

2. Vergeltung nach Immanuel Kant . . . . .	88
a) Die Freiheit des Individuums . . . . .	88
b) Das Strafgesetz als kategorischer Imperativ . . . . .	89
c) Strafklugheit . . . . .	90
d) Strafgerechtigkeit . . . . .	91
e) Artgleiche Vergeltung als Strafmaß . . . . .	93
3. Vergeltung nach Georg Wilhelm Friedrich Hegel . . . . .	94
a) Der freie Wille . . . . .	95
b) Die Straftat als Negation des Rechts . . . . .	95
c) Die Strafe als Negation der Negation . . . . .	96
aa) Objektive Legitimation der Strafe . . . . .	97
bb) Subjektive Legitimation der Strafe . . . . .	98
d) Ablehnung einer präventiven Strafbegründung . . . . .	99
e) Wertgleiche Vergeltung als Strafmaß . . . . .	100
4. Zwischenergebnis . . . . .	102
II. Neoklassische Vergeltungstheorien . . . . .	102
1. Rückbesinnung auf den Präventionismus . . . . .	102
2. Rezeption des Vergeltungsgedankens ab dem 19. Jahrhundert . . . . .	103
3. Gefahren eines exklusiven Präventionismus . . . . .	105
a) Optimierung der Sicherheitsarchitektur . . . . .	105
b) Strukturelle Unzulänglichkeiten präventiver Straftheorien . . . . .	106
c) Strafzumessungsspezifische Unzulänglichkeiten präventiver Straftheorien	108
4. Funktionalisierung des metaphysischen Vergeltungsgedankens . . . . .	109
a) Freiheitsbasierte Vergeltungstheorie . . . . .	111
aa) Restitution des enttäuschten, öffentlichen Basisvertrauens . . . . .	112
bb) Restitution des Gleichheitsverhältnisses . . . . .	113
cc) Restitution des Täters als Vernunftsubjekt . . . . .	114
dd) Strafzumessung . . . . .	116
b) Soziologisch-empirische Vergeltungstheorie . . . . .	117
aa) Ausgleich des menschlichen Vergeltungsbedürfnisses . . . . .	118
bb) Vergeltungsschwere als Strafmaß . . . . .	119
5. Zwischenergebnis . . . . .	120
D. Zulässigkeit und Reichweite der gesetzesalternativen Wahlfeststellung unter Maßgabe der Vergeltungstheorien . . . . .	121
I. Notwendigkeit einer richterlichen Feststellung . . . . .	121
II. Strafbegründungsebene . . . . .	122
1. Feststellbarkeit der strafbegründungsrelevanten Umstände . . . . .	122
a) Strafwürdigkeit . . . . .	122
b) Negationswürdigkeit . . . . .	124
aa) Objektive Legitimation . . . . .	125

