

BGHSt: ja
BGHR: ja
Nachschlagewerk: ja
Veröffentlichung: ja

StGB §§ 242, 259, 260

Eine gesetzesalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei ist entsprechend den zum Rechtsinstitut der Wahlfeststellung durch den Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen weiterhin zulässig; sie schließt bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Tatbestands der Geldwäsche einen Schuldspruch wegen Geldwäsche aus.

BGH, Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSSt 1/17 - LG Meiningen



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

GSSt 1/17

vom
8. Mai 2017
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei

Der Große Senat für Strafsachen hat durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Dr. Raum, die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Sost-Scheible, die Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Graf, Dr. Franke und Dr. Schäfer, die Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Schneider sowie die Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. König, Prof. Dr. Krehl, Dr. Eschelbach und Gericke

am 8. Mai 2017 beschlossen:

Eine gesetzesalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei ist entsprechend den zum Rechtsinstitut der Wahlfeststellung durch den Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen weiterhin zulässig.

Sie schließt bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Tatbestands der Geldwäsche einen Schuldspruch wegen Geldwäsche aus.

Gründe:

I.

- 1 Die Vorlage betrifft die Zulässigkeit einer gesetzesalternativen Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei und den etwaigen Vorrang einer eindeutigen Verurteilung wegen Geldwäsche vor einer wahldeutigen Verurteilung, die sich auf alternativ in Frage kommende Katalogvorfälle der Geldwäsche bezieht.
- 2 1. In einem beim 2. Strafsenat anhängigen Verfahren hat das Landgericht den Angeklagten L. wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 19 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren, den Angeklagten E. wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 18 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Im Übrigen hat es die Angeklagten freigesprochen. Gegen die Verurteilung richten sich die Revisionen der Angeklagten mit der Sachbeschwerde.
- 3 a) Nach den Feststellungen des Landgerichts stahlen oder hehlten die Angeklagten seit dem Jahr 2008 in erheblichem Umfang vor allem Fahrzeuge und Fahrzeugteile sowie Werkzeuge und andere Hilfsmittel, die bei der Bearbeitung von Fahrzeugen Verwendung finden konnten. Der Angeklagte E. mietete zur Lagerung der Gegenstände und zur Montage oder Demontage von Fahrzeugen ein Werkstattgebäude an. Dort reparierte er auch fremde Fahrzeuge und trieb mit Fahrzeugteilen Handel. Der Angeklagte L. verfügte über ein Grundstück mit Garagen und einem Container, wo er aus Diebstählen herührende Gegenstände lagerte und Fahrzeuge bearbeiten konnte. Nach einer anonymen Strafanzeige wurden die Räume am 23. und 24. Juni 2009 durchsucht. Es wurden zahlreiche Gegenstände sichergestellt, die in dem für die Ein-

zeltaten näher konkretisierten Tatzeitraum zwischen dem 26. März 2007 und dem 20. Juni 2009 gestohlen worden waren.

4 b) Das Landgericht hat die Angeklagten wegen unter den in § 243 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 3 StGB bezeichneten Voraussetzungen verübten Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB oder gewerbsmäßiger Hehlerei im Sinne von § 259 Abs. 1, § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB verurteilt. Ob die Angeklagten in den ausgeteilten Fällen als Mittäter Diebstähle begangen oder die bei ihnen sichergestellten Gegenstände als Hehler erworben hatten, hat es nicht zu klären vermocht. Es sei möglich, dass sie getrennt voneinander Beutestücke aus den Diebstählen angekauft hätten oder dass einer von beiden – neben Dritten – an den Diebstählen beteiligt gewesen sei und danach Beutegegenstände an den jeweils anderen abgegeben habe.

5 Die Voraussetzungen einer Postpendenzfeststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei hat das Landgericht verneint, da es eine zumindest einseitig sichere Feststellung der Erfordernisse der Hehlerei nicht hat treffen können. Weil der Strafraumen für gewerbsmäßige Hehlerei gemäß § 260 Abs. 1 StGB eine höhere als die in § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB angedrohte Mindeststrafe vorsieht, ist es vom Strafraumen des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB ausgegangen. Bei der – einheitlich vorgenommenen – Strafzumessung hat es den geringeren Schaden zu Grunde gelegt, der beim Erwerb der einzelnen Beutestücke durch Hehlerei verursacht worden wäre. Im Übrigen hat es auf allgemeine Strafzumessungsgesichtspunkte abgestellt; ein konkretes Tatbild hat es jeweils nicht bewertet.

