

MICHAŁ GŁUCHOWSKI^a

RÓZNORODZAJOWE USTALENIE ALTERNATYWNE W NIEMIECKIM PRAWIE KARNYM

HETEROGENEOUS ALTERNATIVE CONVICTION IN GERMAN CRIMINAL LAW

There is a view prevalent in both German judiciary and German legal literature that, under certain circumstances, the court can convict a person without having determined the type of crime they have committed. Examples include a conviction on the grounds of ‘theft or receiving stolen goods’ in cases when stolen goods have been found in possession of the accused but how they had been obtained was not determined. This practice is not regulated by the statutes and has been considered unconstitutional by some scholars for breaching the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege*, the principle of the presumption of innocence, and the principle of legal certainty. Furthermore, one of the panels of the Federal Court of Justice voiced criticism of heterogeneous alternative convictions in 2014. This article systematizes the practice of alternative conviction in the German criminal procedure, further focusing on the type of the practice that causes most controversy. This is followed by a historical account showing how the legal institution of heterogeneous alternative conviction has developed, as well as covering the conditions for applications and all the doubts of a constitutional nature. The author shares the view of the Grand Panel for Criminal Matters at the Federal Court of Justice and the Federal Constitutional Court, which recognized that the current practice is in no breach of the Basic Law. However, a call is also expressed that alternative convictions be regulated by law.

Keywords: alternative conviction; *Wahlfeststellung*; German law; *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; presumption of innocence; principle of legal certainty; receiving stolen goods

W niemieckim orzecznictwie i w doktrynie dominuje pogląd, że pod pewnymi warunkami możliwe jest skazanie oskarżonego, nawet jeśli sąd nie ustalił, jakiego typu przestępstwa się on dopuścił. Przykładem jest skazanie za „kradzież albo paserstwo”, jeśli u oskarżonego znaleziono skradzione rzeczy, ale nie wykazano, w jaki sposób je uzyskał. Tej nieregulowanej przez ustawę praktyce zarzucano niekonstytucyjność ze względu na naruszenie gwarancji *nullum crimen, nulla poena sine lege*, zasady domniemania niewinności i zasady określoności. Do krytyków różnorodzajowego ustalenia alternatywnego (*echte Wahlfeststellung*) dołączył w 2014 r. jeden z senatów Trybunału Federalnego. Niniejszy artykuł systematyzuje rodzaje ustaleń alternatywnych w niemieckim procesie karnym, a następnie skupia się na ich najbardziej kontrowersyjnej odmianie. Przedstawiono historię kształtowania instytucji prawnej różnorodzajowego ustalenia alternatywnego oraz przesłanki jej stosowania. Omówiono też wszystkie wątpliwości natury konstytucyjnej. Autor zgodził

^a European University Viadrina Frankfurt (Oder), Germany /
Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Niemcy
euv93337@europa-uni.de, <https://orcid.org/0000-0001-5287-1930>

się z Wielkim Senatem do Spraw Karnych Trybunału Federalnego i z Federalnym Sądem Konstytucyjnym, że obecna praktyka nie stanowi naruszenia Ustawy zasadniczej. Niemniej wyrażono postulat uregulowania ustaleń alternatywnych w ustawie.

Słowa kluczowe: ustalenie alternatywne; *Wahlfeststellung*; prawo niemieckie; *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; domniemanie niewinności; zasada określoności; prawo konstytucyjne; paserstwo

I. WPROWADZENIE

W prawie niemieckim, inaczej niż w polskiej karnistyce¹, stosuje się różnorodzajowe ustalenie alternatywne w wyroku skazującym (*echte Wahlfeststellung*). W 2014 r. do głosów uznających tę instytucję prawną za niekonstytucyjną dołączył jeden z senatów karnych Trybunału Federalnego (Bundesgerichtshof), czyli najwyższego sądu niemieckiego w sprawach karnych i cywilnych. Mimo to nadzieje części przedstawicieli doktryny na odejście od tej praktyki szybko legły w gruzach. Wielki Senat do Spraw Karnych Trybunału Federalnego odmówił bowiem odejścia od ugruntowanego orzecznictwa dopuszczającego różnorodzajowe ustalenia alternatywne, a w 2019 r. Federalny Sąd Konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht) potwierdził konstytucyjność tej praktyki.

W nauce niemieckiej pod zbiorczą nazwą *Wahlfeststellung* wyróżnia się dwie kategorie ustaleń alternatywnych², ale jedynie pierwsza z nich będzie przedmiotem pogłębionej analizy. Tą kategorią jest ustalenie alternatywne właściwe, inaczej zwane ustaleniem alternatywnym różnorodzajowym lub ustaleniem alternatywnym co do ustawy (*echte, ungleichartige* lub *gesetzesalternative Wahlfeststellung*). Ta figura prawna może znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy sąd ma pewność, że oskarżony popełnił czyn zabroniony, ale stan faktyczny nie jest wyjaśniony na tyle, by można było ustalić, znamiona którego typu czynu zabronionego on wypełnił – kwalifikacja na podstawie jednego typu przestępstwa wyklucza bowiem kwalifikację na podstawie drugiego typu przestępstwa i odwrotnie³. Koronnym przykładem jest sytuacja, w której u oskarżonego odnaleziono liczne skradzione przedmioty (np. podczas przeszukania „dziupli” samochodowej), ale nie sposób wykazać, czy oskarżony sam dokonał ich zaboru, czy też nabył je od złodziei. W pierwszym przypadku odpowiadałby on za kradzież, a w drugim – za paserstwo (typy podstawowe to odpowiednio § 242 ust. 1 oraz § 259 ust. 1 kodeksu karnego⁴ [StGB]). Przeszłości te się wzajemnie wyklu-

¹ Zob. wyrok SN z 28 października 1968 r., IV KR 188/68, OSNKW 1969, nr 5, poz. 52; Kruzyński (1984): 71–72 z przytoczeniem dyskusji w dawnej polskiej doktrynie.

² Od instytucji *Wahlfeststellung* należy wyraźnie odróżnić spokrewnione figury prawne *Präpendenz* i *Postpendenz* – zob. szerzej np. Joerden (1988): 847–853.

³ Wyrok Trybunału Federalnego z 4 grudnia 1958 r., 4 StR 411/58, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [BGHSt] 12, 386: 389.