bb) Subjektive Legitimation . . . . .	125
c) Enttäuschung des öffentlichen Basisvertrauens . . . . .	125
d) Existenz des Über-/Unterordnungsverhältnisses . . . . .	126
e) Subsumtionswürdigkeit . . . . .	127
f) Strafbedürfnis . . . . .	127
g) Zwischenergebnis . . . . .	128
2. Relativierung der Ausgleichspflicht durch das Gleichwertigkeitskriterium? . . . . .	129
a) Das Kriterium der materiellen Gleichwertigkeit . . . . .	129
aa) Rechtsethische und psychologische Gleichwertigkeit . . . . .	130
bb) Identität des Unrechtskerns . . . . .	133
cc) Vergleichbarkeit der Handlungs- und Erfolgsunwerte . . . . .	134
dd) Lehre von den vertypten Untergruppen eines abstrakten Deliktstypus	134
ee) Graduelle Unwertverschiedenheit . . . . .	135
ff) Lehre vom abstrakten Werttypus . . . . .	135
gg) Fazit . . . . .	136
b) Der Willkürbegriff und sein Widerklang in Vergeltungstheorien . . . . .	137
c) Die begrenzte Wahlfeststellung als hypothetischer Imperativ . . . . .	138
d) Fehlende tatbestandliche Exklusivität im abstrakten Recht . . . . .	139
e) Allgemeine Kritik am Gleichwertigkeitsmaßstab . . . . .	140
f) Kritik anhand transitiver und symmetrischer Relationen . . . . .	142
aa) Funktion transitiver und symmetrischer Relationen . . . . .	142
bb) Übertragbarkeit der formalen Eigenschaften auf die wahlfeststellungs-fähigen Deliktpaare . . . . .	143
cc) Beispiel anhand der §§ 153, 154, 164 StGB . . . . .	144
dd) Beispiele anhand der Vermögensdelikte . . . . .	145
g) Zwischenergebnis . . . . .	146
3. Relativierung der Ausgleichspflicht durch Nachweisbedingungen . . . . .	147
a) Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm . . . . .	147
b) Die strafbegründungsrelevanten Merkmale als Archetypen der Sanktions-norm . . . . .	148
c) Sanktions- und negative Ergänzungsnorm . . . . .	149
d) Anwendbarkeit auf die Straftatbestände des Besonderen Teils . . . . .	151
aa) 1. Einwand: Inkommensurabilität der Strafandrohungen . . . . .	153
(1) Unrecht als materielle Kategorie . . . . .	153
(2) Tatbestände als Verhaltenspflichten . . . . .	155
bb) 2. Einwand: Kombination ungleichartiger Delikte . . . . .	157
cc) 3. Einwand: Kombinierte Sanktionsnorm als ungeschriebene Norm . .	158
4. Zwischenergebnis . . . . .	158

III. Strafzumessungsebene .....	158
1. Eindeutige Feststellbarkeit der strafzumessungsrelevanten Umstände im abstrakten Recht .....	159
2. Wahlweise Feststellbarkeit der strafzumessungsrelevanten Umstände im konkreten Recht .....	159
a) Artgleiche Vergeltung .....	159
aa) Handlungsspezifische Artgleichheit .....	161
bb) Rechtsgutsspezifische Artgleichheit .....	162
cc) Zwischenergebnis .....	162
b) Wertgleichheit .....	163
aa) Punktstrafetheorie .....	163
bb) Stellenwert- und Stufentheorie .....	164
cc) Spielraumtheorie .....	164
c) Zwischenergebnis .....	165
IV. Zusammenfassung .....	165
 <i>3. Kapitel</i>	
<b>Wahlfeststellung und negative Generalprävention</b>	166
A. Einführung in die negative Generalprävention .....	166
B. Meinungsstand zur gesetzesalternativen Wahlfeststellung .....	168
C. Die Theorie des psychologischen Zwangs .....	169
I. Differenzierung zwischen Strafzweck und Strafgrund .....	170
II. Die Konstitution des Staatswesens .....	171
III. Der physische Zwang .....	172
IV. Der psychische Zwang .....	173
1. Kants Zwei-Welten-Modell .....	174
a) Der Mensch als homo phaenomenon .....	174
b) Der Mensch als homo noumenon .....	175
2. Feuerbachs Kritik am Zwei-Welten-Modell .....	175
3. Die Determination der Sinnlichkeit .....	177
4. Strafandrohung durch Strafgesetzlichkeit .....	178
5. Die Notwendigkeit der Strafzufügung .....	180
a) Die Psychologische Zwangstheorie als Androhungsprävention .....	180
b) Die Verhinderung von Scheindrohungen .....	181
V. Strafzumessung .....	183
VI. Zusammenfassung und Ausblick .....	185