6 c) Nach Ansicht des 2. Strafsenats weist die Beweiswürdigung des Landgerichts keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf. Auch die Ablehnung einer eindeutigen Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Hehlerei sei

rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 1987 – 2 StR 506/87, BGHSt 35, 86, 88). Daher stehe die wahlweise Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

7 2. Der 2. Strafsenat möchte das Urteil des Landgerichts gleichwohl wegen der Verletzung sachlichen Rechts aufheben. In Abkehr von bisheriger Rechtsprechung (st. Rspr. seit BGH, Urteil vom 19. April 1951 – 3 StR 165/51, BGHSt 1, 127; umfangreiche Rechtsprechungsnachweise bei LR-StPO/Sander, 26. Aufl., § 261 Rn. 141 ff.; KMR/Stuckenberg, StPO, 68. EL, August 2013, § 261 Rn. 136 ff.) vertritt er die Auffassung, dass die wahldeutige Verurteilung aufgrund einer mit ihr verbundenen strafbegründenden Wirkung einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, die jedoch nicht vorhanden sei. Die demgemäß zu konstatierende Lücke könne wegen des insoweit geltenden strengen Gesetzesvorbehalts (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht durch Richterrecht gefüllt werden. Darüber hinaus widerstreite die gesetzeshaltige Verurteilung dem aktuellen Willen des Gesetzgebers, der namentlich im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte vorrangige Auffangtatbestände (§§ 246, 261 StGB) neu geschaffen habe, die der Wahlfeststellung die Grundlage entzögen. Schließlich seien das gleichfalls in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Gebot der Bestimmtheit der Strafdrohung verletzt und eine schuldangemessene Strafzumessung nicht gewährleistet.

8 3. In einem vom 2. Strafsenat gemäß § 132 Abs. 2 GVG durchgeführten Anfrageverfahren hatten alle angefragten Strafsenate zum Ausdruck gebracht, an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur gesetzeshaltigen Verurteilung festhalten zu wollen (BGH, Beschlüsse vom 24. Juni 2014 – 1 ARs 14/14, NStZ-RR 2014, 308; vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, NStZ-RR 2015, 39; vom 11. September 2014 – 4 ARs 12/14, NStZ-RR 2015,

40; vom 16. Juli 2014 – 5 ARs 39/14, NStZ-RR 2014, 307). Daraufhin hatte der 2. Strafsenat mit Beschluss vom 11. März 2015 dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung, insbesondere bei einer Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei, mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sei.

9 4. Durch Beschluss vom 9. August 2016 (2 StR 495/12) hat der 2. Strafsenat die Vorlage zurückgenommen.

10 5. Mit Beschluss vom 16. August 2016 (5 StR 182/16, BGHSt 61, 245) hat der 5. Strafsenat entschieden, dass die gesetzesalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei bei gleichzeitiger Verwirklichung des Tatbestands der Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB einen Schuldspruch wegen Geldwäsche ausschließe. Daraufhin hat der 2. Strafsenat mit Beschluss vom 2. November 2016 (2 StR 495/12) die Sache wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 132 Abs. 4 GVG abermals dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung über folgende Rechtsfragen vorgelegt:

Ist die gesetzesalternative Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verfassungsgemäß?

Wenn ja: Ist die gesetzesalternative Verurteilung bei gleichzeitiger Erfüllung des Tatbestands der Geldwäsche ausgeschlossen?

11 Der Generalbundesanwalt hat beantragt zu beschließen:

Die gesetzesalternative Verurteilung („echte“ oder „ungleichartige“ Wahlfeststellung) ist zulässig. Sie setzt nicht voraus, dass die

Straftatbestände rechtsethisch oder rechtspsychologisch vergleichbar sind.

Die gesetzesalternative Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei wird durch die gleichzeitige Erfüllung des Tatbestands der Geldwäsche nicht ausgeschlossen.

