

Dr. Kyriakos N. Kotsoglou, LL.M.\*

# Über die Wahlfeststellung als Zombie-Norm

Was sind die minimalen Anforderungen  
an den Nachweis einer Straftat?

DOI 10.1515/zstw-2015-0013

„Wer aber faul im Suchen ist, wird auch faul im Beweis sein“  
*Karl Binding*

## I. Über das Fehlen einer beweisrechtlichen Debatte

Zwei Mal in der Geschichte der deutschen Gesetzgebung ist der Versuch unternommen worden, die Beweiswürdigung – als aktiven Vorgang des Tatrichters – auszuschalten. Dabei sollte der Richter „eine Maschine“ bleiben und die Richtigkeit seiner Entscheidung „dem Gesetzgeber überlassen“<sup>1</sup>.

*Erstens:* Den Katalysator der *Carolina* bildeten die Beweisregeln<sup>2</sup>. Das Aussprechen einer Verurteilung wurde vom Vorliegen bestimmter, gesetzlich vorgeschriebener Beweismittel abhängig gemacht<sup>3</sup>. Die Tatsache, dass die gesetzli-

---

**1** Beide Zitate: *Ferdinand Schmid*, Die Präsumtionen im deutschen Reichsstrafrecht, 1884, S. 4.

**2** *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 113, merkt etwa an, dass die strengen Beweisregeln der *Carolina* die Sachverhaltsfeststellung mit Anforderungen begleiteten, die den Gedanken an eine Checkliste nahelegten: wie viele Zeugen vorhanden sind bzw. welcher Qualität sie sind, damit zu dem jeweils nächsten Abschnitt des Verfahrens vorangeschritten werden kann – „eine bloße Beweismittelarithmetik“; ähnlich *Shapiro*, ‚Beyond reasonable doubt‘ and ‚probable cause‘, 1991, S. 3: „The judge in most criminal cases was essentially an accountant who totaled the proof fractions“.

**3** Als Dreh- und Angelpunkt des Strafverfahrens dienten Art. 22 CCC im Zusammenhang mit Art. 67 CCC, die die Inferenzkraft der Beweismittel von vornherein festlegten. Ein Beschuldigter durfte nur dann zu einer „peinlichen Strafe“ verurteilt werden, wenn er entweder die Tatbestandsmerkmale („Haupttatsachen“) gestand oder seine Täterschaft von meistens zwei glaubwürdigen

---

**\*Kontaktperson:** **Kyriakos N. Kotsoglou**, Akademischer Mitarbeiter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau, Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abteilung 3: Rechtstheorie.

chen Beweisregeln nur selten erfüllt wurden sowie die damals als unerträglich empfundene Strafflosstellung eines Inquisiten trotz subjektiver Schuldüberzeugung des Richters und trotz des Vorhandenseins schwerwiegender belastender Indizien, die nach freier Beweiswürdigung eine Verurteilung (aller Wahrscheinlichkeit nach) gerechtfertigt hätten, hat zum Einsatz der Tortur geführt. Denn in Anbetracht der *überspannten Anforderungen* an die *poena ordinaria* (Art. 22, 67 CCC) war es notwendig, die Tortur als die effektivere Lösung einzusetzen, um die Effektivität der Strafjustiz nicht auf null zu reduzieren<sup>4</sup>. Diese Methode hat bekanntlich zu einem Zivilisationsbruch geführt<sup>5</sup>.

*Zweitens:* Die „positive Beweistheorie“, die dem Richter die Regeln für die Bildung seines Urteils möglichst positiv und vollständig vorschrieb<sup>6</sup>, erwies sich schnell als ein Versuch, „den Ocean der Natur in einen Eimer zu fassen“<sup>7</sup>. Es gilt auch hier, was *Hassemer* über die Rechtsbegriffe angemerkt hat: „Das Leben ist unerschöpflich, es produziert immer neue Daten und Datenkonstellationen und überrascht sogar die Futurologen“<sup>8</sup>.

Die heute noch geltende Strafprozessordnung<sup>9</sup> erkannte, dass es bei den oben skizzierten beweisrechtlichen Konzepten um nichts anderes ging, als um den Versuch, den Trichter „in spanische Stiefel“ einzuschnüren, und ließ die zentrale Frage des Strafverfahrens offen. Die Antwort auf diese Frage, nämlich wann der Trichter von der faktischen Schuld des Angeklagten überzeugt sein soll und darf, findet sich – klugerweise – nicht im Gesetzestext. Der Gesetzgeber, dessen ureigene Aufgabe es ist, positiv-rechtliche Normen zu setzen, schreibt vor, dass der Trichter nur dann das *epistemische Recht* hat, ein Strafurteil zu fällen, wenn er von der faktischen Schuld des Angeklagten (hinreichend) überzeugt ist, nämlich wenn er seine *epistemische Pflicht*, für sein Urteil hinreichende Gründe anzugeben, erfüllen kann<sup>10</sup>. Dies verweist wiederum die straf(prozess)rechtswissen-

---

Zeugen („guthen Zeugen“) aus eigener Wahrnehmung (also nicht bloß vom Hörensagen) bekundet wurde: „zweier oder mehrerer guthen Zeugen, die von eynem waren wissen sagen“.

4 Die gesetzlichen Beweisregeln der Carolina haben praktisch zur Anwendung der Folter geführt, denn nur selten waren zwei „guthen“ Zeugen vorhanden.

5 *Beccaria*, Ueber Verbrechen und Strafen, Übersetzt von Julius Glaser, 1851, 12. Kap., bezeichnete die Folter lakonisch und mit hoher Präzision als „Grausamkeit, die bei den meisten Nationen durch Gewohnheit geheiligt wird“.

6 Ausf. dazu *Schmitt*, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 150; vgl. den Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1841 und die Kriminalgerichtsordnung (KGO) von 1788.

7 von *Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschworenen-Gericht, 1830, S. 126.

8 *Hassemer* (Anm. 2), S. 182.

9 Strafprozessordnung vom 01.02.1877; zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27.07.2015 (BGBl. I S. 1386).

10 Vgl. etwa BGH NSTZ 1990, 448, 449.

schaftliche Community auf *ihre* ureigene Aufgabe: (a) die Normen der StPO zu konkretisieren und zu systematisieren sowie (b) aus den zentralen Beweisvorschriften §§ 244 Abs. 2, 261, 267 Abs. 1 StPO eine Sachverhaltsfeststellungsdogmatik auszuarbeiten – und das, ohne sich gesetzgeberische Zuständigkeiten anzumaßen<sup>11</sup>.

Diese Aufgabe lag der Strafprozesslehre nie besonders am Herzen. Deutsch(sprachig)e Juristen scheinen sich nicht allzu sehr für die Problembereiche der Beweiswürdigung bzw. -analyse, d. i. „das täglich Brot der Tatsacheninstanz“ zu interessieren<sup>12</sup>. Ein Blick auf die Abteilung „Vereinigtes Königreich“ und „USA“ des jeweiligen juristischen Seminars in deutsch(sprachig)en Bibliotheken vermag uns die Abwesenheit einer *Debatte* über das Beweisrecht bewusst zu machen. Beweiswürdigung geschweige denn Beweisanalyse ist weder während des Studiums (inkl. des zweitens Staatsexamens) noch später ein relevantes Thema. Die Diagnose zu der hier zu behandelnden Problematik möchte ich mit den Worten *Nauckes* liefern: „Man hat [im Recht] den Fall daher so zu nehmen, wie er geschildert ist [...]. Der Strafrichter muß sich früh darin üben, unwahrscheinlich klingende tatsächliche Geschehnisse als geschehen betrachten zu können“<sup>13</sup>. Das ist m.E. freilich der Preis dafür, sich auf dogmatische Fragen des materiellen Rechts (als Markenkern und Exportgut der deutschen Strafrechtswissenschaft) konzentrieren zu können<sup>14</sup>. Im Folgenden geht es mir darum, diesen Preis zu beziffern.

Die Rechtsprechung konnte sich hingegen nicht den Luxus leisten, auf beweisrechtliche Ansätze von Seiten der Sachverhaltsfeststellungsdogmatik zu warten oder gar auf die Klarstellung von Beweiswürdigungsproblemen zu verzichten. Denn der Tatrichter hat ein Urteil unter Unsicherheit zu fällen. Bemerkenswert ist, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung – sei es durch jahre-

---

**11** Treffend bemerkt *Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft: rechtliche Theorien und Modelle, 2006, S. 219: „Diese [die Theoriebildung, K. N. K.] setzt voraus, daß die Rechtswissenschaft ihre Angst vor Fortschritten durch eigene Fortentwicklung des Rechts abstreift und wieder beginnt, diese – ohne sich gesetzgeberische Befugnisse anzumaßen – als ihre Aufgabe, richtigerweise sogar als ihre Hauptaufgabe, zu begreifen.“

**12** *Stuckenberg*, Entscheidungsbesprechung – Zur Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung, ZIS 2014, 462.

**13** *Naucke*, Strafrecht, 10. Aufl. 2002, S. 1, 12; sehr kritisch dazu auch *Koch/Rußmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 271; *Roberts/Zuckerman*, Criminal Evidence, 2010, S. 220 ff.

**14** Pars pro toto *Bender*, Festschrift für Baur, 1981, S. 247: „Das Interesse der Rechtswissenschaft – vornehmlich der deutschen – ist fast ausschließlich auf das Normative konzentriert, so als ob Rechtswissenschaft nicht auch eine Tatsachenwissenschaft wäre – oder doch sein sollte – zumal die Praxis, der sie dient, weit häufiger vor tatsächlichen als vor rechtlichen Problemen steht.“

lange Erfahrung, sei es durch das feine Gespür für theoretische Probleme – zu Ergebnissen kommt, die gleichzeitig Resultat einer aufwendigen theoretischen Analyse sein können. Auch in diesem Punkt setzt die Rechtsprechung ihre eigenen Strategien ein. Ich kann hier nicht darauf eingehen, wie oft (und erfolgreich) die höchstrichterliche Rechtsprechung dies- und jenseits des atlantischen Ozeans zu Ergebnissen kommt, die sich durch Originalität und Theorie-Belastbarkeit auszeichnen. Das Paradebeispiel dafür ist aber die strafprozessuale Denkfigur „proof beyond a reasonable Doubt“/„Beweis jenseits vernünftiger Zweifel“ als jeweiliges Beweiskriterium des US-Supreme Courts sowie des BGH<sup>15</sup>.

## II. Der beweisrechtliche Mechanismus

### 1. Der kriminalpolitische trade-off

Die Flexibilität der zentralen prozessualen Denkfigur ‚Beweis jenseits vernünftiger Zweifel‘ – was man unter ‚vernünftig‘ verstehen kann und soll, ist situations- bzw. kontextabhängig – verweist auf einen Mechanismus, der die Maßstäbe für die Zuschreibung forensischen Wissens verschiebt. Dieses Phänomen, welches bisher nur punktuell erforscht worden ist<sup>16</sup>, möchte ich Beweisstandardverschiebungsmechanismus nennen. Diesbezüglich sei mir ein kurzer Exkurs gestattet.

Dem Strafrecht kommen zwei für einen Rechtsstaat identitätsstiftende Funktionen zu: die Befriedungs- und die Orientierungsfunktion<sup>17</sup>. Den Aufgaben, die

---

15 Diese Formel, die man als „lernendes Prinzip“ konzipieren kann – eine Eigenschaft, die dem Tatrichter erlaubt, nicht nur deren Inhalt, sondern vielmehr deren Struktur den jeweiligen neuen Gegebenheiten der Gesellschaft oder der konkreten Situation anzupassen (so aus anderem Anlass *Karamagiolis*, Die Struktur eines folgenorientierten Schuldprinzips: zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und Prävention, 2002, S. 37) ist nicht nur das Ergebnis einer epistemischen Praxis, sondern zugleich das Resultat einer Erkenntnistheorie (Epistemologischer Kontextualismus), die heutzutage zunehmend an Boden gewinnt und die nicht nur zu ähnlichen Ergebnissen kommt, sondern vielmehr die forensische Situation als ‚Labor‘ ansieht; monographisch dazu *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie. Der Inferentielle Kontextualismus und die Funktion der kontext-relevanten Zweifel im Strafverfahren. Zugleich eine analytische Perspektive zur Sachverhaltsfeststellungsdogmatik, 2015.

16 Der Vorschriftenkomplex der §§ 244 Abs. 2, 261, 267 StPO i. V. m. Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 6 Abs. 2 EMRK, delegiert an den Beweisstandardverschiebungsmechanismus, der Teil der Sachverhaltsfeststellungsdogmatik ist, die Bestimmung (durch die Senkung oder Anhebung) der Anforderungen an den Beweis; vgl. *Schuhr*, NSTZ 2014, 437, 439.

17 Pars pro toto *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2006, S. 1, Rdn. 2ff.; in dem Normenspiel des modernen Staates entspricht dem Zug der Monopolisierung der öffentlichen Gewalt ein Gegenzug von elementarer Bedeutung: das Sicherheitsversprechen des Staates an die Bürger, ein Verspre-

jenen Funktionen entsprechen (Schutz der Bürger von ungerechtfertigten Strafen und Bestrafung der rechtswidrigen und schuldhaften Taten), wird eine hohe Plausibilität zugeschrieben, da keiner bereit wäre, sie für sich genommen als jeweils exklusive Ziele einer modernen Kriminalpolitik zu bestreiten. Z. B. nach Art. 5 Abs. 1 EMRK: „Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit“<sup>18</sup>.