D. Auswirkungen der negativen Generalprävention auf die gesetzesalternative Wahlfeststellung .....	186
I. Strafbegründungsebene .....	186
1. Strafandrohung durch Strafgesetzlichkeit .....	186
a) Gewährleistungsgehalt des Gesetzlichkeitsprinzips .....	188
aa) Begriff und Reichweite der „Strafbarkeit“ .....	188
(1) Wortlaut .....	189
(2) Systematik .....	189
(3) Historie .....	190
(4) Telos .....	190
(5) Ergebnis .....	192
bb) „Gesetzliche Bestimmtheit“ der Strafbarkeit .....	193
(1) Bestimmtheitsgrundsatz .....	193
(2) Analogieverbot .....	194
b) Eingriff in den Schutzbereich .....	194
aa) Zur Bestimmtheit der alternativen Delikte .....	195
(1) Strafbarkeit .....	195
(2) Strafandrohung .....	195
(3) Zwischenergebnis .....	196
bb) Zur Bestimmtheit der gesetzesalternativen Wahlfeststellung .....	196
(1) Die Lehre vom Rumpftatbestand .....	196
(2) Die Lehre vom Prozessinstitut .....	197
(3) Stellungnahme .....	199
(a) Einordnung anhand der herkömmlichen Theorien .....	199
(aa) Lehre vom Verdientsein des Strafübels .....	199
(bb) Hinwegdenken des Strafprozesses als Abgrenzungskriterium	200
(cc) Bindung an das Tatgeschehen .....	200
(dd) Zwischenergebnis .....	201
(b) Normlogische Einwände .....	202
(c) Normative Einwände .....	203
(d) Zusammenfassung .....	203
2. Wahlfeststellungsbedingter Freispruch als Scheindrohung .....	204
3. Einwand der praktischen Irrelevanz .....	206
4. Tiefenpsychologische Implikation des Abschreckungsgedankens .....	206
a) Strukturmödell der Psyche nach Freud .....	208
aa) Das Es .....	208
bb) Das Ich .....	208
cc) Das Über-Ich .....	209
b) Tiefenpsychologische Zwangsmoral als Basis des Strafrechts .....	210
c) Tiefenpsychologische Ansteckungsgefahr der Straftat .....	211

d) Unbegrenzte Wahlfeststellung als intrapsychische Wirksamkeitsvoraussetzung eines dominanten Über-Ichs .....	214
II. Strafzumessungsebene .....	215
1. Alternative Deliktshäufigkeit als strafzumessungsrelevanter Aspekt .....	215
a) Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik .....	215
b) Daten der Strafverfolgungsstatistik .....	217
2. Strafzumessung bei alternierenden Delikten .....	218
3. Strafzumessungsspezifische Kritik am Gleichwertigkeitskriterium .....	219
III. Zusammenfassung .....	221

#### *4. Kapitel*

<b>Wahlfeststellung und Spezialprävention</b>	222
A. Einführung in die Spezialprävention .....	222
B. Meinungsstand zur gesetzesalternativen Wahlfeststellung .....	224
C. Die spezialpräventive Schule Franz von Liszts .....	225
I. Objektivierung des primitiven Straftriebs .....	226
II. Der Zweckgedanke im Strafrecht .....	228
III. Strafzumessung .....	230
1. Strafe als Unschädlichmachung .....	231
2. Strafe als Besserung .....	232
3. Strafe als Abschreckung .....	233
IV. Zusammenfassung .....	234
D. Zulässigkeit und Reichweite der gesetzesalternativen Wahlfeststellung unter Maßgabe der Spezialprävention .....	234
I. Strafbegründungsebene .....	234
1. Die tötterspezifische Gefährlichkeit als strafbegründungsrelevanter Umstand .....	234
2. Die tötterspezifische Gefährlichkeit zwischen Täter- und Tatstrafrecht .....	235
3. Feststellbarkeit des Strafwunsches .....	240
4. Einwand des „labeling approach“ .....	241
5. Zusammenfassung .....	243
II. Strafzumessungsebene .....	243
1. Prognoseentscheidung als Grundlage der Gefährlichkeitsbemessung .....	243
2. Die Prognosemethoden .....	245
a) Intuitive Prognosemethode .....	245
b) Statistische Prognosemethode .....	246
c) Klinische Prognosemethode .....	246
3. Die Bedeutung der Tat für die Bemessung der Gefährlichkeit .....	247
a) ... anhand der intuitiven Prognosemethode .....	247