II.

- 12 Die Vorlegung ist zulässig. Namentlich war ein weiteres Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG nicht notwendig. Denn jedenfalls sind die Vorlegungsvoraussetzungen gemäß § 132 Abs. 4 GVG gegeben. In den dort geregelten Fällen ist die Durchführung eines Anfrageverfahrens selbst dann nicht geboten, wenn gleichzeitig eine Divergenzvorlage in Betracht käme (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juli 2016 – GSSSt 1/16, aaO Rn. 24 mit zahlreichen Nachweisen). Die vorgelegten Rechtsfragen sind von grundsätzlicher Bedeutung. Sie betreffen eine insbesondere bei Auffinden gestohlener Gegenstände nicht selten vorkommende Fallgestaltung. Die Entscheidung über sie ist zudem für die Rechtsanwendung richtungweisend. Sie ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, da zu vermeiden ist, dass in einer praxisrelevanten Frage künftig unterschiedliche Entscheidungen ergehen.

III.

- 13 Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die Vorlegungsfragen wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

- 14 1. Die ungleichartige Wahlfeststellung ist eine prozessuale Entscheidungsregel (in diesem Sinne schon RGSt [Vereinigte Strafsenate] 68, 257, 262; im Einzelnen KMR/Stuckenberg, aaO, § 261 StPO Rn. 106, 149; Stuckenberg, ZIS 2014, 461, 462 ff.; Wolter, GA 2013, 271, 273). Als solche ist sie nicht an dem nur für das sachliche Recht geltenden (st. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 25, 269, 284 ff. mwN) strengen Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB zu messen, sondern unterliegt lediglich den allgemein für die richterliche Rechtsfortbildung bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, denen sie genügt. Im Einzelnen:
- 15 a) Das Rechtsinstitut greift nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein, wenn innerhalb des angeklagten Geschehens nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten der Sachverhalt nicht so weit aufgeklärt werden kann, dass die Feststellung eines bestimmten Straftatbestandes möglich ist, aber sicher feststeht, dass der Angeklagte einen von mehreren alternativ in Betracht kommenden Tatbeständen verwirklicht hat, und andere Möglichkeiten gewiss ausgeschlossen sind (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschluss vom 12. Februar 2008 – 4 StR 623/07, NJW 2008, 1394, 1395; Urteil vom 8. März 2012 – 4 StR 498/11, NStZ 2012, 441, 442; Beschluss vom 5. März 2013 – 1 StR 613/12, NStZ 2014, 42). In allen anderen Fällen nicht sicher festgestellten Sachverhalts ist der Angeklagte hingegen nach dem Zweifelssatz entweder freizusprechen oder – sofern nicht trotz Tatsachenalternativität der Schuldspruch unzweifelhaft ist – zu seinen Gunsten nach dem milderen Gesetz mit eindeutigen Schuldspruch zu verurteilen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 1 ARs 14/14, aaO Rn. 4; LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 125 ff. mwN). Demgemäß gibt die ungleichartige Wahlfeststellung dem Tatgericht vor, wie es nach Abschluss der Beweisaufnahme bei einer bestimmten Beweislage (nicht behebbare Zweifel über zwei oder mehr, ihrerseits jeweils eine Strafbarkeit des Angeklagten ergebende Sachverhaltsvarianten) zu entscheiden hat

(vgl. Stuckenberg, ZIS 2014, 461, 462 mwN). Sie ist deshalb wie der „Prozessrechtsgrundsatz“ (BVerfGE 25, 269, 294) „im Zweifel für den Angeklagten“ dem Verfahrensrecht zuzuordnen (vgl. SK-StGB/Wolter, Bd. II, 9. Aufl., Anh. zu § 55 Rn. 17 f.; Stuckenberg, aaO, S. 468). Der Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ist damit nicht eröffnet (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, aaO Rn. 5 mwN). Dass bei fehlerhafter Rechtsanwendung wegen defizitärer Feststellungen der Schuldspruch notleidend ist, was auf die Sachrüge hin zu beachten ist (vgl. LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 103), bleibt davon unberührt.

16 b) Die durch den vorlegenden Strafsenat gegen diese Einordnung geltend gemachten Einwände greifen nicht durch.

