

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 258

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 258, Rn. X

BGH 2 StR 495/12 - Beschluss vom 2. November 2016

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen (grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage);
gesetzesalternative Verurteilung (Fälle des gewerbsmäßig begangenen Diebstahls und der gewerbsmäßigen
Hehlerei; Fälle verschiedener Katalogtaten der Geldwäsche; Zulässigkeit der Rechtsfigur: Verstoß gegen
den Gesetzesvorbehalt, das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes und den Schuldgrundsatz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 242 Abs. 1 StGB § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; §
259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 Abs. 2 StGB; § 132 Abs. 2 GVG;
§ 132 Abs. 4 GVG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Vorlage betrifft die Frage der Zulässigkeit der auf Richterrecht beruhenden Rechtsfigur der
gesetzesalternativen Verurteilung und - bejahendenfalls - des Vorrangs einer eindeutigen Verurteilung wegen
Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 StGB vor einer gesetzesalternativen Verurteilung, wenn
sich diese auf Katalogtaten der Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB bezieht, die in exklusiver
Alternativität festzustellen sind.

2. Der Senat ist der Auffassung, dass eine gesetzesalternative Verurteilung wegen gewerbsmäßig
begangenen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei wegen Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt aus
Art. 103 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG sowie den Schuldgrundsatz aus Art. 1 Abs. 1 GG unzulässig ist.

3. Überdies nimmt er an, dass nach § 261 Abs. 1 und 2 StGB für eine gesetzesalternative Verurteilung
wegen zweier Katalogtaten der Geldwäsche erst recht kein Raum ist. Ihr steht weiterhin das Prinzip vom
Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG entgegen.

4. Diese Rechtsfragen haben nach Ansicht des Senats grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 4
GVG, weil sie voraussichtlich künftig häufig auftauchen werden, so dass die Entscheidung für die
Rechtsanwendung von erheblicher präjudizieller Bedeutung ist.

Entscheidungstenor

Dem Großen Senat für Strafsachen wird die Frage vorgelegt:

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

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

Gründe

A.

Die Vorlage betrifft die Frage der Zulässigkeit einer gesetzesalternativen Verurteilung und - bejahendenfalls - des 1
Vorrangs einer eindeutigen Verurteilung wegen Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 StGB vor einer
gesetzesalternativen Verurteilung, wenn sich diese auf Katalogtaten der Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 2
StGB bezieht, die in exklusiver Alternativität festzustellen sind.

I.

Die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung beruht auf Richterrecht. 2

1. Die Frage nach der Möglichkeit einer wahlweisen Feststellung und Aburteilung alternativ in Frage kommender 3
strafbarer Handlungen stellte sich in den deutschen Partikularrechten erstmals, als im Jahr 1848 Schwurgerichte
eingeführt wurden. Im gemeinen Recht hatten Tatbestandsabgrenzungen noch keine vergleichbare Rolle gespielt. Als

Schwurgerichtsverfassungen eingeführt wurden, fällten die Geschworenen einen Schuldspruch, den der Richter durch eine mit Ja oder Nein zu beantwortende Frage anzufordern hatte. Daraus ergab sich das Problem, ob die an die Geschworenen gerichteten Fragen auch alternativ gefasst werden durften. Das partikuläre deutsche Recht und die Rechtsprechung ließen eine alternative Fragestellung regelmäßig nur zu, wenn Sachverhaltsalternativen unter denselben Straftatbestand subsumiert werden konnten und der Schuldspruch eindeutig ausfiel (vgl. Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 20 mwN). Der Gesetzgeber der Reichsjustizgesetze hat dies offen gelassen und auf weitere Erörterungen in der Wissenschaft verwiesen, welche noch nicht zu einem Abschluss gelangt seien, so dass die Zeit noch nicht reif sei, die Möglichkeit der alternativen Fragestellung und entsprechender Feststellungen „durch fest formulierte Vorschriften zu entscheiden“ (vgl. Hahn, Materialien zur Strafprozessordnung, 1. Abt., 1880, S. 223 f.).

