

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 10

**Alternative und eindeutige Verurteilung
auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage
im Strafrecht**

**Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz
und Fahrlässigkeit**

Von

Dr. Jürgen Wolter



Duncker & Humblot · Berlin

JÜRGEN WOLTER

**Alternative und eindeutige Verurteilung
auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht**

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 10

Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht

Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit

Von

Dr. Jürgen Wolter



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen
von Prof. Dr. Hans-Joachim Rudolphi, Bonn

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1972 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02688 8

Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 1970/71 der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen als Dissertation vorgelegen. Für den Druck sind Rechtsprechung und Literatur bis September 1971, zum Teil auch darüber hinaus, berücksichtigt worden.

Mein herzlicher Dank gilt allen, die mich bei der Abfassung und Drucklegung der Arbeit unterstützt haben; vor allen meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Claus Roxin, der die Abhandlung angeregt und in steter Anteilnahme vielfältig gefördert hat; sodann Herrn Professor Dr. Friedrich Schaffstein, der neben den Berichterstattern den Text begutachtet und die Veröffentlichung befürwortet hat; weiterhin Herrn Professor Dr. Hans-Joachim Rudolphi (Bonn), der die kurzfristige Ergänzung des Manuskripts für die Veröffentlichung unter Zurückstellung meiner Assistentenaufgaben ermöglicht hat; nicht zuletzt Herrn Professor Dr. Eberhard Schmidhäuser, der die Arbeit in die vorliegende Reihe aufgenommen und die rasche Drucklegung betreut hat; schließlich der Universität Göttingen und der dortigen Juristischen Fakultät, die die Abfassung und den Druck der Abhandlung durch eine großzügige Beihilfe und einen erheblichen Druckkostenzuschuß gefördert haben.

Hannover / Bonn, im Februar 1972

Jürgen Wolter

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Allgemeine Grundlagen	15
1. <i>Abschnitt</i> : Die Problemstellung	15
2. <i>Abschnitt</i> : Die geschichtliche Entwicklung der Wahlfeststellung	20
3. <i>Abschnitt</i> : Die Reichweite und das Verhältnis der „Wahlfeststellungs“- und „in dubio pro reo“-Regeln	24
A. Anklage und Verurteilung bei der sogenannten „reinen Tatsachen- alternativität“	24
B. Die Tatidentität (§ 264 StPO)	29
C. Das Verhältnis von „Wahlfeststellung“ und „in dubio pro reo“	38
D. Die Herleitung und der rechtliche Charakter des Grundsatzes „in dubio pro reo“ („in dubio mitius“)	42
E. Der rechtliche Charakter der Wahlfeststellung	46
F. Kritik an den extremen Auffassungen zur Wahlfeststellung	46
G. Die Abgrenzung zulässiger und unstatthafter Wahlfeststellungen von unbeachtlichen Alternativitäten	52
4. <i>Abschnitt</i> : Zusammenfassung und Ausblick	57

2. Teil

Die Alternativität bei Eigentums- und Vermögensdelikten	61
1. <i>Abschnitt</i> : Die Alternativität von Modalitäten und Qualifikationen einer Eigentums- bzw. Vermögensstraftat	61
A. Die Parallele des § 265 I StPO	61
B. Einzelfälle	66
I. Modalitäten einer Eigentums- bzw. Vermögensstraftat	66