17 aa) Die Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung wirkt nicht strafbarkeitsbegründend.

18 (1) Grundlage der Bestrafung ist in den Fällen der ungleichartigen Wahlfeststellung keine ungeschriebene weitere Norm, die übereinstimmende Unrechtselemente bzw. einen „gemeinsamen Unrechtskern“ der nicht unzweifelhaft zur Anwendung gelangenden Strafgesetze in sich vereinigen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2014 – 4 ARs 12/14, aaO Rn. 9 mwN; Stuckenberg, aaO S. 469 f.; aM Endruweit, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung ..., 1973, S. 269 f.; Freund, Festschrift Wolter, 2013, S. 35, 48 ff.). Denn im Rahmen der Wahlfeststellung wird gerade nicht „eindeutig“ wegen einer „zwischen“ den gesetzlichen Tatbeständen liegenden Handlung oder einer gemeinsamen Schnittmenge von Handlungselementen verurteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, aaO Rn. 8 mwN; Stuckenberg, aaO). Vielmehr muss in jeder in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante jeweils ein Straftatbestand vollständig ver-

wirklicht sein (vgl. BGH, aaO). Damit ist sichergestellt, dass über die Strafbarkeit als solche sowie über Art und Maß der Strafe nicht die Gerichte entscheiden, sondern der Gesetzgeber; desgleichen liegt weder eine unzulässige Analogie noch eine durch das Bundesverfassungsgericht so genannte Entgrenzung bzw. „Verschleifung“ (vgl. BVerfGE 126, 170, 211 mwN) von Tatbestandsmerkmalen vor (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Juni 2014 – 1 ARs 14/14, aaO; vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, aaO Rn. 7 ff.; vom 11. September 2014 – 4 ARs 12/14, aaO Rn. 9; vom 16. Juli 2014 – 5 ARs 39/14, aaO, jeweils mwN).

19 (2) Aus dem Vorstehenden ergibt sich des Weiteren, dass dem Täter nicht ungewiss ist, ob sein Verhalten strafbar ist oder nicht. Die Strafbarkeit folgt aus den in Betracht kommenden, vorab gesetzlich normierten Straftatbeständen. So weiß der Täter in dem durch den vorlegenden Strafsenat aufgeworfenen Zusammenhang selbstverständlich, dass er nicht stehlen oder hehlen darf und dass er andernfalls Strafe zu fürchten hat. Der Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips, die Vorhersehbarkeit der Bestrafung für den Normadressaten zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 26, 41, 42; 45, 363, 370 ff.; 105, 135, 153) ist deshalb nicht berührt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Juni 2014 – 1 ARs 14/14, aaO Rn. 11; vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, aaO Rn. 7; vom 11. September 2014 – 4 ARs 12/14, aaO Rn. 7; vom 16. Juli 2014 – 5 ARs 39/14, aaO Rn. 2).

20 (3) Der Generalbundesanwalt weist im Übrigen zutreffend darauf hin, dass bei gegenteiliger Bewertung auch ein Schuldspruch auf der Basis alternativer Tatsachenfeststellung bei gleichwertigen Merkmalen innerhalb einer einzigen Strafvorschrift (dazu LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 139) wegen Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip als verfassungswidrig angesehen werden müsste (ebenso Stuckenberg, aaO, S. 469 f. mwN). Dann aber wäre

– schwerlich überzeugend – zugleich die Frage der Übereinstimmung wahldeutiger Verurteilung mit der Verfassung der Zufälligkeit gesetzgeberischer Ausgestaltung von Strafvorschriften anheimgegeben (vgl. Stuckenberg, aaO).