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts lehnte zunächst die alternative Fragestellung an die Geschworenen, die über die Grenzen eines Straftatbestands hinausging, ebenfalls ab, weil sonst der Wahrspruch „als ein undeutlicher und unvollständiger bezeichnet werden“ und erklärt werden müsse, warum eine eindeutige Antwort unmöglich sei (vgl. RG, Urteil vom 29. September 1884 - Rep. 1763/84, RGSt 11, 103, 104). Eine alternative Sachverhaltsfeststellung wurde 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 aber sicher nachgewiesen sein (RG, Urteil vom 29. September 1884 - Rep. 1763/84, RGSt 11, 103, 104). Der Grundsatz „nullum crimen sine lege“ beherrsche das Strafrecht so sehr, dass eine Strafe nur ausgesprochen werden dürfe, wenn die zur Bestrafung herangezogene Handlung derart festgestellt werden könne, dass sie ein bestimmtes Strafgesetz erfülle, weil in ihr sämtliche Merkmale einer bestimmten Strafnorm zu finden seien (vgl. RG, Urteil vom 9. November 1891 - Rep. 2638/91, RGSt 22, 213, 216). Eine Ausnahme von dem Gebot der Eindeutigkeit von Tatsachenfeststellungen als Urteilsgrundlage komme nur in Betracht, wenn der gesetzliche Straftatbestand selbst verschiedene Varianten vorsehe, insoweit trotz Unklarheit über die Erfüllung einer bestimmten Modalität einen eindeutigen Schuldspruch ermögliche und für die Alternativen vom Gesetz derselbe Strafraum zur Verfügung gestellt werde (vgl. RG, Urteil vom 9. November 1891 - Rep. 2638/91, RGSt 22, 213, 216; 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 verschiedene Straftatbestände erfüllten. Wenn kein eindeutiger Schuldspruch gefällt werden konnte, war keine Verurteilung möglich. Das galt auch für die Alternative von Diebstahl oder Hehlerei (vgl. RG, Urteil vom 30. April 1919 - III 156/19, RGSt 53, 231, 232).

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. Grundsätzlich waren nach ihrer Auffassung zwar alternative Tatsachenfeststellungen als Anlass für eine Verurteilung nur dann zulässig, wenn die Alternativen lediglich verschiedene Ausführungsarten desselben Delikts betrafen, nicht aber, wenn verschiedene Straftatbestände in Frage stehen (RGSt 68, 257 f.). Als Ausnahme sollte nur der Fall gelten, in dem Diebstahl oder Hehlerei in Betracht kommen. Dann könne eine Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei ausgesprochen werden. Darauf sei das Gesetz anzuwenden, das nach der besonderen Lage des Falles die mildeste Bestrafung zulasse. Diese Ausnahme diene der Vermeidung ungerechter Freisprechungen oder „erzwungener Feststellungen“, von deren Richtigkeit der Tatrichter selbst nicht überzeugt sei (RGSt 68, 257, 258; krit. dazu Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 33, 55).

Zur Begründung der Ausnahme führten die Vereinigten Strafsenate aus, eine „Willenserklärung des Gesetzgebers“ dazu liege nicht vor. Der Richter habe im Allgemeinen nur die Aufgabe der Gesetzesanwendung, sein Wille sei demjenigen des Gesetzgebers unterzuordnen. Der Auftrag, die Frage der Wahlfeststellung zu klären, führe aus diesem Aufgabenkreis hinaus (RGSt 68, 257, 259). Die höchstrichterliche Rechtsprechung sei berechtigt, „zur Ergänzung einer im Verfahrensrecht vorhandenen Gesetzeslücke“ auch „rechtsschöpferisch“ tätig zu werden (RGSt 68, 257, 259). Bei dieser Rechtsfortbildung müsse die Rechtsprechung „gleich dem Gesetzgeber arbeiten“. Daher seien auch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte zu beachten. Dementsprechend sei das Reichsgericht bei der Ausgestaltung des Beweisantragsrechts vorgegangen (RGSt 68, 257, 259 f.). Danach bestehe auch im Fall der Wahlfeststellung kein Bedenken dagegen, einem Rechtsgrundsatz wie dem Zweifelssatz durch Richterrecht eine „Ausnahme“ anzufügen. Dem Vorschlag, dass eine alternative Fragestellung bei der Urteilsabstimmung generell zuzulassen sei (RG, Urteil vom 12. November 1931 - 2 D 1078/31), sei aus Gründen der Sicherheit der Urteilsfindung und der Gerechtigkeit der Urteilswirkung nicht zu folgen. „In einer solchen Unklarheit“ habe „die nach § 261 StPO zu erfordernde Überzeugung keinen zuverlässigen Boden“. Der Zweck der Urteilsformel werde dadurch geschwächt. Der darin enthaltenen „Erklärung über den strafrechtlichen Gehalt der Tat“ komme keine geringere Bedeutung zu als dem Strafausspruch (RGSt 68, 259, 261). Eine wahlweise getroffene Verurteilung beeinträchtige diese Erklärung. Sie belaste den Verurteilten mit der Nennung einer alternativ in Betracht gezogenen Straftat, „hinter der keine Wirklichkeit steht, zu Unrecht mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht“. Die Ungerechtigkeit einer solchen Bloßstellung dränge sich besonders auf, wo mehrere Verfehlungen, die eine verschiedene seelische Verfassung des Täters voraussetzen und ihm eine verschiedene sittliche Bewertung zuziehen, in die Wahl aufgenommen werden. Deshalb sei es erforderlich, dass derart schwankende Entscheidungen im Strafverfahren nicht weiter um sich greifen, als ein zwingendes Bedürfnis sie verlange. Dies sei nur in den nicht selten vorkommenden Konstellationen der Fall, in denen bei einem Beschuldigten Diebesgut unter Umständen gefunden werde, die den Schluss zuließen, dass er die Sachen