b) ... anhand der statistischen Prognosemethode .....	247
c) ... anhand der klinischen Prognosemethode .....	250
4. Strafart .....	250
5. Zusammenfassung .....	251
III. Strafvollzugsebene .....	252
1. Sexualstraftaten .....	252
2. Staatsschutzdelikte .....	253
IV. Zusammenfassung .....	254

*5. Kapitel*

<b>Wahlfeststellung und positive Generalprävention</b>	255
A. Einführung in die positive Generalprävention .....	255
B. Meinungsstand zur gesetzesalternativen Wahlfeststellung .....	260
C. Darstellung der positiven Generalprävention .....	262
I. Jakobs' Normgeltungslehre .....	262
1. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen .....	263
a) Kritik am Kontraktualismus .....	263
b) Die Gesellschaft als Kommunikationssystem .....	264
c) Jakobs' Normbegriff .....	266
2. Straftat als Normverletzung .....	267
3. Bedeutung und Erfordernis der Bestrafung .....	268
a) Schultspruch: Kommunikative Strafe als Bestätigung der Normgeltung ..	269
b) Strafausspruch: Strafschmerz als kognitive Sicherung der Normgeltung ..	270
II. Strafrecht als formalisierter Teilbereich sozialer Kontrolle .....	271
1. Die Aufgabe von sozialer Kontrolle .....	272
2. Formalisierte Sozialkontrolle .....	272
III. Symbolisch-expressive Straftheorie .....	273
IV. Lehre vom Normgeltungsschaden .....	275
V. Strafzumessung .....	276
D. Zulässigkeit und Reichweite der gesetzesalternativen Wahlfeststellung unter Maßgabe der positiven Generalprävention .....	278
I. Strafbegründungsebene .....	278
1. Schultspruch als Teil staatlicher Strafe .....	278
a) System der strafgesetzlichen Sanktionen .....	278
aa) System der Strafen, §§ 38 ff. StGB .....	278
bb) Absehen von Strafe gem. § 60 StGB .....	279
cc) Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB .....	280
b) Schultspruch als Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen .....	281

c) Kommunikative Dimension des Schulterspruchs . . . . .	283
d) Schulterspruch und Syllogismus . . . . .	285
e) Zwischenergebnis . . . . .	286
2. Legitimation des wahlweisen Schulterspruchs . . . . .	287
a) Strenge Normstabilisierungslehre . . . . .	288
b) Eingeschränkte Normstabilisierungslehre . . . . .	291
c) Stellungnahme und Entwicklung einer dritten Position . . . . .	293
3. Unbegrenzte Wahlfeststellung als intrapsychische Wirksamkeitsvoraussetzung der Sündenbocktheorie . . . . .	297
4. Justizförmigkeit der unbegrenzten Wahlfeststellung . . . . .	298
a) Wahlfeststellung und richterliche Überzeugung . . . . .	299
b) Wahlfeststellung und Schuldprinzip . . . . .	300
aa) Schutzgehalt . . . . .	300
bb) Einwand der Bemakelung . . . . .	302
cc) Einwand der schuldunangemessenen Strafe . . . . .	305
c) Wahlfeststellung und Zweifelssatz . . . . .	308
d) Wahlfeststellung und Unschuldsvermutung . . . . .	310
e) Wahlfeststellung und Gesetzlichkeitprinzip . . . . .	313
f) Wahlfeststellung und Rechtsstaatsprinzip . . . . .	313
g) Wahlfeststellung und § 267 StPO . . . . .	314
h) Wahlfeststellung und Tatstrafrecht . . . . .	316
i) Wahlfeststellung und Menschenwürde . . . . .	319
5. Zusammenfassung . . . . .	320
II. Strafzumessung . . . . .	320
III. Zusammenfassung . . . . .	321