⁴ Strafgesetzbuch z 15 maja 1871 r., t.jedn. Bundesgesetzblatt [BGBl.] 1998 I, s. 3322 ze zm.

czają – paserstwo z definicji dotyczy rzeczy zdobytej bezprawnie przez inną niż sprawca osobę. Jeśli zastosuje się zasadę *in dubio pro reo* do każdego z obu możliwych zarzutów w sposób izolowany, to okazałoby się, że oskarżony w ogóle nie odpowie karnie. Odnośnie do zarzutu kradzieży trzeba byłoby przyjąć, że oskarżony otrzymał rzeczy od złodziei, a co do zarzutu paserstwa, że sam je wcześniej ukradł. To rozwiązanie stoi w jaskrawej sprzeczności z poczuciem sprawiedliwości w sensie materialnym⁵, a sprawiedliwość materialna jako element zasady państwa prawa (*Rechtsstaatsprinzip*)⁶ jest dobrem o wysokiej randze konstytucyjnej. Dlatego też orzecznictwo i większość przedstawicieli doktryny opowiadają się za tym, że możliwe jest w tym przypadku skazanie sprawcy. Według dominującego poglądu jako kwalifikację prawną podaje się w sentencji wyroku oba przestępstwa ujęte alternatywnie⁷, czyli np. „kradzież albo paserstwo”, natomiast przy wymiarze kary stosuje się bezspornie ten przepis, który jest w konkretnym przypadku dla sprawcy względniejszy⁸.

Drugi rodzaj ustalenia alternatywnego to ustalenie alternatywne niewłaściwe, inaczej zwane ustaleniem alternatywnym jednorodziejowym lub ustaleniem alternatywnym co do faktów (*unechte, gleichartige* lub *tatsachenalternative Wahlfeststellung*). W tym przypadku pewne jest, jakiego typu czynu zabronionego dopuścił się sprawca. Sądowi nie udało się jednak ustalić, którym z dwóch lub więcej różnych czynów sprawca wypełnił znamiona danego przestępstwa⁹. Klasyczny przykład to złożenie przez świadka sprzecznych ze sobą zeznań podczas różnych przesłuchań – któryś z tych czynów musi wypełniać znamiona składania fałszywych zeznań według § 153 StGB. Innym przykładem jest sytuacja, w której pewne jest, że to sprawca zaraził ofiarę wirusem HIV, ale nie da się określić, podczas którego z wielu aktów współżycia płciowego doszło do transmisji. Ta kategoria nie budzi już sporów w doktrynie¹⁰ co do jej dopuszczalności¹¹. W podanych wyżej przykładach sprawca zostanie skazany za jedno przestępstwo: w pierwszym przykładzie za złożenie fałszywych zeznań¹², a w przypadku zarażenia wirusem HIV – za niebezpieczne uszkodzenie ciała (§ 223 ust. 1, 224 ust. 1 pkt 1 StGB)¹³.

Dalsza część rozważań w niniejszym artykule dotyczy już wyłącznie różnorodziejowych ustaleń alternatywnych.

⁵ Postanowienie 5. Senatu Karnego Trybunału Federalnego z 16 lipca 2014 r., 5 ARs 39/14, *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport* [NSTZ-RR] 2014, 307: 307–308; Günther (1976): 165; Dannecker (2007): 272.

⁶ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 24 lipca 1957 r., 1 BvL 23/52, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [BVerfGE] 7, 89: 92; Wolter (1987): 22.

⁷ Wyrok Trybunału Federalnego z 15 maja 1973 r., 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182: 186; Joerden (1986): 119–120; Hecker (2019): nb. 106 z przytoczeniem odmiennych poglądów.

⁸ Hecker (2019): nb. 107 z dalszymi źródłami.

⁹ Wessels, Beulke, Satzger (2020): 492.

¹⁰ Freund (2013): 43–44; Kotsoglou (2015): 345.

¹¹ Szczegółowe wymogi opisuje Schmitz (2020): nb. 8.

¹² Wyrok Trybunału Federalnego z 8 maja 1952 r., 3 StR 1199/51, BGHSt 2, 351: 352–353; Wessels, Beulke, Satzger (2020): 492.

¹³ Zob. wyrok Trybunału Federalnego z 12 października 1989 r., 4 StR 318/89, BGHSt 36, 262: 268–269; Freund (2013): 44; Schmitz (2020): nb. 9.

II. RYS HISTORYCZNY

Jeszcze przed zjednoczeniem państw niemieckich w ramach Cesarstwa Niemieckiego (Drugiej Rzeszy) w roku 1871 ustalenia alternatywne były unormowane wprost w ustawach niektórych z tych państw¹⁴. Mimo to ustawodawca Cesarstwa Niemieckiego, unifikując procedurę karną, świadomie zrezygnował w 1877 r. z uregulowania ustaleń alternatywnych w przyjętym wtedy kodeksie postępowania karnego¹⁵ (StPO), ponieważ kwestia ta pozostawała sporna w doktrynie¹⁶. Sąd Rzeszy (Reichsgericht), czyli poprzednik Trybunału Federalnego, był początkowo sceptyczny wobec różnorodzących ustaleń alternatywnych. Dopuszczał on skazanie jedynie w niektórych przypadkach alternatywnego wypełnienia znamion w ramach jednego typu czynu zabronionego¹⁷ (np. wymuszenie według § 253 StGB z użyciem albo przemocą, albo groźby¹⁸), ale już kategorycznie odrzucał ustalenia alternatywne między różnymi typami przestępstw¹⁹. Przełom nastąpił w roku 1934, gdy Sąd Rzeszy w uchwale połączonych senatów karnych dopuścił różnorodzące ustalenia alternatywne²⁰, ale w ostatecznej wersji uzasadnienia²¹ wyłącznie między kradzieżą a paserstwem. Natomiast już rok później narodowosocjalistyczny ustawodawca uregulował *expressis verbis* dopuszczalność różnorodzących ustaleń alternatywnych w nowo dodanym § 2b StGB²², i to bez ograniczeń co do typów czynów zabronionych stojących w alternatywie²³, co skutkowało tak osobliwym połączeniem jak możliwość skazania za „usiłowanie usunięcia ciąży albo oszustwo”²⁴. Od strony proceduralnej to unormowanie zostało uzupełnione przez nowo dodany § 267b StPO²⁵. Natomiast w 1946 r. oba przepisy zostały uchylone przez stworzoną po wojnie przez aliantów Sojuszniczą Radę Kontroli Niemiec²⁶. Rada usunęła te przepisy w ramach oczyszczania niemieckiego systemu prawnego z unormowań stanowiących wyraz nazistowskiej myśli prawniczej. Przy pobieżnym spojrzeniu taka ocena mogła wydawać się zrozumiała: § 2b StGB wprowadzono w tej samej niesławnej ustawie

¹⁴ Zob. Stuckenberg (2014): 464.