Dieses Schema gerät allerdings sehr schnell ins Wanken, sobald man anfängt, es systematisch zu betrachten. Der Grund ist, dass dem Strafrecht eine doppelte Aufgabe zugewiesen wird; dabei handelt es sich allerdings um eine Pflichtenkollision<sup>19</sup>. Versucht man, (nur) das Verbrechen effektiv zu bekämpfen und das Ziel der Kriminalitätseindämmung beweisrechtlich umzusetzen, so stellt man schnell fest, dass die Anforderungen an die ein Strafurteil ermöglichende Beweiswürdigung nicht besonders hoch sein können. So setzt man die Beweisstandards niedrig an: Je niedriger der Beweisstandard festgesetzt wird, desto mehr Angeklagte werden verurteilt und wiederum weniger Verbrecher werden der Strafe entgehen können<sup>20</sup>. Damit bleibt aber die zweite Funktion des Strafrechts einigermaßen unerfüllt. Ein weniger anspruchsvolles Beweiskriterium führt nämlich dazu, dass mehrere Angeklagte – unter ihnen auch diejenigen, die

---

chen der rationalen Strafanwendung; grundlegend dazu *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33f.; aus der angelsächsischen Literatur vgl. nur *Roberts/Zuckerman* (Anm. 13), S. 17: „at the same time public confidence in the administration of criminal justice also depends on the state’s ability to provide citizens with adequate protection from criminal wrongdoing and to bring offenders to justice.“. Aus diesen Zügen im Rahmen des kriminalpolitischen Normenspiels resultieren die zwei teleologischen Aufgaben einer Kriminalpolitik: (a) die Eindämmung der Kriminalität und Bestrafung der Täter strafwürdiger Handlungen und (b) der Schutz der rechtstreuen Bürger. Die inhaltliche Bestimmung und Beurteilung der Erfüllung dieser Aufgaben wird an den Koordinaten ‚Sicherheit‘ und ‚Freiheit‘ gemessen.

**18** Ähnlich EU-Grundrechtscharta in Art. 6: „Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit“; auch von der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ (Art. 3) werden Freiheit und Sicherheit kumulativ gefordert: „Jeder Mensch hat das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit der Person“.

**19** So spricht auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 20, 144, 147) vom Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG) und dem Bedürfnis einer wirksamen Verbrechensbekämpfung; vgl. *Roberts/Zuckerman* (Anm. 13), S. 17: „In demanding *both* effective conviction of the guilty *and* solicitous protection of the innocent from wrongful conviction and high standards of moral integrity, public confidence is a stern taskmaster with exacting, and potentially contradictory, expectations of the administration of justice“; *Hassemer*, in: Baden-Württembergische Strafverteidiger (Hrsg.), *Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit*, 2007, S. 23, spricht vom Druck, „einerseits Sicherheit herzustellen und andererseits gleichwohl seine Garantien zu bewahren.“

**20** Ähnlich *Bender*, *Festschrift für Baur*, S. 255: „so paradox das auch zunächst klingt. Setzt man nämlich das Beweismaß niedriger an, erfolgen insgesamt mehr Verurteilungen (*teils richtige, teils falsche*).“

kein Verbrechen begangen haben – verurteilt werden. Die Rechtstreue der Bürger wird dadurch in toto enttäuscht, weil rechtmäßiges Verhalten keine hinreichende Bedingung dafür ist, nicht bestraft zu werden<sup>21</sup>. Das hat kein Geringerer als *Karl Binding* bereits zum Ausdruck gebracht, als er jene einseitige Kriminalpolitik als „Symptom einer hoch gesteigerten Neigung des Staates, möglichst schnell mit der Strafe bei der Hand zu sein“, bezeichnete und auf die Gefahr aufmerksam machte, „auch den Unschuldigen zu treffen“<sup>22</sup>. Die einseitige Verwirklichung der Kriminalitätseindämmung führt zum Verzicht auf die Orientierungsfunktion, wobei der Staat den status negativus seiner Bürger nicht abzuschirmen vermag: Sicherheit ohne Freiheit ist eine blinde Strafanwendungsmechanik.

Wird nun der zweiten strafrechtlichen Funktion absoluter Vorrang eingeräumt, so wird der Versuch unternommen, das Risiko eines Strafurteils gegen rechtstreue Bürger zu eliminieren. Die Anforderungen an den Beweis einer Straftat sollen sodann übermäßig hoch sein. Auch der zu zahlende Preis ist besonders hoch, wenn wir „irgendwie vorstellbare“, „in nebelhafter Ferne“ (RG JW 1929, 864, RGSt. 61, 202) liegende Möglichkeiten zu berücksichtigen haben. Denn es bestünde keine „reelle Chance“<sup>23</sup>, dass das Tatgericht zu einer für ein Strafurteil hinreichenden Überzeugung kommt. Aus dem Willen eines Strafrechtssystems, den Bürgern Sicherheit vor (im materiellrechtlichen Sinne) ungerechtfertigten Strafen zu gewähren, resultiert unausweichlich die Einbuße an Sicherheit. Die Überbetonung der Orientierungsfunktion resultiert in einem Verzicht auf die Befriedigungsfunktion und den Schutz des status positivus der Bürger. Das Recht auf Sicherheit würde dadurch enttäuscht: Freiheit ohne Sicherheit ist ein leeres Wort.

Das Strafrecht dient also zwei gegenläufigen Zwecken: (a) dem Schutz der Gesellschaft durch die Anwendung und Vollstreckung von Strafen, was zu einem niedrigen Beweiskriterium führt und (b) dem Schutz des Angeklagten, was zu einem anspruchsvollen Beweiskriterium führt. Bei beiden Konstellationen haben wir ein nicht akzeptables Ergebnis, solange wir keinen Verzicht auf eine der

---

21 So bereits *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 2. Hälfte, 2. Aufl., 1916, S. 1251: „Die Achtung vor der Autorität des Gesetzes wird gefährdet, wenn sie nicht einmal mehr vor Strafe schützt; der Glaube wie an des Gesetzes so an des Richters Gerechtigkeit geht verloren, wenn auch der Schuldlose von Rechtswegen Strafe zu leiden hat.“

22 Beide Zitate: *Binding* (Anm. 21), S. 1251; dennoch: Einen „Unschuldigen“ würden wir verurteilen, wenn wir unserem Informationsstand zufolge sicher wären, dass er kein Verbrechen begangen hat und trotzdem anders entschieden hätten. Präziser gesagt, einen Angeklagten würden wir rechtswidrig verurteilen, wenn wir uns als Tatrichter nicht in einer hinreichend starken epistemischen Position befänden, um einen Wissensanspruch zu erheben. Da aber keiner eine derart unsinnige Entscheidung treffen würde (dies wäre kein Fehlurteil gewesen, sondern ein klarer Fall von Rechtsbeugung gem. § 339 StGB), so ist von einer Risikoverteilung die Rede.

23 Begriff bei *Bender*, Festschrift für Baur, S. 254.

Funktionen des Strafrechts in Kauf nehmen wollen. Beweisrechtlich betrachtet: In beiden Fällen kann der eingesetzte epistemische Mechanismus nicht mit Treffsicherheit zwischen Tätern und Nicht-Tätern unterscheiden<sup>24</sup>. Es ist nun eine ureigene Aufgabe des (Verfassungs-)Gesetzgebers zu entscheiden, ob mehr Wert auf Freiheit oder Sicherheit gelegt wird. Indem oben gezeigt wurde, dass die zwei Funktionen des Strafrechts nicht unabhängig voneinander, sondern nur auf Kosten der jeweils anderen zu erfüllen sind, wird die Kriminalpolitik vor eine strukturelle politische Grundentscheidung gestellt<sup>25</sup>: ob sie die Verbrechensbekämpfung oder die Orientierungsfunktion für wichtiger hält und in welchem Ausmaß dies der Fall ist.

Diese Entscheidung signalisiert die politische (liberale oder autoritäre) Richtung einer Kriminalpolitik. Darin liegt der Bifurkationspunkt eines Rechtssystems, nämlich der Punkt, an dem die Identität eines Staates sich ändert. Und es ist die Aufgabe ausgerechnet des Beweiskriteriums/Beweisstandards, diese kriminalpolitische Entscheidung umzusetzen. Die Funktion des Beweiskriteriums als eines „device for allocating the risk of error“, nämlich als eines *Risikoverteilungsmechanismus* hat der US Supreme Court zum Ausdruck gebracht: „The standard of proof influences the relative frequency of these two types of erroneous outcomes [...]. The reasonable doubt standard seeks to assure that erroneous acquittals of the guilty will be far more common than convictions of the innocent“<sup>26</sup>.

Kurz: Weder die absolute Sicherheit noch die absolute Freiheit kann das Ziel eines Rechtsstaates sein<sup>27</sup>. Der Grund dafür ist, dass die Überbetonung der einen Funktion das gesamte Strafrechtssystem samt der jeweils anderen Funktion zu Fall bringt. Die Kriminalpolitik birgt folglich zwei gegenläufige Tendenzen in sich ([a] Eindämmung der Kriminalität und [b] Schutz rechtstreuer Bürger) und das

---

<sup>24</sup> Vgl. *Goldman*, Knowledge in a Social World, 1999, S. 278: „It is important to distinguish between metaphysically easy and epistemologically easy cases. If all the material facts of a case are ‚given‘, metaphysically speaking, it may be straightforward how it ought to be classified. But this does not mean that it is epistemologically easy to determine what those facts are. In particular it may not be easy for the legal trier of fact to make this determination. Witnesses to the crucial material facts may no longer be alive, or what witnesses there are may be disposed to hide or distort the facts. So metaphysically easy cases may be epistemologically hard to decide“.

<sup>25</sup> Ähnlich *Roberts/Zuckerman* (Anm. 13), S. 355: „Governments confront structurally identical choices and dilemmas. In order to guarantee a high level of personal autonomy and security to its citizens, for example, governments and citizens alike must accept some risk of wrongful conviction, given the practical constraints of human fallibility in decision-making and limited knowledge of what goes on in the world.“

<sup>26</sup> In *Re Winship*, 397 US 358, 363 (1970), *Harlan* concurring.

<sup>27</sup> Dabei geht es nämlich um die zwei Koordinaten der Kriminalpolitik; ausf. dazu bei *Bitzilekis*, Festschrift für Puppe, 2011, S. 5.

Strafrecht kann jede seiner beiden Funktionen nur auf Kosten der jeweils anderen erfüllen<sup>28</sup>. Die Konsequenz dieser endogenen Wechselbeziehung ist, dass je mehr wir uns gegen die Verurteilung rechtstreuer Bürger absichern wollen, desto größer wird das Risiko, dass Straftäter der Strafe entgehen und umgekehrt. Die Kriminalpolitik ist daher pragmatisch gezwungen, bei dem Aufbau der jeweiligen Rechtfertigungsstruktur, innerhalb derer die Tatrichter operieren, eine heikle Balance aufrechtzuerhalten und zwischen der *Scylla* der Einbuße an effektiver Verbrechensbekämpfung und sozialer Ordnung (Verzicht auf die Befriedigungsfunktion) und der *Charybdis* des mangelhaften Schutzes rechtstreuer Bürger (Verzicht auf die Orientierungsfunktion) hindurchzuschiffen<sup>29</sup>.

In Anbetracht dieser Funktionenkollision gilt es, eine Balance zu etablieren. Ausgerechnet bei der Erstellung dieses kriminalpolitischen Gleichgewichts bzw. bei dem jeweils richtigen trade-off<sup>30</sup> zwischen Freiheit und Sicherheit stellt sich die Problematik der *beweisrechtlichen Anforderungen* ein, die der oben angesprochene Mechanismus instrumentalisiert.

## 2. Rechtsprechung

In Anbetracht voriger Überlegungen können wir uns jetzt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Thema Beweisstandardverschiebung im Allgemeinen und zur Wahlfeststellung im Besonderen zuwenden.

Es wird als „strafprozessuales Faktum“<sup>31</sup> behandelt, dass (a) einerseits niemand auf die Idee käme, einen Psychiater hinzuziehen, um die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten bei einer Bagatelle zu begutachten und dass (b) andererseits ebenfalls niemand auf die Idee käme, bei einem Mordprozess keinen Psychiater hinzuziehen. *Kühne* merkt an, dass die Vorstellung einer „keinen Aufwand und keine Kosten scheuenden“ Wahrheitserforschung „nicht der prozessualen Wirklichkeit entspricht“<sup>32</sup>. Aus ökonomischen Gründen könne die In-

<sup>28</sup> Diese Konstellation behandelt implizit auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NJW 2004, 3408), wenn es darauf verweist, dass „vor allem in mehrpoligen Grundrechtverhältnissen sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen“ erforderlich seien, „die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits oder durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen können.“

<sup>29</sup> *Isensee* (Anm. 17), S. 1, betont, dass der Bürger auf Unmögliches hofft, wenn er vom Staat absolute Freiheit und gleichzeitig absolute Sicherheit erwartet, da die eine Funktion sich nur auf Kosten der anderen verwirklichen lässt.

<sup>30</sup> Begriff bei *Roberts/Zuckerman* (Anm. 13), S. 253 ff.

<sup>31</sup> Begriff bei *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, Einl. Rdn. 119 a m. w. N.

<sup>32</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rdn. 280 f.



tensität der polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen bei einem Fahrraddiebstahl und bei einem Mordfall nicht gleich groß sein<sup>33</sup>. Die gerichtliche Praxis scheint also die Existenz eines Mechanismus zu bestätigen, der die Anforderungen an die jeweils für ein Strafurteil erforderliche Gewissheit vorschreibt. Spätestens damit wird deutlich gemacht, dass man den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit, der seine besondere strafrechtliche Ausprägung in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB gefunden hat – und für eine Verurteilung fordert, dass *zweifelsfrei* nachgewiesen ist, dass ein bestimmter Straftatbestand erfüllt ist –, nicht als bare Münze nehmen soll. Denn die Frage lautet nicht, „was tun, wenn man Zweifel hat (in dubio)“, sondern wieviel bzw. welche Zweifel rechtsstaatlich vertretbar sind<sup>34</sup>.

Nicht nur das: Es besteht weithin Einigkeit darüber, dass ein Strafurteil anfechtbar ist, wenn das Tatgericht *überspannte Anforderungen* an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat<sup>35</sup>. Nach ganz herrschender Meinung dürfen keine zu hohen Anforderungen an das Zustandekommen der richterlichen Überzeugung gestellt werden<sup>36</sup>. Solche Aufhebungen durch die Revisionsgerichte, die übrigens seit langem zum Alltag der Strajustiz gehören, erfolgen nach h. M. auf die Sachrüge hin<sup>37</sup>. Zentrale Bedeutung für die hier zu behandelnde Problematik kommt einem Beschluss des dritten Zivilsenats des BGH zu, der auch von der strafrechtlichen Rechtsprechung fast wörtlich übernommen worden ist<sup>38</sup>. Bei dem BGHZ 53, 245 handelt es sich um den berühmten Fall „Anastasia“, bei welchem die Revision gerügt hatte, dass das angefochtene Urteil bei Anwendung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze der Zivilprozessordnung die Beweisanforderungen zum Nachteil der Klägerin überspannt hatte. Ein Gericht darf also nach dem Revisionsurteil keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen<sup>39</sup>. In diesem Sinne stellt die dogmatische Konstruktion der „überspannten Anforderungen“ die *Obergrenze*.