6. Kapitel

## **Wahlfeststellung und Vereinigungstheorien**

A. Einführung in die Vereinigungstheorien . . . . .	323
B. Zulässigkeit und Reichweite der gesetzesalternativen Wahlfeststellung unter Maßgabe der Vereinigungstheorien . . . . .	323

*7. Kapitel*

<b>Auflösung der Strafzumessungsproblematik; Einordnung der unbegrenzten Wahlfeststellung in das gegenwärtige Präventionsstrafrecht</b>	325
A. Auflösung des Strafzumessungsproblematik .....	325
I. Vorrang einer eindeutigen Verurteilung .....	326
1. ... aufgrund eines Auffangtatbestandes .....	326
2. ... aufgrund der konkret-individuell mildernden Tat .....	328
3. ... durch eine Verknüpfung der wahlfeststellungsfähigen Delikte .....	330
4. ... durch eine Auflösung der tatbestandlichen Exklusivität .....	331
5. ... durch die objektive Bedingung der wahlweisen Unaufklärbarkeit .....	332
II. Unbestimmte Verurteilung .....	333
III. Bestimmte Strafandrohung .....	335
IV. In dubio pro reo .....	336
B. Normierung der gesetzesalternativen Wahlfeststellung .....	337
I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung .....	337
1. Wesentlichkeitstheorie .....	337
2. Klarstellungsinteresse .....	339
II. Bisherige Regelungsentwürfe .....	341
1. Mannheims Entwurf .....	341
2. Rumpfs Entwurf .....	342
3. Zeilers Entwurf .....	342
4. § 2b RStGB und § 267b RStPO .....	343
5. Nüses Entwurf .....	343
6. Wolters Entwurf .....	345
III. Vorüberlegung zu einem eigenen Regelungsvorschlag .....	346
1. Formale Einordnung in das bestehende Regelungsgefüge .....	346
2. Materiell-rechtlicher Regelungsgehalt .....	347
C. Die unbegrenzte Wahlfeststellung als nationalsozialistisches (Un-)Rechtsdenken? ..	349
I. Verhältnis von geltendem zu nationalsozialistischem Recht .....	351
1. Lehre vom Zivilisationsbruch .....	351
2. Kontinuitäts- und Radikalisierungsthese .....	352
3. Stellungnahme .....	352
II. Einordnung der echten Wahlfeststellung anhand der übergreifenden Entwicklungstendenzen des deutschen Strafrechts .....	354
1. Entwicklungstendenzen des deutschen Strafrechts ab dem 20. Jahrhundert ..	354
a) Rechtsphilosophische Entwicklungstendenzen .....	355
b) Kriminalpolitische Entwicklungstendenzen .....	356
2. Historie der gesetzesalternativen Wahlfeststellung .....	357
a) Ursprung und frühe Entwicklung .....	357

b) Die Entscheidung der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts von 1934	358
c) Einführung von § 2b RStGB und § 267b RStPO .....	359
d) Aufhebung von § 2b RStGB und § 267b RStPO und die Rechtsprechung der Nachkriegszeit .....	360
3. Die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Wahlfeststellung im Zeichen der Entwicklungstendenzen .....	361
4. Rückgriff auf die Entscheidung des RG .....	364
5. Rückgriff auf Kohlrauschs Gleichwertigkeitsformel .....	366
6. Gesetzesalternative Wahlfeststellung und Präventionsstrafrecht .....	367
III. Die echte Wahlfeststellung in ausländischen Rechtssystemen .....	370
IV. Zusammenfassung .....	371
<b>Schlussbetrachtung</b> .....	372
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	374
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	418



