

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 333

Wahlfeststellung und Straftheorie

**Zur strafzwecktheoretischen Legitimation
von gesetzesalternativen Verurteilungen**

Von

Lennart Stieger-Greger



Duncker & Humblot · Berlin

LENNART STIEGER-GREGER

Wahlfeststellung und Straftheorie

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von
Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 333

Wahlfeststellung und Straftheorie

Zur strafzwecktheoretischen Legitimation
von gesetzesalternativen Verurteilungen

Von

Lennart Stieger-Greger



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Andreas Hoyer, Kiel

Die Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-19149-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59149-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

„Jede wissenschaftliche Tätigkeit trägt die Gewähr ihrer Dauer, –
wenn ich so sagen darf – ihre Unsterblichkeit in sich selbst.“

v. *Liszt*, Zukunft des Strafrechts, in: Aufsätze und kleine Monographien, Band II, S. 1 (24)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand zwischen Juli 2019 und Mai 2022 während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Sie wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Mai 2024 berücksichtigt werden.

Die Anfertigung einer Dissertation ist – wie vieles im Leben – nur möglich, wenn man das Glück hat, von Menschen umgeben zu sein, die einen unterschützen, und die einem die Zeit und das Vertrauen entgegenbringen, die ein solches Projekt notwendigerweise mit sich führt. Einigen von ihnen möchte ich im Folgenden meinen Dank aussprechen:

Zuallererst gilt mein herzlicher Dank meinem Doktorvater Prof. Dr. Andreas Hoyer für die hervorragende Betreuung dieser Arbeit. Seine wichtigen inhaltlichen Impulse sowie sein offenes Ohr und der ermutigende Beistand, auch eine Lösung mit „Ecken und Kanten“ zu entwickeln, waren eine große Unterstützung. Besonders hervorzuheben und nicht selbstverständlich, wie ich meine, war die uneingeschränkte wissenschaftliche Freiheit und das damit in mich gesetzte (bedingungslose) Vertrauen, die sich sowohl bei der Themenwahl als auch bei der Erarbeitung dieses Werkes von unschätzbarem Wert erwiesen haben. Insgesamt bin ich für die familiäre, vertrauensvolle und auch heitere Atmosphäre, die ich nicht nur während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter, sondern bereits als wissenschaftliche Hilfskraft in über mehr als sieben Jahren am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Hoyer genießen durfte, außerordentlich dankbar.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Manfred Heinrich für die sorgfältige und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Dres. H. c. Friedrich-Christian Schroeder und Herrn Prof. Dr. Andreas Hoyer danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge“.

Danken möchte ich auch allen Personen, die nicht nur meine Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter, sondern auch bereits meine Zeit als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl begleitet und einen nicht zu unterschätzenden Anteil am Gelingen dieser Arbeit hatten.

Mein herzlicher Dank gebührt zudem meinen Eltern, die meinen bisherigen Lebensweg (insbesondere das Studium der Rechtswissenschaften, die anschließende

Promotion und zu guter Letzt auch das Referendariat) ermöglicht haben und auf deren liebevolle Unterstützung und Rückhalt ich mich stets verlassen konnte. Gleichfalls möchte ich mich bei meinen Großeltern bedanken, die das Studium mit großem Interesse und finanzieller Unterstützung verfolgt haben. Mein Dank gilt ferner Lotta und Theo für viele geistreiche Spaziergänge.

Zum Schluss möchte ich mich aus tiefstem Herzen bei meiner Frau bedanken. Ohne ihre liebevolle Unterstützung, Anregungen sowie Beteiligung am mühseligen Korrekturlesen wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Ihre Geduld, Zuneigung und ihr Verständnis (insbesondere als fachfremde Person) für das eine oder andere juristische Luftschloss (vor allem an den regnerischen Tagen des Schreibprozesses) hat sich nicht nur während der Promotionszeit, sondern auch während meiner juristischen Laufbahn, die sie zu einem Großteil begleitet hat, von unschätzbarem Wert erwiesen.

Meiner Familie ist diese Arbeit daher gewidmet.

