

Schriften zum Strafrecht

Band 69

**Wahlfeststellung  
und in dubio pro reo**

Zugleich eine Dokumentation der  
höchstrichterlichen Rechtsprechung 1934 - 1986

Von

Prof. Dr. Jürgen Wolter



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

**JÜRGEN WOLTER**

**Wahlfeststellung und in dubio pro reo**

**Schriften zum Strafrecht**

**Band 69**

# Wahlfeststellung und in dubio pro reo

Zugleich eine Dokumentation der  
höchstrichterlichen Rechtsprechung 1934 - 1986

Von

Prof. Dr. Jürgen Wolter



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Wolter, Jürgen:**

Wahlfeststellung und in dubio pro reo: zugl. e.  
Dokumentation d. höchstrichterl. Rechtsprechung  
1934 - 1986 / von Jürgen Wolter. — Berlin:  
Duncker und Humblot, 1987.

(Schriften zum Strafrecht; Bd. 69)

ISBN 3-428-06136-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Irma Grininger, Berlin 62

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-06136-5

*Karl Lackner*  
*zum 70. Geburtstag*



## Vorwort

Die Abhandlung verfolgt im wesentlichen drei Ziele. Entsprechend besitzt sie einen materiellrechtlichen, einen strafprozessualen und strafzumessungsrechtlichen sowie einen kriminologischen und kriminalpolitischen Schwerpunkt. Sie ist zunächst die zweite und erheblich erweiterte Auflage einer sechsteiligen Fall- und Aufsatzreihe in der JuS 1983 und 1984. Auf diese Weise kann dem Wunsch nach einer zusammenhängenden Schrift und Einarbeitung wichtiger neuer Entscheidungen (etwa *BGHS* 32, 48, 146) am besten entsprochen werden. Doch macht diese Neuauflage nur die Hälfte des Buches aus. Der Text ist um 23 neue Fälle (Nr. 9a, 10a, 10b, 12a – c, 18a – c, 20a – d, 24a, 37, 38, 41 – 47) auf nunmehr 70 Beispiele einschließlich der Abwandlungen erweitert worden. Auf die Rechtsvergleichung und die Ziele des Strafprozesses wie der richterlichen Entscheidung wird verstärkt Bedacht genommen. Funktion, Verhältnis, Rechtscharakter und Reichweite von Wahlfeststellung und in dubio pro reo werden dargestellt. Eine Systematisierung des gesamten Materials, eine dogmatische Rechtfertigung und Präzisierung der sog. normativen Stufenverhältnisse und eine Konkretisierung der materiellrechtlichen Gleichwertigkeitsformel werden versucht.

Das zweite Anliegen ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Es wird erstmals umfassend angestrebt, die in Rechtsprechung und Wissenschaft zu Unrecht vernachlässigten Bereiche des Strafprozeßrechts (etwa §§ 264, 265, 266 StPO bei Wahlfeststellungen), der Tenorierung und der Strafzumessung anhand der erreichbaren höchstrichterlichen Entscheidungen darzustellen. Zusammen mit den tatsächlichen und materiellrechtlichen Voraussetzungen der Wahlfeststellung ergeben die strafprozessualen und strafzumessungsrechtlichen Erfordernisse der alternativen Verurteilung ein Gesamtbild, das auch präzisierte urteils- und gutachtentechnische Hinweise erlaubt. Auf diese Weise wird Gewinn sowohl für die praktische Entscheidung wie vor allem für die Ausbildung erzielt.

Das Hauptanliegen der Abhandlung ergibt sich aus dem Untertitel. Er betrifft den kriminologischen und kriminalpolitischen Teil der Arbeit. 50 Jahre Rechtsprechung zur Wahlfeststellung und zu in dubio pro reo sind dokumentiert. Die Übersicht über insgesamt fast 400 Voten beginnt mit der Plenarentscheidung *RGSt* 68, 257 aus dem Jahre 1934, in der erstmals die Wahlfeststellung zwischen zwei verschiedenen Straftatbeständen (Diebstahl und Hehlerei) zugelassen wurde. Und sie endet – zwischen 1944 und 1946 zwangsläufig unterbrochen – 1986. In dieser Dokumentenanalyse wurden sämtliche ohne weiteres erreichbaren Entscheidungen ausgewertet: vor Kriegsende die publizierte Judikatur; nach dem Kriege die gesamte veröffentlichte und unveröffentlichte Rechtspre-

chung des *OGH* und des *BGH* sowie sämtliche publizierten Voten der anderen Strafgerichte.