---

33 Kühne (Anm. 32), Rdn. 280 f.

34 Kotsoglou, ZIS 2014, 33; zustimmend Eschelbach, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, 20. Edition 2015, § 261 Rdn. 47a.

35 BGH MDR 1980, 948; mehr dazu bei Jerouschek, GA 1992, S. 511 m. w. N.

36 Vgl. Ott, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 261 Rdn. 4.

37 Heinz Wagner, ZStW 106 (1994), S. 259; die Rechtsprechung zum Thema ist nicht neu und geht sogar auf das Reichsgericht (RGSt. 61, 206) zurück: „Mit dieser Beurteilung der Sachlage stellt die Strafkammer rechtsirrig zu hohe Anforderungen an die Gewinnung einer zur Verurteilung ausreichenden richterlichen Überzeugung.“

38 BGHSt. 10, 208.

39 Ähnlich argumentiert der US-amerikanische Supreme Court, wenn er mithilfe der harmless error-Doktrin überspannte Anforderungen auf den Beweis untersagt: „Any jury instruction defining reasonable doubt that suggests an improperly high degree of doubt for acquittal or an

Der Beweisstandardverschiebungsmechanismus kann auch innerhalb ein und derselben Rechtsordnung schwanken, sofern die oben skizzierte Grenze nicht überschritten wird.

Während also die höchstrichterliche Rechtsprechung die *Obergrenze* dieses Mechanismus hinreichend zum Objekt einer Überprüfung gemacht hat, besteht auf der anderen Seite keinerlei Klarheit, wo die Grenze zu ziehen ist, um zwischen einer auf niedrigen Anforderungen beruhenden, rechtmäßigen einerseits und verfassungswidrigen (Art. 103 Abs. 2 GG) Verurteilung andererseits zu differenzieren. Mit anderen Worten: Art. 103 Abs. 2 GG schreibt nicht nur maximale Kriterien vor. Zugleich verlangt er auch verfassungsrechtlich geschützte *Mindestanforderungen*<sup>40</sup>. Mit letzterem Fall, bei dem das Tatgericht den Rechtfertigungsstandard niedrig ansetzt, wird sich diese Arbeit beschäftigen.

Insbesondere soll geprüft werden, ob der Verzicht darauf, eine von einer Straftat vorgeschriebene Handlung nachzuweisen, nämlich die Verurteilung eines Angeklagten wegen eines nicht genau bestimmbar und unter *einer* Strafnorm subsumierbaren Verhaltens, verfassungswidrig ist. Erst dadurch werden wir eine rechtsdogmatische (d. h.: theoriebasierte) Antwort auf die Problematik der Wahlfeststellung liefern können, die den adhocness-Vorwurf erfolgreich zurückweisen kann.

### III. Zur Problematik der Wahlfeststellung

#### 1. Die Wahlfeststellung

Die richterrechtliche Konstruktion der Wahlfeststellung ist wohl der ideale Kandidat, um der Problematik minimaler Anforderungen an den für eine Verurteilung erforderlichen Beweis nachzugehen. Bis zu welchem Punkt ist die Senkung der Mindestanforderungen (noch) verfassungsmäßig bzw. ab wann können wir von einem Verstoß gegen die Entscheidungsermächtigung für ein Strafurteil (§ 261 StPO i. V. m. Art 6 Abs. 2 EMRK, 103 Abs. 2 GG) ausgehen?

Dass es eine gute Idee ist, die Dogmatik des Beweisstandardverschiebungsmechanismus bzw. die Sachverhaltsfeststellungsdogmatik in Geltung zu bringen, indem wir die Wahlfeststellung unter die Lupe nehmen bzw. rechtsdogmatisch artikulieren können, zeigt spätestens die wohl h. M. in der Literatur und Recht-

---

improperly low degree of certainty for conviction, offends Due Process“ (Victory v. Nebraska 511 US 1 [1994]).

<sup>40</sup> Vgl. *Schuhr* (Anm. 16), S. 440.

sprechung. Denn derselbe Parameter, der den Gesetzgeber zu einem *trade-off* drängt und damit das Rechtssystem zwischen (Verzicht auf) Freiheit und Sicherheit ausbalanciert, führt uns auch zum Akzeptieren einer Verurteilung auf alternativer Gesetzesgrundlage (Wahlfeststellung)<sup>41</sup>. Wir werden, so die h.M., *kriminalpolitischen Bedürfnissen* nicht gerecht, wenn wir denjenigen, der mit Sicherheit eines von mehreren Strafgesetzen verletzt hat, nicht bestrafen. Eine völlige Ablehnung von Verurteilungen auf wahldedeutiger Grundlage würde „Unbilligkeiten“ verursachen<sup>42</sup>. Infolge der Wahlfeststellung geht also die Rechtsprechung einen Schritt weiter, als etwa keinen Psychiater bei Bagatellen hinzuzuziehen, und lässt zu, dass das Tatgericht den Angeklagten verurteilen darf, obwohl es nicht die Überzeugung von *einem* konkreten und mit Urteilsgründen untermauerten (verifizierbaren) Geschehensablauf gewinnen konnte<sup>43</sup>.

Doch, was ist dieses sog. richterrechtliche Instrument, welches seit Jahrzehnten eingesetzt wird, um als Abwehrmechanismus gegen „Unbilligkeiten“ zu wirken? Was wird wovor geschützt? Ich möchte hier auf eine umfassende Darstellung der Problematik verzichten. Dem evidenten Grund, dass dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, kommt ein noch wichtigerer dazu: Dies würde eine aufwendige und vom eigentlichen Fokus dieser Arbeit ablenkende begriffliche Klärung des verwendeten Vokabulars voraussetzen. Heute noch gilt das, was *Hruschka* 1970 betont hat. In puncto Wahlfeststellung herrscht eine „verunklärende Terminologie“<sup>44</sup>. Auf eine Behandlung aller Konstruktionen, die den Namen Wahlfeststellung tragen, möchte ich ebenfalls verzichten und mich auf die Konstruktionen der sog. echten und unechten Wahlfeststellung fokussieren.

---

**41** Pars pro toto *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rdn. 805 f.; *Montenbruck*, Wahlfeststellung und Werttypus in Strafrecht und Strafprozessrecht, 1974, S. 16, weist darauf hin, dass es bei diesem strukturellen Dilemma um das gleiche Spannungsfeld geht: „Das Gericht, das in einem solchen Fall Tatsachen nur alternativ feststellen kann, befindet sich somit [...] im Spannungsfeld zwischen kriminalpolitischem Bedürfnis, einen einmal entdeckten Gesetzesbrecher bestrafen zu können, und dem rechtsstaatlich-prozessualen Bedenken, ihn zu verurteilen, ohne ihm die Straftat eindeutig nachweisen zu können, es fehlt die Angabe einer bestimmten Verhaltensweise.“

**42** *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 41), Rdn. 805; *Dannecker*, in: Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anh. § 1 Rdn. 8; *Maurach/Zipf*, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Teilband 1, 8. Aufl. 1992, § 10 III Rdn. 26; kritisch dazu *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *ders.*, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987; *Endnuweit*, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, S. 251 ff., 264, 293, 338; *Jakobs*, GA 1971, 257 ff., 269 ff.; jüngst *Kotsoglou*, ZIS 2014, 33; *Freund*, Festschrift für Wolter, 2013, S. 49.

**43** BGH NJW 1954, 931.

**44** *Hruschka*, JZ 1970, 637–642, 642.

## 2. Über echte und unechte Wahlfeststellung

Zunächst ist eine begriffliche Differenzierung nötig. Auf den generischen Begriff „Wahlfeststellung“ werden zwei verschiedene Konstruktionen zurückgeführt. Einerseits handelt es sich dabei um die *unechte* (alias: Tatsachenalternativität ohne alternative Gesetzesanwendung) Wahlfeststellung<sup>45</sup>. Hiermit werden Problemfälle behandelt, in welchen es nicht nachgewiesen werden kann, durch welche Handlung ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist, z. B. durch welchen konkreten Sexualkontakt der/die Geschädigte infiziert wurde<sup>46</sup> oder welcher von mehreren vorsätzlichen Schüssen tödlich war<sup>47</sup>. Diese Konstellationen gelten als unproblematisch und werden uns nicht weiter beschäftigen. Viel problematischer ist die *echte* alias *ungleichartige*, gesetzesalternative Wahlfeststellung. Die gesetzesalternative Wahlfeststellung ermöglicht es dem Tatrichter, einen Angeklagten alternativ wegen zweier (oder gar mehrerer<sup>48</sup>) verschiedener gesetzlicher Tatbestände zu verurteilen, wenn (a) sicher feststeht, dass er entweder das eine oder das andere Delikt begangen haben muss und (b) wenn sich aber nicht feststellen lässt, welchen von beiden er verwirklicht hat. Salopp formuliert: Der Angeklagte hat sich nach irgendeinem Tatbestand strafbar gemacht. Offen bleibt lediglich durch welches konkrete Verhalten<sup>49</sup>. Mit letzterer Fallgruppe möchte ich mich auseinandersetzen.

## 3. Diebstahl – Hehlerei

Des Weiteren möchte ich mich auf die Problematik der echten Wahlfeststellung bei Diebstahl und Hehlerei konzentrieren. Dafür sprechen erstens *historische Gründe*: Die Konstruktion der Wahlfeststellung beruht auf Richterrecht, das vom Reichsgericht ausgerechnet für die Alternative von Diebstahl oder Hehlerei entwickelt wurde<sup>50</sup>. Eine solche Einengung der hier zu untersuchenden Problematik liegt auch aus *praktischen Gründen* nahe. *Wolter* berichtete im Jahre 1987, dass von 1948 bis Anfang 1986 es allein in der Rechtsprechung des OGH und des BGH 117 Wahlfeststellungen zwischen Diebstahl und Hehlerei gegeben habe – die

---

45 Vgl. nur *Ott*, in: KK StPO (Anm. 36), § 261 Rdn. 69 a m. w. N.

46 BGHSt. 36, 264, 269.

47 BGH NJW 1957, 1643.

48 Vgl. etwa OLG Hamm NSTZ-RR 2008, 143.

49 Vgl. etwa BGHSt. 1, 302; 11, 26; 15, 63.

50 BGH, Beschl. v. 28.01.2014 – 2 StR 495/12, Rdn. 5 m. w. N. = NSTZ 2014, 392 ff.

Hälfte sämtlicher Wahlfeststellungskonstellationen<sup>51</sup>. Auch aus diesem Grund gehe es bei jener Konstellation um die „Parade-Alternativität“<sup>52</sup>.

#### 4. Die Beweiswürdigung als bottom-up Prozess

Fassen wir jetzt das bisher Ausgeführte zusammen: Infolge der richterrechtlichen Konstruktion der *gesetzesalternativen Wahlfeststellung* wird ein Tatrichter dazu ermächtigt, einen Angeklagten zu verurteilen, wenn er über die (hinreichende) Überzeugung verfügt, dass eines von zwei (oder mehreren) Delikten verwirklicht wurde, es aber nicht feststeht, welches. Auffallend ist dabei, dass sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung (vorsichtigerweise) nicht auf Details der Beweisproblematik eingehen. Diskutiert werden nur Probleme rechtlicher Natur<sup>53</sup>. Hier möchte ich also gerade dieser Problematik nachgehen, indem ein intensiverer Zugriff auf die Beweissituation, mit welcher der Tatrichter bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung konfrontiert ist, unternommen wird. Betrachten wir diesbezüglich einige typische Beweiskonstellationen aus der Literatur und Rechtsprechung.

(1) A wurde am 17. Dezember 2003 mit Gegenständen angetroffen, die zwischen dem 09. Dezember und 12. Dezember 2003 bei einem Diebstahl entwendet worden waren<sup>54</sup>.

(2) A ist in der Nähe des Tatortes mit entwendeten Sachen aufgegriffen worden; er behauptet jedoch unwiderlegbar, er hätte die Gegenstände – allerdings ungewöhnlich billig – auf offener Straße von einem Unbekannten erstanden<sup>55</sup>.

(3) Die Strafkammer legt zunächst die Umstände dar, die den Verdacht begründen, dass der Angeklagte selbst als Dieb des Radios in Frage kommt. Als solche erwähnt es die Tatsache, dass der Angeklagte bereits wenige Tage (zwei bis drei Tage) nach der Entwendung des Radios in dessen Besitz angetroffen wurde, und dass der Angeklagte, der an sich Kunde des bestohlenen Autohauses in N. war, das Radio in W. einbauen ließ. Dass sich dieser Verdacht für die Strafkammer nicht zur Gewissheit verdichtet, liegt daran, dass der Angeklagte in

---

<sup>51</sup> Wolter (Anm. 42), S. 28.

<sup>52</sup> Wolter (Anm. 42); Hruschka, JZ 1970, 637, nennt das den „klassischen Fall“.

<sup>53</sup> Das soll selbstverständlich nicht heißen, dass Beweiswürdigungsprobleme aus juristischer Warte irrelevant sind; ähnlich Freund, Festschrift für Wolter, S. 55.

<sup>54</sup> Kudlich, JuS 2005, 236 f.

<sup>55</sup> Montenbruck (Anm. 41), S. 15.

seiner Berufungsschrift geltend macht, er habe das Radio von seinem Vater erhalten<sup>56</sup>.

(4) Bei den Angeklagten wurden im Rahmen von Durchsuchungen jeweils Gegenstände sichergestellt, die nach Überzeugung der Strafkammer entweder von den Angeklagten als Mittäter – möglicherweise neben anderen Tätern – in dem (für die Einzeltaten näher konkretisierten) Tatzeitraum zwischen dem 26. März 2007 und dem 20. Juni 2009 gestohlen worden waren, oder die sie vor Beginn der Durchsuchung am 23. Juni 2009 durch Hehlerei erlangt hatten. Die Strafkammer hat die Angeklagten insoweit wegen Diebstahls gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB *oder* gewerbsmäßiger Hehlerei im Sinne der §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB verurteilt<sup>57</sup>.

Den oben skizzierten Konstellationen (Fälle 1–4), die zugleich typische Fälle der gesetzesalternativen Wahlfeststellung darstellen, können wir eine gemeinsame/generische Struktur entnehmen:

*A* ist mit entwendeten Sachen aufgegriffen worden. Ob *As* Verhalten die subjektiven Tatbestandsmerkmale (mindestens) eines der zwei Delikte verwirklicht, konnte allerdings nicht geklärt werden ( $P_1$ ).