Pansdorf, Februar 2025

Lennart Stieger-Greger

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Die gesetzeshaltige Wahlfeststellung im Spannungsverhältnis zwischen Einzel- fallgerechtigkeit und Rechtssicherheit	25
B. Gründe der gesetzeshaltigen Wahlfeststellung	26
C. Dimension und Dreigliedrigkeit der Wahlfeststellungsdiskussion	29
D. Einblick in die Wahlfeststellungsgeschichte unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung	31
E. Der Beschluss des BVerfG vom 05. Juni 2019 als Ausgangspunkt der Untersuchung	34
I. Affirmative Deutung	34
II. Kritische Deutung	36
III. Bedeutung der strafzwecktheoretischen Diskussion in Rechtsprechung und Fach- literatur	38
IV. Anwendbarkeit der Strafzwecktheorien auf das Institut der echten Wahlfeststel- lung	39
1. Vorrang des materiellen Strafrechts	39
2. Vorrang des formellen Strafrechts	40
3. Wechselwirkung beider Regelungsziele	41
F. Untersuchungsgegenstand	43
G. Methode der Analyse	44
H. Struktur der Bearbeitung	46

1. Kapitel

Strukturanalyse des Wahlfeststellungskomplexes; Einführung in die Strafzweckdogmatik 49

A. Strukturanalyse des Wahlfeststellungskomplexes	49
I. Tatsachenzweifel im monadischen Fallsystem	51
II. Tatsachenzweifel im dyadischen Fallsystem	52
1. Wittgenstein'sche Wahrheitstafel	52
2. Eindeutige Sachverhaltskonstellationen	53

3. Mehrdeutige Sachverhaltskonstellationen	54
a) Alternative oder Kontravalenz	54
aa) Unechte (gleichartige) Wahlfeststellung	55
bb) Stufenverhältnis	56
(1) Begriffslogisches Stufenverhältnis	56
(2) Normativ-ethisches Stufenverhältnis	57
cc) Echte (gesetzesalternative) Wahlfeststellung	58
(1) Aussagelogische und normative Lösungsmöglichkeiten	58
(2) Voraussetzungen der gesetzesalternativen Wahlfeststellung	59
b) Disjunktion	60
c) Prä- und Postpendenz	61
aa) Konkurrenzrelevante Prä- und Postpendenzfeststellung	62
bb) Tatbestandsrelevante Prä- und Postpendenzfeststellung	62
cc) Tatbestandlich vertypete Konkurrenzregel	63
III. Zusammenfassung	64
B. Einführung in die Strafzweckdogmatik	66
I. Begriff der Kriminalstrafe	67
II. Ursprung und Unvermeidbarkeit strafzwecktheoretischen Denkens	69
III. Gegenstand und Potenz der Strafzwecktheorien	71
1. Vorüberlegung zum Zweckbegriff	71
2. Zweck des Strafrechts	72
3. Zweck der Strafe	73
4. Strafzweckimmanenter Rechtfertigungsdruck	75
5. Grenzen der Strafzweckdogmatik	76
IV. Überblick zur Strafzweckdogmatik	78

2. Kapitel

Wahlfeststellung und Vergeltungstheorie	80
A. Einführung in die Vergeltungstheorie	80
B. Meinungsstand zur gesetzesalternativen Wahlfeststellung	81
I. Fachliteratur	81
II. Rechtsprechung	84
III. Fortgang der Untersuchung	84
C. Darstellung der klassischen und neoklassischen Vergeltungstheorien	85
I. Etymologie und Semantik des Vergeltungsbegriffs	85
II. Klassische Vergeltungstheorien	87
1. Die Philosophie des Deutschen Idealismus als Antwort auf das Naturrechtsdenken der Aufklärung	87

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
III. 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 gesetzalternativen 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 Erfolgswerte	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 Deliktspaare	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

3. Kapitel

Wahlfeststellung und negative Generalprävention 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 gesetzalternative Wahlfeststellung	186
I. Strafbegründungsebene	186
1. Strafantrohung 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) Strafantrohung	195
(3) Zwischenergebnis	196
bb) Zur Bestimmtheit der gesetzalternativen Wahlfeststellung	196
(1) Die Lehre vom Rumpfatbestand	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) Strukturmodell 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

Wahlfeststellung und Spezialprävention 222

- A. Einführung in die Spezialprävention 222
- B. Meinungsstand zur gesetzalternativen 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 gesetzalternativen Wahlfeststellung unter Maßgabe der Spezialprävention 234
 - I. Strafbegründungsebene 234
 - 1. Die täterspezifische Gefährlichkeit als strafbegründungsrelevanter Umstand 234
 - 2. Die täterspezifische 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. Straftat	250
5. Zusammenfassung	251
III. Strafvollzugsebene	252
1. Sexualstraftaten	252
2. Staatsschutzdelikte	253
IV. Zusammenfassung	254