Zum Teil ging es um die Überprüfung von Hypothesen; im wesentlichen beschränkt sich die Dokumentation auf deskriptive Aussagen. Schon diese Ergebnisse sind von Interesse. Jede zweite Entscheidung des *BGH* und *OGH* betrifft die Alternativität von Diebstahl und Hehlerei. Zwei von drei Voten beziehen sich ausschließlich auf die Eigentums- und Vermögenskriminalität. Ein wenig abgeschlagen nimmt die Alternativität von Vollrausch und Rauschatat den nächsten Rang ein – angesichts der Tatbestandsfassung von § 323a StGB und der Interpretation in *BGHSt* 32, 48 freilich ebenfalls bemerkenswert. Freisprüche kommen in den beiden Hauptfeldern der Wahlfeststellung so gut wie nicht vor. Und die Grenzen der prozessualen Tatidentität werden großenteils nicht problematisiert. In bestimmten Bereichen läßt die unveröffentlichte *BGH*-Rechtsprechung die Wahlfeststellung in größerem Umfang zu als die publizierte Judikatur. Die veröffentlichten Entscheidungen sind so zum Teil nicht repräsentativ. Auf der Grundlage dieser Ergebnisse werden kriminalpolitische Lösungskonzepte angesprochen (Restriktionen bei der Rechtsprechung; Verfassungsbeschwerde; gesetzgeberisches Einschreiten).

Die Dokumentation will *JURIS* nicht vorgreifen oder ersetzen. Allerdings hat sich gerade bei dieser Spezialuntersuchung gezeigt, daß beim Aufspüren der einschlägigen Entscheidungen das Lesen von Eingangsvorschriften, Leitsätzen, Sachverhalten oder Registerheften nicht genügt. Die eigentliche Problematik war oftmals im unbedeutenden Detail versteckt. Deshalb mögen auch einige Voten nicht aufgedeckt worden sein. Doch ist zu vermuten, daß sich im Gesamtbild Wesentliches nicht ändern würde. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Anfang Mai 1986, zum Teil darüber hinaus, berücksichtigt worden.

Insgesamt versucht das Buch, den Strafrichter und Staatsanwalt ebenso anzusprechen wie den Strafrechtslehrer und Studenten. Belange des Gesetzgebers und des *BVerfG* sind gleichfalls berührt. Angesichts der umfassenden und systematischen Aufbereitung des Materials, der Wiedergabe und dogmatischen Ergänzung des aktuellen Diskussionsstandes sowie eines detaillierten Gesetzes- und Sachverzeichnisses wird der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß die Abhandlung die Funktion eines kleinen Handbuches zur Wahlfeststellung haben möge.

Mein Dank gilt allen, die mich bei Abfassung und Druck des Textes sowie bei der Erarbeitung der Dokumentation unterstützt haben. Wertvolle Hilfe beim Zugänglichmachen und Beschaffen des Materials habe ich beim Bundesgerichtshof, beim Bundesministerium der Justiz und bei der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg erhalten. Namentlich danke ich Herrn Präsidenten des *BGH*, Professor Dr. *Gerd Pfeiffer*; Herrn Dr. *Hildebert Kirchner* und Herrn Bibliotheksoberrat beim *BGH* *Dietrich Pannier*; Herrn Priv. Doz. und Reg. Dir. Dr. *Klaus Rogall* (Bundesministerium der Justiz) und Herrn Professor Dr. *Karl Lackner* (Universität Heidelberg) sowie ihren Mitarbeitern. Bei der Erfassung

des Materials haben mir meine wissenschaftlichen Hilfskräfte, Frau Rechtsanwältin *Renate Paulus* und Frau cand.iur. *Hilke Pommerening* zur Seite gestanden. Die Hauptlast der Dokumentation einschließlich der Statistiken, des Gesetzes- und Sachverzeichnisses und der Korrekturen lag jedoch bei Herrn cand.iur. *Dirk Lammer*, ohne dessen unermüdlichen Einsatz die tatsächlichen Grundlagen der Arbeit nicht hätten erfaßt werden können. Das Manuskript ist von meiner Sekretärin, Frau *Wilma Buchholz*, vorbildlich umgesetzt worden. Nicht zuletzt gebührt mein aufrichtiger Dank dem Verlag Duncker & Humblot und Herrn Geschäftsführer *Ernst Thamm*, der die Abhandlung in die „Schriften zum Strafrecht“ aufgenommen und mit Verständnis betreut hat.

