

NJW

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung
mit dem Deutschen Anwaltverein
und der Bundesrechtsanwaltskammer
herausgegeben von
den Rechtsanwälten
Prof. Dr. Peter Bräutigam
Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Prof. Dr. Rainer Hamm
Dr. Hilke Herchen
Dr. Ulrich Karpenstein
Dr. Nathalie Oberthür

*Mit Beilage:
NJW-Spezial Heft 19/2017*



39/2017

21. September 2017
70. Jahrgang S. 2785–2864
www.njw.de

Aus dem Inhalt

BGH
Gesetzesalternative Verurteilung – Diebstahl oder
gewerbsmäßige Hehlerei (Anm. M. Jahn)

2842

INHALT

Rechtsprechung

Strafgerichte

BGH 08.05.17 – GSSt 1/17

**Gesetzesalternative Verurteilung – Diebstahl oder
gewerbsmäßige Hehlerei (Anm. M. Jahn)**

2842

Beziehung des Täters auf sie wesentlich gleichwertig sind; über diese Schranke dürfe nicht hinausgegangen werden (BGHSt 9, 390 [394] = NJW 1957, 71). 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 eindeutige Begrifflichkeit aufweisen und in der konkreten Ausformung weitgehend dieselben oder ähnliche Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden (vgl. Sander in Löwe/Rosenberg, § 261 Rn. 146; Stuckenberg in Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 261 Rn. 148; Eser/Hecker in Schönke/Schröder, § 1 Rn. 74). Hinzu kommt, dass sich in langjähriger Praxis typische Fallgruppen in positivem wie negativem Sinn herausgebildet haben (hierzu zB Stuckenberg in Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 261 Rn. 145 f.; Sander in Löwe/Rosenberg, § 261 Rn. 148 ff.; Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 172–206), 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 BGHSt 13, 70 [72] = NJW 1959, 1139; BGHSt 25, 182 [186] = NJW 1973, 1466; Sander in Löwe/Rosenberg, § 261 Rn. 165; LK-StGB/Dannecker, 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 Zweifelsatzes folgende Konsequenz (vgl. BGH, NStZ-RR 2015, 39 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. MüKoStGB/Schmitz, Anh. zu § 1 Rn. 22). Auch kommt die tatrichterliche Praxis mit den Anforderungen an die Strafzumessungsentscheidung in Fällen der Wahlfeststellung augenscheinlich zurecht.

Anmerkung

Erinnert sich noch jemand an die fortgesetzte Handlung? Vor fast einem Vierteljahrhundert hat der Große Senat für Strafsachen (BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663) dieser Rechtsfigur das Leben ausgehaucht. Für die Wahlfeststellung wurde die Revolution mit dem vorstehenden Beschluss hingegen abgesagt. Diese Entwicklung des Vorlageverfahrens war vielfach erwartet worden (Stuckenberg ZIS 2014, 416; Jahn JuS 2014, 753 [755]) – und zwar nicht erst, nachdem alle anderen Strafsenate dem ursprünglichen Vorstoß aus den Reihen des 2. Senats die Gefolgschaft versagt hatten. Dass der Große Senat dennoch insgesamt zweieinhalb Jahre gebraucht hat, um nach der ersten Vorlage vom 11.3.2015 die Beschlussgründe vorzulegen, ist bemerkenswert. Der Zeitraum wird auch nicht vollständig dadurch erklärt, dass es zu einem prozessualen Intermezzo kam, in dessen Verlauf der 2. Senat seine ursprüngliche Vorlage zurücknahm, um

sie mit nachgebesselter Begründung erneut zu unterbreiten. Abseits hierdurch aufgeworfener Spezialfragen ist für Praktiker der Strafrechtspflege jetzt zweierlei von Interesse: (1) Hat sich das lange Warten auf die Entscheidung gelohnt? (2) Welche Folgerungen sind für Anklageschrift, Urteil und Verteidigung zu ziehen?