II. Qualifikationen einer Eigentums- bzw. Vermögensstraftat	69
1. § 243 Ziff. 1 i. V. m. § 243 Ziff. 2, 4, 5, 6 n. F.	70
2. § 244 I Ziff. 1, 2 n. F. und § 244 I Ziff. 3 n. F.	71
3. § 250 I Ziff. 1 und § 250 I Ziff. 2	72
4. § 250 I Ziff. 3 und § 250 I Ziff. 4	72
2. <i>Abschnitt</i> : Die Alternativität von kumulativen Mischtatbeständen und mehreren Strafgesetzen	74
A. Die beschränkt zulässige Wahlfeststellung bei mehreren Strafgesetzen	74
I. Kritik an den Lösungswegen der Rechtsprechung und herrschenden Lehre	78
1. Kritik an der Formel der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“	79
2. Kritik an der Lehre vom Auffangtatbestand	85
3. Kritik an der analogen oder direkten Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ bei normativ-ethischen Stufenverhältnissen	91
4. Zusammenfassung	98
II. Kritik an der Formel der „Identität des Unrechtskerns“	100
1. Die Fassung der Urteilsformel	101
2. Die Berücksichtigung des Handlungsunwertes	106
3. Die untaugliche Parallele der mitbestraften Taten	109
4. Die Reichweite der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion im Rahmen der Alternativitätsproblematik	110
III. Ansatzpunkte für die eigene Lösung	113
1. Kritik an den Auffassungen von Fleck und Eb. Schmidt	114
2. Die Parallele des Fortsetzungszusammenhanges	114
3. Die Lösung von nicht ausdiskutierten Einzelproblemen	118
IV. Kritik an der „materiellrechtlichen Theorie“ und die eigene Auffassung	122
1. Zur beachtlichen und untauglichen Kritik an Mayer, Oetker und Legien	123
2. Die eigene Auffassung	129
3. Einzelfälle	130
a) Raub – räuberischer Diebstahl	133
b) Raub – Erpressung	134
c) Erpressung – räuberische Erpressung	134
d) Diebstahl – Unbefugter Gebrauch von Kraftfahrzeugen	136
e) (Schwere) Amtsunterschlagung – Diebstahl (bzw. Betrug)	137
f) Sachbeschädigung – Diebstahl (Unterschlagung)	138
B. Die Lösung bei den kumulativen Mischtatbeständen	138

I. Gewerbsmäßige oder gewohnheitsmäßige Hehlerei (§ 260)	139
II. Mißbrauchs- oder Treubruchstatbestand (§ 266)	139
III. Gewerbsmäßiger Diebstahl (§ 243 Ziff. 3) oder sonstiger schwerer Diebstahl (§ 243 Ziff. 1, 2, 4 - 6)	139
IV. Raub mit Waffen bzw. Bandenraub (§§ 250 I Ziff. 1, 2) oder Straßenraub bzw. Raub zur Nachtzeit (§§ 250 I Ziff. 3, 4)	140
V. Inbrandsetzen oder Strandenmachen im Sinne von § 265	141
VI. Persönliche oder sachliche Begünstigung (§ 257)	141
3. <i>Abschnitt</i> : Zusammenfassung	142

3. Teil

Die Alternativität bei Körperverletzungs- und Tötungsdelikten 146

1. <i>Abschnitt</i> : Das Verhältnis von Mord und Totschlag	147
2. <i>Abschnitt</i> : Das Verhältnis von Tötung und Körperverletzung	149
3. <i>Abschnitt</i> : Einzelfälle objektiven Gehalts	151
A. Gefährliche Körperverletzung – einfache Körperverletzung	151
B. Qualifikationen innerhalb des § 223 a	151
C. Einfache Körperverletzung – schwere Körperverletzung	151
D. Totschlag – Tötung auf Verlangen (Kindestötung)	152
E. Totschlag – Aussetzung	152
F. Totschlag – Giftbeibringung	152
G. §§ 218; 212, 43; 74 – §§ 218; 212; 73	152
H. Abtreibung – Kindestötung	153

4. Teil

Die Alternativität bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten 154

1. <i>Abschnitt</i> : Der Meinungsstand und erste Kritik	154
A. Die eindeutige Verurteilung aus dem Fahrlässigkeitstatbestand	154
I. Die eindeutige Verurteilung mit Hilfe der „in dubio pro reo“-Regel wegen eines normativ-ethischen sowie zum Teil auch logisch-begrifflichen Stufenverhältnisses	154