Das Buch ist in großer Verehrung, mit aufrichtigem Dank für die Heidelberger Zeit und mit sehr herzlichen Glückwünschen zum 70. Geburtstag Herrn Professor Dr. *Karl Lackner* gewidmet. Er ist mit der Abhandlung durch wertvolle Diskussionen, einen gemeinsamen Seminarabend zu *BGHSt* 32, 48 im WS 1984/85 und den Fundus seiner Heidelberger BGH-Entscheidungssammlung aufs engste verbunden. Die Arbeit an diesem Buch hat wider Erwarten noch 1986 so viel Zeit in Anspruch genommen, daß ich zu meinem Bedauern der Einladung zu einer Beteiligung an der Festschrift für *Karl Lackner* trotz Zusage nicht mehr rechtzeitig nachkommen konnte.

Bonn, 1. Januar 1987

*Jürgen Wolter*



# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

	<b>Kriminalpolitische Notwendigkeit, rechtsstaatliche Grenzen und rechtstatsächliche Grundlagen</b>	19
I.	Das Problem von Wahlfeststellung und „in dubio pro reo“ .....	19
	1. Unproblematische Fälle (Freispruchsfälle; „Rechtsfragen“) .....	19
	2. Die Problemfälle .....	20
II.	Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sowie zwischen Schuld und General- bzw. Spezialprävention .....	21
	1. Rechtssicherheit und Tatbestandsbestimmtheit .....	21
	2. Einzelfallgerechtigkeit .....	22
	3. Schuldsühne, Prävention und Genugtuung; Prozeß- und Urteilsziele	23
	4. Praktische Erwägungen .....	24
	5. Rechtsstaatliche und sozialstaatliche Rechtsprechung und Wissenschaft	25
III.	Rechtsgeschichte, Rechtscharakter und Rechtsvergleichung bei der Wahl- feststellung .....	26
	1. Rechtsgeschichte und Rechtscharakter .....	26
	2. Rechtsvergleichung .....	28
IV.	Rechtstatsächliche Grundlagen .....	28
V.	Extremauffassungen bei der Wahlfeststellung .....	29
	1. Die unbegrenzte Zulassung der Wahlfeststellung .....	29
	2. Freispruchslösungen .....	30
VI.	Alternativität von Modalitäten, Qualifikationen und Regelbeispielen eines Straftatbestandes .....	31
	1. Das Problem der Ungleichwertigkeit .....	31
	2. Wahldeutige Feststellung eines Tatbestandsmerkmals .....	33
	3. Begriffslogische Stufenverhältnisse .....	34
VII.	Die eigentlichen Fallgruppen und die vier denkbaren Urteilsergebnisse	35

*Zweiter Teil***Die zwölf Fallgruppen von Wahlfeststellung  
und in dubio pro reo**

	36
I. Fallgruppe A. „Echte Wahlfeststellung“ zwischen verschiedenen Straftatbeständen ohne „Rumpftatbestand“ .....	37
1. Unterfallgruppe A <sub>1</sub> . Alternative Modalitätenfeststellung bei einem Straftatbestand ohne „Rumpftatbestand“ als „unechte Wahlfeststellung“ .....	37
2. Unterfallgruppe A <sub>2</sub> . Eindeutige Modalitätenfeststellung bei „begriffslogischem Stufenverhältnis“ .....	38
II. Fallgruppe B. Sog. Postpendenzfeststellung .....	38
1. Die vier wesentlichen Auffassungen .....	39
2. Vermittelnde Stellungnahme .....	41
3. Methodische Einordnung .....	41
4. Lösung von Fall 8 .....	42
III. Fallgruppe C. Kombination von „in dubio pro reo“ und „unechter Wahlfeststellung“ .....	43
1. Unterfallgruppe C <sub>1</sub> . „In dubio pro reo“ bei „begriffslogischem Stufenverhältnis“ verschiedener Strafgesetze und teilidentischer Tatsachengrundlage .....	44
2. Unterfallgruppe C <sub>2</sub> . „Unechte Wahlfeststellung“ bei „reiner Tatsachenalternativität“ .....	46
3. Lösung von Fall 9 .....	47
4. Lösung von Fall 9a .....	50
5. Die neueste Entwicklung .....	51
IV. Fallgruppe D. Kombination von „in dubio pro reo“ und „echter Wahlfeststellung“ .....	51
1. Die wesentlichen Auffassungen .....	51
2. Stellungnahme .....	53
V. Fallgruppe E. Doppelte Anwendung von „in dubio pro reo“ .....	54
1. Kein Mißbrauch des in dubio pro reo-Grundsatzes .....	54
2. Ergebnis im Fall 13 .....	55
3. Unterfallgruppe E <sub>1</sub> . Modalitätenfeststellung bei einem Straftatbestand mit „Rumpftatbestand“ .....	56
VI. Fallgruppen F, F <sub>1</sub> . „Unechte Wahlfeststellungen“ bei „normativen Stufenverhältnissen“ .....	56