21 bb) Dass der Bundesgerichtshof in Fortführung der zuletzt gültigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt [Vereinigte Strafsenate] 68, 257) die wahldeutige Verurteilung nur dann als zulässig erachtet, wenn die in Betracht kommenden Straftatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 – GSSSt 2/56, BGHSt 9, 390, 393 f.; Urteile vom 11. November 1966 – 4 StR 387/66, BGHSt 21, 152, 153 f.; vom 15. Mai 1973 – 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182, 183 f., jeweils mwN), vermag an der Einstufung der Wahlfeststellung als prozessuale Entscheidungsregel nichts zu ändern. Abgesehen davon, dass verfahrensrechtliche Rechtsinstitute sehr häufig von Fragen des materiellen Rechts beeinflusst werden, ohne hierdurch ihren Charakter als Verfahrensrecht zu verlieren (Beispiele bei Stuckenberg, aaO, S. 470), soll mit diesem Erfordernis insbesondere die Unge rechtigkeit vermieden werden, die eintreten würde, wenn in den Schuldspruch Tatbestände aufgenommen würden, die „eine verschiedene seelische Verfassung des Täters voraussetzen und ihm eine verschiedene sittliche Bewertung zuziehen“ (RGSt, aaO S. 261). Das Gebot schränkt den Anwendungsbereich der an sich unbeschränkt zulässigen Wahlfeststellung mithin lediglich ein und konstituiert diesen nicht etwa (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Juni 2014 – 1 ARs 14/14, aaO Rn. 5; vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, aaO Rn. 10; SK-StGB/Wolter, aaO Rn. 13; MüKo-StGB/Schmitz, 3. Aufl., Anhang zu § 1 Rn. 17 mwN).

22 cc) Die ungleichartige Wahlfeststellung verletzt weder das aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip folgende Schuldprinzip noch die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Unabding-

bare Voraussetzung für ihre Anwendung ist es, dass der Angeklagte nach richterlicher Überzeugung schuldhaft eine Straftat begangen hat. Dem Verbot einer schuldunangemessenen Strafe ist dabei durch die Anwendung des Zweifelssatzes in der Weise Rechnung zu tragen, dass die dem Angeklagten günstigste Variante zugrunde zu legen und die mildeste in Betracht kommende Strafe zu verhängen ist. Die wahldeutige Verurteilung stellt auch kein Verdachtsurteil dar. Denn es ist sicher, dass der Angeklagte eine der jeweils konkret bestimmten Straftaten begangen hat, was in dem alternativ gefassten Schuldspruch auch klar zum Ausdruck kommt (vgl. etwa LK-StGB/Dannecker, aaO, Anh. § 1 Rn. 18; Eser/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 1 Rn. 67; Wolter, aaO, S. 276). Die mit der Aufzählung mehrerer Delikte in der Urteilsformel verbundene Belastung für den Verurteilten ist dabei denkbar gering („oder“) und im Blick auf das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit rechtsstaatlich hinnehmbar (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2014 – 4 ARs 12/14, aaO Rn. 15 mwN). Aus dem Urteil ergibt sich, dass der Täter „nur eine, in der Strafbarkeit und im Strafmaß vorab bestimmte Tat begangen hat, wobei nur er um diese für ihn eindeutige Tat weiß“ (Wolter, aaO, S. 276). Eine Verletzung des „in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten“ (so Vorlagebeschluss unter Rn. 63) ist deshalb nicht gegeben.

23 c) Die Rechtsfigur hält sich im Rahmen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.

24 aa) Anerkanntermaßen können unabweisbare Bedürfnisse einer ordnungsgemäßen Strafrechtspflege Ausgangspunkt einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung sein (vgl. BGH, Beschluss vom 3. März 2005 – GSSt 1/04, BGHSt 50, 40, 52 f.). Das Reichsgericht (RGSt [Vereinigte Strafsenate] 68, 257, 262 f.) und daran anknüpfend in ständiger Rechtsprechung der Bundesge-

richtshof (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 – GSSt 2/56, aaO, S. 392) haben das Rechtsinstitut der ungleichartigen Wahlfeststellung namentlich auf den Gedanken der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit gestützt. Ein Freispruch aufgrund mehrfacher Anwendung des Zweifelssatzes nach je unterschiedlicher Blickrichtung wäre in Fällen, in denen ein strafloses Verhalten des Angeklagten sicher ausscheidet, schlechthin unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit, die eine am Gleichheitssatz orientierte, dem Rechtsgüterschutz verpflichtete Ausgestaltung eines effektiven Strafverfahrens fordern (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juli 2014 – 5 ARs 39/14, aaO Rn. 4). Das Schrifttum ist dem jedenfalls im Grundsatz ganz überwiegend gefolgt (vgl. etwa KMR/Stuckenberg, aaO, § 261 Rn. 136 ff.; LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 141 ff.; LK-StGB/Dannecker, 12. Aufl., Anh. § 1 Rn. 23 ff.; Eser/Hecker, aaO, § 1 Rn. 67; MüKo-StGB/Schmitz, aaO Rn. 13 ff.; Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987, alle mit zahlreichen Nw).