¹⁵ Strafprozessordnung z 1 lutego 1877 r., t.jedn.: BGBl. 1987 I, s. 1074 ze zm.

¹⁶ Zob. uzasadnienie projektu – Hahn (1885): 223.

¹⁷ Przegląd orzecznictwa prezentuje Dannecker (2007): 278–280.

¹⁸ Wyrok Sądu Rzeszy z 29 września 1884 r., Rep. 1763/84, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen [RGSt] 11, 103: 104.

¹⁹ Np. wyrok Sądu Rzeszy z 30 kwietnia 1919 r., III 156/19, RGSt 53, 231: 232.

²⁰ Uchwała połączonych senatów karnych Sądu Rzeszy z 2 maja 1934 r., 1 D 1096/33, RGSt 68, 257: 262.

²¹ Zob. Pauli (1992): 51–52.

²² Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs z 28 czerwca 1935 r., Reichsgesetzblatt [RGBl.] I: 839.

²³ Zob. jednak Dannecker (2007): 281.

²⁴ Wyrok Sądu Rzeszy z 24 września 1935 r., 1 D 671/35, RGSt 69, 369: 372–373.

²⁵ Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes z 28 czerwca 1935 r., RGBl. I: 844.

²⁶ Gesetz des Alliierten Kontrollrats für Deutschland Nr. 11 z 30 stycznia 1946 r., Amtsblatt des Alliierten Kontrollrats in Deutschland [KontrRBl.]: 55.

nowelizacyjnej, co chociażby zniesienie zasady *nullum crimen sine lege* (§ 2 StGB w dawnym brzmieniu)²⁷, a ustalenie alternatywne dobrze wpisywało się w ówczesne tendencje rozluźniania gwarancji przysługujących oskarżonym²⁸. Niemniej sama instytucja prawna ustaleń alternatywnych nie ma charakteru nazistowskiego²⁹. Skutkiem tego Trybunał Federalny, w Republice Federalnej Niemiec następcą Sądu Rzeszy, już niedługo po jego utworzeniu³⁰ potwierdził dopuszczalność różnorodziejowego skazania alternatywnego w przypadku porównywalnych przestępstw³¹. Również większość głosów w piśmiennictwie pozytywnie odnosiła się do dopuszczalności ustaleń alternatywnych właściwych³². W związku z tym niemiecki ustawodawca uznał, że nie istnieje potrzeba ustawowego uregulowania ustaleń alternatywnych i może pozostawić tę kwestię orzecznictwu i doktrynie³³.

III. PRZESŁANKI STOSOWANIA RÓŻNORODZAJOWEGO USTALENIA ALTERNATYWNEGO

Trybunał Federalny i piśmiennictwo wypracowały utrwalone i obowiązujące do dziś kryteria, kiedy można zastosować *echte Wahlfeststellung*. Pierwszym warunkiem jest niemożność zastosowania jednoznacznej kwalifikacji prawnej ze względu na niepewność co do stanu faktycznego mimo wyczerpania wszelkich możliwości dowodowych przez sąd³⁴. Odnosząc te uwagi do klasycznego przykładu z kradzieżą i paserstwem: sąd nie może zaniechać dogłębnego badania, kto dokonał zaboru rzeczy, i zadowolili się skazaniem alternatywnym ze względów źle pojętej ekonomii procesowej³⁵.

Po drugie, sąd musi być przekonany, że w każdym z możliwych stanów faktycznych zachowanie sprawcy wypełniało znamiona czynu zabronionego, więc wykluczone jest, by sprawca nie dopuścił się żadnego ze stojących w alternatywie przestępstw³⁶. W przeciwnym razie wydaje się wyrok uniewinniający.

Po trzecie, stosunek alternatywny nie może mieć charakteru pozornego. Tak jednak jest w przypadku, gdy między wchodzącymi w grę typami lub formami

²⁷ Haas (2016): 196.

²⁸ Zob. Wagner (2014): 440; Haas (2016): 196.

²⁹ Zob. zwłaszcza Stuckenberg (2014): 465; Pohlreich (2016): 687.

³⁰ Utworzono go 1 października 1950 r.

³¹ Zob. zwłaszcza wyrok Trybunału Federalnego z 12 września 1951 r., 4 StR 533/51, BGHSt 1, 302: 304.

³² Zob. np. Nüse (1953): 39; v. Hippel (1963): 1533; Zeiler (1960): 16 z uwagą, że przeciwko ich zasadniczej dopuszczalności jedynie sporadycznie zgłaszano wątpliwości.

³³ Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz) z 29 września 1952 r., Bundestagsdrucksache [BTDr.] I/3713: 19.

³⁴ Wyrok Trybunału Federalnego z 4 grudnia 1958 r., 4 StR 411/58, BGHSt 12, 386: 388; Wessels, Beulke, Satzger (2020): 489–490.

³⁵ Zob. postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2019, 2837: 2841.

³⁶ Wyrok Trybunału Federalnego z 4 grudnia 1958 r., 4 StR 411/58, BGHSt 12, 386: 389; Günther (1976): 38.

przestępstw zachodzi hierarchiczna zależność (*Stufenverhältnis*) – wtedy stosuje się po prostu zasadę *in dubio pro reo*³⁷ i wydaje jednoznaczny wyrok skazujący³⁸. Hierarchiczna zależność może mieć charakter logiczny albo normatywny. Zależność logiczna zachodzi wtedy, gdy znamiona jednego przestępstwa siłą rzeczy obejmują wypełnienie drugiego przestępstwa³⁹. Przykładem jest niepewność, czy sprawca dopuścił się rozboju (§ 249 StGB) czy też jedynie kradzieży (§ 242 StGB). Wypełnienie znamion rozboju z definicji pociąga za sobą wypełnienie znamion kradzieży. Logiczna zależność zachodzi też między usiłowaniem a dokonaniem⁴⁰. Z kolei w przypadku zależności normatywnej oba typy lub formy zjawiskowe czynu zabronionego nie są ze sobą powiązane logicznie, ale zachodzi między nimi różnica co do intensywności zawartego w nich bezprawia⁴¹ (*Unrechtsgehalt*). Według oceny normatywnej bezprawność pierwszego czynu całkowicie obejmuje sobą bezprawność drugiego czynu⁴²; innymi słowy, zachodzi między nimi stosunek „mocniejszy – słabszy”⁴³. Przykładem jest zależność między sprawstwem a pomocnictwem⁴⁴ czy też, według większości głosów, między niezawiadomieniem władz w razie wiedzy o planowanym ciężkim przestępstwie (§ 138 StGB) a popełnieniem tego przestępstwa⁴⁵. Według dominującego poglądu normatywna zależność zachodzi też między przestępstwem popełnionym umyślnie oraz nieumyślnie⁴⁶ (np. zabójstwem i nieumyślnym spowodowaniem śmierci). W przypadku stwierdzenia zależności normatywnej orzecznictwo stosuje zasadę *in dubio pro reo* jedynie w sposób analogiczny⁴⁷, podczas gdy piśmiennictwo opowiada się za stosowaniem tej zasady wprost⁴⁸.

