

Wiss. Mit. Kathrin Strauß, Münster**

„Qual der Wahl“

THEMATIK	Justizgrundrechte; Straf- und Strafprozessrecht unter verfassungsrechtlichem Blick
SCHWIERIGKEITSGRAD	Anspruchsvoll
BEARBEITUNGSZEIT	5 Stunden
HILFSMITTEL	Textausgaben zum öffentlichen Recht sowie zum Straf- und Strafprozessrecht

■ SACHVERHALT

Bei der Durchsuchung der Wohnung der B in anderer Sache werden mehrere Schmuckstücke gefunden, die einige Wochen zuvor dem O gestohlen worden waren.

Im Laufe des anschließenden Hauptverfahrens gewinnt das Gericht die Überzeugung, dass B die Schmuckstücke entweder selbst gestohlen oder als Hehlerin geschäftsmäßig erworben hat, mithin zumindest eines der beiden Delikte verwirklicht hat. Trotz dieser Überzeugung gelingt es dem Gericht nicht zur vollen richterlichen Überzeugung festzustellen, welcher der beiden Straftatbestände von B verwirklicht wurde. Das Gericht verurteilt B daher im Rahmen einer sog. ungleichartigen Wahlfeststellung wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB oder gewerbsmäßiger Hehleri gem. § 260 I Nr. 1 StGB. Die von B eingelegten Rechtsmittel haben keinen Erfolg.

B ist der Ansicht, dass das Gericht diese Feststellung nicht hätte treffen dürfen. Ihrer Meinung nach handelt es sich bei der ungleichartigen Wahlfeststellung um Richterrecht, das

* Die *Verfasserin* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der Universität Münster (Prof. Dr. *Oliver Lepsius*).

nach Art. 103 II GG im Bereich des materiellen Strafrechts verboten ist. Allenfalls hätte sie aufgrund des Auffangtatbestands der Geldwäsche gem. § 261 StGB verurteilt werden dürfen, aber nicht wegen eines neu geschaffenen Straftatbestandes, der aus zwei bestehenden zusammengesetzt wurde. Es liege aufgrund des strafbarkeitsbegründenden Richterrechts ein Verstoß gegen den Grundsatz nullum crimen sine lege vor, zudem ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes gem. Art. 20 III GG.

Sollte die Wahlfeststellung nicht dem Bereich des materiellen Strafrechts zugeordnet werden, so wäre sie als Teil des Strafverfahrensrechts jedenfalls an den Grundsätzen des Art. 20 III GG zu messen und würde einen Verstoß gegen den daraus abzuleitenden Grundsatz der Unschuldsvermutung darstellen: Wegen des Diebstahls und der Hehlerei hätte jeweils der Grundsatz in dubio pro reo angewendet werden müssen. Sie wäre dann freigesprochen worden. Die unechte Wahlfeststellung weiche so weit von § 261 StPO ab, dass sie über die zulässige Reichweite richterlicher Rechtsfortbildung hinausreiche. Damit habe sie keine gesetzliche Grundlage und verstoße gegen den Vorbehalt des Gesetzes.

Hat eine form- und fristgerecht erhobene Verfassungsbeschwerde der B gegen das Urteil Aussicht auf Erfolg?

Abwandlung

Die Schmuckstücke waren O nicht gestohlen, sondern geraubt worden. B wird wegen gewerbsmäßiger Hehlerei oder wegen Raubes verurteilt. Der übrige Sachverhalt bleibt unverändert. Sie wendet nun zusätzlich ein, dass der Unwertgehalt der beiden Delikte unterschiedlich sei und die Verurteilung es deshalb grundrechtswidrigerweise hinnehme, dass sie im Rahmen der Wahlfeststellung wegen eines Deliktes verurteilt wird, dessen Unwertgehalt sie nicht nach voller richterlichen Überzeugung verwirklicht habe.

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

Gehen Sie davon aus, dass der Tatbestand der Geldwäsche gem. § 261 StGB erfüllt ist, jedoch formell subsidiär sowohl zur gewerbsmäßigen Hehlerei als auch zum Diebstahl und Raub.