II. Die eindeutige Verurteilung aus dem Fahrlässigkeitstatbestand bei begrifflichem Ausschließungs- und normativem Umfassungsverhältnis	157
1. Das logisch-begriffliche Ausschließungsverhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit	158
2. Die eindeutige Verurteilung aus dem Fahrlässigkeitstatbestand	159
a) Das Reichsgericht und der Lösungsversuch von Fuchs, Tröndle und Schneider	160
b) Der Rückgriff auf das Stufenverhältnis im Schuldgehalt oder im Strafrahmen	162
III. Die eindeutige Verurteilung aus dem Fahrlässigkeitstatbestand trotz Annahme eines sowohl begrifflichen als auch normativen Ausschließungsverhältnisses	164
1. Das normativ-ethische Ausschließungsverhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit	165
2. Die eindeutige Verurteilung aus dem Fahrlässigkeitstatbestand	165
a) Grünhut und v. Schack	166
b) Städtler	166
c) Die Lehre vom Auffangtatbestand	167
B. Die Grundsätze der Wahlfeststellung	167
I. Die wahldeutige Entscheidung oder der Freispruch bei alleiniger Hervorhebung des logisch-begrifflichen Ausschließungsverhältnisses oder bei Betonung des normativ-ethischen aliud-Verhältnisses	167
1. Freispruch	168
2. Wahldeutige Verurteilung	169
II. Die wahldeutige Entscheidung trotz der Annahme eines logisch-begrifflichen Stufenverhältnisses	170
2. <i>Abschnitt</i> : Die Hauptfälle von Absicht, Vorsatz und Fahrlässigkeit und die Konsequenzen für das Alternativitätsproblem	172
A. Vorsatz und Fahrlässigkeit	174
I. Das einfache Ernst- bzw. Leichtnehmen der Deliktsverwirklichung oder einer Vorbedingung	176
1. Die Grundsätze zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit	176
2. Die Skala der Fallvarianten	182
a) Die Obergrenze des dolus directus	183
b) Die Untergrenze des dolus directus	183
c) Die Obergrenze des dolus eventualis	184
d) Die Untergrenze des dolus eventualis	184
e) Die Obergrenze der bewußten Fahrlässigkeit	184
f) Die Untergrenze der bewußten Fahrlässigkeit	188
g) Die unbewußte Fahrlässigkeit	191
aa) Obergrenze und Zwischenbereich	191

bb) Die „irrationale“ Parallele	191
cc) Die Untergrenze der unbewußten Fahrlässigkeit	194
II. Das abgewogene Ernst- bzw. Leichtnehmen der Deliktsverwirklichung oder einer Vorbedingung	195
1. Die Bedeutung der Gegenfaktoren	195
2. Die psychologischen Sachverhalte der Schuldformen	196
B. Die Absicht	198
I. Die direkte Absicht	198
II. Die Eventualabsicht	199
III. Die Absichtsparallele zur bewußten Fahrlässigkeit	200
C. Die Stufenverhältnisse innerhalb von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Absicht	201
I. Die Begründung der Stufenverhältnisse	202
1. Die Absichtsparallele	202
2. Die Gefährdungsparallele	202
3. Der Gesichtspunkt der Abgrenzungsschwierigkeiten	203
4. Materialsammlung und Stoffsichtung innerhalb des Willensbildungsprozesses	204
5. Die Finalitätsparelle	205
II. Der Einwand des qualitativen Sprungs	206
III. Zusammenfassung und abschließende Rechtfertigung	210
IV. Abschließende Kritik an Rechtsprechung und Schrifttum	214
D. Die Wahlfeststellung zwischen Absicht und Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit	215
E. Das Ergebnis im Schaubild	219
F. Die Alternativitätsproblematik bei zwei äußeren Geschehensabläufen	219
G. Sonderfälle in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	220
I. Die Alternativität von Mord (Totschlag) und Körperverletzung mit tödlichem Ausgang	220
II. Der Drei-Schüsse-Fall	221
1. Der Meinungsstand	222
2. Kritik und eigene Lösung	224
H. Die Skizzierung der Irrtumsproblematik	227
3. Abschnitt: Die verbleibenden Fälle der Absicht und der unbewußten Fahrlässigkeit und die Konsequenzen für das Alternativitätsproblem ..	229
A. Absichtliche Affekttat und unbewußte Fahrlässigkeit	229

I. Die absichtliche Affekttat	231
II. Die unbewußte Fahrlässigkeit	231
1. Affekttat ohne Zielvorstellung	231
2. Die automatisierte Handlung	231
3. Die Fälle des Vergessens	232
a) Das qualifizierte Vergessen	232
b) Das einfache Vergessen (die Unbewußtheit)	232
B. Die Konsequenzen für das Alternativitätsproblem	233
C. Ergebnis und Ergänzung des Schaubildes	235