*Dritter Teil*

**Normative Stufenverhältnisse; kombinierte Fallgruppen;  
§ 323a StGB**

	57
I. „Unechte Wahlfeststellungen“ bei „normativen Stufenverhältnissen“ ...	57
1. Fallgruppe F („Unechte Wahlfeststellung“ bei „normativem Stufenverhältnis mehrerer Straftatbestände“); Meinungsstand .....	57
2. Begriffslogisches Stufenverhältnis (eindeutige Verurteilung auf eindeutiger Tatsachengrundlage) .....	58
3. Wahlfeststellung (alternative Verurteilung) oder Freispruch .....	59
4. Normatives Stufenverhältnis (eindeutige Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage) .....	61
5. Zusammenfassung und Ablehnung von Einzelauffassungen .....	63
6. Definition und Reichweite des „normativen Stufenverhältnisses“ ...	64
7. Systematische Einordnung der Fallgruppe F .....	68
8. Unterfallgruppe F <sub>1</sub> (eindeutige Modalitätenfeststellung bei „normativem Stufenverhältnis“) .....	68
II. Kombinierte Fallgruppen .....	69
1. Kombination der Fallgruppen C <sub>1</sub> und F .....	69
2. Uneinigkeit der BGH-Senate .....	70
3. Uneinigkeit im Schrifttum .....	71
4. Alternativität von Tateinheit und Tatmehrheit .....	72
5. Kombination der Fallgruppen F und A .....	73
6. Kombination der Fallgruppen D und F, F <sub>1</sub> .....	74
III. Der Sonderfall des § 323a StGB .....	75
1. Alternativität von Rauschtagen i.R. von § 20 und § 21 .....	75
2. Alternativität von Rauschtagen i.R. von § 20 und „überhalb von § 21“	80
3. Alternativität von Rauschtagen i.R. von § 20 und „unterhalb von § 21“	84
4. Alternativität von Rauschtag i.R. von § 20 und möglicher Rauschtag	85
IV. Die Sonderauffassung von Dreher .....	86
V. Ausblick .....	86

*Vierter Teil*

**Lösungsschema und Zwischenbilanz;  
tatsächliche Voraussetzungen von Wahlfeststellung und in dubio pro reo** 87

I. Tabellarische Übersicht der Urteilsergebnisse, Fallgruppen und Lösungen	87
1. Die vier denkbaren Urteilsergebnisse .....	87

	2. Fallgruppen, Lösungswege und Urteilsergebnisse .....	87
II.	Das Verhältnis von Wahlfeststellung und in dubio pro reo .....	89
	1. Der in dubio pro reo-Satz i.e.S. und i.w.S. ....	89
	2. Zweiteilung des Systems: in dubio pro reo-Fälle (i.e.S.) und Wahlfeststellungen .....	89
	3. Vorrang der Wahlfeststellung aus den Ausgangsalternativen .....	90
	4. Vorrang der vier Hilfslösungen vor dem Freispruch .....	92
III.	Die tatsächlichen Voraussetzungen von Wahlfeststellung und in dubio pro reo .....	93
	1. Strafbarkeit sämtlicher Sachverhaltsalternativen .....	93
	2. Exklusive Alternativität der Sachverhalte .....	96

#### *Fünfter Teil*

#### **Die Gleichwertigkeit der Alternativen als materiellrechtliche Voraussetzung der Wahlfeststellung (Meinungsstand)**