Ostatni, czwarty warunek budzi największe kontrowersje. Trybunał Federalny w ugruntowanym orzecznictwie uznaje, że czyny stojące w alternatywie muszą być ze sobą porównywalne z prawnocynowego i psychologicznego punktu widzenia⁴⁹. Niespełnienie tego warunku skutkuje koniecznością

³⁷ Niemiecka doktryna rzadko stosuje termin *in dubio mitius*, do którego użycia w tym kontekście byłby przyzwyczajony polski czytelnik.

³⁸ Wyrok Trybunału Federalnego z 7 listopada 1957 r., 4 StR 519/57, BGHSt 11, 100: 101–102; Schmitz (2020): nb. 24; Wessels, Beulke, Satzger (2020): 490.

³⁹ Günther (1976): 48–49; Dannecker (2007): 293; Schmitz (2020): nb. 24.

⁴⁰ Dannecker (2007): 299; Frister (2017): nb. 32.

⁴¹ Wessels, Beulke, Satzger (2020): 490; Bosch (2021): 855.

⁴² Wolter (1987): 64–67; Schmitz (2020): nb. 35; Bosch (2021): 855.

⁴³ Postanowienie Trybunału Federalnego z 18 sierpnia 1983 r., 4 StR 142/82, BGHSt 32, 48: 57.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Federalnego z 16 grudnia 1969 r., 1 StR 339/69, BGHSt 23, 203: 206; Schmitz (2020): nb. 36.

⁴⁵ Wyrok Trybunału Federalnego z 18 marca 2004 r., 4 StR 533/03, Neue Zeitschrift für Strafrecht [NStZ] 2004, 499: 500; Sternberg-Lieben (2019): nb. 29.

⁴⁶ Tak postanowienie Trybunału Federalnego z 18 sierpnia 1983 r., 4 StR 142/82, BGHSt 32, 48: 57; Hecker (2019): nb. 85; Schmitz (2020): nb. 34. W literaturze pojawiła się opinia, że hierarchiczna zależność między nimi ma charakter nie normatywny, lecz logiczny – tak Dannecker (2007): 296; Frister (2017): nb. 33.

⁴⁷ Wyrok Trybunału Federalnego z 16 grudnia 1969 r., 1 StR 339/69, BGHSt 23, 203: 207; wyrok Trybunału Federalnego z 28 października 1982 r., 4 StR 480/82, BGHSt 31, 136: 138.

⁴⁸ Hruschka (1970): 642; Otto (1974): 377; Dannecker (2007): 300.

⁴⁹ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 15 października 1956 r., GSSt 2/56, BGHSt 9, 390: 392–394; uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GSSt 1/17, BGHSt 62, 164: 171, 176.

uniwinnienia oskarżonego. Prawnoetyczna porównywalność oznacza, że zarzuty dotyczące tych czynów muszą mieć zbliżony ciężar oraz ich moralna i prawna ocena musi być w powszechnym odczuciu zbliżona⁵⁰. Z kolei czyny są porównywalne pod kątem psychologicznym, jeśli nastawienie psychiczne sprawcy do stojących w alternatywie czynów byłoby zbliżone⁵¹. Orzecznictwo dopuszczało ustalenia alternatywne jedynie między przestępstwami godzącymi w to samo albo zbliżone dobro prawne⁵². Doktryna nie zajmuje jednolitego stanowiska wobec wymogu prawnoetycznej i psychologicznej porównywalności. Prezentowany dawniej pogląd dopuszczający ustalenia alternatywne między dowolnymi typami przestępstw⁵³ obecnie prawie całkowicie⁵⁴ stracił na znaczeniu. Współcześnie panuje zgodność, że konieczne jest zawężenie stosowania tej instytucji do zbliżonych typów czynów zabronionych, ale tylko niektórzy przedstawiciele doktryny zaakceptowali kryteria stosowane w orzecznictwie⁵⁵. Większość autorów krytykuje je jako pustą, pozbawioną konturów formułę⁵⁶ i zamiast nich wymaga, by stojące w alternatywie czyny zabronione miały „to samo jądro bezprawności” (*Identität des Unrechtskerns*)⁵⁷. Jednocześnie jednak i krytycy formuły stosowanej w orzecznictwie przyznają, że zazwyczaj osiąga się za jej pomocą pożądane wyniki⁵⁸. Ponadto kryterium „jądra bezprawności”, choć uszczegóławiane przez poszczególnych autorów, również nie jest precyzyjne⁵⁹.

W razie braku porównywalności czynów w niektórych przypadkach możliwa jest redukcja ciężkiego zarzutu do zawartego w nim łagodniejszego typu czynu zabronionego. Ciężki rozbój (§ 249, 250 StGB) oraz przywłaszczenie (§ 246 StGB) nie są porównywalne, co skutkowałoby koniecznością uniewinnienia sprawcy. Jednak rozbój zawiera w sobie kradzież, która jest już zbliżona do przywłaszczenia. Dlatego w tym wypadku sprawca może zostać skazany za „kradzież albo przywłaszczenie”⁶⁰.

Na przestrzeni lat orzecznictwo wypracowało całkiem bogatą kazuistykę, które typy czynów zabronionych są ze sobą porównywalne⁶¹. O ile na tym polu dochodziło do stałych postępów w debacie, to mogło się wydawać, że już w latach pięćdziesiątych XX w. dyskusja w kwestii zasadniczej dopuszczalności ustaleń alternatywnych została wyczerpana – wszystkie argumenty zostały

⁵⁰ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 15 października 1956 r., GSSt 2/56, BGHSt 9, 390: 394.

⁵¹ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 15 października 1956 r., GSSt 2/56, BGHSt 9, 390: 394.

⁵² Hecker (2019): nb. 70.

⁵³ Zeiler (1952): 188–189; Nüse (1953): 39; v. Hippel (1963): 1534–1535.