5. Teil

Die Alternativität bei Täterschaft und Teilnahme	236
1. <i>Abschnitt</i> : Allgemeine Grundsätze	236
2. <i>Abschnitt</i> : Die einzelnen Alternativitäten	238
A. Beweis Zweifel innerhalb der Täterschaft	238
I. Alleintäterschaft – Mittäterschaft	238
II. Mittäterschaft – mittelbare Täterschaft	239
III. Alleintäterschaft – mittelbare Täterschaft	240
B. Mittelbare Täterschaft – Anstiftung	240
I. Beweis Zweifel innerhalb von mittelbarer Täterschaft bzw. Anstiftung	240
II. Mittelbare Täterschaft – Anstiftung	241
1. Die Varianten von Drohung und Gewalt	241
2. Die Variante des Irrtums	242
3. Verschiedene Ausführungsarten bei Willensherrschaft und Anstiftung	242
C. Mittäterschaft – Beihilfe	243
I. Beweis Zweifel innerhalb der Beihilfe	243
II. Mittäterschaft – Beihilfe	243
1. Der Meinungsstand	243
2. Das Umfassungsverhältnis von Mittäterschaft und Gehilfenschaft	245
3. Die Alternativität von Mittäterschaft und Beihilfe	248

Inhaltsverzeichnis	13
D. Anstiftung – Beihilfe	249
E. Mittäterschaft – Anstiftung	251
F. Mittelbare Täterschaft – Beihilfe	251
G. Alleintäterschaft – Anstiftung	251
H. Alleintäterschaft – Beihilfe	253
3. <i>Abschnitt</i> : Das Ergebnis im Schaubild	256

6. Teil

Verbleibende Alternativitäten und Einzelprobleme	257
1. <i>Abschnitt</i> : Die Alternativität bei den Konkurrenzen	259
2. <i>Abschnitt</i> : Die Alternativitätsproblematik beim Vollrauschtatbestand	265
3. <i>Abschnitt</i> : Die Alternativität bei Sexualdelikten	269
4. <i>Abschnitt</i> : Einzelprobleme	272
A. Zur Teilnahme an wahlweise festgestellter Tat	272
B. Zum Vollrauschtatbestand	273
C. Zur Tatsachenalternativität	273
D. Zur Alternativität von Tun und Unterlassen	274
E. Zur Alternativität von Jugendstrafrecht und Erwachsenenstrafrecht	274
F. Besonderheiten zwischen Strafantrag und Wiederaufnahme	275

7. Teil

Ergebnisse der Untersuchung und Vorschläge an den Gesetzgeber	277
--	-----

Zitier- und Literaturverzeichnis	285
---	-----

Abkürzungsverzeichnis

Die nachstehend nicht abgedruckten Abkürzungen sind dem „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“ von Hildebert *Kirchner* (2. Aufl. Berlin 1968) entnommen.

abgedr.	abgedruckt
Abh.	Abhandlung
Alt.	Alternative
arg.	argumentum
AT	Allgemeiner Teil
bearb.	bearbeitet(e)
bei Fußn.; (bei) Fußn.	Text bei Fußnote; Text bei Fußnote und Fußnote selbst
bes.	besonders
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
ders., dens.	derselbe, denselben
Diss. (Jur.)	Dissertation (Juristische)
erw.	erweitert(e)
fortgef.	fortgeführt(e)
Fußn.	Fußnote(n)
hrsg.	herausgegeben
Hinw.	Hinweis(en)
insbes.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
Komm.	Kommentar
Lehrb.	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar
Nachw.	Nachweis(en)
Nr. (Rdnr.)	Nummer (Randnummer)
s. (o., u.)	siehe (oben, unten)
Sen.	Senat
sog.	sogenannt(e)
Sp.	Spalte
u.	und
unveränd.	unverändert(e)
v.	von, vom
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
weit.	weiteren
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
zust.	zustimmend
z. Z.	zur Zeit

1. Teil

Allgemeine Grundlagen*

1. Abschnitt

Die Problemstellung

Das Thema der Arbeit macht eine Reihe von Verdeutlichungen erforderlich. Zunächst ist mit dem Begriff der „alternativen Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage“ eine Problematik umschrieben, die ungenau und mißverständlich, aber prägnant als „Wahlfeststellung“ bezeichnet wird¹. Ausgangspunkt dabei ist eine Beweislage, die dem Gericht nach Ausschöpfung aller Erkenntnis- und Beweismittel (§ 244 II StPO)² die Überzeugung vermittelt, der Angeklagte habe sich strafbar gemacht³; die genau umschriebenen und mehrdeutig festgestellten Sachverhaltensgestaltungen erfüllen jedoch völlig verschiedene Strafgesetze⁴.

* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

¹ *Willms* (S. 628) und *Geier* (in *Löwe-Rosenberg*, § 267 Anm. 3 c, S. 1097 und *LM* § 230 StGB Nr. 13) weisen zu Recht darauf hin, daß der Richter in diesen Fällen ohne *Wahl* gehalten ist, nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ aus dem mildesten Gesetz zu verurteilen (falls nicht sogar ein Freispruch zu Gebote steht); sie machen ferner deutlich, daß es auch keine *unzulässige Wahlfeststellung* geben kann, sondern nur eine hinzunehmende mehrdeutige Tatsachefeststellung, an die sich die Rechtsfrage anschließt, wie der Richter auf einer solchen Grundlage zu entscheiden hat. (Da der Begriff „Wahlfeststellung“ aber eingebürgert und praktikabel ist, soll er mit den aufgezeigten Vorbehalten weiterhin verwendet werden; vgl. auch *Tröndle* in *LK*, nach § 2 Rdnr. 4; *Kienapfel*, S. 524 Fußn. 37.)

² Vgl. zu dieser einhellig anerkannten Voraussetzung der Wahlfeststellung etwa *Jescheck*, *Lehrb.*, § 16 III 2 a, S. 104; *Maurach AT*, § 10 III 3, S. 96; *Schönke-Schröder*, § 2 b Anm. 5; *Fuchs*, *Diss.*, S. 15; *Schwarz*, S. 13; *Tröndle* in *LK*, nach § 2 Rdnr. 18; *OLG Zweibrücken*, *NJW* 1968, S. 1829.

³ Es versteht sich von selbst, daß bei der zusätzlichen Möglichkeit einer strafflosen Handlung der Grundsatz „in dubio pro reo“ einen Freispruch gebietet (einhellige Meinung, vgl. nur *BGHSt* 12, 386 [389]; *Maurach AT*, § 10 III 3, S. 96; *Henkel*, § 91 IV 2, S. 354; *Fuchs*, *Diss.*, S. 16; *Schönke-Schröder*, § 2 b Anm. 6; *Jagusch* in *LK*, § 2 b Anm. 1, S. 65; *Mezger-Blei I*, § 11 II 2; *Zaum*, S. 10; *Schwabe*, S. 11; näher *Tröndle* in *LK*, nach § 2 Rdnr. 19, der mit Recht auf diese vorrangige, im Fortgang der Arbeit aufzufächernde prozessuale Problematik hinweist).

⁴ Diese Feststellungen müssen dabei in dem Verhältnis einer sog. „exklusiven Alternativität“ stehen, d. h. der Tatrichter muß davon überzeugt sein, daß bei Nichtvorliegen des einen Tatbestandes notwendig der andere erfüllt ist – und

Es ist z. B. zweifelhaft, ob der Täter die bei ihm aufgefundene gestohlene Sache durch Diebstahl oder durch Hehlerei an sich gebracht hat. Derartige Beweisschwierigkeiten sind vor allem in dem begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögen begründet⁵. Es kann aber nicht stark genug betont werden, daß solche Beweislagen auch geradezu eine Funktion der verfassungsrechtlich gebotenen Tatbestandsbestimmtheit sind⁶, „indem desto mehr tatsächliche Zweifel irrelevant werden, je weiter und unbestimmter ein Tatbestand ist“⁷. Hier klingt bereits eine Voraussetzung an, die mit dem Begriff „mehrdeutige Tatsachengrundlage“ verdeutlicht werden soll: Alle Aufklärungsschwierigkeiten müssen sich auf Umstände tatsächlicher Art beziehen⁸; die Rechtsfrage ist stets der eindeutigen Lösung fähig und bedürftig (*iura novit curia*)⁹.

Wollte man jetzt die Fälle der „eindeutigen Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage“ sachlich umreißen, so wäre wiederum von verschiedenen Sachverhaltsgestaltungen auszugehen, die sich jedoch auf einen einheitlichen Sachverhaltskern zurückführen lassen. Man ist ver-

umgekehrt (vgl. dazu BGHSt 12, 386 [389]; *Schorn*, S. 49; *Jagusch* in LK, § 2 b Anm. 1, S. 65; *Tröndle* in LK, nach § 2 Rdnr. 6; *Fuchs*, Diss., S. 16); weitere, nur vage umschriebene Gesetzesverletzungen müssen demnach definitiv ausschließen, schon um § 267 I StPO Genüge zu tun (vgl. noch das Ur. des BGH v. 13. 9. 1966 — 1 StR 311/66 — MDR 1967, S. 548/549 bei *Dallinger*).