## **Einleitung**

Das Leben definiert sich durch die Wahl von Handlungsalternativen. Gemessen an den physikalischen Parametern von Raum und Zeit, zeichnet sich das Charakteristikum der Alternative vor allem dadurch aus, dass es einander ausschließende Verhaltensweisen beschreibt.<sup>1</sup> Im strafrechtsspezifischen Kontext kommt es darauf an, dass sich der Beschuldigte für eine solche Verhaltensweise entschieden hat, die erstens strafrechtlich relevant und zweitens zur Überzeugung des Gerichts nachweisbar ist. Die strafrechtliche Relevanz einer Verhaltensweise ergibt sich aus den materiell-rechtlichen Strafnormen, indem diese ein bestimmtes menschliches Verhalten mit einer Strafandrohung versehen. Die Eingriffsvoraussetzungen, unter denen die Strafnormen eine Bestrafung gestatten, sind indes als ideale Anwendungsbedingungen konzipiert, da sie nicht selbst diejenigen Kriterien verlautbaren, die erforderlich sind, um ihre Voraussetzungen als gegeben anzunehmen zu dürfen.<sup>2</sup> Diese Aufgabe fällt dem Strafverfahrensrecht zu, das seinerseits Beweisvoraussetzungen aufstellt, unter denen die Eingriffsvoraussetzungen der Strafnormen (ggf. unter Hinzutreten weiterer Bedingungen) als erfüllt anzunehmen sind.

In Anbetracht des den Angeklagten schützenden Schweigerechts, nicht vorhandener oder widersprüchlich aussagender Zeugen, Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverboten und den sonstigen Grenzen einer tatsächlichen Sachverhaltsaufklärung (auch in Ermangelung einer der freiheitlichen Grundordnung widerstrebenden Totalüberwachung) sind verbleibende Zweifel über den Tatsachenvergang im Strafverfahren geradezu angelegt.<sup>3</sup> Das Gericht verfügt schließlich über keine „Photographie der angeklagten Tat“ bzw. eine exakte Aufzeichnung aller subsumtionsrelevanten Umstände.<sup>4</sup> Demzufolge materialisiert sich die Handhabung tatsächlicher Zweifel in einem strafprozessualen Problem, dass die Strafjustiz seit Urzeiten begleitet.<sup>5</sup>

Den Konflikt zwischen der begrenzten Erkenntnisfähigkeit des Gerichts und dem Erfordernis einer umfassenden Tatsachenfeststellung (§ 244 Abs. 2 StPO) löst § 261 StPO dahingehend auf, dass das Gericht über das Ergebnis der Beweisauf-

---

<sup>1</sup> „Alternative“ auf Duden online (Abrufdatum: 28.08.2023).

<sup>2</sup> *Frisch*, FS Henkel, S. 273 (278); *Hoyer*, ZStW 105 (1993), 523 (549 ff.); *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461 (461).

<sup>3</sup> RGSt 66, 163 (164); KK-OWiG/Rogall, Vorb. §§ 1 ff. Rn. 22; *Ceffinato*, Jura 2014, 655 (662); *Wolter*, JuS 1983, 363 (363). Zur Frage differenzierender Sachverhalte durch Beweisverwertungsverbote *Güntge*, StV 2005, 403 (405).

<sup>4</sup> v. *Bar*, GA 1867, 569 (572 f.).

