstahl und Begünstigung,<sup>18</sup> Betrug und Hehlerei<sup>19</sup> und Betrug und Untreue als gegeben an.<sup>20</sup> Abgelehnt<sup>21</sup> wurde sie für eine Beteiligung an der Vortat und der Strafvereitelung<sup>22</sup> oder für Totschlag und Körperverletzung mit Todesfolge.<sup>23</sup> Verneint wurde eine Vergleichbarkeit ferner für Diebstahl und Betrug,<sup>24</sup> wobei das OLG Karlsruhe<sup>25</sup> hier aber differenziert und eine Vergleichbarkeit zwischen Betrug und Trickdiebstahl annimmt. Bezüglich einer Vergleichbarkeit von Unterschlagung und Raub schloss der BGH zunächst eine Vergleichbarkeit aus.<sup>26</sup> In einem nachfolgenden Urteil<sup>27</sup> reduzierte der gleiche Senat den Raub auf den in ihm enthaltenen Diebstahl und verur-

teilte wahldeutig wegen Diebstahls oder Unterschlagung. Wie hier noch eine psychologische Gleichwertigkeit angenommen werden kann, ist schwer nachvollziehbar. Daran wird deutlich, dass eine eindeutige Feststellung der geforderten Vergleichbarkeit schwer fällt und eine Differenzierung eher nach dem konkreten Einzelfall als anhand von allgemeinen Kriterien stattfindet.<sup>28</sup>

Es überrascht daher nicht, dass die Vergleichbarkeitsformel auf teilweise erhebliche Kritik trifft. So stelle sie eine zur Rechtsunsicherheit beitragende, inhaltslose Leerformel dar,<sup>29</sup> auch könne nicht die sittliche Wertung, die viel zu unbestimmt und darüber hinaus irrelevant sei, oder das „unreflektierte allgemeine Rechtsempfinden der Bevölkerung“ maßgeblich sein.<sup>30</sup>

Aus diesem Grund versucht ein Teil der Literatur<sup>31</sup> auf die „**Identität des Unrechtkerns**“ abzustellen, wobei auch dieser unterschiedlich behandelt wird. So soll der gleiche Unrechtkern gegeben sein, wenn sich die Angriffe gegen gleiche oder ähnliche Rechtsgüter bzw. solche gleicher Art richten und wenn sie den gleichen Handlungsunwert aufweisen.<sup>32</sup> Die Akzentuierung wird dabei uneinheitlich gesetzt.<sup>33</sup> Eine

<sup>14</sup> *Eser/Hecker*, in Schönke/Schröder, 29. Auflage 2014, § 1 Rn. 70.

<sup>15</sup> *Dannecker*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007, Anh. § 1 Rn. 136 f. m.w.N.

<sup>16</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 28.

<sup>17</sup> OLG Hamm NJW 1974, 1957; OLG Saarbrücken NJW 1976, 65; OLG Karlsruhe NJW 1976, 902; *Heintschel-Heinegg*, in Beck-OK (Fn. 9), § 1 Rn. 49.

<sup>18</sup> BGHSt 23, 360 f.

<sup>19</sup> BGH NJW 1974, 804, 805.

<sup>20</sup> BGH GA 1970, 24 f.

<sup>21</sup> Ebenfalls verneint für Diebstahl und Erpressung (BGH DRiZ 1972, 30, 31) und Betrug und versuchtem Schwangerschaftsabbruch (BGH bei Dallinger, MDR 1958, 739).

<sup>22</sup> BGHSt 30, 77, 78.

<sup>23</sup> BGH NJW 1990, 130 f.

<sup>24</sup> BGH NSTZ 1985, 123.

<sup>25</sup> OLG Karlsruhe NJW 1976, 902.

<sup>26</sup> BGH NJW 1967, 359.

<sup>27</sup> BGHSt 25, 182, 186.

<sup>28</sup> *Gaede* in AnwaltKommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 52; vgl. zu den teilweise nicht nachvollziehbaren Urteilen *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 263 Rn. 186a.

<sup>29</sup> *Günther*, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumptionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 115; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 83 ff.

<sup>30</sup> *Wolter*, in SK, StGB, 8. Aufl. 2013, Anh. zu § 55 Rn. 37; vgl. zusammenfassend *Dannecker*, in LK (Fn. 15), Anh. § 1 Rn. 149.

<sup>31</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), § 16 III 3, *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, § 48 Rn. 17; *Dannecker*, in LK (Fn. 15), Anh. § 1 Rn. 150 m.w.N.