⁵ Vgl. RGSt 66, 163 (164); *Fuchs*, Diss., S. 1; *Geier* in *Löwe-Rosenberg*, § 267 Anm 3 c, S. 1097.

⁶ „Nulla poena sine lege scripta“, Art. 103 II, 104 I 1 GG; siehe näher dazu etwa *Maurach* AT, § 10 I, S. 88/89.

⁷ *Mezger-Blei* I, § 11 III, S. 35; *Tröndle* in LK, nach § 2 Rdnr. 3.

⁸ Vgl. nur *Fuchs*, Diss., S. 4; ders., Wahlfeststellung, S. 68; *Mezger-Blei* I, § 11 II 1, S. 31; nicht von ungefähr erkennt man lediglich eine Tatsachenalternativität (auf die Streitfragen hierzu wird im 3. Abschnitt einzugehen sein) oder eine mit der Tatsachenalternativität kombinierte Gesetzesalternativität als Muster der Wahlfeststellung an (vgl. *Fuchs*, Diss., S. 73; siehe auch *Sax*, S. 747).

⁹ Fast einhellige Meinung; vgl. etwa BGHSt 14, 68 (73); *Geier* in *Löwe-Rosenberg*, § 261 Anm. 4, S. 1068; *Jescheck*, Lehrb., § 16 I 1, S. 101 Fußn. 1; *Fuchs*, Diss., S. 4; *Kern-Roxin*, § 15 D 3 d, S. 60; *Mezger-Blei* I, § 11 II 1, S. 31; *Grünhut*, S. 333; *Lochmüller*, S. 132; *Klatte*, S. 13; *Stahl*, S. 25; *Tröndle* in LK, nach § 2, Rdnr. 5; *Hruschka*, Logik, S. 639; *Dörr*, S. 11; *Schwarz*, S. 5; *Ehrhardt*, S. 6; *Gerig*, S. 12; *Hauck*, S. 4; a. A. aber *Strobach*, S. 20 und *Mannheim*, Tatsachenfeststellung, S. 442 (Verurteilung aus dem mildesten Gesetz). Das gilt sowohl für den Einzelrichter als auch für das Kollegialgericht (a. A. *Roos*, S. 2; *Kugelmeier*, S. 71; *Nüse*, Diss., S. 3; *Schwabe*, S. 78/79). Auch wenn es bei letzterem im Einzelfall schwierig sein mag, bei verschiedenen Rechtsansichten die erforderliche Zweidrittelmehrheit (§ 263 I StPO) zu erlangen, so ist doch zu bedenken, daß das Gericht nach außen als Ganzes in Erscheinung tritt und seinen Urteilsspruch einheitlich zu vertreten hat. Abgesehen davon ist es unverständlich, zwischen Kollegialgericht und Einzelrichter zu differenzieren, wenn man den schwerlich angreifbaren Satz „iura novit curia“ überhaupt anerkennt (vgl. dazu *Fuchs*, Diss., S. 72/73; *Dörr*, S. 12; *Egle*, S. 15). Nach *Ancker* (S. 46) kommt eine Wahlfeststellung nur in Betracht, wenn die Richter auch hinsichtlich der zugrunde liegenden Tatsachen untereinander uneinig sind.

sucht, hier als Beispiel den Beweiszwiefel heranzuziehen, ob der Täter einen einfachen oder unter Verwendung eines falschen Schlüssels einen schweren Diebstahl begangen hat. Bei diesem sog. „Stufenverhältnis“¹⁰ gebietet der Grundsatz „in dubio pro reo“¹¹ nach einhelliger Meinung¹² die eindeutige Verurteilung aus § 242^{13, 14}. Aber dieses Beispiel ist bei genauerer Betrachtung nur bruchstückhaft: Hinsichtlich des Diebstahls tatbestandes liegt nämlich keine mehrdeutige, sondern eine eindeutige Tatsachengrundlage vor, und es stellt sich nur die weitere Frage, ob der Täter die Qualifikation verwirklicht hat oder nicht. Natürlich muß bei solcher Sachlage der Grundsatz „in dubio pro reo“¹⁵ zur Annahme der strafrechtlich irrelevanten Alternative führen. Von einer mehrdeutigen Tatsachengrundlage, die wegen eines einheitlichen Sachverhaltskerns eine eindeutige Verurteilung zulassen könnte, kann man erst bei einer Erweiterung des obigen Beispiels sprechen; bei dem Beweiszwiefel etwa, ob der Täter am 30. 3. die abhanden gekommene Sache durch einfachen oder am 31. 3. durch schweren Diebstahl an sich gebracht hat¹⁶. Auf diese