⁵⁴ Jedynym współczesnym autorem stojącym na tym stanowisku jest Schuhr (2014): 438–439.

⁵⁵ Eschenbach (1994): 308; Sander (2021): 372.

⁵⁶ Günther (1976): 115; Wolter (1972): 83 z dalszymi źródłami.

⁵⁷ Deubner (1967): 738; Jakobs (1971): 270; Otto (1974): 390.

⁵⁸ Tröndle (1985): 53.

⁵⁹ Hecker (2019): nb. 74; Sander (2021): 372.

⁶⁰ Wyrok Trybunału Federalnego z 15 maja 1973 r., 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182: 185–186.

⁶¹ Przegląd orzecznictwa prezentuje np. Hecker (2019): nb. 103–104.

wymienione, pojedyncze głosy w piśmiennictwie będą zgłaszać wątpliwości, ale orzecznictwo i zdecydowana większość doktryny pozostaną niewzruszone na swoich stanowiskach⁶².

IV. WZNOWIENIE DYSKUSJI PRZEZ DRUGI SENAT KARNY

Status quo został przełamany w 2014 r., gdy do opinii wyrażanych w literaturze uznających dotychczasową praktykę za niedopuszczalną⁶³ dołączył Drugi Senat Karny Trybunału Federalnego. W celu zachowania jednolitości orzecznictwa § 132 ustawy o ustroju sądów powszechnych⁶⁴ przewiduje następującą procedurę. Jeśli jeden z senatów karnych Trybunału Federalnego zamierza rozstrzygnąć zagadnienie prawne w sposób sprzeczny z orzecznictwem innego senatu karnego, to musi najpierw przedłożyć zapytanie do tego senatu, czy podtrzymuje on swoje dawne orzecznictwo. Jeśli zapytany w ten sposób senat podtrzyma swoje dotychczasowe stanowisko, to pytający senat może zwrócić się o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego do Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego (Großer Senat für Strafsachen). Orzeczenie Wielkiego Senatu jest wiążące dla pytającego senatu. Jako że różnorodzajowe ustalenie alternatywne zostało wcześniej zaakceptowane w orzecznictwie wszystkich pięciu⁶⁵ senatów karnych, Drugi Senat przedłożył postanowienie z zapytaniem do pozostałych czterech senatów karnych z uzasadnieniem swojego stanowiska⁶⁶. Pozostałe Senaty nie podzieliły wątpliwości Drugiego Senatu i podtrzymały dotychczasową linię orzeczniczą⁶⁷. Tym samym Drugi Senat przedłożył zagadnienie do rozstrzygnięcia Wielkiemu Senatowi⁶⁸, ale i Wielki Senat uznał różnorodzajowe ustalenie alternatywne za dopuszczalne⁶⁹. Następnie skazani w tej sprawie złożyli skargę konstytucyjną. W postanowieniu z 5 lipca 2019 r. Federalny Sąd Konstytucyjny nie przyjął skargi do rozstrzygnięcia ze względu na jej bezzasadność⁷⁰ i w uzasadnieniu obalił wszystkie zarzuty niekonstytucyjności różnorodzajowych ustaleń alternatywnych.

⁶² Ceffinato (2014): 655; Frister (2014): 584.

⁶³ Przykładowo Heinitz (1952): 101–103; Freund (2013): 48–55; źródła opublikowane już po orzeczeniu 2. Senatu podaje również krytyczny wobec tej praktyki Gaede (2020): 36.

⁶⁴ Gerichtsverfassungsgesetz z 27 stycznia 1877 r., t.jedn.: BGBl. 1975 I, s. 1077 ze zm.

⁶⁵ W 2020 r., już po omawianych wydarzeniach, Trybunał Federalny został rozszerzony przez powołanie 6. Senatu Karnego.

⁶⁶ Postanowienie 2. Senatu Karnego Trybunału Federalnego z 28 stycznia 2014 r., 2 StR 495/12, NStZ 2014, 392.

⁶⁷ Postanowienia: 1. Senatu Karnego z 24 czerwca 2014 r., 1 ARs 14/14, NStZ-RR 2014, 308; 3. Senatu Karnego z 30 września 2014 r., 3 ARs 13/14, NStZ-RR 2015, 39; 4. Senatu Karnego z 11 września 2014 r., 4 ARs 12/14, NStZ-RR 2015, 40; 5. Senatu Karnego z 16 lipca 2014 r., 5 ARs 39/14, NStZ-RR 2014, 307.

⁶⁸ Najpierw w postanowieniu z 11 marca 2015 r., 2 StR 495/12, Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht [wistra] 2016, 107, a następnie poprawioną wersję w postanowieniu z 2 listopada 2016 r, 2 StR 495/12, Beck-Rechtsprechung [BeckRS] 2016, 113380.

⁶⁹ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GSSt 1/17, BGHSt 62, 164.

⁷⁰ 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837: 2838.

V. KONSTITUCYJNOŚĆ RÓŻNORODZAJOWEGO USTALENIA ALTERNATYWNEGO

Na zakończenie niniejszych rozważań warto omówić zarzuty podnoszone przez Drugi Senat oraz niektórych przedstawicieli doktryny przeciwko konstytucyjności *echte Wahlfeststellung*.

Drugi Senat skupił się w uzasadnieniu na zarzucie naruszenia art. 103 ust. 2 Ustawy zasadniczej⁷¹ (GG). Brzmi on następująco: „Czyn może zostać ukarany tylko wtedy, gdy jego karalność została ustawowo określona, zanim czyn został popełniony”. Zawiera on więc gwarancję *nullum crimen sine lege*, dotyczącą materialnoprawnych warunków odpowiedzialności karnej, oraz *nulla poena sine lege*, odnoszącą się do ustawowej określoności sankcji karnej⁷². Panuje natomiast prawie powszechna zgodność, że wymóg ustawowej określoności unormowany w art. 103 ust. 2 GG nie obejmuje reguł procesowych⁷³.

Drugi Senat zaprezentował następującą argumentację. Ustalenie alternatywne różnorodzajowe jest materialnoprawnym elementem kryminalizacji czynu. Podstawy karalności nie może stanowić żaden z przepisów typizujących przestępstwa stojące w alternatywie, skoro w przypadku żadnego z nich sąd nie wykazał, że wypełnione są jego znamiona. W istocie podstawy odpowiedzialności nie stanowi więc żadna z tych norm, lecz trzecia, pozaustawowa norma powstała przez połączenie dwóch poprzednich w jedną (tzw. *Rumpfatbestand*)⁷⁴. Przy takim rozumieniu spajające wycinki obu przestępstw kryterium prawnotetycznej i psychologicznej porównywalności czynów staje się materialnoprawnym znamięm nowego przestępstwa. To znamie nie dość, że nie ma podstawy ustawowej, to narusza zasadę określoności z art. 103 ust. 2 GG⁷⁵.