98

I.	Ungeeignete oder bedenkliche Lösungen .....	98
	1. Vermeidung der Wahlfeststellung („materiellrechtliche Lösung“ von Mayer; „in dubio-Lösung“ von Dreher) .....	100
	2. Vernachlässigung des Handlungsunwerts und „Zweitrechtsguts“ („Identität des Unrechtskerns“; Günther; Montenbruck; Grünhut) .....	101
	3. Bedenkliche Lösungen trotz Berücksichtigung der Handlungs- und vollen Erfolgsunwerte .....	106
	4. Problematik der konkreten bzw. abstrakten Betrachtungsweise .....	107
II.	Ansätze zur Bewältigung des Gleichwertigkeitsproblems .....	108
	1. „Vergleichbarkeit im typischen kriminellen Unrechtsgehalt“ (Rudolphi) .....	108
	2. „Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit“ .....	110
	3. „Vergleichbarkeit bei typischen Untergruppen eines abstrakten Deliktstypus im konkreten Fall“ (Eser) .....	115

#### *Sechster Teil*

#### **Die Gleichwertigkeit der Alternativen als materiellrechtliche Voraussetzung der Wahlfeststellung (eigene Lösung)**

117

I.	Grundlagen .....	117
II.	„Typisierende gesetzliche Anknüpfungspunkte“ zur Lösung des Gleichwertigkeitsproblems .....	117

1. Gesetzliche Vertypung durch identische Tatbestandsmerkmale . . . . .	119
2. Gesetzliche Vertypung durch Tatbestandsmerkmale, Qualifikationen, Regelbeispiele und andere benannte Strafänderungsgründe . . . . .	120
3. Vertypung durch Konkurrenzen . . . . .	121
4. Vertypung durch gesetzlich angeordnete Analogien . . . . .	121
5. Gesetzliche Vertypung durch „kriminologischen Zusammenhang“ (§ 48 a.F. StGB) und weitere Strafzumessungsvorschriften . . . . .	123
6. Vertypung durch strafprozessuale Vorschriften (§ 265 StPO) . . . . .	124
7. Fazit . . . . .	124
III. Die Gleichwertigkeit bei vergleichbaren Problemen . . . . .	124
1. Täterschaft und Teilnahme . . . . .	124
2. Vollrauschtatbestand . . . . .	125
3. § 2 III StGB . . . . .	126
4. Prozessuale Tatidentität bei materiellrechtlicher Handlungsmehrheit (§§ 155, 264 StPO) . . . . .	126
5. Keine Parallele: Irrtum über Tatbestandsalternativen . . . . .	127
IV. Ergebnis: Präzierte Gleichwertigkeitsformel bei Wahlfeststellungen . . . . .	128
1. Wortlaut . . . . .	128
2. Reichweite . . . . .	128
3. Konsequenzen . . . . .	129

*Siebenter Teil*

**Verfahrensrecht und Strafzumessung**

I. Tatidentität (§§ 155, 264 StPO) und Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 265 StPO) . . . . .	131
1. Tatidentität und Rechtskraft . . . . .	131
2. Alternative Fassung von Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß; § 265 StPO und Revision . . . . .	131
3. § 265 StPO bei logischen Stufenverhältnissen . . . . .	132
II. Identität von Anklage- und Urteilsgegenstand und Nachtragsanklage (§ 266 StPO); Rechtskraft . . . . .	132
1. Materiellrechtliche Vorfragen . . . . .	133
2. Grenzen der Tatidentität; Nachtragsanklage und Verfahrensverbundung . . . . .	134
III. Alternativ gefaßter Schuldspruch (§ 267 StPO) . . . . .	137
1. Vorzüge der alternativ gefaßten Urteilsformel bei echter Wahlfeststellung . . . . .	137
2. Urteilsformel bei alternativen Modalitäten (unechter Wahlfeststellung) . . . . .	137

3. Urteilsformel bei normativen Stufenverhältnissen .....	138
4. Urteilsformel bei „Tatsachenalternativität“ und Regelbeispielen ...	138
IV. Bestrafung aus dem konkret mildesten Gesetz (§ 267 StPO) .....	139
1. Strafe bei echter Wahlfeststellung und alternativer Modalitätenfeststellung .....	139
2. Strafe bei unechter Wahlfeststellung und „Tatsachenalternativität“	140
3. Verbot strafschärfenden Rückgriffs auf alternative Straftaten .....	140
4. Strafe bei fortgesetzten Taten .....	141
5. Rückgriff auf § 158 StGB .....	141
6. Rückgriff auf eigentlich strengere Alternative sowie auf § 157 StGB	142
V. Beweiserhebung und Urteilsgründe (§§ 244, 267 StPO) .....	143
VI. Weitere Einzelfragen .....	144
1. Beteiligung .....	144
2. Alternativität fortgesetzte Tat — Tatmehrheit .....	144
3. Alternativität fortgesetzte Tat — Einzeltat .....	145
4. Rückfall .....	145
5. Alternativität Jugendstrafrecht — Erwachsenenstrafrecht .....	146
6. Sachliche Zuständigkeit .....	146
7. Wahrheitsbeweis .....	146
8. Rechtsmittel und Verschlechterungsverbot (§ 331 StPO) .....	146
9. Rechtskraft und § 264 StPO .....	147
10. Amnestie .....	147
11. Wiederaufnahme .....	147
12. Disziplinarverfahren .....	147

