

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 71

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 71, Rn. X

## BGH 2 StR 495/12 - Beschluss vom 11. März 2015 (BGH)

**Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen; echte Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßige begangenen Diebstahls und gewerbsmäßiger Hehlerei (Vereinbarkeit mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip).**

**Art. 103 Abs. 2 GG; § 132 Abs. 2 GVG; § 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

### Leitsätze des Bearbeiters

**1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird die Frage vorgelegt: Ist die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung, insbesondere bei einer Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei, mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar?**

**2. Der Senat verneint diese Frage und erstrebt die Änderung der bisherigen Rechtsprechung.**

### Entscheidungstenor

Dem Großen Senat für Strafsachen wird die Frage vorgelegt:

Ist die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung, insbesondere bei einer Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei, mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar?

### Gründe

**A.**

Die Vorlagefrage betrifft die Zulässigkeit der gesetzesalternativen Verurteilung (so genannte „echte Wahlfeststellung“). 1

**I.**

Die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung beruht auf Richterrecht. 2

1. Nach der anfänglichen Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde eine alternative Sachverhaltsfeststellung nur dann nicht beanstandet, wenn es sich bei den Alternativen um unterschiedliche Ausführungsarten desselben Delikts handelte (RG, Urteil vom 18. Juni 1920 - II 476/20, RGSt 55, 44). Das im Schuldspruch genannte Delikt musste sicher nachgewiesen sein (RG, Urteil vom 29. September 1884 - Rep. 1763/84, RGSt 11, 103, 104). Wegen des Grundsatzes „nullum crimen sine lege“ durfte eine Strafe nur ausgesprochen werden, wenn die zugrunde liegende Handlung einen bestimmten Straftatbestand erfüllte (RG, Urteil vom 9. November 1891 - Rep. 2638/91, RGSt 22, 213, 216). Eine Ausnahme kam nur in Frage, wenn ein Straftatbestand verschiedene Umstände als Modalitäten desselben Delikts mit gleichem Strafraumen vorsah (RG, Urteil vom 8. April 1892 - Rep. 822/92, RGSt 23, 47, 48; Urteil vom 1. Februar 1921 - II 899/20, RGSt 55, 228, 229; Urteil vom 19. April 1921 - IV 483/21, RGSt 56, 35 f.; Urteil vom 4. Januar 1923 - II 538/22, RGSt 57, 174 f.). Davon wurde der Fall unterschieden, dass die in Betracht gezogenen Sachverhaltsalternativen unterschiedliche Straftatbestände erfüllten. In diesem Fall war weder eine eindeutige noch eine alternative Verurteilung möglich. Das galt auch für die Alternative von Diebstahl oder Hehlerei (RG, Urteil vom 30. April 1919 - III 156/19, RGSt 53, 231, 232). 3

2. Von dieser Rechtsprechung rückten die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts durch Beschluss vom 2. Mai 1934 - 1 D 1096/33 (RGSt 68, 257, 259 ff.) ab. Die Zulassung einer Wahlfeststellung zwischen Diebstahl oder Hehlerei trage dem allgemeinen Rechtsempfinden Rechnung, weil es der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Missbilligung angedeihen lasse wie derjenigen des Diebes (RGSt 68, 257, 262). Für andere Tatbestandsalternativen wurde eine gesetzesalternative Verurteilung weiter abgelehnt (RGSt 68, 257, 260 f.). 4

3. Durch Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. 1935 I, S. 839) wurde eine Regelung über die unbeschränkte Möglichkeit der gesetzesalternativen Verurteilung als § 2b RStGB eingeführt. Diese wurde 5

durch Gesetz des Alliierten Kontrollrats für Deutschland Nr. 11 vom 30. Januar 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 55) wieder aufgehoben (vgl. Etzel, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat [1945 - 1948], 1992, S. 83 ff.).

4. Der Bundesgerichtshof knüpfte ab 1951 an den Beschluss der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 2. Mai 1934 an (BGH, Urteil vom 19. April 1951 - 3 StR 165/51, BGHSt 1, 127, 128; Urteil vom 21. Juni 1951 - 4 StR 26/51, BGHSt 1, 275, 276). Auch der Große Senat für Strafsachen folgte ihm (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 - GSSt 2/56, BGHSt 9, 390, 392 ff. mit Anm. Dreher MDR 1957, 179 f. und Heinitz JR 1957, 126 ff.).

Die Bejahung einer gesetzesalternativen Wahlfeststellung durch den Bundesgerichtshof betraf zunächst erneut nur die Alternative von Diebstahl oder Hehlerei (BGH, Urteil vom 12. September 1951 - 4 StR 533/51, BGHSt 1, 302, 304; Urteil vom 2. Oktober 1951 - 1 StR 353/51, BGHSt 1, 327, 328; Urteil vom 16. April 1953 - 4 StR 377/52, BGHSt 4, 128, 129; Urteil vom 4. Dezember 1958 - 4 StR 411/58, BGHSt 12, 386, 388; Urteil vom 4. Dezember 1958 - 4 StR 411/58, BGHSt 12, 386, 388), dann aber auch Konstellationen wie Raub oder räuberische Erpressung (BGH, Urteil vom 12. Januar 1954 - 1 StR 631/53, BGHSt 5, 280, 281), Diebstahl oder Begünstigung (Senat, Urteil vom 21. Oktober 1970 - 2 StR 316/70, BGHSt 23, 360 f.), Betrug oder Hehlerei (BGH, Urteil vom 20. Februar 1974 - 3 StR 1/74, NJW 1974, 804, 805).

Erweiterungen der Rechtsfigur erfolgten ferner mit der Möglichkeit der gesetzesalternativen Verurteilung aufgrund mehrerer Tatbestandsvarianten, so bei den Varianten des Diebstahls, der Hehlerei oder der Beihilfe zum Diebstahl in Tateinheit mit Hehlerei (Senat, Urteil vom 30. Juni 1960 - 2 StR 275/60, BGHSt 15, 63, 64 ff.) und des Diebstahls, der Unterschlagung oder der Hehlerei (Senat, Urteil vom 26. Juli 1961 - 2 StR 190/61, BGHSt 16, 184, 186 f.).