25 bb) Die Rechtsprechung zur Wahlfeststellung kann sich auf die Billigung des Gesetzgebers (dazu BVerfGE 118, 212, 243 Rn. 121 mwN) stützen.

26 (1) Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hat – wie auch der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung 1877 (vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung, 1. Abteilung, 1880, S. 223 f.) – bewusst davon abgesehen, die Voraussetzungen und Grenzen von wahldeutigen Schuldfeststellungen zu normieren; in Kenntnis der über die zuletzt eingenommenen Standpunkte des Reichsgerichts hinausgehenden damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist er dem Vorschlag der Bundesregierung gefolgt, die damit verbundenen Fragen der Rechtsprechung und dem Schrifttum zu überlassen (vgl. den Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes – Strafrechtsbereinigungsgesetz, BT-Drucks. Nr. 3713 S. 19). Dem liegt die – zutreffende – Auffassung zugrunde, dass die durch Gesetz zur Änderung des Strafgesetz-

buchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) eingeführte Kodifizierung der Wahlfeststellung in § 2b RStGB nicht nationalsozialistischem Gedankengut entsprungen ist (BT-Drucks. aaO). Aus der Aufhebung der Vorschrift durch das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 55) lässt sich eine gegenteilige Bewertung nicht überzeugend ableiten. Denn die Problematik war bereits in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts und den Folgejahren unbeeinflusst von nationalsozialistischem Denken erörtert worden; sie stellt sich überdies in ausländischen Rechtsordnungen ebenso und wird dort in ähnlicher Weise gelöst (vgl. OGHSt 2, 89, 90 ff.; KMR/Stuckenberg, aaO, § 261 Rn. 151; Stuckenberg, ZIS 2014, 461, 465 ff. mwN; zur Lage im Ausland s. auch Endruweit, aaO, S. 312 ff.; aM wohl Haas, HRRS 2016, 190, 196).

27 (2) Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Gesetzgeber der ständigen Rechtsprechung zur Wahlfeststellung in späterer Zeit seine Billigung entzogen haben könnte. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Strafsenats lässt sich namentlich den – ohnehin nur jeweils einen Teilausschnitt der Anwendungsfälle der Wahlfeststellung betreffenden – Regelungen zur Unterschlagung (§ 246 StGB) und zur Geldwäsche (§ 261 StGB) kein der wahldeutigen Schuldfeststellung generell widerstreitender Wille des Gesetzgebers entnehmen.

28 (a) Mit der Neufassung des Grundtatbestandes der Unterschlagung in § 246 Abs. 1 StGB wollte der Gesetzgeber des 6. Strafrechtsreformgesetzes 1998 unter Übernahme eines Vorschlags des E 1962 Strafbarkeitslücken beseitigen und in Rechtsprechung sowie Schrifttum aufgetretene Streitfragen außerhalb der Wahlfeststellung lösen (vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 43). Zugleich hat er mit der in die Vorschrift aufgenommenen Subsidiaritätsklausel gewährleisten wollen, dass mit höherer Strafe bedrohte Straftaten (insbesondere Diebstahl,

Raub und Hehlerei) weiterhin als solche geahndet werden können. Der der Regelung zugrunde liegende Gedanke trifft dabei gleichermaßen auf Fälle zu, in denen sicher feststeht, dass der Täter das eine oder andere schwerer wiegende Delikt begangen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2014 – 4 ARs 12/14, aaO Rn. 17; s. auch BGH, Urteil vom 12. Januar 1954 – 1 StR 631/53, BGHSt 5, 280, 281). Hätte der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des § 246 Abs. 1 StGB die Wahlfeststellung in Bezug auf schwerer wiegende Delikte hingegen ausschließen wollen, wären eindeutige Äußerungen in der Begründung zum Koalitionsentwurf oder im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu erwarten gewesen. Daran fehlt es.