5. Kapitel

Wahlfeststellung und positive Generalprävention	255
A. Einführung in die positive Generalprävention	255
B. Meinungsstand zur gesetzeshilfen 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) Schuldspruch: 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 gesetzeshilfen Wahlfeststellung unter Maßgabe der positiven Generalprävention	278
I. Strafbegründungsebene	278
1. Schuldspruch 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) Schuldspruch als Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen	281

c) Kommunikative Dimension des Schuldspruchs	283
d) Schuldspruch und Syllogismus	285
e) Zwischenergebnis	286
2. Legitimation des wahlweisen Schuldspruchs	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 Gesetzlichkeitsprinzip	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 323

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

7. Kapitel

**Auflösung der Strafzumessungsproblematik; Einordnung der unbegrenzten
Wahlfeststellung in das gegenwärtige Präventionsstrafrecht** 325

A. Auflösung des Strafzumessungsproblematik	325
I. Vorrang einer eindeutigen Verurteilung	326
1. ... aufgrund eines Auffangtatbestandes	326
2. ... aufgrund der konkret-individuell milderen 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 gesetzeshalternativen 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 Entwick- lungstendenzen 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 gesetzeshalternativen 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 gesetzeshalternativen 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
Schlussbetrachtung	372
Literaturverzeichnis	374
Sachwortverzeichnis	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.¹ 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 annehmen zu dürfen.² 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 Beweisverwertungsverbots und den sonstigen Grenzen einer tatsächlichen Sachverhaltsaufklärung (auch in Ermangelung einer der freiheitlichen Grundordnung widerstrebenden Totalüberwachung) sind verbleibende Zweifel über den Tatsachenvorgang im Strafverfahren geradezu angelegt.³ Das Gericht verfügt schließlich über keine „Fotographie der angeklagten Tat“ bzw. eine exakte Aufzeichnung aller subsumtionsrelevanten Umstände.⁴ Demzufolge materialisiert sich die Handhabung tatsächlicher Zweifel in einem strafprozessualen Problem, dass die Strafjustiz seit Urzeiten begleitet.⁵

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-

¹ „Alternative“ auf Duden online (Abrufdatum: 28.08.2023).

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

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

⁴ v. *Bar*, GA 1867, 569 (572 f.).

⁵ 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 aufkommen.⁶ Es ist die dem Tatrichter allein übertragene Aufgabe, ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln⁷ und nur seinem Gewissen unterworfen, zu prüfen, ob er sich von einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt überzeugen kann oder nicht.⁸

Konnte sich das Gericht nach Ausschöpfung aller Beweis- und Erkenntnismittel über die entscheidungserheblichen Tatsachen keine Gewissheit verschaffen, gilt es zu differenzieren: Sind die Zweifel tatsächlicher Art, weil in Frage steht, ob die Sachverhaltsfeststellungen zutreffend sind, weist der Zweifelssatz das Gericht an, nicht zulasten des Angeklagten zu entscheiden.⁹ 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.¹⁰

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 Unauflösbarkeit des Sachverhalts eine sog. Tatsachenalternativität entsteht, werden plakativ und generalisierend unter dem Begriff der *Wahlfeststellung* zusammengefasst.

⁶ 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.

⁷ 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 erzwingbares) Geständnis oder mindestens zwei unmittelbare Tatzeugen erbracht werden konnte.

⁸ BGHSt 10, 208 (209).

⁹ 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.).

¹⁰ 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 gesetzeshalterative 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:¹¹ 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.¹² 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 deliktsspezifische 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 strafbewehrte 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).¹³ Abseits normativer Lösungsmöglichkeiten wird in der Literatur postuliert, dass selbst ein Richter einen Freispruch in tatsächlicher Hinsicht oftmals als „unerträglich“¹⁴ oder zumindest „unbehaglich“¹⁵ empfinden dürfte, was die Frage aufwirft, warum der Angeklagte von der paradoxen Beweissituation profitieren sollte¹⁶ – kann man ihm in der kon-

¹¹ 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.).

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

¹³ Dazu statt vieler LK/Dannecker/Schuh, Anh. § 1 Rn. 8; Sch/Sch/Hecker, Anh. § 1 Rn. 66.

¹⁴ Zeiler, ZStW 72 (1960), 4 (20).

¹⁵ Schorn, DRiZ 1964, 45 (45).

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