Schließlich wurde angenommen, dass Erschwerungsgründe bei einer Alternative der gesetzesalternativen Verurteilung nicht entgegenstehen, wenn die Grundgestaltung rechtsethisch und psychologisch vergleichbare Tatbestände betrifft (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1957 - 4 StR 73/57, BGHSt 11, 26, 28). In einem solchen Fall müsse sich die Verurteilung auf das Vergleichbare beschränken, so bei der Möglichkeit von schwerem Raub oder Unterschlagung, wobei auf Diebstahl oder Unterschlagung erkannt wurde (BGH, Urteil vom 15. Mai 1973 - 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182, 183 f. mit Anm. Hruschka NJW 1973, 1804 ff.).

5. Die Bundesregierung wies im Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz) vom 29. September 1952 darauf hin, bei der aufgehobenen Regelung des § 2b RStGB habe es sich nicht um typisch nationalsozialistisches Recht gehandelt. Die obersten Gerichte hätten sich wieder der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen. Unter diesen Umständen könne die Frage, wie die Grenzen für die Zulässigkeit von wahlweisen Schuld feststellungen zu ziehen seien, der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen werden (BT-Drucks. I/3713 S. 19).

## II.

Der Senat hat folgenden Fall zu entscheiden:

1. Das Landgericht Meiningen hat den Angeklagten L. wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in neunzehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren, den Angeklagten E. wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in achtzehn 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.

Nach den Feststellungen des Landgerichts stahlen oder hehlten die Angeklagten seit dem Jahr 2008 in erheblichem Umfang Gegenstände, vor allem Fahrzeuge und Fahrzeugteile sowie Werkzeuge und andere Hilfsmittel, die bei der Montage oder Demontage von Fahrzeugen Verwendung finden konnten. Ob die Angeklagten bei den abgeurteilten Fällen als Mittäter jeweils Diebstähle begangen oder die später bei ihnen sichergestellten Gegenstände als Hehler erworben haben, konnte die Strafkammer nicht klären. Sie hat ausgeführt, es sei auch möglich, dass die Angeklagten in den einzelnen Fällen getrennt voneinander Beutestücke aus den Diebstählen angekauft oder einer von beiden - neben Dritten - an den Diebstählen beteiligt gewesen sei und danach Beutegegenstände an den jeweils anderen abgegeben habe.

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 Gegenstände, die aus Diebstählen herrührten, lagerte und Fahrzeuge bearbeiten konnte. Nach einer anonymen Strafanzeige wurden die Räume am 23. und 24. Juni 2009 durchsucht. Dabei wurden zahlreiche Gegenstände sichergestellt, die in dem für die Einzeltaten

näher konkretisierten Tatzeitraum zwischen dem 26. März 2007 und dem 20. Juni 2009 gestohlen worden waren. Dabei handelte es sich um Diebstähle, die „in vielen Fällen schon aufgrund der Menge des Diebesgutes und der Schwere der einzelnen Gegenstände gar nicht allein hätten durchgeführt werden können.“ Auch war „bei allen Taten aufgrund des professionellen Vorgehens zu erwarten, dass zumindest ein Täter den Tatort abgesichert hat.“ Das Landgericht hat den Angeklagten jeweils nur Diebstahl oder gewerbsmäßige Hehlerei zugerechnet, soweit bei ihnen selbst Gegenstände aus solchen Taten aufgefunden wurden. Soweit bei dem jeweils anderen Angeklagten Beutestücke festgestellt wurden, hat es die Angeklagten freigesprochen.

Mit Ausnahme zweier Fälle (Fälle 6 und 11 bei dem Angeklagten L.) handelte es sich bei den Diebstählen - von gewerbsmäßiger Tatbegehung gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB abgesehen - auch um Taten im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB. 16

Bei den Diebstählen war regelmäßig erheblicher Sachschaden verursacht und umfangreiche Beute erzielt worden, während die sichergestellten Gegenstände, deren Erlangung den Angeklagten zugerechnet wurde, Einzelstücke aus der Diebesbeute darstellten. 17

2. Die Strafkammer hat die Angeklagten 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. 18

Die Voraussetzungen einer Postpendenzfeststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei hat sie verneint, weil sie eine zumindest einseitig sichere Feststellung der Hehlereivoraussetzungen - hier hinsichtlich der Tatbegehung in Bezug auf eine „Sache, die ein anderer gestohlen ... hat“ - nicht treffen konnte: „Ob die Angeklagten bei den jeweiligen abgeurteilten Fällen gemeinschaftlich die Diebstähle begangen oder Gegenstände angekauft haben, konnte nicht geklärt werden. So ist es auch möglich, dass in diesen Fällen beide getrennt voneinander von derselben Quelle gekauft haben oder einer der beiden den Diebstahl begangen hat und an den anderen Diebesgut abgegeben hat.“ 19

3. Weil der Strafrahmen für gewerbsmäßige Hehlerei gemäß § 260 Abs. 1 StGB eine höhere als die in § 243 Abs. 1 StGB angedrohte Mindeststrafe vorsieht, ist die Strafkammer vom Strafrahmen des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB ausgegangen. Bei der - einheitlich vorgenommenen - Strafzumessung hat sie den geringeren Schaden zu Grunde gelegt, der beim Erwerb der einzelnen Beutestücke durch Hehlerei verursacht worden wäre. Im Übrigen hat sie auf allgemeine Strafzumessungsgesichtspunkte abgestellt, ohne ein konkretes Tatbild zu bewerten. 20

### III.

1. Die Beweiswürdigung des Landgerichts weist keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf. 21

2. Auch die Ablehnung einer eindeutigen Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Hehlerei ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Senat, Beschluss vom 11. November 1987 - 2 StR 506/87, BGHSt 35, 86, 88). 22