29 (b) Ähnliche Erwägungen gelten für die Strafvorschrift zur Geldwäsche (§ 261 StGB).

30 (aa) Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 (BGBl. I S. 845) wurde die Strafbarkeit wegen Geldwäsche auf Fälle erweitert, in denen der (Allein-)Vortäter selbst Geld wäscht. Damit sollte die als unbefriedigend empfundene vormalige Rechtslage geändert werden, nach der bei möglicher, jedoch nicht sicher nachweisbarer Begehung der Vortat durch den Alleinvortäter dessen Bestrafung weder wegen der Vortat noch wegen Geldwäsche möglich sei (BT-Drucks. 13/8651 S. 10 f.). Um eine Doppelbestrafung zu vermeiden, wurde in § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB ein persönlicher Strafausschließungsgrund bzw. eine Konkurrenzregel (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2000 – 5 StR 252/00, NJW 2000, 3725; Beschluss vom 26. Februar 2003 – 5 StR 423/02, BGHSt 48, 240, 245) eingeführt, wonach bei einer Strafbarkeit wegen der Beteiligung an der Katalogvortat die zugleich verwirklichte Geldwäsche – vorbehaltlich des später eingefügten § 261 Abs. 9 Satz 3 StGB – straflos gestellt wird. Nach diesem Regelungsgefüge bleibt im Blick auf die dann mögliche Postpendenzfeststellung (vgl. BGH, Urteil

vom 21. Juni 1995 – 2 StR 157/95, BGHR StGB § 1 Postpendenz 5; Beschluss vom 26. Februar 2003 – 5 StR 423/02, aaO; Urteil vom 20. September 2000 – 5 StR 252/00, aaO) bei nicht nachweisbarer Vortatbeteiligung, aber sicherer Verwirklichung des Geldwäschetatbestandes kein Raum für eine ungleichartige Wahlfeststellung zwischen Vortat und Geldwäsche.

31 (bb) Von der vorgenannten, durch den Gesetzgeber allein ins Auge gefassten Sachverhaltskonstellation (vgl. BT-Drucks. 13/8651 S. 10 f.) unterscheiden sich die hier relevanten Fälle dadurch, dass die Strafbarkeit eines Angeklagten wegen seiner Beteiligung an der Katalogtat gerade nicht zweifelhaft ist, sondern sicher feststeht und nur die Art seiner Beteiligung (z.B. an einem Diebstahl oder einer Hehlerei) offenbleiben muss. Entgegen der im Vorlagebeschluss vertretenen Auffassung (aaO Rn. 88 ff.) zielt die Strafvorschrift des § 261 StGB nicht darauf ab, insoweit bestehende Beweis Zweifel und daraus resultierende Strafbarkeitslücken in der Weise aufzulösen, dass sie eine eindeutige Verurteilung wegen Geldwäsche ermöglicht, um so der wahldeutigen Schuldfeststellung die Basis zu entziehen.

32 Abgesehen davon, dass die Schutzgüter der Katalogvortaten einerseits und der Geldwäsche andererseits nicht deckungsgleich sind (vgl. zu Eigentum und Vermögen BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – 1 StR 357/05, BGHSt 50, 347, 358), widerspricht der Behauptung eines umfassenden „Auffangcharakters“, dass die Geldwäsche wegen der Anknüpfung an die in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB bezeichneten Katalogtaten in ihrem Regelungsbereich wesentlich eingeschränkt ist. Demgemäß scheidet sie tatbestandlich aus, wenn etwa Diebstahl oder Hehlerei nicht gewerbs- oder bandenmäßig begangen worden sind.

33 Andernfalls ist die Regelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB zu beachten, die der Verurteilung wegen der Beteiligung an der Katalogvortat – vorbehaltlich

des § 269 Abs. 9 Satz 3 StGB – den Vorrang gegenüber der Verurteilung wegen zugleich verwirklichter Geldwäsche einräumt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – 1 StR 357/05, aaO). Weder dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien kann dabei entnommen werden, dass die Vorschrift keine Anwendung finden soll, wenn sich der Angeklagte zwar sicher wegen der Beteiligung an der Vortat strafbar gemacht hat, aber statt auf eindeutiger auf wahldeutiger Grundlage zu verurteilen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 16. August 2016 – 5 StR 182/16, aaO). Dies zugrunde gelegt kann eine Verurteilung wegen Geldwäsche aufgrund der Regelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB nicht erfolgen.