### *Achter Teil*

## **Gutachtentechnik** 148

I. Das Verhältnis von Wahlfeststellung und in dubio pro reo .....	148
II. Alternativer Sachverhalt und alternative Falllösung .....	148
III. Aufbauanleitung für das Gutachten .....	149
1. Reihenfolge der Prüfung .....	149
2. Prüfungsschema .....	151
IV. Wahlfeststellung und Konkurrenzlehre .....	152

*Neunter Teil***Dokumentation der höchstrichterlichen Rechtsprechung  
von 1934–1986**

	153
I. Kriminologische Grundlagen .....	153
1. Forschungsinteresse; Strafprozeßtheorie und „Theorie der Wahlfeststellung“; normative Ziele .....	153
2. Dokumentenanalyse als Erhebungsmethode; Umfang der Dokumentation .....	154
3. Deskriptive Aussagen und Hypothesen .....	157
II. Daten; Überprüfung von Hypothesen; Vorbereitung rechtlicher Stellungnahmen .....	158
1. Gesamtzahl der Entscheidungen .....	158
2. Unzulässige Wahlfeststellungen (Freispruch; Stufenverhältnis; Auffangtatbestand; Kombination) .....	158
3. Unvollständige und unbewußte Feststellungen der Untergerichte ...	160
4. Wahlfeststellung zwischen mehr als zwei Alternativen .....	161
5. Die Urteilsformel bei Wahlfeststellungen .....	161
6. Die Alternativität von Verbrechen und Vergehen .....	161
7. Die Grenzen der prozessualen Tatidentität (§§ 264, 265, 266 StPO)	163
8. Die Alternativität von Diebstahl und Hehlerei .....	163
9. Die Alternativität von sonstigen Eigentums- und Vermögensdelikten .....	164
10. Die Alternativität von Vollrausch und Rauschatat .....	165
11. Sonstige Alternativitätsfälle .....	166
III. Rechtliche Konsequenzen der Dokumentenanalyse .....	167
1. Verurteilungen und Freisprüche .....	167
2. Der Vollrauschtatbestand .....	168
3. Diebstahl und Hehlerei .....	169
4. Auswirkungen und Ausmaß der unveröffentlichten BGH-Rechtsprechung .....	169
5. Die Grenzen der prozessualen Tatidentität .....	170
6. Gesetzgebung und Verfassungsbeschwerde .....	171
IV. Dokumentation und Kurzdarstellung der Entscheidungen .....	172

*Zehnter Teil*

<b>Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung</b>	207
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	210
<b>Gesetzesverzeichnis</b> .....	216
<b>Verzeichnis alternativer Gesetze</b> .....	218
<b>Sachverzeichnis</b> .....	220

## Erster Teil

### Kriminalpolitische Notwendigkeit, rechtsstaatliche Grenzen und rechtstatsächliche Grundlagen\*

*Fall 1:* Auf den Geldboten G ist ein Überfall verübt worden. Der verummte Täter hat G mit einer scharf geladenen und entscherten Schußwaffe eingeschüchert. Der Täter ist mit dem Geld geflohen. Später kommt es zur Hauptverhandlung gegen den Angeklagten X vor der *Großen Strafkammer*.

- a) Das Gericht ist am Ende der Verhandlung davon überzeugt, daß der Täter das Geld „an sich gerissen“ hat, ist sich jedoch nicht sicher, ob der Angeklagte X der Täter gewesen ist.
- b) Das Gericht ist sowohl von der Täterschaft des X wie von dem Umstand überzeugt, daß G dem X das Geld „übergeben“ hat.
- c) Das Gericht ist von der Täterschaft des X überzeugt, bleibt aber unsicher, ob X das Geld an sich gerissen oder ob G das Geld dem X übergeben hat (vgl. auch *BGHSt* 5, 281).