Für eine Postpendenzfeststellung müsste - da Diebstahl und Hehlerei sich gegenseitig ausschließen - feststehen, dass die Angeklagten als Hehler die Gegenstände nicht selbst durch Diebstahl erlangt hatten (BGH, Urteil vom 29. März 1990 - 4 StR 681/89, BGHR StGB vor § 1 Wahlfeststellung, Postpendenz 4). Der Dieb ist kein tauglicher Täter der Hehlerei (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 259 Rn. 30; SK/Velten, StPO, 4. Aufl., § 261 Rn. 133; LK/Walter, StGB, 12. Aufl., § 259 Rn. 90 f.). Eine einseitig eindeutige (Postpendenz-) Feststellung der Täterschaft der Angeklagten in Form einer Hehlerei war der Strafkammer aber deshalb nicht möglich, weil sie ihre (Mit-) Täterschaft beim Diebstahl jeweils nicht ausschließen konnte. 23

3. Insoweit stünde die Verurteilung im Wege der Wahlfeststellung zwischen Diebstahl oder gewerbsmäßiger Hehlerei in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der Senat beabsichtigt jedoch, diese Rechtsprechung aufzugeben. 24

### IV.

1. Der Senat hat durch Beschluss vom 28. Januar 2014 - 2 StR 495/12 (StV 2014, 580 ff.) gemäß § 132 Abs. 3 GVG bei den anderen Strafsenaten angefragt, ob sie an der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer gesetzessubstitutiven Verurteilung festhalten. 25

Darin hat er die Auffassung vertreten, eine gesetzessubstitutive Verurteilung verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Deshalb sei eine Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei rechtlich zu beanstanden. Eine derartige gesetzessubstitutive Verurteilung verstoße gegen das Analogieverbot. Sie wirke strafbegründend, weil in einem solchen Fall die Erfüllung einer bestimmten Strafnorm nicht feststellbar sei. Die Verurteilung beruhe dann letztlich auf einer ungeschriebenen dritten Norm, die nicht durch den Gesetzgeber erlassen 26

worden sei, sondern Richterrecht darstelle. Aus diesem Grund sei im Fall einer gesetzesalternativen Verurteilung auch keine dem Gesetz entsprechende Strafzumessung möglich.

2. Die anderen Strafsenate sind dem entgegen getreten.

27

a) Der 1. Strafsenat hat durch Beschluss vom 24. Juni 2014 - 1 ARs 14/14 (NStZ-RR 2014, 308 f.) ausgeführt, bei der gesetzesalternativen Verurteilung handele es sich um eine Verfahrensregel, die nicht der Verfassungsbestimmung des Art. 103 Abs. 2 GG unterliege. Die richterrechtliche Regel bestimme nicht darüber, was strafbar ist, sondern lege lediglich fest, wie das Gericht in einer bestimmten Situation prozessual zu reagieren habe. Die Strafbarkeit sei mit den alternativ anwendbaren Straftatbeständen durch den Gesetzgeber bestimmt und für den Normunterworfenen vorhersehbar. Der Angeklagte werde nicht aus einer ungeschriebenen dritten Strafnorm verurteilt. Die Möglichkeit der gesetzesalternativen Verurteilung aufgrund von Richterrecht entspreche auch der Einschätzung des Gesetzgebers. Das von der Rechtsprechung entwickelte Merkmal der rechtsethischen und psychologischen Gleichwertigkeit der verschiedenen Taten stelle nur sicher, dass die Rechtsfolgenentscheidung trotz der Tatsachenalternativen an einen im Kern einheitlichen Schuldvorwurf anknüpfen könne. Erschwerende Umstände, die nur bei einer der alternativ in Betracht kommenden Verhaltensweisen infrage kämen, dürften dem Angeklagten nicht angelastet werden.

28

b) Der 3. Strafsenat hat durch Beschluss vom 30. September 2014 - 3 ARs 13/14 (NStZ-RR 2015, 39 f.) erklärt, die richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung verletze nicht Art. 103 Abs. 2 GG. Der Sache nach handele es sich um eine Entscheidungsregel. Solche Regelungen würden von Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfasst. Der Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips, für den Angeklagten seine Bestrafung vorhersehbar zu halten, bleibe unberührt. Grundlage der Bestrafung sei nicht eine ungeschriebene dritte Norm, die übereinstimmende Unrechtselemente der beiden Strafgesetze in sich vereinigen würde. Vielmehr müsse in jeder in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante jeweils ein Straftatbestand vollständig erfüllt sein. Dass der vom Gericht zu treffende Schuldspruch stets bestimmt sein müsse, lasse sich der Verfassungsnorm des Art. 103 Abs. 2 GG nicht entnehmen. Die Einschränkung, dass eine Verurteilung im Fall der gesetzesalternativen Verurteilung nach der Rechtsprechung nur zulässig ist, wenn die in Betracht kommenden Straftatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar seien, schränke den Anwendungsbereich der Rechtsfigur ein, die - gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG - aber auch unbeschränkt zulässig wäre.

29

c) Der 4. Strafsenat hat in seinem Beschluss vom 11. September 2014 - 4 ARs 12/14 (NStZ-RR 2015, 40 f.) ausgeführt, die Tatsache, dass bei einer Verurteilung auf der Grundlage einer Wahlfeststellung nicht feststehe, welcher der Straftatbestände verletzt worden sei, ändere nichts daran, dass die strafrechtlichen Handlungsverbote für den Täter zur Tatzeit erkennbar gewesen seien. Da ein Angeklagter im Fall der Wahlfeststellung nur verurteilt werden dürfe, wenn die nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten alternativ in Betracht kommenden Sachverhalte jeweils einen Straftatbestand vollständig erfüllen und andere Sachverhaltsalternativen sicher ausscheiden, bleibe gewährleistet, dass der Gesetzgeber über die Voraussetzungen der Strafbarkeit entscheide. Der Angeklagte werde nicht wegen Verstoßes gegen einen außergesetzlichen Gesamtatbestand verurteilt. Da sämtliche Voraussetzungen des jeweils in Betracht kommenden Delikts in den Sachverhaltsalternativen verwirklicht sein müssten, komme es nicht zu einer Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen oder Tatbeständen. Zu der Frage, ob eine Verurteilung im Schuldspruch eindeutig sein müsse oder mehrdeutig sein dürfe, treffe Art. 103 Abs. 2 GG keine Aussage. Da die gesetzesalternative Verurteilung nur erfolgen dürfe, wenn den in Betracht kommenden Delikten eine ähnliche rechtsethische Bewertung zukomme und eine vergleichbare psychologische Beziehung des Täters zu den infrage kommenden Sachverhalten bestehe, werde die mit der alternativen Aufzählung in der Urteilsformel verbundene Belastung für den Verurteilten auf ein Maß begrenzt, das zur Vermeidung ungerechter Ergebnisse hinnehmbar sei. Soweit der Bestimmtheitsgrundsatz neben den Anforderungen an die Voraussetzungen der Strafbarkeit auch verlange, dass die mögliche Strafe im Gesetz hinreichend bestimmt geregelt sein müsse, gerate die Wahlfeststellung ebenfalls nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG in Konflikt. Der Tatrichter habe auf der Grundlage der Sachverhaltsalternativen zu erörtern, welche Strafe er jeweils für angemessen gehalten hätte, wenn zweifelsfrei die eine oder die andere Handlung nachgewiesen wäre; sodann habe er die mildeste Strafe zu verhängen. Der Zulässigkeit der gesetzesalternativen Verurteilung stehe auch nicht entgegen, dass eine eindeutige Verurteilung aufgrund eines Auffangtatbestands möglich wäre. Zwar habe die Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung grundsätzlich Vorrang. Davon sei aber eine Ausnahme anzuerkennen, wenn feststehe, dass der Täter in jeder der Sachverhaltsalternativen ein schwerer wiegendes Delikt begangen habe.