entweder selbst gestohlen oder sich als Hehler verschafft habe. Die Zulassung einer Wahlfeststellung zwischen Diebstahl oder Hehlerei trage dem allgemeinen Rechtsempfinden Rechnung, weil dieses der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Missbilligung angedeihen lasse wie derjenigen des Diebes (RGSt 68, 257, 262). Für andere Tatbestandsalternativen sei eine Gesetzesalternative Verurteilung abzulehnen.

3. Durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. 1935 I, S. 839) wurde zugleich mit der Aufhebung des Analogieverbots durch § 2a RStGB eine Regelung über die Möglichkeit der Gesetzesalternativen Verurteilung als § 2b RStGB eingeführt, die Folgendes bestimmte:

„Steht fest, dass jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.“ In der Urteilsformel war in diesem Fall beim Schuldspruch nur das im Ergebnis angewendete Strafgesetz zu nennen (§ 267b Abs. 1 RStPO).

Eine Regelung der Verurteilungsmöglichkeit bei einer reinen Tatsachenalternativität (unechte Wahlfeststellung) hielt der Normgeber für entbehrlich, weil dann „der Richter auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu einer Verurteilung gelangen“ könne (vgl. Wolter aaO S. 26 mwN).

Die Regelungen des § 2b RStGB und § 267b RStPO wurden durch das Gesetz des Alliierten Kontrollrats für Deutschland Nr. 11 vom 30. Januar 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 55) 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.).

Ausgangspunkt war auch nach dieser Rechtsprechung der Grundsatz der eindeutigen Verurteilung. Das deutsche Strafverfahrensrecht habe die Findung eines bestimmten Schuldspruchs zum Ziel. Dies komme in den Vorschriften über den notwendigen Inhalt der Anklageschrift und der Urteilsbegründung zum Ausdruck und entspreche auch dem sachlichen Strafrecht, das nur scharf voneinander abgegrenzte Straftatbestände kennt. Grundsätzlich dürfe ein Angeklagter deshalb nur verurteilt werden, wenn ihm eine bestimmte Straftat nachgewiesen werden kann (BGH, Urteil vom 11. November 1966 - 4 StR 387/66, BGHSt 21, 152, 153). Zur Vermeidung lebensfremder und der Gerechtigkeit widersprechender Ergebnisse lasse die Rechtsprechung allerdings in Ausnahmefällen eine Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage zu.

Die Bejahung einer Gesetzesalternativen Verurteilung durch den Bundesgerichtshof betraf zuerst erneut die Alternativen 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), später 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 erfolgten mit der richterrechtlich geschaffenen 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.) sowie des Diebstahls, der Unterschlagung oder der Hehlerei (Senat, Urteil vom 26. Juli 1961 - 2 StR 190/61, BGHSt 16, 184, 186 f.). Schließlich wurde mit einer Eliminierungsmethode 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 auf Diebstahl oder Unterschlagung (BGH, Urteil vom 15. Mai 1973 - 4 StR 172/73, BGHSt 25, 182, 183 f. mit Anm. Hruschka, NJW 1973, 1804 ff.; anders für schweren Raub oder Hehlerei BGH, Urteil vom 11. November 1966 - 4 StR 387/66, BGHSt 21, 152, 154).