Z kolei Wielki Senat⁷⁶ oraz Federalny Trybunał Konstytucyjny⁷⁷, w zgodzie z dominującym w doktrynie poglądem⁷⁸, uznają *Wahlfeststellung* za regułę o charakterze procesowym, więc w ich opinii art. 103 ust. 2 GG nie wymaga jej ustawowego określenia. Ponadto odrzucono twierdzenie, jakoby odpowiedzialność karna opierała się na pozaustawowej normie – już obie ustawowe normy stojące w alternatywie stanowią wystarczającą podstawę ustawową odpowie-

⁷¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z 23 maja 1949 r., BGBl. 1949, s. 1 ze zm.

⁷² Szerzej np. Remmert (2017): 61–69.

⁷³ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837; 2838 z dalszymi źródłami; tak też sam 2. Senat Karny Trybunału Federalnego – postanowienie z 28 stycznia 2014 r., 2 StR 495/12, NStZ 2014, 392; 394; odmiennie Freund, Rostalski (2015): 167.

⁷⁴ Postanowienie 2. Senatu Karnego Trybunału Federalnego z 28 stycznia 2014 r., 2 StR 495/12, NStZ 2014, 392; 394; obszernie o tej koncepcji Günther (1976): 262–272.

⁷⁵ Postanowienie 2. Senatu Karnego Trybunału Federalnego z 2 listopada 2016 r., 2 StR 495/12, BeckRS 2016, 113380.

⁷⁶ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GSSt 1/17, BGHSt 62, 164; 168.

⁷⁷ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837; 2838.

⁷⁸ Wolter (2013): 273; Stuckenberg (2014): 468.

działności karnej⁷⁹. Rzeczywiście z punktu widzenia logiki prawniczej nic nie stoi temu na przeszkodzie⁸⁰ – jest to proste zastosowanie dysjunkcji⁸¹. Jeśli zachowanie *A* jest zabronione pod groźbą kary i zachowanie *B* jest zabronione pod groźbą kary, to sprawca popełniający *A* albo *B* podlega karze⁸². W tej sytuacji wymóg porównywalności czynów nie jest znamieniem przestępstwa konstytuującym karalność danego zachowania. Jest wręcz odwrotnie – jest to instrument ograniczający karalność⁸³.

Drugi Senat zarzucił też dotychczasowej praktyce naruszenie zasady *nulla poena sine lege* ze względu na brak ustawowego określenia zagrożenia karnego i podstaw wymiaru kary⁸⁴. Jeśli sąd stosuje zagrożenie ustawowe karą z łagodniejszego przepisu oraz wymierzy na tej podstawie karę za czyn będący zlepką dwóch możliwych stanów faktycznych, to według Drugiego Senatu wymiar kary siłą rzeczy nie będzie odpowiadał wskazaniom ustawowym – są one bowiem dopasowane tylko do jednego z możliwych stanów faktycznych. Innymi słowy, skoro sąd nie jest w stanie stwierdzić, czy sprawcy dopuszczali się wielokrotnych kradzieży z włamaniem, czy też może każdy z nich był samodzielnie działającym paserem, to sędzia nie dysponuje ustawowymi wskazaniami, jaką karę ma orzec za ten czyn, by uczynić zadość każdemu możliwemu stanowi faktycznemu⁸⁵. Nie można się jednak zgodzić z tą argumentacją. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem⁸⁶ sąd nie orzeka (jednej) kary, której wymiar miałby obejmować jednocześnie wszystkie stany faktyczne. Sąd powinien dla każdego możliwego stanu faktycznego określić osobno karę, a następnie wymierzyć tę, która jest w konkretnym przypadku dla sprawcy najłagodniejsza. Wymiar kary następuje więc zgodnie z tylko jednym z możliwych stanów faktycznych i tylko jednym unormowaniem⁸⁷ (czyli w podanym przykładzie sąd wymierza karę wyłącznie na podstawie przepisu o paserstwie). Drugi Senat był oczywiście świadomy tej praktyki, więc jego argumentacja nie wynika z przeoczenia, lecz wypływa z omówionego wcześniej założenia, jakoby w przypadku skazania alternatywnego przedmiotem orzeczenia był inny niż kradzież i paserstwo, trzeci typ czynu.

⁷⁹ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837; 2838–2839; uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GSSSt 1/17, BGHSt 62, 164: 169–170.

⁸⁰ Joerden (2018): 43.

⁸¹ Stuckenberg (2014): 469.

⁸² Schuhr (2014): 438.

⁸³ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GSSSt 1/17, BGHSt 62, 164: 171 z dalszymi źródłami.

⁸⁴ Postanowienie 2. Senatu Karnego Trybunału Federalnego z 28 stycznia 2014 r., 2 StR 495/12, NStZ 2014, 392: 395.

⁸⁵ Postanowienie 2. Senatu Karnego Trybunału Federalnego z 28 stycznia 2014 r., 2 StR 495/12, NStZ 2014, 392: 395.

⁸⁶ Uchwała połączonych senatów karnych Sądu Rzeszy z 2 maja 1934 r., 1 D 1096/33, RGSt 68, 257: 263; wyrok Trybunału Federalnego z 15 maja 1973 r., 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182: 186.

⁸⁷ Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GSSSt 1/17, BGHSt 62, 164: 177; Stuckenberg (2014): 470; Wolter (2016): 310.