30

d) Der 5. Strafsenat hat durch Beschluss vom 16. Juli 2014 - 5 ARs 39/14 (NStZ-RR 2014, 307 f.) ausgeführt, bei der gesetzesalternativen Verurteilung handele es sich um eine prozessuale Entscheidungsregel. Diese stelle eine Ausnahme von dem Rechtssatz „in dubio pro reo“ dar. Ein Freispruch in doppelter Anwendung des Zweifelsatzes wäre in Fällen, in denen ein strafloses Verhalten des Angeklagten sicher auszuschließen sei, mit dem Gebot der Gerechtigkeit unvereinbar. Die gesetzesalternative Verurteilung ziehe auch keine Ungenauigkeiten bei der Strafzumessung nach sich, da die Strafe dem mildesten Gesetz zu entnehmen sei.

31

**B.**

Der Senat hält auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Anfrageverfahrens an seiner Rechtsauffassung fest, dass die Gesetzesalternative Verurteilung mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar ist. Deshalb ist die Vorlage der Sache an den Großen Senat des Bundesgerichtshofs für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 2 GVG erforderlich. Die Vorlage ist aber auch im Sinne von § 132 Abs. 4 GVG zur Fortbildung des Rechts angezeigt, unter anderem zur Frage der Auslegung und Anwendung der Unterschlagung und der Geldwäsche als Auffangtatbestände bei unklarer Vortatbeteiligung (dazu unten B.II.3.a). 32

## I.

Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine „Tat“ nur bestraft werden kann, wenn „die Strafbarkeit“ gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Der Begriff der Strafbarkeit betrifft dabei sowohl die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch das Strafmaß (vgl. mit Erläuterung der Entstehungsgeschichte der Verfassungsnorm BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 1968 - 2 BvL 15/68, BVerfGE 25, 269, 288). 33

1. Die Bedeutung dieser Verfassungsbestimmung erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, 1, 43). Diese Garantien dienen einem doppelten Zweck: 34

Einerseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insofern enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung selbst festzulegen. Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit zählt. Andererseits geht es um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten. Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Art. 103 Abs. 2 GG hat insofern freiheitsgewährleistende Funktion (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 170, 194). 35

Wenn die Verfassung fordert, dass die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt“ sein muss, bedeutet dies zweierlei. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen gesetzlich geregelt und das diesbezügliche Gesetz muss hinreichend bestimmt sein. Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 Abs. 2 GG dabei die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. In Grenzbereichen trifft die Rechtsprechung ein Präzisionsgebot. 36

2. Für die Strafgerichte enthält der Satz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ Verpflichtungen in mehrfacher Hinsicht: 37

Den Gerichten ist es verwehrt, die gesetzgeberische Entscheidung abzuändern. Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann vielmehr die Aufgabe des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (BVerfG aaO, BVerfGE 126, 170, 197). 38

Dementsprechend darf die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen (BVerfG aaO, BVerfGE 126, 170, 198). 39

3. Das in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt zum einen für den Straftatbestand (nullum crimen sine lege). Es gilt zum anderen aber auch für die Strafandrohung (nulla poena sine lege). An der Idee der Gerechtigkeit gemessen müssen Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein. Beide sind wechselseitig aufeinander bezogen. Einerseits richtet sich die Strafhöhe nach dem normativ festgelegten Wert des verletzten Rechtsguts und der Schuld des Täters. Andererseits lässt sich das Gewicht einer Straftat in der Regel erst aus der Höhe der angedrohten Strafe entnehmen. Insofern ist auch die Strafandrohung für die Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestands von entscheidender Bedeutung (BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 1968 - 2 BvL 15/68, BVerfGE 25, 269, 286; Urteil vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153 f.). 40

## II.

Nach diesem Maßstab ist die richterrechtliche Rechtsfigur der Gesetzesalternativen Verurteilung mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. 41

1. Die Gesetzesalternative Verurteilung greift in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein und verletzt dessen Normzweck. 42

a) Für eine rein prozessuale Regelung würden die Gebote des Art. 103 Abs. 2 GG zwar nicht gelten (Kudlich in Kudlich/Montiel/Schuh [Hrsg.], Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 233, 239 ff. mwN). Darum geht es hier aber nicht. Die Rechtsfigur der Gesetzesalternativen Verurteilung bestimmt vielmehr „die Strafbarkeit“. 43

aa) Strafrecht ist Eingriffsrecht des Staates, das nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes eine bestimmte gesetzliche Eingriffsermächtigung erfordert, deren Voraussetzungen im Einzelfall auch tatsächlich vorliegen müssen (Freund/Rostalski JZ 2015, 164, 168). Mangels sicheren Nachweises des Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale der alternativ in Betracht kommenden Strafnormen, einschließlich ihres jeweiligen subjektiven Tatbestands, steht in der Wahlfeststellungssituation jedoch gerade nicht fest, dass der Angeklagte die eine oder die andere Tat im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG begangen hat und deshalb verurteilt werden kann. 44