1. Im Vorlageverfahren ging es im Kern um die Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung (auch: Tatbestandsalternativität oder echte Wahlfeststellung). Nach ganz herrschender Meinung war sie im Falle rechtsethischer und psychologischer Gleichwertigkeit der im Raum stehenden Taten zulässig. Rechtsethische Gleichwertigkeit soll gegeben sein, wenn die Taten gemessen am Rechtsempfinden der Allgemeinheit ähnlich sittlich zu bewerten sind. Psychologische Gleichwertigkeit sei im Fall einer vergleichbaren seelischen Beziehung des Beschuldigten zu den in Betracht kommenden Verhaltensweisen zu bejahen. Nicht nur die Schlüpfrigkeit beider Formeln, sondern insbesondere ihre ausgebliebene parlamentsgesetzliche Legitimation in der Bundesrepublik waren für den 2. Strafsenat Anlass, ziemlich genau 80 Jahre nach dem Beschluss der Vereinigten Strafsenate des RG den Stein einer Konstitutionalisierung der echten Wahlfeststellung ins Rollen zu bringen. Ihn hat der Große Senat jetzt aufgehalten. Die Argumente, mit denen die Beachtung der rechtsstaatlichen Gewährleistung „nulla poena sine lege“ (Art. 103 II GG) unterlegt werden soll, sind ausgeschrieben. Immerhin: Die Weichenstellung des Großen Senats, die Wahlfeststellung als Institut des Prozessrechts einzuordnen, setzt die Diskussion wieder auf das richtige Gleis. In dem Bemühen, möglichst viele verfassungsrechtliche Punkte zu sammeln, hatte sich der 2. Senat mit der Übertragung des Verschleifungsverbots aus dem Untreuebeschluss des BVerfG (BVerfGE 126, 170 [198] = NJW 2010, 3209) zur materiell-rechtlichen Vorschrift des § 266 StGB auf Abwege begeben. Freilich verstellt sich der Große Senat den Blick auf die Tiefendimension des Sachproblems seinerseits durch die desinteressierte Behauptung, Art. 103 II GG sei für das Strafprozessrecht nicht einschlägig. Doch das wird in der jüngeren Rechtsprechung nur noch „grundsätzlich“ (BVerfGE 112, 304 [315] = NJW 2005, 1338) anerkannt und im Schrifttum von immer mehr Stimmen bestritten (Nachw. bei NK-StGB/Kargl, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 60a; Lüderssen/Jahn in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, Einl. M Rn. 58 ff.). Richtigerweise belegt auch die ungleichartige Wahlfeststellung, dass prozessualen Figuren im Ergebnis strafbegründende Wirkung zukommen kann, so dass bei ihnen der Geltungsumfang des Art. 103 II GG im Einzelnen zu bestimmen ist (im Einzelnen Lüderssen/Jahn in Löwe/Rosenberg, Einl. M Rn. 89 ff.).

2. Nachdem der Große Senat auch die zahlreichen Äußerungen des Schrifttums im Verlauf des Anfrage- und Vorlageverfahrens jedenfalls im Umdruck nur in homöopathischen Dosen verarbeitet, belässt er in Sachen Wahlfeststellung letztlich alles beim Alten. Er hat andererseits, wie sich aus Rn. 34 erschließt, auch der vom Generalbundesanwalt angebotenen Extremlösung die Gefolgschaft versagt, der sogar noch das unscharfe Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit über Bord werfen wollte. Es hat damit Bestand, was in den Kommentaren zum Besonderen Teil an – schwer durchschaubarer – Kasuistik aufgetürmt wird. Speziell in Geldwäschekonstellationen ist aber, wie der Große Senat im Anschluss an den Beschluss des 5. Strafsenats vom 16.8.2016 (BGHSt 61, 245 [247] = NJW 2016, 3317 Rn. 10) herausstreicht, darauf Bedacht zu nehmen, dass die wahldeutige Verurteilung wegen der Katalogvortat (zB gewerbsmäßigen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei) den Schuldspruch wegen Geldwäsche ausschließt, weil der Täter dann iSd § 261 IX 2 StGB Vortatbeteiligter ist (näher Jahn in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 261 Rn. 94).

Richter am OLG Professor Dr. Matthias Jahn, Frankfurt a. M.