Choć Drugi Senat skupił się na podanych wyżej zarzutach, to należy omówić inne możliwe wątpliwości natury konstytucyjnej. Jak wskazano, podstawę karalności stanowi nie pozaustawowa, trzecia norma karna, lecz istniejące normy ustawowe. Należy od tego odróżnić pytanie, czy art. 103 ust. 2 GG wymaga, by przy skazaniu sąd wskazał jedną, konkretną normę karną, której naruszenie zostało udowodnione, jak twierdzi Georg Freund⁸⁸. Tego wymogu nie daje się jednak odczytać z omawianego unormowania⁸⁹. Artykuł 103 ust. 2 GG reguluje wymogi dotyczące określenia karalności czynu w chwili jego popełnienia, a nie kwestię jednoznacznego wskazania tego czynu na późniejszym etapie przez sąd. Brak naruszenia tej jednej normy nie oznacza jednak, że ustalenie alternatywne nie stałoby w sprzeczności z innymi gwarancjami konstytucyjnymi, a dokładniej z domniemaniem niewinności, konstytucyjnie gwarantowanym jako element zasady państwa prawa⁹⁰. W sentencji wyroku sąd stwierdza, iż sprawca mógł dopuścić się danych czynów, choć żaden z nich nie został mu udowodniony – co więcej, pewne jest, że jednego z nich nie popełnił. Choć sąd nie przypisuje sprawcy winy za żaden z tych czynów w sposób definitywny, to jednak taka sentencja pozostawia skazę na sprawcy. Argument ten jest jednak osłabiony przez wymóg porównywalności czynu⁹¹. Jeśli można byłoby stwierdzić w wyroku, że sprawca dopuścił się przykładowo „molestowania seksualnego albo zniewagi”, to samo takie stwierdzenie byłoby ciężkim napiętnowaniem skazanego. Trudno byłoby argumentować, że nie przypisuje mu się formalnie popełnienia przestępstwa seksualnego, lecz jedynie uważa się je za niewykluczone. To obciążenie dla sprawcy zostało jednak znacznie zredukowane, gdyż ograniczono zastosowanie ustalenia alternatywnego czynów o zbliżonym ciężarze i ocenie moralnej, takich jak właśnie kradzież i paserstwo. Rzecz jasna, pewne obciążenie nadal istnieje, gdy o osobie, która w rzeczywistości dopuściła się paserstwa, sąd stwierdzi, że mogła ona popełnić kradzież. W tym przypadku należy jednak uwzględnić, że zasada państwa prawa, jak wspomniano we wprowadzeniu, obejmuje też zasadę sprawiedliwości materialnej, która wymaga tego, aby osoba dopuszczająca się przestępstwa została za nie pociągnięta do odpowiedzialności karnej⁹². Zgodnie z teorią praktycznej zgodności (*praktische Konkordanz*) oba ścierające się elementy zasady państwa prawa muszą zostać wzajemnie wyważone, by w możliwie jak największym stopniu urzeczywistnić *Rechtsstaatsprinzip*. Zasada państwa prawa zostanie natomiast zrealizowana w najwyższym stopniu, jeśli dopuści się ustalenia alternatywne, ale wyłącznie przy kumulatywnym spełnieniu trzech warunków: możliwości dowodowe zostały wyczerpane; pewne jest, że

⁸⁸ Freund (2013): 51–52.

⁸⁹ Zob. zwłaszcza Frister (2017): nb. 77 z dalszymi źródłami.

⁹⁰ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 29 maja 1990 r., 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106: 114; Degenhart (2021): 1878.

⁹¹ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837: 2840; uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 8 maja 2017 r., GStt 1/17, BGHSt 62, 164: 172.

⁹² Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837: 2840 i cytowane tam starsze orzecznictwo.

w każdym z możliwych stanów faktycznych sprawca popełnił czyn zabroniony; stojące w alternatywie przestępstwa są porównywalne⁹³.

Dodatkowe problemy rodzą się, jeśli przyjmie się pogląd prezentowany przez Georga Freunda oraz Frauke Rostalski. Według tych autorów kara kryminalna składa się z dwóch elementów. Pierwszym jest uznanie sprawcy za winnego danego czynu, a drugim jest grzywna, pozbawienie wolności czy też podobne skutki. Innymi słowy, orzeczenie przez sąd, że sprawca dopuścił się np. kradzieży, nie jest warunkiem wymierzenia kary, lecz jest samo w sobie dolegliwością w ramach kary⁹⁴. Przy ocenie tego poglądu należy wyraźnie rozróżnić dwie płaszczyzny interpretacji. Pierwszą z nich jest wykładnia Ustawy zasadniczej. Pojawia się pytanie, czy definicja „kary” w rozumieniu art. 103 ust. 2 GG obejmuje też samo stwierdzenie popełnienia danego czynu zabronionego przez oskarżonego. Pogląd taki nie został jednak wyrażony ani w dorobku Federalnego Sądu Konstytucyjnego, ani w nauce prawa konstytucyjnego. Freund i Rostalski również nie wyrazili takiego stanowiska – nie musieli tego czynić, gdyż uznają, że już reguły procesowe są objęte przez wymóg ustawowej określoności z art. 103 ust. 2 GG⁹⁵. Tym samym nie istnieją podstawy, by dostrzec tutaj naruszenie norm konstytucyjnych. Natomiast na poziomie interpretacji kodeksu karnego przekonującą krytykę powyższego rozumienia kary przedstawił Carl-Friedrich Stuckenberg. Wystarczy przytoczyć już jeden argument z obszernych wywodów: zgodnie z § 60 StGB sąd może odstąpić od wymierzenia kary w podanych tam przypadkach, ale i tak w sentencji wyroku sąd orzeka o winie⁹⁶, więc *de lege lata* uznanie sprawcy za winnego danego czynu nie może stanowić elementu kary.

Wszystkie te względy prowadzą do wniosku, że instytucja różnorodzajowych ustaleń alternatywnych jest zgodna z Ustawą zasadniczą, nawet mimo braku przepisu ustawowego regulującego tę materię. Nie oznacza to jednak, że wprowadzenie takiego uregulowania nie byłoby wskazane. Unormowanie ustawowe⁹⁷ byłoby pożądane już ze względu na to, że istotne ingerencje w prawa podstawowe powinny być uregulowane przez parlament w drodze ustawy (*Wesentlichkeitstheorie*)⁹⁸, a ponadto można byłoby nadać ostrzejsze kontury kryteriom jej stosowania (zwłaszcza wymogowi porównywalności przestępstw)⁹⁹. Jednak najpóźniej w chwili, gdy Federalny Sąd Konstytucyjny potwierdził konstytucyjność dotychczasowej praktyki, praktycznie pewne stało się, że ustawodawca nie zdecyduje się na stosowną reformę. Zmiana ta nie miałaby wpływu na praktykę, a ustawodawca wprowadziłby regulację zbliżoną do przepisów napiętnowanych po wojnie jako rzekomo nazistowskie¹⁰⁰.

⁹³ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lipca 2019 r., 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837: 2840–2841.

⁹⁴ Freund, Rostalski (2015): 164–165.

⁹⁵ Freund, Rostalski (2015): 167.

⁹⁶ Stuckenberg (2015): 714.

⁹⁷ Zob. zwłaszcza projekt Woltera (2013): 282–287.

⁹⁸ Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 28 października 1975 r., 2 BvR 883/73 i in., BVerfGE 40, 237: 248–249; szerzej o *Wesentlichkeitstheorie* np. Kotzur (2021): 1485–1486.