Aus der exklusiven Alternativität von zwei Verdachtsfällen folgt somit eine die Aburteilung tragende Sachverhaltsgewissheit nur in Bezug auf einen Unrechtskern. Die Verdachtsfälle lassen sich aber nicht zu einer einheitlichen Schuld feststellung verbinden (Alwart GA 1992, 545, 565; Freund/Rostalski JZ 2015, 164, 166). Schließen sich die in Betracht kommenden Tatbestände - wie Diebstahl oder Hehlerei - gegenseitig aus, fehlt in der Wahlfeststellungssituation jeweils der Nachweis mindestens eines objektiven (und zugehörigen subjektiven) Tatbestandselements bei beiden Strafnormen. Die wahldeutige Verurteilung erfolgt dann gerade nach der Begründung der bisherigen Rechtsprechung nicht durch bloße Anwendung einer prozessualen Entscheidungsregel, sondern aufgrund des gemeinsamen Unrechtskerns. Die Regel, wonach wahldeutige Verurteilung zulässig sei, tritt daher - unter den Voraussetzungen, die ihre Anwendung legitimieren sollen - an die Stelle der jeweils fehlenden sachlich-rechtlichen Voraussetzungen eines (eindeutigen) Schuldspruchs. Sie stellt damit eindeutig materielles Strafanwendungsrecht dar. 45

Der Gesetzesalternative Schuldspruch läuft auf eine „Entgrenzung“ von Tatbeständen oder auf eine „Verschleifung“ zweier Straftatbestände durch alternative Vereinigung der Einzelvoraussetzungen hinaus, die noch über die verfassungsrechtlich zu beanstandende „Verschleifung“ von verschiedenen Tatbestandsmerkmalen einer einzigen Strafnorm (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 170, 198) hinausgeht. Die Verurteilung beruht in dieser Konstellation auf einer ungeschriebenen dritten Norm (Endruweit, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilslogik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, 1973, S. 270; Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 35, 49; Köhler, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1997, S. 96; Kotsoglou ZStW 127 [2015], 334, 359; Lobe GS 104 [1934], S. 161, 166; H. Mayer, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1953, S. 417; Wagner ZJS 2014, 436, 441), welche die - angeblich - übereinstimmenden Unrechtselemente der beiden gerade nicht zur Anwendung gelangenden Normen in sich vereinigt. 46

bb) Die materiell-rechtliche Einordnung der Rechtsfigur der Gesetzesalternativen Verurteilung wird durch die Voraussetzungen ihrer begrenzten Ausdehnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt. Die Rechtsprechung hat das Kriterium der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“ der infrage kommenden Straftatbestände als Voraussetzung für die Zulassung einer Gesetzesalternativen Aburteilung entwickelt. Das Richterrecht hat daher nur für bestimmte Konstellationen eine Ausnahme von dem Grundsatz geschaffen, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Einzelfall sämtlich zur Überzeugung des Tatgerichts feststehen müssen. Über diese Schranke darf nicht hinweggegangen werden (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 - GSSt 2/56, BGHSt 9, 390, 394). Sie bestimmt dann jedoch über die Voraussetzungen der „Strafbarkeit“, die im Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG liegt. 47

Ist nach dieser Begrenzungsklausel kein Fall gegeben, bei dem eine Ausnahme vom Gebot der eindeutigen Verurteilung in Betracht kommt, kann eine Strafnorm, deren Voraussetzungen nicht vollständig sicher feststellbar sind, nicht angewendet werden. Greift dagegen die richterrechtliche Ausnahme ein, weil alternativ zwei - angeblich - rechtsethisch und psychologisch vergleichbare Tatbestände erfüllt sein sollen, so gelangt das Gericht zur (Gesetzesalternativen) Verurteilung. Das Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung zwischen zulässiger und nicht zulässiger Wahlfeststellung füllt dabei funktional die Lücke zwischen den alternativ in Frage kommenden Tatbeständen. Es ist materiell-rechtlicher Natur (Montenbruck, Wahlfeststellung und Werttypus in Strafrecht und Strafprozessrecht, 1976, S. 219), denn es bezieht sich nicht auf eine prozessuale Frage, sondern fordert mit Blick auf den Schuldgrundsatz ausschließlich einen nach sachlich-rechtlichen Kriterien vorzunehmenden Vergleich. 48

cc) Ein Unterschied der Rechtsfigur der Gesetzesalternativen Verurteilung gegenüber nicht an Art. 103 Abs. 2 GG zu messenden prozessualen Rechtsinstituten wie der Verjährung der Strafverfolgung oder dem Erfordernis eines Strafantrags, kommt darin zum Ausdruck, dass hier über den Schuld- und Strafausspruch in Abgrenzung zu einem Freispruch entschieden wird, während jene Institute prozessuale Rechtsfolgen haben. Die Verjährung der 49

Strafverfolgung lässt das strafrechtliche Unrecht und die Schuld des Täters unberührt (BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 1968 - 2 BvL 15/68, BVerfGE 25, 269, 294); sie führt zur Einstellung des Verfahrens. Gleiches gilt, wenn ein bei dem konkreten Delikt erforderlicher Strafantrag fehlt. Die Anwendungsregel einer gesetzesalternativen Verurteilung entscheidet demgegenüber - soweit kein Auffangtatbestand eingreift - zwischen Freispruch und Bestrafung. Dieses Richterrecht beherrscht dadurch die Voraussetzungen für den Schuldspruch und bestimmt außerdem die Kriterien für die Zumessung der Strafe auf dieser Grundlage. Es verletzt Art. 103 Abs. 2 GG, weil es materiell-rechtliche Fragen der Schuldfeststellung ohne gesetzliche Grundlage selbst beantwortet.