<sup>5</sup> Siehe bereits *Aristoteles*, Metaphysik III, 1.

nahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung urteilt. Dafür ist ein nach der Lebenserfahrung ausreichender Gewissheitsgrad erforderlich, demgegenüber vernünftige Zweifel nicht mehr auftreten.<sup>6</sup> Es ist die dem Tatrichter allein übertragene Aufgabe, ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln<sup>7</sup> und nur seinem Gewissen unterworfen, zu prüfen, ob er sich von einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt überzeugen kann oder nicht.<sup>8</sup>

Konnte sich das Gericht nach Ausschöpfung aller Beweis- und Erkenntnismittel über die entscheidungserheblichen Tatsachen keine Gewissheit verschaffen, gilt es zu differenzieren: Sind die Zweifel tatsächlich der Art, weil in Frage steht, ob die Sachverhaltsfeststellungen zutreffend sind, weist der Zweifelssatz das Gericht an, nicht zulasten des Angeklagten zu entscheiden.<sup>9</sup> Sind die Zweifel hingegen rechtlicher Natur, weil unklar ist, ob ein zweifelsfrei angenommener Sachverhalt einen Straftatbestand erfüllt, verbleibt für den Zweifelssatz kein Raum. Eine Rechtsfrage ist der eindeutigen Lösung sowohl fähig als auch bedürftig und fällt demzufolge in den originären Aufgabenbereich des Gerichts.<sup>10</sup>

Tatsachenzweifel sind allerdings nur in einer einseitigen Sachverhaltskonstellation der idealtypischen Auflösung mittels des in *dubio pro reo*-Satzes zugänglich. Zweifelt das Gericht in einer zweiseitigen Sachverhaltskonstellation nämlich in der Art und Weise, dass es eine Sachverhaltsalternative nur deshalb in Frage stellt, weil es eine andere Sachverhaltsalternative ebenso für wahrscheinlich hält, ist die richterliche Überzeugung hinsichtlich jeder einzelnen Alternative zwar gemindert, gleichzeitig ist das Gericht aber insgesamt davon überzeugt, dass ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt. Dualistische Fallkonstellationen, innerhalb derer aufgrund der teilweisen Unaufklärbarkeit des Sachverhalts eine sog. Tatsachenalternativität entsteht, werden plakativ und generalisierend unter dem Begriff der *Wahlfeststellung* zusammengefasst.

---

<sup>6</sup> BGH NJW 1951, 122 (122); BGH NStZ 1988, 236 (237); OLG Celle NJW 1976, 2030 (2031); a. A. Hoyer, ZStW 105 (1993), 523 (533 f.), der zur Eindämmung der tatrichterlichen Willkür auf eine objektive Wahrscheinlichkeit abstellt.

<sup>7</sup> Siehe dagegen den Inquisitionsprozess etwa bei *E. Schmidt*, Einführung, §§ 79 ff. und *Schaffstein*, ZStW 101 (1989), 493 (495), bei dem ein vollständiger Beweis nur durch ein (durch Folter erzwungenes) Geständnis oder mindestens zwei unmittelbare Tatzeugen erbracht werden konnte.

<sup>8</sup> BGHSt 10, 208 (209).

<sup>9</sup> BGH StV 1987, 378 (378); BGH NStZ-RR 2001, 18 (18); BeckOK-StGB/*Heintschel-Heinegg*, § 1 Rn. 45; SK-StPO/*Velten*, § 261 Rn. 91; *Alwart*, GA 1992, 545 (552 ff.); Hoyer, ZStW 105 (1993), 523 (524); *Eicker*, JA 2021, 330 (330 ff.).

<sup>10</sup> BGHSt 14, 68 (73); Sch/Sch/Hecker, Anh. § 1 Rn. 63; BeckOK-StGB/*Heintschel-Heinegg*, § 1 Rn. 45; KK-OWiG/Rogall, Vorb. §§ 1 ff. Rn. 21; Wolter, Verurteilung, S. 16 m. w. N. Daher ist es entgegen *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (596); *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (323) und zust. *Ceffinato*, Jura 2014, 655 (665) verfehlt, die Problematik des Alternativvorsatzes mittels der Wahlfeststellungsdogmatik dahingehend zu lösen, den Angeklagten wahlweise zwischen beiden Delikten zu verurteilen, da beim dolus alternativus bekanntermaßen nicht die Tatsachen-, sondern die Rechtsseite in Frage steht. Zu dem Themenkomplex auch *Mitsch*, Jura 2023, 57 (62 f.).