⁹⁹ Stuckenberg (2014): 471.

¹⁰⁰ Zob. Stuckenberg (2014): 472.

Bibliografia

- Bosch, N. (2021). Die Wahlfeststellung. W: H. Kudlich, E. Hilgendorf, B. Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Band 3 (s. 851–880). Heidelberg.
- Ceffinato, T. (2014). Das Institut der Wahlfeststellung und seine verfassungsmäßige Zulässigkeit. *Juristische Ausbildung* 36(7): 655–665.
- Dannecker, G. (2007). Anhang zu § 1. Wahlfeststellung. W: H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1 (s. 264–322). Berlin.
- Degenhart, Ch. (2021). Art. 103 GG. W: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar (s. 1855–1893). München.
- Deubner, K.G. (1967). Wahldeutige Verurteilung hinsichtlich schweren Raubes oder Hehlerei. *Neue Juristische Wochenschrift* 20(16): 738–739.
- Eschenbach, J. (1994). Vom unklaren strafrechtlichen Sachverhalt zur Unsicherheit in der Lösung. Die Probleme der Wahlfeststellung erläutert anhand des BGH-Urteils vom 15. Mai 1973 (BGHSt 25, S. 182 ff). *Juristische Ausbildung* 16(6): 302–308.
- Freund, G. (2013). Nicht „entweder – oder“, sondern „weder – noch“! Zum Verstoß gesetzesalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG. W: M.A. Zöller et al. (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*. Band 1 (s. 35–59). Berlin.
- Freund, G., Rostalski, F. (2015). Verfassungswidrigkeit des wahldeutigen Schuldspruchs. Zum eindeutigen Schuldspruch als dem zentralen Element der Bestrafung. *JuristenZeitung* 70(4): 164–170.
- Frister, H. (2014). Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 28.01.2014 – 2 StR 495/12. *Strafverteidiger* 36(10): 584–586.
- Frister, H. (2017). Nachbemerkungen zu § 2: Wahlfeststellung. W: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (Hrsg.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: beck-online/el.
- Gaede, K. (2020). § 1 StGB. W: M.A. Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB* (s. 3–38). Heidelberg.
- Günther, H.-L. (1976). Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel. Berlin.
- Haas, V. (2016). Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung anlässlich des Vorlagebeschlusses des 2. Senats vom März letzten Jahres (2 StR 495/12). *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 17(4): 190–196.
- Hahn, C. (1885). Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Band 3: Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung. Abteilung 1. Berlin.
- Hecker, B. (2019). § 1 StGB. W: A. Eser (Hrsg.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*. München: beck-online/el.
- Heinitz, E. (1952). Die Grenzen zulässiger Wahlfeststellung. *JuristenZeitung* 7(4): 100–103.
- Hippel, E. v. (1963). Zum Problem der Wahlfeststellung. *Neue Juristische Wochenschrift* 16(34): 1533–1535.
- Hruschka, J. (1970). Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse im Strafprozess. *JuristenZeitung* 25(20): 637–642.
- Jakobs, G. (1971). Probleme der Wahlfeststellung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 119: 257–272.
- Joerden, J.C. (1986). *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*. Berlin.
- Joerden, J.C. (1988). Postpendenz- und Präpendenzfeststellungen im Strafverfahren. *JuristenZeitung* 43(18): 847–853.
- Joerden, J.C. (2018). *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*. Berlin–Heidelberg.
- Kotsoglou, K.N. (2015). Über die Wahlfeststellung als Zombie-Norm. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 127(2): 334–369.
- Kotzur, M. (2021). Art. 20 GG. W: I. v. Münch, Ph. Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*. Band 1 (s. 1417–1512). München.
- Kruszyński, P. (1984). Ustalenia alternatywne w procesie karnym. *Państwo i Prawo* 39(10): 69–74.

- Nüse, K.-H. (1953). Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 101: 33–44.
- Otto, H. (1974). „In dubio pro reo“ und Wahlfeststellung. W: J. Baumann, K. Tiedemann (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag* (s. 373–392). Tübingen.
- Pauli, G. (1992). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Berlin–New York.
- Remmert, B. (2017). Art. 103 Abs. 2 GG. W: R. Herzog et al. (Hrsg.), *Dürig/Herzog/Scholz. Grundgesetz. Kommentar. Band 6* (s. 1–112). München.
- Sander, G.M. (2021). § 261 StPO. W: J.-P. Becker et al. (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Band 7* (s. 216–393). Berlin–Boston.
- Schmitz., R. (2020). § 1 StGB. W: V. Erb, J. Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*. München: beck-online/el.
- Schuhr, J.C. (2014). Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip – Bemerkungen aus Anlass des Anfragebeschlusses vom 28.1.2014 in der Sache 2 StR 495/12. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 34(8): 437–440.
- Sternberg-Lieben, D. (2019). § 138 StGB. W: A. Eser (Hrsg.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*. München: beck-online/el.
- Stuckenberg, C.-F. (2014). Zur Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9(9): 461–472.
- Stuckenberg, C.-F. (2015). Zum Streit um die echte Wahlfeststellung. *Zu Freund/Rostalski JZ* 2015, 164–170. *JuristenZeitung* 70(14): 714–716.
- Tröndle, H. (1985). § 1 StGB. W: H.H. Jescheck, W. Ruß, G. Wilms (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1* (s. 1–66). Berlin–New York.
- Wagner, M. (2014). Anfragebeschluss zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung: Verfassungswidrigkeit der echten Wahlfeststellung. *Zeitschrift für das Juristische Studium* 7(4): 436–443.
- Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg.
- Wolter, J. (1972). Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. *Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Berlin.
- Wolter, J. (1987). Wahlfeststellung und in dubio pro reo. *Zugleich eine Dokumentation der höchstgerichtlichen Rechtsprechung 1934–1986*. Berlin.
- Wolter, J. (2013). Strafbemessung bei alternativen Gesetzesverletzungen und Entscheidungsnormen – Ein notwendiger Gesetzesvorschlag (§ 55a StGB-E mit §§ 267a, 200, 207, 265, 266 StPO-E). *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 161: 271–287.
- Wolter, J. (2016). Anhang zu § 55. Wahlfeststellung. W: J. Wolter (Hrsg.), *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2* (s. 298–349). Köln.
- Zeiler, A. (1952). Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage. Eine rechtsvergleichende Darstellung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 64(1): 156–189.
- Zeiler, A. (1960). Zur Frage der Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 72(1/2): 4–31.