Das Tatgericht ist sodann gezwungen, „ohne eindeutige Grundlage“ zu verurteilen, wenn es verurteilen will<sup>58</sup>. Die „Undeutigkeit“ bei der Beweisgrundlage besteht also darin, dass die subjektiven Tatbestandsmerkmale der in Betracht kommenden Delikte nicht nachgewiesen werden konnten. Es kann nämlich nicht mit hinreichenden Gründen gezeigt werden, ob der *A* die entwendeten (beweglichen) Sachen einem anderen in der *Absicht* weggenommen hat, um die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig *zuzueignen*, oder ob er an einer Vortat anknüpfend sich als Hehler verhält. Denn auch wenn die herkömmliche Unterteilung der beweisbedürftigen Tatsachen in innere und äußere m.E. problematisch ist, so steht es gleichwohl fest, dass Gegenstand des Beweises zunächst einmal (innere und äußere) Tatsachen sind<sup>59</sup>.

Dessen ungeachtet, ob *A* behauptet, er habe die Gegenstände etwa auf offener Straße von einem Unbekannten erstanden (vgl. 3. Fall), nämlich ob er behauptet, er habe ohne den von §§ 242, 259 StGB erforderlichen Vorsatz gehandelt – denn das Recht des Angeklagten, zu schweigen, verbietet es aus dem Schweigen zum Tatvorwurf Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten zu ziehen<sup>60</sup>, §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs., 2, 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, Art. 6 Abs. 1 und 2

---

<sup>56</sup> OLG Celle NJW 1988, 1225.

<sup>57</sup> BGH 2. StR (Anm. 50), Rdn. 2.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 30.06.1960 – 2 StR 275/60.

<sup>59</sup> Kühne (Anm. 32), Rdn. 752.

<sup>60</sup> Vgl. BVerfG NSTZ 1995, 555; BGH NSTZ 1999, 47.

EMRK –, darf ihm das Tatgericht ohne Überzeugung, die sich über sämtliche Tatbestandsmerkmale erstreckt, (nämlich ohne gesetzlichen Beweis, §§ 244 Abs. 2, 261, 263 Abs. 1, 267 Abs. 1 StPO, Art. 6 Abs. 2 EMRK) kein nachteiliges Strafurteil zugrunde legen<sup>61</sup>. Mit anderen Worten: Die vermutete Unschuld des Angeklagten wird nur beim Vorhandensein des gesetzlichen Beweises (Beweis jenseits vernünftiger Zweifel und zwar Beweis, der sich auf alle Tatbestandsmerkmale erstreckt) widerlegt<sup>62</sup>. Darauf hat die Rechtsprechung hingewiesen<sup>63</sup>:

„Es ist zu beachten, daß bloßer ‚Besitz‘ einer ‚bemakelten‘ Sache noch kein Sicherverschaffen iSd StGB § 259 Abs. 1 durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter darstellt (hier: Lagerung gestohlener Sachen in einem gemeinsamen Keller eines auch von einem der Angeklagten bewohnten Hauses). Das bloße Verwahren oder vorübergehende Einlagern von Diebesbeute erfüllt den Tatbestand des Absetzens oder der Absatzhilfe nur dann, wenn zur Verwahrung oder Einlagerung Begleitumstände hinzutreten, die für den Vortäter einen Beginn des Absetzens bedeuten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Verwahrer den Absatz bereits versucht, er das Diebesgut in Verkaufskommission übernimmt oder es mit dem Ziel lagert, die Durchführung eines bereits feststehenden Absatzplanes zu ermöglichen.“

Betrachten wir jetzt noch einmal unsere Grundproblematik bzw. die Voraussetzungen einer wahldeutigen Verurteilung: Erforderlich ist, „dass innerhalb der verfahrensgegenständlichen prozessualen Tat (§ 264 StPO) nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten der Sachverhalt nicht in einer solchen Weise aufgeklärt werden kann, die die Feststellung eines bestimmten Straftatbestandes ermöglicht“<sup>64</sup>. Diese Aussage – die selbstverständlich typisch für die Argumentationsart bei der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung ist – ist per se nicht problematisch. Erst in Zusammenhang mit dem zweiten Teil der Argumentation sind wir bei der eigentlichen Problematik der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung angelangt. „Damit wir also den Angeklagten wahldeutig verurteilen können, muss sicher festgestellt sein, dass der Angeklagte einen von mehreren in Betracht kommenden Tatbeständen verwirklicht hat“<sup>65</sup>.

Diesbezüglich drängt sich folgende Frage auf: Wie kann es sein, dass das Tatgericht *einerseits* feststellt, dass der Angeklagte einen von mehreren Tatbeständen verwirklicht hat – sodass es ihm nachgewiesen werden kann, dass sein Verhalten alle Tatbestandsmerkmale (inkl. der subjektiven) verwirklicht

<sup>61</sup> BGHSt. 10, 208f.

<sup>62</sup> Vgl. Kotsoglou, ZIS 2014, 33; ders., Rechtslehre 45 (2014), S. 243–276.

<sup>63</sup> OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2000 – Ss 84–85/00–57–58, Ss 84/00–57, Ss 85/00–58 –, juris.

<sup>64</sup> BGH, Beschl. v. 05.03.2013 – 1 StR 613/12 = NSTZ 2014, 42.

<sup>65</sup> BGH 1. StR (Anm. 64).

hat, – ohne *andererseits* zugleich den Sachverhalt in einer solchen Weise aufklären zu können, sodass wir von einem klassischen und eher (aus prozessualer Sicht) unproblematischen Fall der Konkurrenz reden können? Wohlgemerkt: Eine Strafrechtsdogmatik-basierte Antwort muss weit über die sog. Kriterien einer „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“<sup>66</sup> zwischen den in Betracht kommenden Delikten hinausgehen, die entweder pseudo-empirisch<sup>67</sup> (wie ließe etwa sich die behauptete Vergleichbarkeit verifizieren?) oder harmlos sind, zumal sie auf einer trivialen (weil: alltäglichen) Binsenweisheit beruhen. Der nicht ins Detail gehenden Sicht des Laien kontrapunktiert das Recht mit der Erforderlichkeit einer analytischen (rechtsdogmatischen) Betrachtung der Tatbestandsmerkmale der in Betracht kommenden Delikte. Denn das Strafurteil ist kein bloß intuitiver, vom Gefühl getriebener Vorgang, sondern das Resultat eines analytischen Prozesses, wo der Tatrichter bestimmte Fragen beantworten soll und zwar, ob er hinreichend davon überzeugt ist, dass alle positiven sowie negativen Tatbestandsmerkmale erfüllt worden sind. Ausgerechnet dieser analytische Vorgang, d. s. die Urteilsgründe, muss, obwohl er „zwar (regelmäßig) erst im Rahmen der mündlichen Urteilsverkündung verfasst“ ist, protokolliert werden. Er stellt „die wesentlichen Züge des Überzeugungsbildungsprozesses des Gerichts bei der Urteilsbegründung dar“<sup>68</sup>.

## 5. Zur Struktur von §§ 242, 259 StGB

An die Stelle einer „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“, die eigentlich einen Verzicht auf überprüfbare Zuschreibung desselben Prädikats signalisiert, soll also eine rechtsdogmatische Betrachtung beider Delikte treten.

---

<sup>66</sup> Vgl. etwa BGHSt. 9, 390, 392ff.; eine rechtsethische Gleichwertigkeit ist nach der Rspr. des BGH dann gegeben, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände, die den Unrechtscharakter der Straftatbestände ausmachen, den möglichen Taten im Rechtsempfinden der Allgemeinheit eine ähnliche sittliche Bewertung zuteilwird; psychologische Gleichwertigkeit liegt nur bei einer einigermaßen gleichgearteten seelischen Beziehung des Täters zu den alternativ in Frage kommenden Verhaltensweisen vor.

<sup>67</sup> Vgl. auch *Frister*, in: *Nomos Kommentar StGB*, 4. Aufl. 2013, Nachbem. zu § 2 Rdn. 88: „Vom Gesetz unterschiedlichen Tb zugewiesenes Verhalten kann also nicht unter Berufung auf außer-gesetzliche Maßstäbe (,rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit‘, ,Identität des Unrechtskerns‘, o. ä.) als in Wahrheit artgleiches, ein und ders. Verhaltensnorm unterfallendes Unrecht behandelt werden, so dass eine Verurteilung auf alternativer Gesetzesgrundlage mit einer Berufung auf die Identität der verletzten Verhaltensnorm nicht zu legitimieren ist“; *Schuhr* (Anm. 40), S. 440.

<sup>68</sup> Beide Zitate: BVerfG NJW 2004, 209, 210 f.



Während bezüglich des Delikts des Diebstahls der (vorsätzliche) Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams erforderlich ist, muss die Sache, um die es bei der Hehlerei gehen soll, durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt worden sein<sup>69</sup>. In diesem Sinne kann die Rede nur davon sein, dass die Hehlerei an eine (strafbare) Vortat anknüpft. Damit sind wir allerdings nicht am Ende unserer Betrachtung. Denn es reicht selbstverständlich nicht aus, dass jemand eine Sache entgegennimmt, die unmittelbar aus einer rechtswidrigen Tat stammt. Neben der Absicht, sich selbst oder einen Dritten zu bereichern, ist der Vorsatz bezüglich der Vortat erforderlich. Die argumentative Basis der Gesamtkonstruktion der Gesetzesalternativen Wahlfeststellung, nämlich dass feststeht, der Angeklagte muss eines von beiden Delikten verwirklicht haben, impliziert zugleich, dass der Tatrichter Kernelemente, die beide Straftaten konstituieren, nachweisen konnte. Eine vorsichtige(re) Betrachtung ergibt allerdings ein ganz anderes Bild, welches der Gesetzesalternativen Wahlfeststellung eine klare Absage erteilt. Die typische (generische) Beweislage dort, wo die Gesetzesalternative Wahlfeststellung eingreifen und ein Strafurteil ermöglichen soll, ist wie oben gezeigt folgende: Der A ist mit als entwendet gemeldeten Sachen aufgegriffen worden (P<sub>1</sub>). *Mangels Nachweises* des subjektiven Tatbestandes sowohl des Diebstahls als auch der Hehlerei, enthält die Schnittmenge bei dieser Beweislage, nicht alle Tatbestandsmerkmale beider Delikte, sodass die Aussage: „Der Angeklagte muss eines von beiden Delikten verwirklicht haben“ jeglicher Grundlage entbehrt. Wie ich an anderer Stelle erläutert habe: „Die Frage, welche der zwei Varianten, z. B. Diebstahl oder Hehlerei vorliege, verdeckt die eigentliche Frage, ob der Angeklagte die Tatbestandsmerkmale eines der beiden Delikte überhaupt rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat“<sup>70</sup>. Was man bzw. der Tatrichter bei dieser Beweislage als erwiesen ansehen darf, ist nur der bloße Besitz von bemakelten Sachen. Früher (Abschn. u. III.4.) wurde allerdings betont, dass ausgerechnet die Rechtsprechung akzeptiert, dass dem „bloßen Besitz einer bemakelten Sache“ keineswegs das Sicherverschaffen i. S. d. StGB § 259 Abs. 1, die Wegnahme als intentionale Handlung oder die rechtswidrige Zueignungsabsicht i. S. d. 242 Abs. 1 StGB gleichgesetzt werden können.

Denn vom bloßen Besitz bis zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit Zueignungsabsicht oder bis zum Handel mit Sachen, die von einem anderen gestohlen oder unterschlagen wurden und sich nicht im Eigentum der Handelnden befinden, ist es nicht nur ein semantischer bzw. beweisanalytischer (§ 261,

<sup>69</sup> Pars pro toto *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 8. Aufl. 2014, § 47 Rdn. 3.

<sup>70</sup> *Kotsoglou*, ZIS 2014, 32 m. w. N.

267 StPO), sondern auch ein rechtsstaatlicher Sprung<sup>71</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht Art. 103 Abs. 2 GG von dem rechtsstaatlichen Grundsatz aus, „dass keine Strafe ohne Schuld verwirkt wird“<sup>72</sup>. Dieser Grundsatz wurzelt in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG verfassungskräftig geschützten Würde und der Eigenverantwortlichkeit des Menschen<sup>73</sup>. Zwar erklärt eine Reihe von Straftatbeständen den bloßen Besitz bestimmter Tatobjekte wie Betäubungsmittel (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG) oder kinderpornographische Schriften (§ 184 b Abs. 4 Satz 2 StGB) für strafbar<sup>74</sup>. Allerdings: Weder handelt es sich bei der Diebesbeute um solche Fälle noch ist der „Besitz“ Teil des Straftatbestandes von §§ 242, 259 StGB.

Die Rechtsprechung verfährt implizit auf diese Weise. Im Folgenden werde ich diesbezüglich zeigen, dass beide Konstruktionen, die diese Gleichsetzung schultern könnten, nämlich die Annahme einer „strict liability“ (vgl. Abschn. III.5.a) sowie das Postulieren einer Schuldvermutung (vgl. Abschn. III.5.b) rechtsstaatlich verboten wären, sodass wir von einem Verstoß gegen die Verfassung reden.

### a) Strict liability?

Die Konstellation eines Strafurteils, welches ohne Nachweis der subjektiven Tatbestandsmerkmale verhängt werden darf, verweist *erstens* auf die Problematik der Strafhaftung ohne Verschulden. Bei der sog. *absolute* oder *strict liability* handelt es sich um eines der Kinder der industriellen Revolution, wo der Gesetzgeber meist in angelsächsischen Rechtssystemen Strafen allein an den *actus reus* anknüpft<sup>75</sup>. Die Konstruktion des *actus reus* erfordert nur den Nachweis der Tatbegehung durch den Angeklagten als Schuldzuweisungsvoraussetzung. Im Gegenteil verlangt die Konstruktion der *mens rea* (*actus non facit reum nisi mens sit rea*), dass beim Täter ein *guilty mind* vorhanden ist<sup>76</sup>, nämlich eine innere Beziehung des Angeklagten zum (deliktischen) Geschehen.