## A. Die gesetzesalternative Wahlfeststellung im Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit

Ist etwa nicht aufzuklären, wie der Angeklagte in den Besitz einer gestohlenen Sache gelangt ist, und verbleiben lediglich die Möglichkeiten, dass er diese entweder selbst entwendet oder sich diese vom Dieb verschafft hat, ergibt sich folgendes Dilemma:<sup>11</sup> Betrachtet man die Sachverhaltsalternativen jeweils isoliert, scheidet die Diebstahlsalternative aus, da nicht zweifelsfrei feststeht, dass der Angeklagte die Sache selbst entwendet hat – er hätte sich diese ebenso von einem (anderen) Vortäter verschafft haben können. Umgekehrtes gilt für die Hehlereialternative, da zugunsten des Angeklagten nunmehr davon ausgegangen werden müsste, dass er selbst (Vor-) Täter des Diebstahls war, wodurch die diebische Vortat nicht *ein anderer*, wie von § 259 Abs. 1 StGB gefordert, begangen hätte. Wendet man den Zweifelsgrundsatz isoliert auf beide Sachverhaltsalternativen an, muss das Gericht zu einem Freispruch gelangen, da das Vorliegen jeder Sachverhaltsalternative mit Zweifeln behaftet ist.<sup>12</sup> Vollzieht man indes einen Perspektivwechsel zugunsten einer Gesamtbetrachtung der Sachverhaltskonstellation, steht jedoch zur Überzeugung des Gerichts fest, dass sich der Angeklagte strafbar verhalten hat, die deliktspezifische Ausformung des konkreten Verhaltens zwar offenbleibt, aber auf mindestens zwei mögliche Straftatbestände konkretisierbar ist.

Angesichts dieser Makroperspektive springt selbst dem strafrechtlichen Laien der Umstand ins Auge, dass sich der Angeklagte für eine strabbewehrte Handlungsalternative entschieden hat. Es erscheint unbillig, ihn nur deswegen freizusprechen, weil neben die eine Sachverhaltsalternative eine weitere, die erste ausschließende Alternative tritt (Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit).<sup>13</sup> Abseits normativer Lösungsmöglichkeiten wird in der Literatur postuliert, dass selbst ein Richter einen Freispruch in tatsächlicher Hinsicht oftmals als „unerträglich“<sup>14</sup> oder zumindest „unbehaglich“<sup>15</sup> empfinden dürfte, was die Frage aufwirft, warum der Angeklagte von der paradoxen Beweissituation profitieren sollte<sup>16</sup> – kann man ihm in der kon-

<sup>11</sup> Siehe dazu etwa Sch/Sch/Hecker, Anh. § 1 Rn. 57 ff.; H. Günther, Tatsachenzweifel, S. 19 ff.; Jescheck/Weigend, § 16 I 1 ff.; Wolter, Verurteilung, S. 15; ders., Wahlfeststellung, S. 19 ff.; Norouzi, JuS 2008, 17 (17 f.); Schulz, JuS 1974, 635 (636); Wolter, JuS 1983, 363 (364 ff.).

<sup>12</sup> Sch/Sch/Hecker, Anh. § 1 Rn. 57; Stuckenberg, ZIS 2014, 461 (462).

<sup>13</sup> Dazu statt vieler LK/Dannecker/Schuhr, Anh. § 1 Rn. 8; Sch/Sch/Hecker, Anh. § 1 Rn. 66.

<sup>14</sup> Zeiler, ZStW 72 (1960), 4 (20).

<sup>15</sup> Schorn, DRiZ 1964, 45 (45).

<sup>16</sup> Otto, FS Peters, S. 373 (385 f.); vgl. Dreher, JR 1966, 29 (29).