b) Die richterrechtliche Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung bei rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der Tatbestände beachtet nicht den Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG. 50

aa) Das Strafgesetz soll dem normunterworfenen Bürger verdeutlichen, welche Handlungsweise bei Strafe verboten ist, damit er die Strafbarkeit seines Verhaltens vorhersehen kann. Insoweit kollidiert die richterrechtlich entwickelte gesetzesalternative Verurteilung, wie es die anderen Strafsenate betonen, nicht mit der Verfassung (Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 35, 36). Auch der Senat hat insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken. 51

bb) Art. 103 Abs. 2 GG enthält aber zugleich einen strengen Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht; denn danach müssen die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Rechtsfolgen „gesetzlich“ bestimmt sein. Dieser weitere Zweck der Verfassungsnorm wird durch das Richterrecht nicht beachtet. 52

§ 2b RStGB ist aufgehoben worden. Auch das Aufhebungsgesetz wäre von der an das Gesetz gebundenen Rechtsprechung zu beachten (SK/Velten, StPO § 261 Rn. 105). Eine Neuregelung ist unterblieben. Es fehlt mithin eine gesetzliche Bestimmung. 53

cc) Aus Art. 103 Abs. 2 GG folgt schließlich ein Gebot der Bestimmtheit der Strafbarkeit (... gesetzlich „bestimmt“ ...). Dieses Bestimmtheitsgebot richtet sich zuvörderst an den Gesetzgeber. Es eröffnet in Grenzfällen aber auch für die Rechtsprechung ein Präzisierungsgebot (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 170, 198). Dem wird das Richterrecht bereits mit seiner Annahme nicht gerecht, Art. 103 Abs. 2 GG habe keine Bedeutung für den Schuldspruch, so dass dort auch eine gesetzesalternative Verurteilung zulässig sei (Freund/Rostalski JZ 2015, 164 ff.). 54

(1) Schon der Schuldspruch ist eine „Rechtsfolge, die selbst Sanktionscharakter hat“ (Stuckenberg ZIS 2014, 461, 463). Deshalb ist auch er am Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. 55

Jede Strafnorm, die eine Tat kennzeichnet, gestattet den Strafgerichten als gesetzliche Eingriffsermächtigung ein sozialetisches Unwerturteil (BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 1968 - 2 BvL 15/68, BVerfGE 25, 269, 286). Konkretisiert wird der hoheitliche Tadel im Einzelfall durch das Urteil des Strafgerichts, das den Angeklagten wegen einer bestimmten Tat schuldig spricht. Bereits das sozialetische Unwerturteil im Schuldspruch berührt den in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten (BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 1997 - 2 BvR 1371/96, BVerfGE 96, 245, 289). Der Schuldspruch beschwert den Verurteilten (BVerfG, Urteil vom 21. März 1961 - 2 BvR 27/60, BVerfGE 12, 296, 302). Er greift in seine Grundrechtssphäre ein. Daher muss nicht nur die Strafe, sondern auch der Schuldspruch im Urteilstenor, welcher im Gegensatz zu den Gründen in Rechtskraft erwächst, eindeutig bestimmt sein. Das ist bei einem gesetzesalternativen Schuldspruch nicht der Fall. 56

(2) Das Bestimmtheitsgebot ist ferner deshalb nicht erfüllt, weil im Fall der gesetzesalternativen Verurteilung unklar bleibt, wie das von der Rechtsprechung als Voraussetzung für die Zulässigkeit der gesetzesalternativen Verurteilung verwendete Abgrenzungskriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände zu prüfen sein soll. Dieses Kriterium ist „grob und ungenau“ (Satzger in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 1 Rn. 81). Als Merkmal einer Strafnorm des geschriebenen Rechts wäre es zu unbestimmt. Bei dessen Anwendung kämen nämlich ein abstrakter Rechtsnormvergleich (LK/Dannecker, StGB, 12. Aufl., Anh. zu § 1 Rn. 136, 154 mwN) oder ein auf die konkrete Fallkonstellation bezogener Vergleich (Jahn JuS 2014, 753, 755) oder gegebenenfalls ein Vergleich nur der Grundtatbestände unter Ausblendung der in einer Sachverhaltsalternative einseitig vorkommenden Erschwerungsgründe in Frage. Für diesen Vergleich könnten normative oder kriminologisch-empirische Überlegungen angestellt werden. Welche Vorgehensweise geboten ist, müsste der Gesetzgeber, wenn er eine entsprechende Regelung erlassen wollte, im Normtext selbst oder jedenfalls aus der Gesetzessystematik und den Materialien erkennen lassen. Richterrecht kann eine solche Bestimmung nicht leisten; dies ist bislang auch nicht versucht worden. Denn mit der Entwicklung einer ausdifferenzierten Systematik zur „Vergleichbarkeit“ würde sich das so entscheidende Gericht ersichtlich an die Stelle des Gesetzgebers setzen und Abwägungen vornehmen, die diesem vorbehalten sind. Sie können insbesondere nicht durch bloße Übertragung oder „Anwendung“ des Gebots der Gerechtigkeit in vorhersehbarer Weise geschaffen werden. 57

Wenn zum Beispiel in dem vom Senat zu entscheidenden Fall die Angeklagten entweder als Mittäter an 58

gewerbsmäßig begangenen Einbruchdiebstählen beteiligt waren, durch die großer Sachschaden angerichtet und erhebliche Diebesbeute erzielt wurden, oder sie sich als gewerbsmäßig handelnde Alleintäter der Hehlerei jeweils einzelne Beutestücke aus einem solchen Diebstahl verschafft haben, erschiene fraglich, ob - gegebenenfalls unter Ausblendung des Erschwerungsgrunds des Einbruchs, der bei der Hehlerei keine Entsprechung findet (vgl. für die Wahlfeststellung zwischen Wohnungseinbruchdiebstahl oder Hehlerei BGH, Urteil vom 8. Mai 2008 - 3 StR 53/08, NStZ 2008, 646) - von einer rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit überhaupt gesprochen werden könnte.