34 cc) Das Gebot der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit ist entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts beizubehalten. Der Große Senat für Strafsachen hat bereits zum Ausdruck gebracht, dass die Wahlfeststellung nur dann zu rechtfertigen und hinzunehmen ist, wenn sie sich auf Straftaten bezieht, die in Bezug auf das sittlich-rechtliche Werturteil über sie und die innere Beziehung des Täters auf sie wesentlich gleichwertig sind; über diese Schranke dürfe nicht hinausgegangen werden (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 – GSSt 2/56, aaO, S. 394). Diese Einschätzung ist nach wie vor berechtigt. Gegenüber der durch Teile des Schrifttums an der Ausgestaltung der Rechtsprechungsformel geübten Kritik ist darauf hinzuweisen, dass durch Stimmen der Literatur verschiedentlich unterbreitete Alternativvorschläge keine eindeutigere Begrifflichkeit aufweisen und in der konkreten Ausformung weitgehend dieselben oder ähnliche Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden (vgl. LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 146; KMR/Stuckenberg, aaO, § 261 Rn. 148; Eser/Hecker, aaO, § 1 Rn. 74). Hinzu kommt, dass sich in langjähriger Praxis typische Fallgruppen in positivem wie negativem Sinn herausgebildet haben (hierzu z.B. KMR/Stuckenberg, aaO, § 261 Rn. 145 f.; LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 148 ff.; Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo,

1986, S. 172 bis 206), die der Rechtsprechungsformel hinreichend feste Konturen verleihen.

35 dd) Die wahldeutige Verurteilung bereitet keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bei der Strafzumessung.

36 Nach ständiger Rechtsprechung hat das Tatgericht die jeweils in Betracht kommenden Strafen zu vergleichen und für alle in Betracht kommenden Sachverhaltskonstellationen zu prüfen, auf welche Strafe jeweils zu erkennen wäre, wenn die eine oder die andere strafbare Handlung nachgewiesen wäre; es ist dann die geringste Strafe zu verhängen (vgl. schon oben sowie BGH, Urteile vom 29. Oktober 1958 – 2 StR 375/58, BGHSt 13, 70, 72; vom 15. Mai 1973 – 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182, 186; LR-StPO/Sander, aaO, § 261 Rn. 165; LK-StGB/Dannecker, aaO, Anh. zu § 1 Rn. 160). Dass die Strafe damit in der Regel hinter dem wahren Schuldumfang zurückbleibt, ist kein Spezifikum der ungleichartigen Wahlfeststellung, sondern eine aus der Anwendung des Zweifelssatzes folgende Konsequenz (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2014 – 3 ARs 13/14, aaO Rn. 12 mwN). Es besteht kein qualitativer Unterschied zu in der Praxis außerhalb der Wahlfeststellung sehr häufigen Konstellationen, in denen infolge nicht vollständiger Aufklärbarkeit des Sachverhalts von Mindestfeststellungen und Annahmen zugunsten des Angeklagten ausgegangen werden muss. Dass die Strafe gegebenenfalls den Schuldgehalt der Tat nicht ausschöpft, muss deshalb hier wie dort hingenommen werden. Die Alternative – überhaupt keine Strafe bei feststehender Strafbarkeit – wäre ganz offensichtlich noch weniger schuldangemessen (vgl. MüKo-StGB/Schmitz, aaO, Anh. zu § 1 Rn. 22). Auch kommt die trichterliche Praxis mit den Anforderungen an die Strafzumessungsentscheidung in Fällen der Wahlfeststellung augenscheinlich zurecht.

37 2. Zur Beantwortung der zweiten Vorlegungsfrage wird auf die Ausführungen unter III. 1 d dd (2) (bb) verwiesen.

Limperg	Raum	Sost-Scheible	Graf
	Franke	Schäfer	Schneider
König	Krehl	Eschelbach	Gericke