#### I. Das Problem von Wahlfeststellung und „in dubio pro reo“

##### 1. Unproblematische Fälle (*Freispruchsfälle*; „*Rechtsfragen*“)

Auch nach Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnis- und Beweismittel in der Hauptverhandlung (§ 244 II StPO) ist das Gericht oftmals nicht in der Lage, das Tatgeschehen vollständig in allen Einzelheiten aufzuklären. Das liegt schon in der Begrenztheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit begründet<sup>1</sup>. Das Gericht muß deshalb in zahlreichen Fällen mangels ausreichender Überzeugung (§ 261 StPO) nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freisprechen. So liegt es im *Fall Ia*. Hier steht zwar das anzuwendende Strafgesetz fest (§ 250 I Nr. 1). Denn ganz gleich, ob man mit der h.L.<sup>2</sup> auf die angesichts der Schußwaffe mangelnde Handlungsfreiheit (und die dann fehlende Vermögensverfügung) des G oder mit dem *BGH*<sup>3</sup> auf das äußere Erscheinungsbild der Tat abhebt: Das Ansichreißen des Geldes ist Wegnahme, die Tat ein schwerer Raub. Jedoch bleibt die Beteiligung des X offen. Solche in dubio-Fälle interessieren schon deshalb nicht, weil ihre Lösung – hier Freispruch – unbestreitbar ist (näher 4. Teil III 1).

---

\* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>1</sup> *RGSt* 66, 134; *Tröndle*, in: LK, § 1 Rdnr. 61.

<sup>2</sup> Etwa *Samson*, in: SK StGB, § 249 Rdnrn. 4 ff.

<sup>3</sup> *BGHSt* 7, 254.

Näher zu erörtern sind hingegen solche Konstellationen, die gleichsam umgekehrt liegen: Die Beteiligung des X steht zur Überzeugung des Gerichts fest, nicht jedoch das anzuwendende Strafgesetz. Freilich läßt sich dabei *Fall 1b* von vornherein als ebenfalls unproblematisch ausklammern. Denn hier steht das erstinstanzliche LG allein vor der Rechtsfrage, ob es mit der h.L. (trotz der „Übergabe“ des Geldes) wegen der mangelnden Handlungsfreiheit des G schweren Raub (§ 250 I Nr. 1) oder mit dem BGH wegen des äußeren Erscheinungsbildes schwere räuberische Erpressung (§ 255 i.V. mit § 250) annehmen soll. Eine Rechtsfrage ist stets der eindeutigen Lösung fähig und bedürftig: *iura novit curia*<sup>4</sup>. Das Gericht darf also weder zu einer in dubio-Entscheidung greifen – sei es zu einem Freispruch oder sei es zu der Verurteilung aus dem konkret milderen Delikt (das angesichts der gleichen abstrakten Strafrahmen ohnehin schwerlich auszumachen wäre); noch darf es eine wahlweise Feststellung (§ 250 oder § 255)<sup>5</sup> treffen. Es muß sich vielmehr zu einem *eindeutigen* rechtlichen Votum durchringen und mag – ohne rechtliche Bindung an, aber mit Blick auf die BGH-Rechtsprechung – den X wegen schwerer räuberischer Erpressung verurteilen.

## 2. Die Problemfälle

Nach allem liegen die eigentlichen Problemfälle von „Wahlfeststellung“ und „in dubio pro reo“ zutage. Es geht im wesentlichen um Beweislagen, bei denen die Beteiligung (des X) feststeht, das Tatgeschehen jedoch nicht vollständig in allen Einzelheiten aufzuklären ist und dieser *Tatsachenzweifel* – wollte man ihn rechtlich ummünzen – mit Sicherheit zur Feststellung verschiedener Strafgesetze führen würde. So liegt es etwa im *Fall 1c*. Das LG, das der BGH-Rechtsprechung zu folgen bereit ist, kann nur (und immerhin) *wahlweise* einen schweren Raub oder eine schwere räuberische Erpressung feststellen. Es steht dann vor der Frage, ob es X *wahldeutig* „aus § 250 oder § 255“ *verurteilen* darf, d.h. eine sog. „Wahlfeststellung“<sup>6</sup> treffen bzw. – wie neuerdings auch formuliert wird – zu einer *alternativen Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage*<sup>7</sup> gelangen kann. StGB und StPO geben auf diese Frage keine Antwort. Der Gesetzgeber hat die Lösung des Problems bewußt Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen (näher unten II und III).