<sup>32</sup> *Wolter*, in SK (Fn. 30), Anh. zu § 55 Rn. 38 ff.

<sup>33</sup> *Eser/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 1 Rn. 75.

reine Abgrenzung nach dem Rechtsgut würde zwar zu einer klaren Abgrenzung, gleichzeitig aber auch zu einer Ausweitung der Wahlfeststellung führen. Denn in diesem Fall wären etwa alle Vermögensdelikte miteinander vergleichbar. Durch die Einbeziehung des Handlungsunwertes, der sich nicht an eindeutigen Kriterien bemessen lässt, wird zwar eine Eingrenzung erreicht, jedoch erneut um den Preis einer klaren Differenzierung.

Dennoch wird die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung heute weitgehend angenommen.<sup>34</sup> Zwar geht die h.L.<sup>35</sup> wohl davon aus, dass das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 II GG aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Grundlage durch die Wahlfeststellung durchaus berührt wird, lässt dies aber wegen des Bedürfnisses nach materieller Gerechtigkeit – man könne einen Täter, von dem man sicher wisse, dass er eine Straftat beging, nicht freisprechen – sowie kriminalpolitischer Überlegungen zu.<sup>36</sup> Von anderen wird angeführt, dass Art. 103 II GG nicht berührt werde, da das Gesetzlichkeitsprinzip nur verlange, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Voraus feststehen müssen, jedoch zu einer mehrdeutigen Verurteilung schweigt.<sup>37</sup> Ferner wird vorgetragen, dass es sich bei der echten Wahlfeststellung um ein prozessrechtliches Institut mit materiellem Ein-

schlag handle und die Rechtsfigur daher zwar Art. 20 III GG, nicht aber Art. 103 II GG genügen müsse.<sup>38</sup> Zwar wäre eine entsprechende gesetzliche Regelung am ehesten in der Nähe der §§ 52-55 StGB anzusiedeln und die eigentliche Strafzumessung ergäbe sich aus der materiellen Vergleichbarkeit der Strafgesetze. Die Wahlfeststellung stelle aber eine Rechtsfolge an eine prozessuale Lage in Form einer Handlungsanweisung an das Gericht dar. Diese Handlungsanweisung wiederum gebe vor, wie den einzelnen Taten im Falle der alternativen Verletzung Rechtsfolge gegeben werden soll.<sup>39</sup> Damit sei die echte Wahlfeststellung prozessrechtlicher Natur. Eine intensive Auseinandersetzung mit der Einordnung in das materielle oder Prozessrecht findet nicht statt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der 2. Strafsenat des BGH sieht zwar keine Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten. Auch die Ablehnung einer eindeutigen Verurteilung sei rechtlich zunächst nicht zu beanstanden, da dies im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH stehe. Diese Rechtsprechung beabsichtigt der Senat jedoch aufzugeben und fragt daher bei den übrigen Strafsenaten an, ob sie der Entscheidung zustimmen und ihre entgegenstehende Rechtsprechung aufgeben.<sup>40</sup>

Dazu führt er an, dass der BGH zwar daran festhält, dass die gesetzalternative Wahlfeststellung eine richterrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit der gesetzalternativen Verurteilung hinsichtlich der „nulla poena, nullum crimen sine lege“-Formel darstelle. Diese Ausnahme sei aber so ausgedehnt worden, dass eine Verschiebung des Regel- und Ausnahmeverhältnisses stattgefunden habe. Neue

<sup>34</sup> *Eser/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 1 Rn. 64, 67; *Joecks*, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 1 Rn. 17; *Kühl*, Stafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 21 Rn. 68d; *Lackner/Kühl* (Fn. 10), § 1 Rn. 9; *Satzger*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB Kommentar, 2. Aufl. 2014, Rn. 62 ff.; a.M. *Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 30a.

<sup>35</sup> *Dannecker*, in LK (Fn. 15), Anh. § 1 Rn. 18; *Eser/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 1 Rn. 67; beide m.w.N.

<sup>36</sup> Vgl. *Walper* (Fn. 6), S. 24 ff.; a.M. *Frisster*, in NK (Fn. 2), Nach § 2 Rn. 83 ff., 97.

<sup>37</sup> *Greff*, Wahldeutige Verurteilungen, 2002, S. 36 f. m.w.N.

<sup>38</sup> Für eine materiellrechtliche Einordnung aber z.B. *Gaede* in *AnwaltKommentar* (Fn. 28), § 1 Rn. 51.