<sup>71</sup> Deutlich in dieselbe Richtung *Frister*, in: NK (Anm. 67), Nachbem. zu § 2 Rdn. 88: „Daraus kann man nur den Schluss ziehen, dass das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip auch für die Frage der Artgleichheit des Unrechts gelten muss, der Gesetzesanwender also auch insoweit nicht dazu befugt sein kann, seine eigenen Wertungen an die Stelle des Gesetzes zu setzen.“

<sup>72</sup> Siehe etwa BVerfGE 25, 285; 9, 169; 20, 331; 23, 132; 25, 283; 45, 259; 50, 139; 54, 108; 91, 27; 96, 140.

<sup>73</sup> BVerfGE 25, 285.

<sup>74</sup> Monographisch dazu *Eckstein*, Besitz als Straftat, 2001, S. 17 et passim.

<sup>75</sup> *Niklaus Schmid*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl. 1993, S. 186 m. w. N.

<sup>76</sup> *Niklaus Schmid* (Anm. 75), S. 182.

Von der Verfassungswidrigkeit solcher (hypothetischen) Konstruktionen abgesehen<sup>77</sup>, ist hier die Rede von einer *Gesetzestechnik*. Die triviale Feststellung, dass beim *actus reus* subjektive Merkmale nicht zum Tatbestand gehören, erstickt jegliche Diskussion bezüglich geltender Tatbestände des deutschen StGB im Keim. Denn sowohl das Delikt des Diebstahls (§ 242 StGB) als auch dasjenige der Hehlerei (§ 259 StGB) gehen weit über einen „bloßen Besitz bemakelter Sachen“ hinaus und erfordern nicht nur die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache als ein blinder Kausalität unterworfenen Ereignis, sondern als ein zielgerichtetes, intentionales Handeln. Und wie *Fischer* unmissverständlich betont: „Das Gesetz versteht den Begriff der Schuld als Vorwerfbarkeit tatbestandlichen Verhaltens; also als Verantwortung für die Folgen normwidrigen Verhaltens“<sup>78</sup>. Egal wie man die Frage nach der Schuld beantwortet, verhindert der Norminhalt beider Normen, dass der Besitzer der bemakelten Sachen wegen nur eines oder beider Delikte verurteilt wird. Die Behauptung, dass man wahldeutig verurteilt wird, weil man angeblich eines von beiden verwirklicht haben muss, hält der Kritik nicht stand. Dass die Wahlfeststellung solange eingesetzt worden ist – von (Rechts-)Anwendung darf nicht die Rede sein – bezeugt das kollektive Versagen der Rechtsprechung, sich an Gesetz und Recht zu halten (Art 20 Abs. 3 GG).

## b) Schuldvermutung?

Eine weitere denkbare Rechtsfigur, die die gesetzessalternative Wahlfeststellung schultern könnte, wäre die stillschweigende Annahme einer Schuldvermutung beim Vorliegen des bloßen Besitzes bemakelter Sachen. Nach *Rosenberg* versteht man unter Schuldvermutungen solche Gesetze, „die die kriminelle Straffolge an einen äußeren Tatbestand anknüpfen“<sup>79</sup>. Bereits zu Zeiten der Entwicklung der gesetzessalternativen Wahlfeststellung von Seiten des Reichsgerichts war allerdings klar, dass „Präsumtionen im engeren Sinne positive Rechtssätze des Inhalts sind, dass ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein

<sup>77</sup> Ein strafrechtlicher Vorwurf setzt nach BVerfGE 20, 331 strafrechtliche Schuld voraus: „Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.“

<sup>78</sup> *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, Vorb. zu §§ 19 bis 21 – Hervorhebungen des Autors nicht übernommen.

<sup>79</sup> *Rosenberg*, Die Beweislast, 3. Aufl. 1953, S. 3.

gewisser Umstand als bewiesen angenommen werden soll<sup>80</sup>. Eine solche *Schuldvermutung*, wo etwa der bloße Besitz bemakelter Sachen als Vermutungsbedingung einer (vermuteten) Schuld angesehen wird, findet sich im deutschen Strafrecht nicht. Obwohl die gängige Definition von „Schuld“ (Schuld als Vorwerfbarkeit tatbestandlichen Verhaltens), wie *Zeitler* bezüglich der Problematik der Strafe ohne Schuld bemerkt<sup>81</sup>, nicht besonders viel besagt und keine Antwort auf die Frage liefert, *welcher Art* jene Vorwerfbarkeit ist, ist zumindest das, was sie besagt, besonders aufschlussreich. Ohne irgendeine Art von „Innerlichkeit eines Menschen“<sup>82</sup>, nämlich einer inneren Beziehung des Angeklagten zum deliktischen Geschehen kann keineswegs die Rede von Schuld sein. Jedenfalls: Art. 6 Abs. 2 EMRK, dem ein grundrechtsgleicher Status zukommt, schliesse solche Konstruktionen aus. Schuldvermutungen stellten einen Verstoß gegen die Grundrechte des Angeklagten dar<sup>83</sup>.

## IV. Die Wahlfeststellung als Zombie-Norm

Im zweiten Teil dieser Studie (u. II.) wurde gezeigt, weshalb kriminalpolitische Überlegungen dazu führen, höhere oder niedrigere Anforderungen an den Nachweis einer Straftat zu stellen. Erstere werden umgesetzt, indem ein Beweisstandardverschiebungsmechanismus in Gang gesetzt wird, zwecks Erreichung einer Balance zwischen Freiheit und Sicherheit, nämlich zwischen Befriedungs- und Orientierungsfunktion des Strafrechts. Im Vordergrund dieser Überlegungen wurde ferner deutlich gemacht, dass die wahldeutige „Verurteilung“ des Angeklagten nicht im Rahmen des oben skizzierten Spannungsfeldes positioniert werden kann. Der Mechanismus anhand dessen Beweisstandards angehoben oder gesenkt werden, kann von seinem Theoriedesign her einen *Verzicht* auf den Nachweis einer Straftat nicht umfassen. Denn anders als beim Drogenbesitz (§ 29 BtMG) oder beim Besitz kinderpornografischer Schriften (§ 184 b Abs. 4 Satz 2 StGB)<sup>84</sup> kann man dem „bloßen Besitz bemakelter Sachen“ (P<sub>1</sub>) keine Tat-

<sup>80</sup> von *Burckhard*, Die civilistischen Präsumtionen, 1866, S. 193.

<sup>81</sup> *Zeitler*, Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch, 1899, S. 17 f.

<sup>82</sup> *Zeitler* (Anm. 81), S. 17.

<sup>83</sup> Bei § 190 StGB handelt es um ein anderes Problem; vgl. nur *Binding* (Anm. 21), S. 1214: „Diese Satzung ist einfache Folge der Rechtskraft des Urteils. Die Tatsache der Begangenschaft, soll nicht als erwiesen betrachtet werden: Sie ist erwiesen“.

<sup>84</sup> Der Besitz kinderpornografischer Schriften (§ 184 b Abs. 4 Satz 2 StGB) ist ein Auffangtatbestand, der hinter den Tatbestand des Sichverschaffens dieser Schriften (§ 184 b Abs. 4 Satz 1 StGB) zurücktritt; BGH NStZ 2009, 208.

bestandsqualität beimessen oder gar den Unrechtsgehalt beider Delikte (Diebstahl und Hehlerei) darauf reduzieren. Art. 6 Abs. 2 EMRK verbietet es, dass die Frage, was denn passiert, wenn es dem Gericht nicht gelingt auch unter Heranziehung sämtlicher Erkenntnis- und Beweismittel alle wesentliche Merkmale der einschlägigen Tatbestände zu beweisen, anders als mit einem Freispruch beantwortet wird<sup>85</sup>. Und da wir eine Freiheitsentziehung ohne Eingriffsrechtfertigungs-

---

**85** Dabei geht es u. a. um die Frage, welche positiv-rechtliche Norm oder welches Rechtsprinzip den Freispruch anordnet. Ich habe an anderer Stelle (*Kotsoglou*, ZIS 2014, 31 ff.) gezeigt, wie wir auf den Satz „in dubio pro reo“ verzichten und mithilfe vom Art. 6 Abs. 2 EMRK eine Freispruchsdogmatik ausarbeiten können. *Stuckenberg*, ZIS 2014, 462, wirft mir vor, ich hätte diese These aus Ignoranz als „neu“ behandelt. Nichts trifft weniger zu. Neben *Sarstedt* (siehe meinen Aufsatz, ZIS 2014, 34 m. w. N.), der ebenfalls den Satz in dubio pro reo als sinnleer kritisiert hat, wird von mir auch der Ansatz *Montenbrucks* berücksichtigt (*Montenbruck*, In dubio pro reo, 1985; sein Name wird drei Mal im Haupttext erwähnt: *Kotsoglou*, ZIS 2014, 33, 39, 40; vgl. auch Fn. 10, 11, 12, 24, 27, 33, 73, 100, 133, 137), dessen Meinung ich fortentwickelt und systematisiert habe. Einen Anspruch auf „Neuartigkeit“ habe ich also keineswegs erhoben. *Stuckenberg* verweist ferner auf seine Dissertation (Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 461 f.), wo man die (in meinem Aufsatz angeblich vermisste) einschlägige Literatur finden könne. Dort erörtert er auch das Problem der Einheit des Rechts bzw. die Frage, ob die „bloße Existenz“ der Tatsachen eine Rechtsfolge auslösen kann. Im Grunde genommen knüpft *Stuckenberg* (a. a. O., S. 460 Fn. 104 und S. 462 Fn. 109) an die Argumentation *Kelsens* (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 246) an; vgl. ebenda das umfassende Zitat *Kelsens*, welches *Stuckenberg* verwendet, um seine Argumentation zu schultern. In Fn. 57 meines Textes (ZIS 2014, 36) zitiere ich die gleiche Stelle! Sein Vorwurf, ich hätte die einschlägige Literatur nicht beachtet, entbehrt i. d. S. jeglicher Grundlage.

Nicht nur das: *Stuckenberg* glaubt sogar, eine Diagnose für meine angebliche Ignoranz liefern zu können. Er schreibt: „Als neu kann diese Sicht nur ausgeben, wer wie *Kotsoglu* (ibid. S. 33) die ‚übliche Vorgehensweise‘ der Auswertung bisheriger Literatur für hinderlich hält“. Auch dabei handelt es sich um ein krasses Missverständnis. Denn die „übliche Vorgehensweise“ (nämlich die Berücksichtigung der bisherigen Literatur und Entwicklung einer eigenen Meinung, ohne sich allerdings um die Grundlagen der Dogmatik zu kümmern) bei Rechtswissenschaftlern kritisiere ich, nicht weil ich sie „hinderlich“ finde – dieses oder ein ähnliches Wort findet sich nicht in meinem Text –, sondern weil ich sie als unzureichend ansehe. Ich verzichte hierbei auf eine Aufzählung aller Autoren, die dem Phänomen der „exegetischen Spirale“ kritisch nachgegangen sind. Erwähnen möchte ich hier nur den Wissenschaftsrat, der in seinem Bericht zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen“, 2012, S. 35, die „Gegenüberstellung von dogmatischen und Grundlagenfächern“ als „dysfunktional“ kritisierte. Ich darf pars pro toto auch *Jestaedt*, JZ 2014, 1, erwähnen, der dasselbe Phänomen als „Methodenisolationsismus“ bezeichnet, sowie *Pawlik*, der an mehreren Stellen (siehe etwa *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. VII) die Provinzialisierung der Strafrechtswissenschaft scharf kritisiert. Ich habe also keineswegs dafür plädiert, die bisherige Literatur „außer Acht zu lassen“, sondern „Ausschau nach anschlussfähigen Ansätzen in den Nachbarwissenschaften zu halten – und dies, ohne dabei ihren Untersuchungsgegenstand, nämlich das positive Recht, aus dem Auge zu verlieren.“ (*Kotsoglou*, ZIS 2014, 45). Übrigens: In den 145 Fußnoten meines Textes wird auf alle relevanten Ansätze in der Literatur eingegangen. Ich darf aus den oben genannten

voraussetzungen haben, nämlich ohne ein förmliches Gesetz (Art. 2 Abs. 2 Satz 3, 104 Abs. 1 GG), handelt es sich bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung um einen sich vom Beweisstandardverschiebungsmechanismus nicht gedeckten Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Rechte des Angeklagten und damit um einen Verstoß gegen das Grundgesetz. Keine angeblich „kriminalpolitische Notwendigkeit“ könnte die Beweisstandards derart „senken“, damit wir von einem Verzicht auf den Nachweis eines Delikts reden dürften<sup>86</sup>.

Mit anderen Worten: Das, was für manche ein „strafprozessuales Aschenputtel“<sup>87</sup> ist und dessen Dienste womöglich überflüssig wurden, ist für andere eine *Zombie-Norm*<sup>88</sup>. Ähnlich wie die sog. „*zombie-economics*“<sup>89</sup> (d. s. Theorien, die trotz massiver logischer Inkonsistenzen sowie Unfähigkeit, die sog. Finanzkrise zu diagnostizieren, weiterhin eingesetzt werden), vermag unsere *Zombie-Norm* nicht, ein Mindestmaß an Rationalität aufzuweisen oder sich in das geltende Rechtssystem einzugliedern. Trotz massiver Probleme operiert man weiter damit, weil man sich nicht über (elementare) beweisrechtliche Axiome Klarheit verschafft hat. Und selbst „kriminalpolitische Notwendigkeiten“ vermögen nicht, eine *Zombie-Norm* zu instrumentalisieren, um ein angebliches „Ewigkeitsproblem“<sup>90</sup> zu lösen.

Die Aussage, dass in Fällen, die die gesetzesalternative Wahlfeststellung zu lösen beansprucht, (irgend-)ein Strafgesetz erfüllt sei, beruht auf einem (krassen) Fehler, nämlich auf einer *petitio principii*<sup>91</sup>. Die Aussage, dass bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung der Täter Schuld auf sich geladen und damit Strafe verdient habe, weil er irgendeine Straftat begangen habe, aber unklar sei welche, lenkt uns von der unumstrittenen Tatsache ab, dass es dem jeweiligen Tatgericht nicht gelungen war, alle (inkl. der subjektiven) Tatbestandsmerkmale mindestens eines Delikts nachzuweisen. Ohne Nachweis irgendeines Delikts wird bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellungsproblematik nun die Frage gestellt, welches

---

Gründen vermuten, dass *Stuckenberg* meinen Text nicht mit allzu großer Vorsicht gelesen hat. Dass er meinen Namen falsch zitiert (*Kotsoglu* statt *Kotsoglou*) ist allerdings kein Indiz dafür, denn ich kann nicht ausschließen, es handele sich dabei um einen Tippfehler.