5. Die Bundesregierung wies im Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz) vom 29. September 1952 zur Erklärung dafür, warum die weggefallene Regelung in § 2b RStGB und § 257b RStPO nicht erneuert oder durch funktional vergleichbare Vorschriften ersetzt werden solle, darauf hin, bei der aufgehobenen Regelung habe es sich nicht um typisch nationalsozialistisches Recht gehandelt, das wegen Rechtsstaatswidrigkeit auf Dauer zu entfallen habe. Die obersten Gerichte hätten sich nach dem Krieg der Vorkriegsrechtsprechung des Reichsgerichts im Sinne seiner Plenarentscheidung angeschlossen. Zum Teil sei der Bundesgerichtshof darüber hinausgegangen. Unter diesen Umständen könne die Frage, wie die Grenzen für die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen als Verurteilungsgrundlage zu ziehen seien, auch in Zukunft der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen werden (BTDrucks. I/3713 S. 19). Seither hat der Gesetzgeber auch

bei weiteren Strafrechtsnovellen „beharrlich“ zur Frage der Möglichkeit von wahldeutigen Feststellungen und Gesetzesalternativen Verurteilungen geschwiegen (vgl. Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz Subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel. Ein Beitrag zum Institut der sog. „ungleichartigen Wahlfeststellung“, 1976, S. 28 ff. mwN).

II.

Der Senat hat folgenden Fall zu entscheiden: 15

1. Das Landgericht Meiningen hat den Angeklagten L. wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in neunzehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und 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 diese Verurteilung richten sich die Revisionen der Angeklagten mit der Sachbeschwerde. 16

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 in 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. 17

Der Angeklagte E. mietete zur Lagerung der Gegenstände und zur Montage oder Demontage von Fahrzeugen ein Werkstattgebäude an. Dort reparierte er auch fremde Fahrzeuge, wozu bisweilen auch Fahrzeuge oder Fahrzeugteile aus der Diebesbeute verwendet wurden, und trieb mit Fahrzeugteilen Handel. Der Angeklagte L. verfügte über ein Grundstück mit Garagen und einem Container, wo er auch Gegenstände, die aus Diebstählen herrührten, lagerte und Fahrzeuge bearbeiten konnte. 18

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 hingegen bei dem jeweils anderen Angeklagten Beutestücke festgestellt wurden, hat es die Angeklagten freigesprochen. 19

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 - um Taten im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB. 20

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. 21

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. 22

Die Voraussetzungen einer Postpendenzfeststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei hat es verneint, weil es 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.“ 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 das Landgericht vom Strafrahmen 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, ohne ein konkretes Tatbild zu bewerten. 23

III.

1. Die Beweiswürdigung des Landgerichts weist nach Ansicht des Senats keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf. 24

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). 25

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, 64. Aufl., § 259 Rn. 30; 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 nicht möglich, weil sie ihre (Mit-) Täterschaft beim Diebstahl jeweils nicht ausschließen konnte. 26

3. Insoweit stünde die Verurteilung im Wege der Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßig begangenen Diebstahl unter Eliminierung von Einbruchs- oder Aufbruchskomponenten oder gewerbsmäßiger Hehlerei in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass eine gesetzesalternative Verurteilung mit dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 103 Abs. 2 GG und mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar ist. Im Anwendungsbereich des § 261 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB wäre überdies für eine gesetzesalternative Verurteilung wegen solcher Taten, die Katalogvorfällen der Geldwäsche darstellen können, wegen des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG, kein Raum. 27

IV.