Der Gesetzgeber hat in den einzelnen Straftatbeständen - von der Bezeichnung des Rechtsguts abgesehen - keinen Hinweis darauf gegeben, ob und unter welchen Umständen diese Normen dahin auszulegen sind, dass sie mit anderen Straftatbeständen rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind. Die Rechtsprechung hat ihrerseits bei der Auslegung und Anwendung der Normen in den Fällen gesetzesalternativer Verurteilungen keine nähere Erläuterung gegeben, weshalb eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit anzunehmen sein soll. Auch ihre gegebenenfalls ergänzende Aufgabe der Präzisierung ist demnach nicht erfüllt (vgl. Schuhr NStZ 2014, 437, 440). Tatsächlich bleibt das Teilkriterium der psychologischen Vergleichbarkeit völlig funktionslos (vgl. Eser/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 1 Rn. 50) oder verweist auf eine intuitive, subjektive Wertung des erkennenden Gerichts. Es besitzt dann aber nicht die Kraft, eine Ausnahme vom grundsätzlichen Gebot eindeutiger Verurteilungen zu legitimieren. 59

c) Dem Gesetzesvorbehalt und dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG unterliegt schließlich auch die Strafandrohung (BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153), die in einem angemessenen Verhältnis zur Tat stehen muss. 60

aa) Dieses erfordert - auch wenn der Gesetzgeber eine gesetzesalternative Verurteilung zulassen wollte und wenn dies überhaupt zulässig wäre - konkrete Regelungen dazu, wie der für das Urteil maßgebliche Strafrahmen zu bestimmen und wie die konkrete Strafe unter Beachtung des Schuldgrundsatzes zu bemessen sein soll, wenn in exklusiver Alternativität zwei Sachverhalte in Betracht kommen, bei denen der Täter gegen eines von zwei unterschiedlichen Strafgesetzen verstoßen hat (vgl. den Regelungsvorschlag von Wolter GA 2013, 271, 282 ff.). Auch daran fehlt es. Richterrecht kann die fehlende Regelung nicht dadurch ersetzen, dass es vorschreibt, für die Alternativen seien - nach Ausblendung einseitig vorhandener Erschwerungsgründe - fiktive Strafen zu bilden und von diesen sei die geringste zu verhängen. Die Begründung, hierdurch werde der Angeklagte nicht beschwert, lässt schon die Mehrheit der Strafgründe und -zwecke außer Betracht, denn eine sachlich-rechtlich nicht gerechtfertigte zu milde Strafe ist nicht allein rechtsfehlerhaft und darf daher nicht das (mögliche) Ziel der Strafzumessung sein, sondern kann auch andere Rechtsgüter verletzen. 61

bb) Setzt das Gericht im Einzelfall eine Strafe fest, muss diese in einem angemessenen Verhältnis zu Unrecht und Schuld des Täters im Hinblick auf einen bestimmten Verhaltensnormverstoß stehen (Frister StV 2014, 584, 585). Der Gesetzgeber hat durch Festlegung eines Strafrahmens für das konkrete Delikt dabei eine Vorabwägung zu treffen (nulla poena sine lege). Zur Strafzumessung durch die Strafgerichte muss sodann feststehen, welcher Verhaltensnormverstoß dem Angeklagten vorgeworfen wird und welches Ausmaß seine individuelle Schuld dabei erreicht hat. Dies ist schon dann nicht der Fall, wenn offen bleibt, welche von alternativ infrage kommenden Taten er begangen hat. Mit der Behauptung, er habe jedenfalls die eine oder andere Tat begangen, setzt sich das Richterrecht darüber hinweg, dass die Begehung der einen und der anderen Tat durch den individuellen Angeklagten nicht feststeht und die alternative Strafzumessung auf einer Fiktion beruht. 62

Die gesetzesalternative Verurteilung lässt demnach einen dem Gesetz entsprechenden Bewertungsakt bei der Strafzumessung auch dann, wenn das Tatgericht zwei fiktive Strafen zu bilden versucht, um nur die niedrigere zu verhängen, nicht uneingeschränkt zu (Freund/Rostalski JZ 2015, 164, 168; Wagner ZJS 2014, 436, 442). So lassen sich zum Beispiel die Beweggründe des Angeklagten bei der Tatbegehung und der dabei aufgewendete Wille (§ 46 Abs. 2 StGB) nicht bewerten, weil schon unklar bleibt, ob er die konkrete Tat überhaupt begangen hat. 63

2. Greift das Richterrecht nach allem wegen seiner materiell-rechtlichen Bedeutung in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein, liegt bei einer gesetzesalternativen Verurteilung ein Verfassungsverstoß vor. 64

a) Eine Grundrechtsschranke des Art. 103 Abs. 2 GG besteht nach dem Wortlaut der Verfassung nicht. Der Gesetzesvorbehalt ist einer Schrankenbestimmung auch gar nicht zugänglich. 65

Selbst wenn eine Einschränkung im Ansatz denkbar wäre, so wäre eine immanente Grundrechtsschranke auszuschließen; denn der Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG steht in der Wahlfeststellungssituation keine Rechtsposition von gleichem Gewicht gegenüber (Kröpil JR 2015, 116, 121). Auf Abwägungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt es daher nicht an. Der Verfassungsgeber selbst hat die Abwägung der gegenläufigen rechtsstaatlichen Gesichtspunkte mit Art. 103 Abs. 2 GG zugunsten eines uneingeschränkten Gesetzesvorbehalts für das Strafrecht getroffen (für den Fall der Freiheitsentziehung auch in Art. 2 Abs. 2 Satz 3, 104 Abs. 1 Satz 1 GG). 66

Deshalb ist es nicht zulässig, das Gesetzlichkeitsprinzip allein mit Hinweis auf Gebote materieller Strafgerechtigkeit durch Richterrecht zu beschränken. Rechtsfortbildung überschreitet die durch die Verfassung gezogenen Grenzen, wenn sie ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft (BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 306). Die Rechtsprechung zur ausnahmsweisen Zulässigkeit der gesetzesalternativen Verurteilung ist ausschließlich auf eigene kriminalpolitische Überlegungen der Gerichte gestützt (Stuckenberg ZIS 2014, 461, 464 mwN).