**86** Ähnlich *Freund*, Festschrift für Wolter, S. 49.

**87** Begriff bei *Stuckenberg*, ZIS 2014, 462, S. 472; kritisch dazu *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 169 f.

**88** Ähnlich *Freund*, Festschrift für Wolter, S. 54, der vom „Unwesen gesetzeswidriger Wahlfeststellung“ spricht.

**89** Begriff bei: *Quiggin*, *Zombie Economics: How Dead Ideas Still Walk Among Us*, 2012.

**90** *Jahn*, JuS 2013, 1045.

**91** Diese Einsicht erklärt uns, warum die Auffassung, es gehe bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung um eine prozessuale Entscheidungsregel (dazu *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 168 m. w. N.), überflüssig ist.

Delikt denn verwirklicht wurde: ein blindes Herumtappen. Dabei geht es also nicht um höhere oder niedrigere Anforderungen an den Beweis – kriminalpolitische Überlegungen spielen hierbei durchaus eine Rolle –, sondern um den inakzeptablen (weil: verfassungswidrigen) Verzicht auf den Nachweis eines Delikts. Denn erst dann kann es feststehen, dass der Angeklagte sich entweder nach der einen oder anderen Strafvorschrift strafbar gemacht hat, wenn der dazu ermächtigte Richter bezüglich aller Tatbestandsmerkmale über eine (hinreichende) Überzeugung verfügt. In diesem Sinne ging es beim Gebrauch von Begriffen wie „Überzeugung“, „Straftat“, „Nachweis“ etc. um einen Missbrauch der Rechtsprache bzw. der Semantik derselben Rechtsbegriffe. *Wittgenstein* hat diesen Gedanken auf den Punkt gebracht:

„Wenn ich sage ‚ich habe den Mann fest im Zimmer eingeschlossen – nur eine Tür ist offen geblieben‘ – so habe ich ihn eben gar nicht eingeschlossen. Er ist nur zum Schein eingeschlossen“<sup>92</sup>.

Auf unsere Problematik gewendet: Die Rechtsprechung hat sich nur die Illusion gebildet, sie sei im „Irrgarten der Wahlfeststellung“<sup>93</sup> verlaufen. Das Dilemma, vor welches sie sich eigenverantwortlich gestellt hat, war bestenfalls trügerisch. Solange der Tatrichter alle Tatbestandsmerkmale beider Delikte nicht nachweisen kann, ist das Schema Diebstahl/Hehlerei keine „closed world assumption“<sup>94</sup>, sodass man sich entscheiden müsste, welches von beiden Delikten verwirklicht wurde. D. h.: Wir befinden uns noch bei der „Ob-Frage“, nicht bei der „welches-Delikt-Frage“.

Dass zwei Verdachtsurteile sich nicht zu einer hinreichenden Schuldfeststellung saldieren lassen<sup>95</sup>, gilt bekanntermaßen als eines der Axiome des geltenden Beweisrechts. Das Fehlen einer beweisrechtlichen Debatte, wovon am Anfang dieser Studie die Rede war (u. I.), vermag m. E. zu erklären, weshalb solche Axiome nicht beachtet bzw. nicht verinnerlicht werden (konnten).

---

<sup>92</sup> *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe, Bd. 1, 1984, S. 225–618, § 99.

<sup>93</sup> *Dreher*, MDR 1970, 369.

<sup>94</sup> *Reiter*, Artificial Intelligence 13 (1980), S. 84.

<sup>95</sup> So *Alwart*, GA 1992, 565; ebenso *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, § 5/44.

## V. Anhang: Zur aktuellen Lage in der Rechtsprechung

Nachdem in den ersten vier Teilen dieser Studie eine rechtsdogmatische Annäherung bzw. eine begriffliche Artikulation der gesetzessubstitutiven Wahlfeststellung aus der Sicht des Rechts – und nicht nur des Beweisrechts – unternommen wurde (siehe Abschn. IV.), können wir unsere Aufmerksamkeit auf die fünf BGH-Beschlüsse lenken, die neulich zum Thema Verfassungsmäßigkeit jener richterrechtlichen Konstruktion Stellung bezogen. Bekanntlich beabsichtigt der 2. Strafsenat des BGH in seinem überraschenden aber lange erwarteten Beschluss folgendes zu entscheiden:

- „1. Die richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG.
2. Eine wahldeutige Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei ist daher unzulässig“<sup>96</sup>.

Daher fragt er gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG bei den übrigen vier Strafsenaten an, ob sie der beabsichtigten Entscheidung zustimmen und entgegenstehende Rechtsprechung aufgeben. Im Folgenden werde ich nicht der üblichen Vorgehensweise bei (Einzel-)Urteilsbesprechungen folgen, da dies den Rahmen dieser Studie sprengen würde. Statt den Beschlüssen sukzessiv nachzugehen, möchte ich im Folgenden *erstens* (u. V.1.) den Beschluss des zweiten Strafsenats zusammenfassen und aufgrund der hier gewonnenen Erkenntnisse rekonstruieren und *zweitens* (u. V.2.) mich auf einzelne aber zusammenhängende Punkte der vier übrigen Beschlüsse fokussieren und letztere systematisch betrachten<sup>97</sup>. Denn bis auf einzelne Punkte, die von dem einen oder anderen Strafsenat erwähnt werden, wiederholt sich eine ähnliche Argumentationslinie.

<sup>96</sup> BGH, Beschl. v. 28.01.2014 – 2 StR 495/12 = NStZ 2014, 392ff.; vgl. dazu *Jahn*, JuS 2014, 753–756; *Schuh*, NStZ 2014, 437–441; *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461–472; *Markus Wagner*, ZJS 2014, 436–443.

<sup>97</sup> Es handelt es sich nämlich um (a) um den Beschluss des 1. Strafsenats vom 24.06.2014 – 1 ARs 14/14 = NStZ-RR 2014, 308, (b) um den Beschluss des 3. Strafsenats vom 30.09.2014 – 3 ARs 13/14 = NStZ-RR 2015, 39, (c) um den Beschluss des 4. Strafsenats vom 11.09.2014 – 4 ARs 12/14 = NStZ-RR 2015, 40, und (d) um den Beschluss des 5. Strafsenats vom 16.07.2014 – 5 ARs 39/14 = NStZ-RR 2014, 307. Soweit ersichtlich ist das Format einer Sammelurteilsanmerkung nicht geläufig und jedenfalls mir unbekannt. Und ich bin der Meinung, dass es keine zwingenden Argumente für die eine oder andere Alternative gibt. Ich habe mich für eine systematische Betrachtung der vier übrigen Beschlüsse entschieden, aus Gründen der Denkökonomie und Praktikabilität.



## 1. Der Beschluss des 2. Senats

Der Anfragebeschluss erging aufgrund einer Revision gegen ein Strafkammerurteil, das den ersten Angeklagten wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in neunzehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren, den zweiten Angeklagten in achtzehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt hatte. Auch dabei ging es um die sog. Parade-Alternativität (vgl. Abschn. III.3.). Aber wie war eigentlich die Beweislage beim Urteil der Strafkammer? Der 2. Strafsenat erklärt: „Bei den Angeklagten wurden im Rahmen von Durchsuchungen jeweils Gegenstände sichergestellt, die nach Überzeugung der Strafkammer entweder von den Angeklagten [...] gestohlen worden waren, oder die sie [...] durch Hehlerei erlangt hatten“ (Rdn. 2). Auch hier haben wir es also mit der gleichen Beweiskonstellatation zu tun, deren generische Struktur wir als  $P_1$  bezeichnet haben (vgl. Abschn. III.4.). Nachgewiesen werden konnte also nur der Besitz bemakelter Sachen. Der mangelnde Nachweis subjektiver Tatbestandsmerkmale wurde praeter legem durch die Annahme einer rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit beider Delikte kompensiert. „Da es an einem gemeinsamen Tatbestandsmerkmal fehlt, wird dies in Gestalt einer – angeblichen – rechtsethischen „Vergleichbarkeit“ fiktiv ergänzt“, merkt der 2. Strafsenat unmissverständlich an (Rdn. 26).

Der 2. Strafsenat entfaltet nun seine offensive Argumentationsstrategie und betont, dass Elemente wie „Einzelfallgerechtigkeit“ oder „kriminalpolitische Bedürfnisse“, die oben skizzierte Lücke nicht füllen können (Rdn. 32). Denn der Nachweismangel, so die Diagnose des Senats, führe nicht zur Anwendung einer der in Frage kommenden Strafnormen (Diebstahl *oder* Hehlerei), sondern zur Verurteilung aufgrund eines „Rumpftatbestandes“ (Rdn. 26 m. w. N). Die Verurteilung beruhe praktisch auf einer ungeschriebenen dritten Norm, nämlich auf einer nach unserer Terminologie Zombie-Norm (vgl. Abschn. IV.), die den bloßen Besitz bemakelter Sachen und zwar ohne Nachweis der erforderlichen und vom Strafgesetz vorgeschriebenen Tatbestandsmerkmale bestraft. Dadurch wird allerdings dem grundgesetzwidrigen Konzept der *strict liability* (vgl. Abschn. III.5. und 6.) Tür und Tor geöffnet. Die strafbegründend wirkende „Verschleifung“ der ins Spiel kommenden Tatbestände (§§ 242, 259 StGB) führe nämlich zu einer verfassungswidrigen „Entgrenzung“ (Rdn. 19, 26), die in dem Verzicht auf den Nachweis einer seelischen Beziehung des Angeklagten (*nota bene*: nicht des Täters) zum deliktischen Geschehen besteht. Es geht also dabei nicht um die *Höhe* der Anforderungen an den Nachweis einer Straftat, sondern um deren *Erfüllung*.

Die Diagnose der Problematik seitens des 2. Strafsenats ermöglicht es ihm, die Frage „*welches* von beiden Verbrechen wurde begangen?“ durch die richtige

Frage „wurde es überhaupt nachgewiesen, dass ein Verbrechen begangen wurde?“ zu ersetzen. Und da bei der typischen Beweiskonstellation ( $P_1$ ) der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung die Antwort negativ ausfällt bzw. aus (verfassungs-) rechtlichen Gründen negativ ausfallen muss, so soll auch die Rede von einem Verstoß gegen den uneinschränkbaren Art. 103 Abs. 2 GG sein, immer wenn der Angeklagte auf wahldeutiger (im Sinne des Grundgesetzes: unbestimmter) Grundlage verurteilt wird (Rdn. 31). Denn das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass der Tatrichter *sämtliche tatsächliche Voraussetzungen* des Straftatbestandes (inkl. der subjektiven Tatbestandsmerkmale) feststellt (Rdn. 24).

Alles in allem: Der 2. Strafsenat verfolgt m. E. eine richtige Argumentationsstrategie und erklärt, dass – ungeachtet, ob es sich dabei um eine prozessuale Gestaltung handelt (Rdn. 24; vgl. dazu Abschn. V.2.a) – die richterrechtliche Konstruktion der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung gegen den sich nur auf die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit beziehende Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Denn der Tatrichter verurteilt aufgrund einer ungeschriebenen dritten Norm, die nicht Teil des Handlungen definierenden und Strafraumen bestimmenden materiellen Strafrechts ist.

## 2. Die übrigen Strafsenate des BGH

Die positive Aufnahme, die der Beschluss des 2. Strafsenats bei relativ großen Teilen der Literatur fand<sup>98</sup>, ist mit der Haltung der übrigen vier Strafsenate des BGH zu kontrastieren, die zeitnah beschlossen, ihre bisherige Rechtsprechung nicht aufzugeben.

Jene Strafsenate des BGH haben in unterschiedlich detaillierten Beschlüssen auf ihre „ständige Rechtsprechung“ verwiesen und somit deutlich gemacht, dass sie an ihrer Rechtsprechung festhalten<sup>99</sup>.

### a) Zu Art. 103 Abs. 2 GG

Alle vier Strafsenate sind sich darüber einig, dass die gesetzeshalterne Wahlfeststellung nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt; denn bei der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung handele es sich um eine „prozessuale Ent-

---

<sup>98</sup> Freund/Rostalski, JZ 2015, 164–170; Wagner, ZJS 2014, 443–446; Jahn, JuS 2014, 753–756; Schuhr (Anm. 16), S. 437–441; vgl. Stuckenberg, ZIS 2014, 461–472.

<sup>99</sup> Etwa BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 2.

scheidungsregel“, auf welche Art. 103 Abs. 2 GG keine Anwendung findet<sup>100</sup>. Eine Verfahrensregel, die eigentlich (nur) mit dem Entscheidungsprozess zu tun habe, gehöre nicht in den Regelungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG. Die gesetzessalternative Wahlfeststellung konstituiere nicht strafbares Verhalten, sondern lege nur fest, „in welcher Weise das Gericht in einer bestimmten prozessualen Situation prozessual zu reagieren hat“<sup>101</sup>.

Gehen wir jetzt schrittweise dieser Argumentation nach. Zuerst wird betont, dass immer dann, wenn ein Sachverhalt nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten nicht hinreichend nachgewiesen werden kann, der Angeklagte nach dem sog. Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen sei. Eine Ausnahme im Fall der „Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts“ bilde die gesetzessalternative Wahlfeststellung, wo es aber feststehe, dass eines von beiden in Frage kommenden Delikte verwirklicht wurde<sup>102</sup>. Denn ein Freispruch aufgrund doppelter Anwendung des Zweifelssatzes wäre in diesem Fall, wo ein strafloses Verhalten des Angeklagten mit Sicherheit ausscheide, „schlechthin unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“<sup>103</sup>. Aus demselben Grund sei auch die Unschuldsvermutung nicht betroffen<sup>104</sup>. Ich bin nun der Meinung, dass dieses Argument nicht einmal auf den ersten Blick überzeugend ist, denn die Annahme, bei der gesetzessalternativen Wahlfeststellung gehe es um eine Verfahrens-, oder Entscheidungsregel, hält der Kritik nicht stand.