Auf den ersten Blick liegt es nahe, X wiederum mit Hilfe des (nunmehr *wechselseitig* angewendeten) Grundsatzes „in dubio pro reo“ *freizusprechen*. Der

<sup>4</sup> BGHSt 14, 73; Eser, in: Schönke-Schröder, § 1 Rdnr. 67; Wolter, S. 16 jeweils m. w. Nachw.

<sup>5</sup> Tröndle, in: LK, § 1 Rdnr. 65; Blei, AT, S. 35.

<sup>6</sup> Dieser Begriff ist eingebürgert, jedoch ungenau und mißverständlich, vgl. Tröndle, in: LK, § 1 Rdnr. 64; Willms, JZ 1962, 628; Wolter, S. 15 Fußn. 1.

<sup>7</sup> Eser, in: Schönke-Schröder, § 1 Rdnr. 61; Wolter, S. 16.

(volle) *Schuldnachweis* bezüglich des Raubes ist ebensowenig zu führen wie hinsichtlich der räuberischen Erpressung, denn eine unzweifelhafte Feststellung des Raubes scheitert an der Möglichkeit der räuberischen Erpressung – und umgekehrt. Der in dubio-Satz bildet dann eine Entscheidungsregel des Rechtsanwendungsrechts, die bei Zweifeln der genannten Art die Nichtanwendung beider Straftatbestände anordnet. Er läßt sich weiter als die prozeßrechtliche Ausformung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der *Rechtssicherheit* begreifen. Materiellrechtlich spiegelt er sich wider in dem „nullum crimen, nulla poena sine lege“-Satz (§ 1 und Art. 103 II GG)<sup>8</sup>.

Freilich hätte das Gericht – das sei hier nur beiläufig erwähnt – im *Fall 1c* noch eine dritte Möglichkeit. Es könnte mit Hilfe des in dubio-Prinzips *eindeutig* und *auf eindeutiger Tatsachengrundlage* aus demjenigen (Teil-)Strafgesetz *verurteilen*, das der Täter in jedem Fall verletzt hat. Und das ist – sieht man zunächst einmal von § 246 ab – die Nötigung nach § 240, die im Raub wie in der räuberischen Erpressung steckt. Doch ist zugleich der Ausnahmecharakter dieser dritten Entscheidungsvariante zu betonen (näher 4. Teil II 2c). Vielfach hat das Gericht einen solchen „Rumpftatbestand“ nicht zur Verfügung. Man denke an die Alternativen von Diebstahl und Erpressung, von Diebstahl und Betrug usw. Dennoch sei im folgenden die Möglichkeit des Teilschuldpruchs aus einem „Rumpftatbestand“ (hier § 240) stets mitdiskutiert.

## II. Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sowie zwischen Schuld und General- bzw. Spezialprävention

### 1. *Rechtssicherheit und Tatbestandsbestimmtheit*

Sowohl ein Freispruch mit Hilfe einer wechselseitigen Heranziehung des in dubio-Satzes als auch eine in dubio-Verurteilung allein aus § 240 anstelle einer alternativen Verurteilung wegen Raubes oder räuberischer Erpressung erscheinen aus mehreren Gründen problematisch. Einmal gebietet es gerade der dem Rechtsstaatsprinzip in Gestalt der *Rechtssicherheit* entnommene Grundsatz der *Tatbestandsbestimmtheit* (§ 1, Art. 103 II GG), die Strafgesetze breit aufzufächern. Hätte der Gesetzgeber einfach ins Gesetz geschrieben „Wer durch Gewalt oder unter Anwendung von Drohungen *fremdes Eigentum oder Vermögen an sich bringt oder schädigt* . . .“, so hätte einer Verurteilung wegen dieses qualifizierten Vermögensdelikts i.w.S. nichts im Wege gestanden. Daß eine solche Weite eines Straftatbestandes erheblichen Bedenken ausgesetzt wäre, braucht nicht näher begründet zu werden. Es sind also gerade die verfassungsrechtlich

---

<sup>8</sup> Zum Ganzen *Rudolphi*, in: SK StGB, Anhang § 55 Rdnr. 5; *Jescheck*, S. 113, 117; vgl. auch *Gollwitzer*, in: *Löwe-Rosenberg* (LR), § 261 Rdnr. 112 ff.; *Pfeiffer*, in: *KarlsKomm*, Einl. Rdnr. 12.