b) Bei einer Verletzung des Gesetzesvorbehalts für das Strafrecht kommt es auf die Gründe dafür, warum der Bundesgesetzgeber von einer Regelung der gesetzesalternativen Verurteilung abgesehen hat, nicht mehr an. 67

aa) Da im Strafrecht ein strenger Gesetzesvorbehalt gilt, kann der Gesetzgeber seine Aufgabe der Normsetzung nicht zum Nachteil eines Angeklagten auf die Rechtsprechung delegieren. Die Legislative ist vielmehr von Verfassungen wegen verpflichtet, die Grenzen der Strafbarkeit selber zu bestimmen; sie darf diese Entscheidung nicht anderen staatlichen Gewalten, wie der Strafjustiz, überlassen (BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153). 68

bb) Die Anmerkung der Bundesregierung in den Materialien zum Entwurf des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (BT-Drucks. I/3713 S. 19) ergibt nichts anderes. Sie verkörpert auch nicht den (aktuellen) Willen des Strafgesetzgebers. 69

Der Wille des Gesetzgebers kann im Einzelfall aus den Materialien eines Gesetzgebungsverfahrens entnommen und unter bestimmten Umständen (Wismeyer JZ 2015, 957, 964) zur Auslegung einer als Gesetz in Kraft getretenen Rechtsnorm werden. Das gilt aber nicht gleichermaßen für eine Bemerkung eines an einem Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organs dazu, warum es vom Vorschlag einer Regelung abgesehen hat. Nur ein tatsächlich beschlossenes Gesetz ist beredter Ausdruck des kollektiven Willens des Parlaments. Nur insoweit können die Materialien zum Erlass eines Gesetzesbeschlusses näheren Aufschluss über die gebotene Auslegung einer beschlossenen Norm geben. Die auch nur im konkreten Zeit-Zusammenhang nachzuvollziehende Meinungsäußerung eines einzelnen Organs des Staats ist dagegen unerheblich, wenn sie sich nur darauf bezieht, dass ein Gesetzesvorschlag nicht gemacht werden solle. 70

3. Die gesetzesalternative Verurteilung ohne Rücksicht auf das mögliche Eingreifen eines Auffangtatbestandes verstößt zudem gegen den aktuellen Willen des Gesetzgebers. Dieser kommt in neu gestalteten oder neu erlassenen Strafnormen zum Ausdruck, die als Auffangtatbestände einen Vorrang vor der gesetzesalternativen Verurteilung beanspruchen. 71

a) Der Gesetzgeber hat seit der Etablierung des Richterrechts über die gesetzesalternative Verurteilung - vor allem im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte, die den Hauptanwendungsbereich der gesetzesalternativen Verurteilung bilden (SK/Velten, StPO, 4. Aufl., § 261 Rn. 137 f.) - eine Reihe von Auffangtatbeständen geschaffen, die gerade der von der Rechtsprechung zur Möglichkeit der gesetzesalternativen Verurteilung als misslich empfundenen Situation Rechnung tragen sollen, dass eindeutige Feststellungen hinsichtlich eines vorgreiflichen Tatbestandes nicht möglich sind. 72

aa) Dies gilt etwa für die Erweiterung des Tatbestands der Unterschlagung zu einem weit reichenden Zueignungsgrunddelikt (Frister StV 2014, 584, 586), das nur dann gegenüber einem anderen Tatbestand subsidiär ist, wenn dieser auch zur Überzeugung des Gerichts erfüllt ist (LK/Vogel, StGB, 12. Aufl., § 246 Rn. 73). 73

bb) In dem vom Senat zu entscheidenden Fall könnte aber auch eine Verurteilung wegen Geldwäsche in Betracht kommen. Dies hat das Landgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, weil es dem Richterrecht zur Möglichkeit einer gesetzesalternativen Verurteilung aufgrund der im Sinne von § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB vorgreiflichen Normen gefolgt ist. 74

§ 261 Abs. 9 StGB wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 (BGBl. I S. 845) in den Geldwäschetatbestand eingefügt. Dadurch sollte die Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass derjenige, der nicht erweislich, aber auch nicht ausschließbar Täter der Katalogvortat war, nach dem Grundsatz im Zweifel für den Angeklagten freizusprechen ist (Nestler in Herzog, Geldwäschegesetz, 2. Aufl., StGB § 261 Rn. 137). Das entspricht in diesem Normzusammenhang dem Sinn und Zweck der richterrechtlichen Figur der gesetzesalternativen Verurteilung. 75

Nach der Rechtsprechung ist ein Angeklagter aufgrund einer Postpendenzfeststellung wegen Geldwäsche (hier bei gewerbsmäßigem Handeln der Vortäter gemäß § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Buchst. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu verurteilen, wenn ungewiss bleibt, ob er an einer Katalogtat des Geldwäschetatbestands beteiligt war, jedoch feststeht, dass er in Kenntnis der Vortat die Verfügungsgewalt über einen daraus herrührenden Gegenstand erlangt hat (BGH, Urteil vom 76

21. Juni 1995 - 2 StR 157/95, NStZ 1995, 500; Beschluss vom 26. Februar 2003 - 5 StR 423/02, BGHSt 47, 240, 245; Urteil vom 20. September 2000 - 5 StR 52/00, NJW 2000, 3725). Dagegen soll eine gleichzeitige Verurteilung wegen Vortatbeteiligung und Geldwäsche ausgeschlossen sein. Insoweit hat der Gesetzgeber den Geldwäschetatbestand bewusst als Auffangtatbestand für den Fall geschaffen, dass der Täter sich nicht nachweislich wegen Beteiligung an einer Katalogtat strafbar gemacht hat (BT-Drucks. 13/8651 S. 11).

b) Richterrecht darf den gesetzgeberischen Willen wegen des in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck gebrachten Gewaltenteilungsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 2 GG) nicht dadurch unterlaufen, dass es ohne ausreichende Grundlage im Gesetz eine alternative Verurteilung zulässt, welche die vom Gesetzgeber gerade gewollte Anwendung eines Auffangtatbestands ausschließt. 77

Ein Richterspruch setzt sich über die allgemein zu beachtende Gesetzesbindung hinweg, wenn die vom Gericht zur Begründung seiner Entscheidung angestellten Erwägungen deutlich erkennen lassen, dass es sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben hat (BVerfG, Beschluss vom 3. November 1992 - 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280). Die Tatsache, dass gerade dies bei der begrenzten Zulassung einer gesetzesalternativen Verurteilung der Fall ist, haben die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts betont (RG aaO, RGSt 68, 257, 259). 78