Alle vier Strafsenate gehen von der Annahme aus, dass im Strafverfahren eine Beweiskonstellatation wie die „Nichtaufklärbarkeit“ denkbar ist, sodass entweder der Satz „in dubio pro reo“ oder dessen Ausnahme, d. i. die gesetzessalternative Wahlfeststellung eingreifen solle. Unter „Nichtaufklärbarkeit“ ist die Beweissituation zu verstehen, in der der Tatrichter weder von der Schuld noch von der Unschuld des Angeklagten (hinreichend) überzeugt ist<sup>105</sup>. Damit also die unliebsame Situation eines *non-liquet* vermieden werden kann, bräuchten wir eine fiktive, nicht positivierte *Entscheidungsnorm*, die uns vorschreibt, wie der

---

**100** BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 3–6; BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 4 f.; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 4 f.; BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 3–5; vgl. aber BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 13: „Da somit die Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG durch die Wahlfeststellung nicht berührt werden, kann letztlich dahinstehen, ob es sich bei den Grundsätzen der Wahlfeststellung um eine prozessuale Entscheidungsregel (als Ausnahme zu dem Grundsatz in dubio pro reo) handelt, auf die Art. 103 Abs. 2 GG schon grundsätzlich keine Anwendung findet“.

**101** BGH 1 StR (Anm. 97), Rdn. 5.

**102** BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 5; BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 7; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 9; BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 4.

**103** BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 4.

**104** BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 15.

**105** Siehe etwa *Frisch*, Festschrift für Henkel, 1974, S. 273 ff.

Tatrichter zu verfahren hat, d. i. eine Norm, die die *non-liquet*-Situation beendet, indem sie eine Entscheidung und dadurch ein Urteil anordnet.

Ich habe mich an anderen Stellen ausführlich mit dieser Problematik auseinandergesetzt<sup>106</sup>. In aller gebotenen Kürze werde ich mich nur auf folgenden Punkt beschränken: Die oben skizzierte Vorannahme ist das Resultat des mangelnden Verständnisses der Unschuldsvermutung bzw. deren normativen Gehalts. Generell herrscht die Meinung, dass die Unschuldsvermutung keinen normativen Gehalt habe und bloß eine Hilfsnorm sei<sup>107</sup>. Aus diesem Grund müssten wir andere, fiktive Normen wie den Satz in dubio pro reo oder die Wahlfeststellung heranziehen. Ein vorsichtiger Blick auf die Literatur zum Thema „gesetzliche Vermutungen“<sup>108</sup> generell und „Unschuldsvermutung“<sup>109</sup> insbesondere macht allerdings schnell deutlich, dass die Beweissituation des *non-liquet*, nämlich der Nichtaufklärbarkeit, im modernen Strafverfahren bereits begrifflich unmöglich ist. Denn Art. 6 Abs. 2 EMRK schreibt vor, dass der Angeklagte als unschuldig zu behandeln ist und ggf. freigesprochen werden soll, *es sein denn* der gesetzliche Beweis (d. i. der Beweis jenseits vernünftiger Zweifel) liegt vor<sup>110</sup>. Die daraus resultierende Handlungsanweisung an den Tatrichter „sprich den Angeklagten frei, es sei denn Du bist von seiner Schuld hinreichend überzeugt“ ist nicht einfach eine (unter mehreren) prozessuale Entscheidungsregel, sondern eine positivierte Norm, die einen Grundrechtsstatus hat<sup>111</sup> und andere fiktive Normen wie der Satz „in dubio pro reo“ sowie dessen Ausnahmen verdrängt. Die Unschuldsvermutung ist die prozessuale Norm schlechthin, die zusammen mit §§ 244 Abs. 2, 261, 267 StPO den Entscheidungsprozess der Tatrichter konstituiert. Die Frage im Strafverfahren lautet nicht, was man tun soll, wenn man Zweifel hat, sondern wie viel bzw. welche Zweifel die vermutete Unschuld (nota bene: nicht die Unschuldsvermutung selbst) widerlegen können. Die Frage der „Nichtaufklärbarkeit“, nämlich das angebliche Problem, welches der selbstwiderlegende Satz „in dubio pro reo“<sup>112</sup> oder dessen Ausnahme, die Gesetzesalternative Wahl-

**106** Kotsoglou, ZIS 2014, 33; ders., Rechtstheorie 45 (2014), S. 243.

**107** Stuckenberg, ZStW 111 (1999), S. 452; monographisch dazu ders. (Anm. 85); darauf verweisen explizit auch die BGH-Strafsenate: BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 6; BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 8–10, 12; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 8, 10, 17; 5 StR (Anm. 97), Rdn. 3.

**108** Vgl. nur Ullman-Margalit, Journal of Philosophy 80 (1983), S. 147 ff.

**109** Roberts/Zuckerman (Anm. 13), S. 220 ff.

**110** Kotsoglou, ZIS 2014, 44 f.

**111** In Deutschland gilt die Unschuldsvermutung als eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG und genießt somit Verfassungsrang, BVerfGE 22, 254, 265; 82, 106, 114.

**112** Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sowohl im angelsächsischen als auch im kontinentalen Raum kommen nur die „vernünftigen Zweifel“ (reasonable doubts) in Betracht.

feststellung zu lösen beanspruchen, und bei welchem es sich um eine Bedingung der ganzen Problematik handelt, ergibt in jeder Rechtsordnung, wo die Unschuld (oder etwa die Schuld) vermutet wird, keinen Sinn. Jene Konstruktionen sind bedeutungslos, da sie im Rahmen des Strafverfahrens keinen sinnvollen Gebrauch finden<sup>113</sup>. Der Angeklagte erhält seinen *default*-Status (Unschuld) aufrecht, es sei denn das Tatgericht weist seine Schuld nach. In diesem Sinne liefert die Rechtsprechung die richtige Antwort auf die falsche Frage.

Jeder Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK ist zugleich ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG), welches die Unschuldsvermutung gewährleistet, wie übrigens der 3. Strafsenat selbst betont<sup>114</sup>. Die eigentliche Frage lautet also, ob wir im Fall der gesetzalternativen Wahlfeststellung eine Beweiskonstellatation haben, die dem Rechtsbegriff „gesetzlicher Beweis“ (Art. 6 Abs. 2 EMRK) unterfällt.

## b) Über den „gesetzlichen Beweis“

Alle vier Strafsenate behagen mit ähnlicher Argumentation – nur mit variierender argumentativer Intensität – die oben gestellte Frage. Und sie beschränken sich – erwartungsgemäß – auf die Standardformulierung, dass der Angeklagte wahldeutig nur dann verurteilt werden darf, wenn nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten einer der in Betracht kommenden Sachverhalte mit Sicherheit ver-

---

Kann der Tatrichter als epistemischer Agent all seine vernünftigen Zweifel ausräumen, dann ist er epistemisch berechtigt, den Angeklagten zu verurteilen. Die zwei Molekularsätze [MS], die das strafrechtlich relevante dubium betreffen, können wir also folgendermaßen skizzieren:

Besteht ein vernünftiger Zweifel → Freispruch = pro reo [MS<sub>1</sub>]

Besteht kein vernünftiger Zweifel → Verurteilung = contra reum [MS<sub>2</sub>]

Aus dem ursprünglichen (einheitlichen) dubium entpuppen sich, wie gezeigt wurde, zwei Varianten: MS<sub>1</sub> und MS<sub>2</sub>. Letztere (MS<sub>2</sub>) ist allerdings die von der Rechtsprechung in mehreren Ländern als Beweiskriterium verwendete prozessuale Denkfigur „Beweis jenseits vernünftiger Zweifel/ proof beyond a reasonable doubt“. Der (rechtlich relevante) Unterschied ist, dass das Beweiskriterium die dogmatische Konstruktion für die Auslegung des § 261 StPO und die an die tatrichterliche Überzeugung zu stellenden Anforderungen ist. Der konkurrierende in dubio pro reo-Satz entbehrt jeglicher gesetzlichen Grundlage. Der in dubio pro reo-Satz entfaltet also eine äußerst schwache analytische Funktion. Weder unterscheidet er zwischen vernünftigen und nicht-vernünftigen Zweifeln noch sieht er das erforderliche Quantum des Zweifels vor. Seine „heuristische Kraft“ ist somit äußerst begrenzt und daher schneidet er im Vergleich zu seinen „Konkurrenten“ sehr schlecht ab.

<sup>113</sup> Kotsoglou, ZIS 2014, 46 et passim.

<sup>114</sup> BGH 3 StR (Anm. 97), Rdn. 15 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

wirklicht wurde<sup>115</sup>. Unsere beweisrechtliche, bottom-up Analyse (vgl. Abschn. III.4.) hat allerdings unmissverständlich gezeigt, dass dies keineswegs der Fall ist. Nachgewiesen werden kann im Fall einer Gesetzesalternativen Wahlfeststellung nur der Besitz bemakelter Sachen. Die Strafsenate verwenden ihre ganze argumentative Energie, um die Frage zu beantworten, welches Verbrechen begangen wurde, und vergessen dabei, die zentrale Frage zu beantworten, ob überhaupt ein Verbrechen nachgewiesen werden konnte. Alle vier Strafsenate des BGH begehen damit einen schwerwiegenden logischen Fehler, der bekanntlich unter anderen Umständen eine Revision begründen würde<sup>116</sup>. Es wird vom Vorhandensein des *probandum* ausgegangen, während ausgerechnet diese Frage beantwortet werden muss: das Paradebeispiel einer *petitio principii*.

Aus den vier Beschlüssen sticht diesbezüglich die Argumentation des 3. Strafsenats hervor. Betroffen sei nicht das „Ob“ der Strafbarkeit, so der 3. Strafsenat, sondern das „Wie“ der Schuldspruchfassung und Rechtsfolgenbestimmung<sup>117</sup>. Ähnlich sei nicht die Konjunktion „Ob“, so der 4. Strafsenat, sondern der logische Operator „oder“ von rechtlicher Relevanz<sup>118</sup>. Doch, kann die formale Logik *unsere* Beweisprobleme lösen? Wie kann man bloß verkennen, dass man sich im Bereich der formalen Logik nicht mit der *Nachweisbarkeit* der Prämissen, sondern mit der zwingenden *Ableitbarkeit* der Konklusion aus nicht in Frage zu stellenden Prämissen auseinandersetzt? Und geradezu um diese Prämissen (Tatbestandsmerkmale) handelt es sich beim Strafverfahren. *Wir* (im Strafverfahren) haben es also mit dem alethischen Modus „wahrscheinlich“ zu tun, während die formale Logik, derer sich die vier Strafsenate im Anschluss an Teile der Literatur<sup>119</sup> aus unerklärlichen Gründen bedienen, es mit dem Modus „notwendig“ zu tun hat<sup>120</sup>. Mit anderen Worten: Die formale Logik studiert das gültige Ableiten von Schlüssen, welche sich mit Notwendigkeit aus den Prämissen ergeben<sup>121</sup>. Sieht man nicht ein, dass wir es hierbei mit einer kategorisch anderen Problematik zu tun haben, so erleidet der Diskurs einen Kommunikationszusammenbruch (communication

**115** BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 4; BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 5; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 8; BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 4.

**116** Dazu *Kotsoglou*, ARSP 99 (2013), S. 241–251.

**117** BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 7.

**118** BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 9 m. w. N.

**119** Siehe etwa *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; differenzierter *Hruschka*, JZ 1970, 642.

**120** Notwendig, möglich und wahrscheinlich sind die drei alethischen Modi; siehe nur *von Wright*, Handlung, Norm und Intention: Untersuchungen zur deontischen Logik, 1977, S. 1 et passim.

**121** Für eine ausführliche Kritik der Anwendung formallogischer Methoden im Recht siehe *Kotsoglou*, Rechtstheorie 45 (2014), S. 243–276.

breakdown), da gewisse den Diskurs tragenden Topoi nicht von allen Diskursmitgliedern beachtet werden.

Das jeweilige Tatgericht kann also nur um den Preis eines logischen Fehlers (Zirkelbeweis) einerseits nicht überzeugt sein, dass ein bestimmter Tatbestand erfüllt ist, während es aber überzeugt ist, dass die Rechtsfolge (Strafe) begründet ist<sup>122</sup>. Denn der jeweilige Tatbestand, von dessen Vorhandensein das jeweilige Tatgericht nicht überzeugt ist, ist geradezu eine Bedingung des Strafausspruchs. Mit anderen Worten: Es kann nicht sein, dass der Tatrichter vom Vorhandensein des Ganzen und nicht vom Vorhandensein des Teils überzeugt ist.

Der Tatrichter ist erst dann ermächtigt eine Strafe zu verhängen, wenn er hinreichend überzeugt ist, dass etwa sämtliche Tatbestandsmerkmale von §§ 242 oder 259 StGB (d. h.: nicht der bloße Besitz bemakelter Sachen) nachgewiesen wurden<sup>123</sup>. Die vier übrigen Senate machen genau das Gegenteil: Erst sind sie davon überzeugt, dass die Strafe zu verhängen ist, um sodann sich die Frage nach dem die Strafe auslösenden Sachverhalt zu stellen – allerdings: um den Preis der Rationalität der zugrunde liegenden Argumentationsstruktur.

Ferner wird das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Gleichwertigkeit als unbedenklich angesehen<sup>124</sup>. Dabei handele es sich sogar um eine „weitere einschränkende Voraussetzung“<sup>125</sup>. Die Frage, ob *dieses* Kriterium über die erforderliche seelische Beziehung des Täters zum deliktischen Geschehen die Kriterien des Gesetzgebers (d. s. die subjektiven Tatbestandsmerkmale) ersetzen darf, wird stillschweigend bejaht. Ähnlich wird davon ausgegangen, dass die Verhaltensweise, worauf die Wahlfeststellung beruht, nämlich der „Besitz bemakelter Sachen“ die Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Strafnorm ersetzen kann. Wie oben gezeigt (Abschn. III.4.), handelt es sich dabei nicht um ein bipolares Prädikat (= Kriterium), welches sowohl bejaht als auch verneint werden könnte. Denn neben der bloßen Behauptung, „psychologische Gleichwertigkeit erfordert eine einigermaßen gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zu den mehreren in Frage stehenden Verhaltensweisen“<sup>126</sup>, werden keinerlei Indikatoren angegeben, um jene seelische Beziehung als nachgewiesen anzusehen.

---

122 Anders *Stuckenberg*, ZIS 2014, 463.

123 BGHSt. 10, 208; technisch formuliert: Immer dann, wenn man unter Ungewissheit eine Entscheidung trifft, wird ein Sachverhalt *p* als wahr behandelt, *weil* man überzeugt ist, dass *p* der Fall ist. Es trifft also nicht zu, dass man überzeugt ist, dass der Sachverhalt *p* der Fall ist, *weil p wahr ist*.