<sup>39</sup> *Wolter*, in SK (Fn. 30), Anh. zu § 55 Rn. 5a.

<sup>40</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 3.

Gründe für die Legitimation seien nicht genannt worden. Auch mit der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG habe keine Auseinandersetzung stattgefunden.<sup>41</sup> Nach diesem Prinzip kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde. Die Rechtsfigur müsse sich jedoch an dem Gesetzlichkeitsprinzip messen lassen, da sie strafbegründend wirke und somit dem materiellen Recht zuzuordnen sei.<sup>42</sup>

Der Senat stellt fest, dass die echte Wahlfeststellung keine Entscheidungsregel darstellt, da diese neben den Möglichkeiten einer Verurteilung und eines Freispruchs im Falle einer exklusiven Alternativität eine dritte Entscheidungsvariante sei. Diese eröffne die Möglichkeit, nur aufgrund eines gemeinsamen Unrechtskerns, eines „Rumpftatbestands“, zu verurteilen. Somit stelle die Rechtsfigur eine ungeschriebene dritte Norm dar, „die – angeblich – übereinstimmende Unrechtselemente der beiden gerade nicht zur Anwendung gelangenden Normen in sich vereinigen soll“<sup>43</sup>. Dafür werde ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal in Gestalt einer rechtsethischen Vergleichbarkeit fiktiv ergänzt.<sup>44</sup>

Dies stelle jedoch ein materiellrechtliches Element dar, anhand dessen über das Vorliegen von Schuld und das Erfordernis von Strafe entschieden werde. Somit müsse eine Überprüfung anhand des Art. 103 II GG vorgenommen werden. Dieser normiere einen uneingeschränkten Gesetzesvorbehalt und könne daher nicht mit Hinweis auf Gebote materieller Strafgerechtigkeit durch Richterrecht beschränkt werden.<sup>45</sup>

Ferner könne man sich nicht darauf berufen, dass der Gesetzgeber die Frage der Zulässigkeit bewusst „der Recht-

sprechung und dem Schrifttum überlassen“ habe.<sup>46</sup> Denn der Gesetzgeber könne sich nicht der Aufgabe, die Voraussetzungen der Strafbarkeit selbst zu bestimmen, durch einen Verweis auf mögliches Richterrecht entziehen.<sup>47</sup>

Schließlich müssten auch die Grundlagen der Strafzumessung nach Art. 103 II GG eindeutig sein. Dafür müsse die Qualität der Strafe mit Blick auf eine bestimmte strafbare Handlung und eine diesbezügliche Schuld bewertet werden. Wenn jedoch unklar sei, welche Unrechtshandlung begangen wurde, führe dies zu Ungenauigkeiten im Strafzumessungsvorgang und zu einer nur „per Saldo“ festgestellten Schuld des Angeklagten. Dies sei mit Art. 103 II GG unvereinbar.<sup>48</sup>

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Da es sich um einen Vorlagebeschluss nach § 132 III GVG handelt, tritt mit diesem noch keine Änderung der Rechtsprechung ein. Daher heißt es zunächst für Rechtsanwender und Studierende aufmerksam den weiteren Verlauf der Diskussion in Rechtsprechung und Lehre zu beobachten.

Mit der erneuten Aktualität des Themas könnten sich die Studierenden durch eine kritische Sichtweise, die über das bloße Aufzählen der Kriterien hinausgeht, Zusatzpunkte sichern.

Der Strafverteidiger wird im Falle der Aufgabe der Rechtsprechung eventuell damit rechnen müssen, dass es, um eine Strafbarkeitslücke zu verhindern, vermehrt zu eindeutigen Verurteilungen kommen wird, die auf einem ungenauen Ermittlungsergebnis beruhen. Ob sich dieses von den Befürwortern der echten Wahlfeststellung prophezeite Risiko realisieren wird, bleibt jedoch abzuwarten.

<sup>41</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 18.

<sup>42</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 23.

<sup>43</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 34.

<sup>44</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 26.

<sup>45</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 31 f.

<sup>46</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 33; BT-Drucks. I/3713, S. 19.

<sup>47</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 34.

<sup>48</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 35 f.

## 5. Kritik

Die Entscheidung des 2. Strafsenats ist zu begrüßen, der Argumentation ist zuzustimmen.<sup>49</sup> Zwar stellt ein Urteil, welches auf einer grundgesetzwidrigen Figur beruht sehr wohl einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten dar, dass der Senat dies fälschlicherweise nicht so benennt, dürfte jedoch mit diplomatischem Verhalten gegenüber den anderen Senaten zu erklären sein.