¹⁰ Vgl. zum Begriff etwa BGHSt (GS) 9, 390 (397); BGHSt 11, 100 (101); BGHSt 22, 154 = NJW 1968, S. 1888 f. (1888); BGH NJW 1970, S. 668 f. (668); BayObLG NJW 1967, S. 361 ff. (362); *Jescheck*, Lehrb., § 16 II 1, S. 103; *Schwarz-Dreher*, § 2 b Anm. 2; *Schwarz-Kleinknecht*, § 261 Anm. 8 C; *Tröndle* in LK, nach § 2 Rdnr. 5.

¹¹ Diese Regel dient ebenso wie die der „Wahlfeststellung“ lediglich der Überwindung von Zweifeln tatsächlicher Art, vgl. nur BGH NJW 1970, S. 668 (669); *Baumann*, Lehrb., § 14 I b, S. 147; *Mezger-Blei I*, § 11 II 2, S. 32; *Müller-Sax*, Vor § 48, S. 215; *Peters*, Lehrb., § 37 III, S. 247; *Geier* in *Löwe-Rosenberg*, § 261 Anm. 4, S. 1067; *Fuchs*, Anmerkung I, S. 739; ders., Diss., S. 9; *Nowakowski*, S. 381; *Eb. Schmidt*, Teil I, Nr. 371, S. 206; *Henkel*, § 91 III 1, S. 352; *Jescheck*, Lehrb., § 16 II 1, S. 103; *Spendel*, S. 473; vgl. auch *Holtappels*, S. 5/6; *Stree*, S. 5.

¹² BGHSt 22, 154 ff. = NJW 1968, S. 1888 f. (1888); BGH NJW 1970, S. 668; BGH MDR 1970, S. 520; BayObLG NJW 1967, S. 361 ff. (362); *Niethammer* in *v. Olshausen*, § 2 b Anm. B 10 a, S. 57; *Legien*, S. 10; *Fox*, S. 33; *Strobach*, S. 19; *Klatte*, S. 15; *Nowakowski*, S. 382; *Tröndle* in LK, nach § 2 Rdnr. 1; *Christians*, S. 75; *Dörr*, S. 13; *Siever*, S. 29; *Hauck*, S. 2; *Schulze*, S. 72; *Zaum*, S. 8; *Gerig*, S. 53; *Ancker*, S. 7; *v. Wickede*, S. 1.

¹³ Unangefochten ist deshalb der allgemeinere Satz, daß das der Spezialität zugehörige Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation bei Beweisschwierigkeiten die eindeutige Verurteilung aus dem allgemeinen Tatbestand zuläßt; vgl. etwa *Roxin*, Strafprozeßrecht, Fall 352, S. 236; *Baumann*, Lehrb., § 14 II 2; *Heinitz*, Verhältnis, S. 127; *Peters*, Lehrb., § 37 III 1 a, S. 247; *Mezger-Blei I*, § 11 II 3 b, S. 33; *Tröndle* in LK, nach § 2 Rdnr. 5; *Henkel*, § 91 IV 5, S. 354; *Maurach AT*, § 10 III 2, S. 95/96; *Fuchs*, Diss., S. 10/11; *Weber*, S. 50; *Ostern*, S. 76; *Prinz* zu *Wied*, S. 3; *v. Dassel*, S. 10; *Ancker*, S. 7; *Gerig*, S. 53; *Schwabe*, S. 11.

¹⁴ Da die „in dubio pro reo“-Regel hier allerdings nicht zum Freispruch führt, spricht man gemeinhin von dem Unterfall „in dubio mitius“, vgl. etwa *Müller-Sax*, Vor § 48 Anm. 1 f (3) aa, S. 215; *Roxin*, Strafprozeßrecht, Fall 352, S. 236.

¹⁵ Insofern ist auch der in der vorherigen Fußn. angesprochene Ausdruck „in dubio mitius“ hier noch überflüssig.

¹⁶ Ob man hier wirklich eindeutig verurteilen kann, wird die spätere Diskussion (3. Abschnitt) ergeben.