124 BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 4, 15; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 14.

125 BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 4.

126 BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 4.

### c) Ermächtigung

Der dritte Problembereich, der sich aus naheliegenden Gründen wie ein roter Faden durch die vier Beschlüsse zieht, betrifft die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage jener richterrechtlichen Figur. Alle vier Strafsenate sind sich darüber einig, dass der Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung und dem Schrifttum die Ausarbeitung einer Wahlfeststellungsdogmatik überlassen hat, sodass wir von einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht reden können<sup>127</sup>. Verwiesen wird auf die Begründung des „Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes“ (Strafrechtsvereinigungsgesetz; BT-Drucks. I/3713 S. 19). Dort hat der Gesetzgeber erklärt, dass er keinen besonderen Anlass dazu sieht, den vom Alliierten Kontrollrat aufgehobenen § 2b StGB<sup>128</sup> wieder einzuführen. Denn in der höchstrichterlichen Rechtsprechung war schon damals anerkannt worden, dass die gesetzessubstitutive Wahlfeststellung nicht ausgeschlossen war: „Unter diesen Umständen wird die Frage, wie die Grenzen für die Zulässigkeit von wahlweisen Schuldfeststellungen zu ziehen sind, auch in Zukunft der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen werden können“ (BT-Drucks. I/3713 S. 19).

Diesbezüglich muss eine rechtstheoretische Differenzierung vorgenommen werden. Die Frage, ob die jeweilige Strafrechtsdogmatik *Rechtsetzung* oder *Rechtsauslegung* ist, hat längst wesentlich an Brisanz verloren. Sie kann als nutzlose Polemik entlarvt werden<sup>129</sup>. Denn unsere Grundintuition, dass der Gesetzgeber weder omnipräsent bzw. omnipotent sein kann noch will, ist schwer zu leugnen. Er „vermag bestenfalls Akzente zu setzen“<sup>130</sup>. Dem Gesetzgeber fehlt es erstens an der „nötigen Muße“ und zweitens an dem „erforderlichen Sachverstand“<sup>131</sup>, um alle Kontexte zu antizipieren, in denen ein bestimmter Rechtsbegriff angewendet werden kann (vgl. Abschn. I.). Selbst im angeblichen Reich der strikten, grammatischen Auslegung, nämlich im Strafrecht, hat der Gesetzgeber zentrale Fragen wie die Deutung des Vorsatzes bzw. Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit – die ggf. den Unterschied zwischen wenigen Monaten oder mehreren Jahren im Gefängnis ausmachen kann – „bewußt nicht geregelt, ihre Klärung vielmehr der Rechtsprechung und der Wissenschaft überlas-

**127** BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 1; BGH 1. StR (Anm. 97), Rdn. 10–13; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 5; differenzierter der BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 6.

**128** KontrollRABL. 55; ausführlich dazu *Stuckenberg*, ZIS 2014, 464 f.

**129** Ähnlich *Schuhr* (Anm. 11), S. 219; ausf. dazu *Kotsoglou*, in: *Schuhr* (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, S. 73–122 (94–104).

**130** *Simitis*, AcP 172 (1972), S. 134.

**131** Beide Zitate *Schuhr* (Anm. 11), S. 120.



sen<sup>4132</sup>. Daraus ergibt sich, dass die Einwände gegen die Bejahung einer Entscheidungsermächtigung bei der echten Wahlfeststellung *nicht* grundsätzlicher Natur sind.

Denn der Gesetzgeber hat hierbei nicht bewusst auf die *Definition* eines Rechtsbegriffs verzichtet (vgl. § 11 Abs. 1 und 2 StGB). Er hat auf die *Positivierung* bzw. Wiedereinführung einer richterrechtlichen Konstruktion verzichtet. Und dabei handelt es sich um eine völlig andere Problematik. Anders als bei den Rechtsbegriffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, die erst von der Dogmatik (Rechtsprechung und Literatur) konkretisiert und systematisiert werden, ist die gesetzessalternative Wahlfeststellung keine auslegungsbedürftige positiv-rechtliche *Norm*, sondern eine Konstruktion, die außerhalb der Semantik von Art. 103 Abs. 2 GG liegt. Daran würde selbst die Wiedereinführung des § 2b RGStGB nichts ändern<sup>133</sup>. Denn die einschlägige Norm, die lautete: „Steht fest, dass jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter nach dem mildesten Gesetz zu bestrafen“<sup>4134</sup>, vermag nicht den bei dieser Konstellation innewohnenden logischen Fehler zu beheben. Damit es feststehen kann, dass „eines von mehreren Strafgesetzen“ begangen wurde, brauchen wir Nachweis sämtlicher Tatbestandsmerkmale (vgl. Abschn. III.5.) der in Frage kommenden Delikte und nicht den Pseudo-Nachweis der dritten ungeschriebenen Norm (d. i. des Rumpftatbestandes).

Der Satz, welcher von den vier Senaten verdächtig oft wiederholt wird, nämlich dass die Strafbarkeit des Verhaltens vom Gesetzgeber und nicht vom Richter festgelegt werde<sup>135</sup>, wird durch die Tatsache widerlegt, dass bei der Wahlfeststellung nur der bloße Besitz bemakelter Sachen nachgewiesen wird. Die Rede kann also nicht davon sein, dass die Wahlfeststellung die Voraussetzungen bestimmt, „unter denen das Verhalten des Angeklagten als strafbar zu qualifizieren ist“<sup>4136</sup>. Denn genau das tut sie: ohne Ermächtigung neue Voraussetzungen be-

---

**132** Wessels, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1987, § 2 I 3 Rdn. 55; ähnlich bezüglich der Problematik der gesetzessalternativen Wahlfeststellung Freund, Festschrift für Wolter, S. 38: „Es ist nicht etwa die Aufgabe des Strafgesetzgebers, ganz bestimmte Verhaltensnormen für alle erdenklichen Situationen festzulegen.“

**133** Eine gesetzliche Grundlage für die gesetzessalternative Wahlfeststellung, welche Stuckenberg, ZIS 2014, 471, als „wünschenswert“ ansieht, würde daran nichts ändern; vgl. Freund, Festschrift für Wolter, S. 37.

**134** Der Alliierte Kontrollrat hat § 2b StGB mit Kontrollratsgesetz Nr. 1141 aufgehoben.

**135** BGH 1 StR (Anm. 97), Rdn. 8–10, BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 6; BGH 4. StR (Anm. 97), Rdn. 5, 13; BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 1f.

**136** BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 7; vgl. aber BGH 3. StR (Anm. 97), Rdn. 6: „Ob die ungleichartige Wahlfeststellung daneben auch Elemente enthält, die dem materiellen Strafrecht zuzuordnen

stimmen, unter denen die von anderen Strafnormen vorgeschriebenen Straffolgen zu verhängen sind – das Paradebeispiel einer verfassungswidrigen Bestrafung per analogiam.

## VI. Fazit

Alles in allem: Der entstandene Dissens zwischen den Strafsenaten hat zur Folge, dass der Große Senat für Strafsachen, der aus dem Präsidenten und je zwei Mitgliedern der Strafsenate (§ 132 Abs. 2 GVG) besteht, angerufen wird. Es ist auch zu erwarten, dass die Bundesrichter mehrheitlich für das Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung abstimmen werden.

Im Rahmen der noch geltenden Rechtsordnung bliebe sodann den Betroffenen nur der Weg einer Verfassungsbeschwerde übrig. Die Tatsache, dass die gesetzalternative Wahlfeststellung außerhalb des Schwankungsbereichs der akzeptablen (d. s.: minimalen und maximalen) Anforderungen an den Nachweis einer Straftat und damit des rechtlich möglichen Beweismaßes liegt, begründet eine Unvereinbarerklärung. Weder der Große Senat für Strafsachen noch „Helios“ (Sonne) darf, so *Heraklit*, „seine Maße [metron] überschreiten, sonst würden ihn die *Erinyen*, die Helferinnen der *Dike* [Gerechtigkeit] ausfindig machen“<sup>137</sup>. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht seiner Rolle als „Helferin der Gerechtigkeit“ (Art. 103 Abs. 2 GG) gerecht werden wird. Das (seltsame) Argument, welches das Bundesverfassungsgericht neulich bezüglich des § 257 c StPO verwendet hat – nämlich die geringe Zeit, die die Richter zur Verfügung hatten, um jene Regelung vollständig zu verinnerlichen<sup>138</sup>– wird bezüglich einer jahrzehntealten Konstruktion nicht zum Einsatz gebracht werden können.

Des Weiteren lässt sich fragen, ob die Betroffenen Notwehrmaßnahmen gegen die Vollstreckung des Strafurteils ergreifen können und sollen. *Freund* empfiehlt den Betroffenen „sich dagegen zu wehren“<sup>139</sup>. Diesbezüglich: Es mag

---

sind, kann offen bleiben“. Es lässt sich über diese Aussage wundern, denn man muss geradezu diese Möglichkeit ausschließen, um zum Ergebnis zu kommen, die Wahlfeststellung wirke dabei nicht strafbarkeitsbegründend.

**137** *Heraklit*, DK 22 B 31.

**138** BVerfGE 133, 168.

**139** *Freund*, Zum Streit beim BGH um die Wahlfeststellung. Keine Gerechtigkeit ohne Gesetzlichkeit. Online abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-ungleichartige-wahlfeststellung-straftrecht-diebstahl-hehlerei/2> (Stand: 12.06.2015); es ist allerdings zu beachten, dass sich diese oder eine ähnliche Aussage in dem Aufsatz, der nach dem Beschluss des 2. Strafsenats erschienen ist (*Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164 ff.), nicht wiederfindet.

sein, dass der Gesetzgeber der Rechtsdogmatik die Erweiterung der positiv-rechtlichen Normen durch dogmatische Rechtssätze überlassen hat<sup>140</sup>. Die Kompetenz allerdings, darüber zu *entscheiden*, hat nur das zuständige Gericht. Selbst wenn der Große Senat für Strafsachen Axiome und fundamentale Erkenntnisse des (Beweis-)Rechts missachtet und das Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung bestätigt, so wird sein Urteil (leider) Rechtskraft und damit Geltung erlangen. Der einzige Unterschied wird sein, dass jenes Urteil nichts mehr als ein seiner Gerechtigkeit beraubter Zwangsakt sein wird, welcher nur äußerlich Teil der Rechtsordnung ist: ein von jener *Zombie-Norm* infiziertes *Zombie-Urteil*.

Von Notwehrmaßnahmen ist also dringend abzuraten. Wehren sich die Verurteilten gegen die Vollstreckung des Strafurteils (§ 32 StGB), so wird ihr Verhalten von derselben Rechtsordnung bzw. vom obersten Gericht auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit als strafbar erklärt, § 113 StGB<sup>141</sup>. Die Betroffenen werden in dem Falle nur mit weiteren Problemen und Strafverfahren rechnen müssen<sup>142</sup>.

Das ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass sowohl die Betroffenen als auch (hoffentlich große) Teile der Gesellschaft bzw. der rechtswissenschaftlichen Community zivilen Ungehorsam leisten und dagegen protestieren können<sup>143</sup>. Und darauf, dass massive soziale Proteste zur Unwirksamkeit und dadurch zur Invalidation/Außerkraftsetzung einer (Straf-)Norm bzw. einer auf einer bestimmten (m. E. unverletzlichen) Normauslegung des Art. 103 Abs. 2 GG beruhenden individuellen Norm (Strafurteil) führen, hat allen voran der prominenteste Rechtsposi-

---

**140** Vgl. BGH 5. StR (Anm. 97), Rdn. 1.

**141** Vollzieht der Vollstreckungsbeamte etwa das Urteil eines Gerichts, so ist nach h.M. nur dessen rechtliche Wirksamkeit, nicht zugleich dessen materielle Richtigkeit zu fordern (*Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 113 Rdn. 11 m. w. N. Ohne hier auf dogmatische Einzelheiten des § 113 StGB eingehen zu können, kann man festhalten, dass die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung zu der objektiven Rechtswidrigkeit des Widerstandes führt; siehe nur *von Bubnoff*, in: *Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 113 Rdn. 41). Denn die Irrtumsregelungen der Absätze 3 und 4 lassen die für die Position des Amtsträgers maßgebliche objektive Rechtslage unberührt.

**142** Auch die angebliche „eo ipso-Nichtigkeit“ der Vollstreckungshandlung sowie des Strafurteils wird dem Betroffenen nicht weiterhelfen. Denn bis zu dem Punkt, in dem ein zuständiges Gericht diese Nichtigkeit *feststellt* (egal ob das Feststellen nur deklaratorischen oder auch konstituierenden Charakter hat), wird der sich wehrende Verurteilte ggf. sich erneut strafbar machen (§ 113 StGB). Das jeweilige Tatgericht und ggf. der BGH werden an ihrer *Rechtsprechung* (d. i.: Verfassungsmäßigkeit der gesetzeshen Alternativen Wahlfeststellung sowie Rechtmäßigkeit der Diensthandlung des Vollstreckungsbeamten) festhalten, genauso wie der Verurteilte an seiner *Meinung* festhalten wird.

**143** Pars pro toto *Paeffgen*, in: NK (Anm. 67), § 113 Rdn. 24. Passiver Widerstand sei als Synonym für zivilen Ungehorsam anzusehen.

tivist *Kelsen* verwiesen<sup>144</sup>. Denn die Beachtung des Gesetzlichkeitsprinzips ist nicht nur Angelegenheit der „Besitzer bemakelter Sachen“ sowie deren Strafverteidiger, sondern der ganzen Gesellschaft.

---

**144** *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 4: „Allerdings muß zugegeben werden, daß eine Norm *ihre Geltung verliert*, wenn die Norm tatsächlich nicht mehr befolgt, oder, wenn nicht befolgt, tatsächlich nicht mehr angewendet wird. Das ist das Problem des Verhältnisses von Soll-Geltung und Seins-Wirksamkeit der Norm, das später des näheren erörtert werden wird.“; noch prägnanter bei *ders.*, in: *Klecatsky* (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, 2010, S. 1207: „Dieser Geltungsverlust kann nur auf zwei Wegen erfolgen. Entweder dadurch, daß eine der in Konflikt stehenden Normen ihre Geltung verliert, weil sie ihre Wirksamkeit verloren hat; *denn ein Minimum an Wirksamkeit ist Bedingung ihrer Geltung*; oder durch Derogation“ – Hervorhebungen nur hier.