Da es sich bei der Gesetzesalternativen Wahlfeststellung um – wie der Senat überzeugend darlegt – materielles Strafrecht handelt, verstößt die Anwendung dieser Rechtsfigur gegen das Rückwirkungs- und Analogieverbot aus Art. 103 II GG. Außerdem genügt sie dem Bestimmtheitsgebot nicht. So weit das RG argumentierte, die Rechtsprechung sei berechtigt, zur Ergänzung vorhandener Gesetzeslücken im Verfahrensrecht rechtsschöpferisch tätig zu werden, um damit die Wahlfeststellung erstmals zu legitimieren<sup>50</sup>, ging es also von einer falschen Annahme aus.<sup>51</sup>

Es besteht ferner die Möglichkeit einer Aufweichung des *nemo tenetur*-Grundsatzes, des § 55 StPO und der Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52 ff. StPO. Wenn z.B. jemand Geschenke bekommt, die sich später als Diebesbeute herausstellen, könnte der Beschenkte sich auf der Anklagebank wiederfinden. Aufgrund der Möglichkeit, mittels Wahlfeststellung verurteilt zu werden, wird er, selbst wenn ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, gezwungen, den Schenkenden zu belasten um sich selbst zu entlasten. Eine solche Entlastungspflicht kennt unser Rechts-

system jedoch nicht. Hier findet eine unzulässige Beweislastumkehr statt.

Auch fehlt es bei einem wahlweisen Urteilsspruch an der von § 261 StPO geforderten richterlichen Überzeugung.<sup>52</sup> Zumindest rückt die Gefahr eines Irrtums, und als Folge ein Fehlurteil, bedenklich nahe, wenn der Richter bei der Erforschung der Wahrheit keinen bestimmten tatbestandsmäßigen Vorgang erkennen, sondern nur Möglichkeiten vorfinden kann.<sup>53</sup> Dies wiederum beeinträchtigt die Erklärung über den strafrechtlichen Gehalt der Tat.<sup>54</sup>

Soweit kriminalpolitische Aspekte zur Rechtfertigung herangezogen werden, werden hier vermeintliche Erfordernisse der Praxis den Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit vorgezogen.<sup>55</sup> Die Ansicht, dass dies zu ertragen sei, da die Delikte, zwischen denen gewählt wird, gleichartig und gleichwertig sein müssen, „schlägt der modernen Verbrechensauffassung ins Gesicht.“<sup>56</sup> Denn Arbeiten über die Erscheinungsformen und die Strafzumessung eines Delikts werden sinnlos, wenn es letzten Endes gleichgültig sein soll, ob dieses oder ein ähnliches begangen wurde. Tatsächlich spielt die konkrete Tatausführung eine bedeutende Rolle für das Maß der Schuld.<sup>57</sup> Daraus folgt, dass eine vernünftige Strafzumessung nicht möglich ist, wenn über den Hergang der Tat nichts weiter bekannt ist, als dass der Täter sich unredlich verhielt.<sup>58</sup>

Letztlich behält *Heinitz* Recht: Wenn eine Überführung nicht gelingt muss freigesprochen werden, dies ist für die Strafrechtspflege eher erträglich als die „Mißgeburt“ einer alternativen Verurteilung“.<sup>59</sup>

(Thomas Richter / Kai Schober)

<sup>49</sup> Vgl. *Freund*, in *Wolter-FS*, 2013, S. 35, 35 ff.

<sup>50</sup> RGSt 68, 257, 259.

<sup>51</sup> Zumindest einfachgesetzliche Regelungen standen einer Zulässigkeit entgegen, so z.B. § 2 preußisches StGB von 1851 und § 2 RStGB von 1871. Auf Verfassungsebene findet sich der Vorläufer von Art. 103 Abs. 2 in Art. 116 WRV, lediglich von 1935-1946 gab es keinerlei Hindernis für diese Rechtsfigur.

<sup>52</sup> *Schorn*, DRiZ 1964, 45, 49.

<sup>53</sup> RGSt 68, 257.

<sup>54</sup> RGSt 68, 257.

<sup>55</sup> *Schorn*, DRiZ 1964, 45, 48 f;

<sup>56</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 101.

<sup>57</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 101.

<sup>58</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 101.

<sup>59</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 102.