1. Der Senat hat im Hinblick auf die erfolgte Verurteilung der Angeklagten wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei 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 Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer gesetzesalternativen Verurteilung festhalten. Dabei hat er die Auffassung vertreten, eine gesetzesalternative Verurteilung verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Deshalb sei eine Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei rechtlich zu beanstanden. Eine gesetzesalternative Verurteilung verstoße gegen das Analogieverbot. Sie wirke strafbegründend, weil in einem solchen Fall die Erfüllung eines bestimmten Straftatbestands nicht feststellbar sei. Die Verurteilung beruhe dann letztlich auf einer ungeschriebenen dritten Norm, die nicht durch den Gesetzgeber erlassen worden sei, sondern Richterrecht darstelle. Aus diesem Grund sei im Fall einer gesetzesalternativen Verurteilung zudem keine dem Gesetz entsprechende Strafzumessung möglich. 28

2. Die anderen Strafsenate sind dem entgegengetreten (BGH, Beschluss vom 24. Juni 2014 - 1 ARs 14/14, NSTZ-RR 2014, 308 f.; Beschluss vom 30. September 2014 - 3 ARs 13/14, NSTZ-RR 2015, 39 f.; Beschluss vom 11. September 2014 - 4 ARs 12/14, NSTZ-RR 2015, 40 f.; Beschluss vom 16. Juli 2014 - 5 ARs 39/14, NSTZ-RR 2014, 307 f.). Sie haben im Kern übereinstimmend angenommen, bei der gesetzesalternativen Verurteilung handele es sich um eine den Grundsatz „in dubio pro reo“ einschränkende prozessuale Entscheidungsregel, die nicht der Verfassungsbestimmung des Art. 103 Abs. 2 GG unterliege. Diese Verfassungsnorm fordere keinen eindeutig bestimmten Schuldpruch im Strafurteil. Das Richterrecht bestimme auch nicht, was strafbar sei, sondern lege nur fest, wie das Gericht in einer bestimmten Prozesslage zu reagieren habe. Die Strafbarkeit selbst sei durch den Gesetzgeber bestimmt und für den Normunterworfenen vorhersehbar. Der Angeklagte werde nicht aus einer ungeschriebenen dritten Strafnorm verurteilt. Ein Freispruch in doppelter Anwendung des Zweifelsatzes wäre hingegen in Fällen, in denen ein strafloses Verhalten des Angeklagten sicher auszuschließen sei, mit dem Gebot der Gerechtigkeit unvereinbar. Die Möglichkeit der gesetzesalternativen Verurteilung aufgrund von Richterrecht entspreche 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 anknüpfe. Erschwerende Umstände, die nur bei einer der alternativ in Betracht kommenden Verhaltensweisen infrage kämen, dürften einem Angeklagten nicht angelastet werden. 29

3. Mit Beschluss vom 11. März 2015 (StV 2016, 212 ff. mit Anm. Haas, HRRS 2016, 190 ff.) hat der Senat dem Großen Senat des Bundesgerichtshofs für Strafsachen die Frage 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 ist. Darin hat er im Kern die Ansicht des Anfragebeschlusses wiederholt und ergänzt, aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG mit seinem Bestimmtheitsgebot ergebe sich auch das Erfordernis eines eindeutigen Schuldpruchs. 30

Die Vorlage (GSSt 2/15) hat der Senat nach Zweifeln an der Zulässigkeit mit Beschluss vom 9. August 2016 zurückgenommen, um näher zu prüfen, ob sich bereits aus dem Tatbestand der Geldwäsche und dessen Auslegung 31

durch die Rechtsprechung ein Hindernis für eine gesetzeshalterne Verurteilung wegen solcher Taten ergibt, die Katalogtaten der Geldwäsche sein können.

4. Der 5. Strafsenat hat durch Urteil vom 16. August 2016 - 5 StR 182/16 - (NJW 2016, 3317 f., für BGHSt 32 bestimmt) entschieden, dass die gesetzeshalterne 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 (§ 261 Abs. 9 Satz 2 StGB). Die gesetzeshalterne Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen beständen nicht.

Die gesetzeshalterne Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage scheidet auch nicht deshalb aus, weil eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche in Betracht komme. Die ergänzte Regelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB dahin, dass auch bei nicht auszuschließender Vortatbeteiligung des Geldwäschers dessen Verurteilung wegen Geldwäsche möglich sei, sofern er sich nicht sicher wegen Begehung der Katalogtat strafbar gemacht habe, führe nicht dazu, dass eine gesetzeshalterne Verurteilung wegen der verschiedenen Katalogtaten ausscheide. § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB sei als Strafausschließungsgrund und Konkurrenzregel geschaffen worden, um eine doppelte Bestrafung wegen der Katalogtat und wegen Geldwäsche zu verhindern. Eine Postpendenzfeststellung der Geldwäsche werde durch das Gesetz nur ermöglicht, wenn eine Strafbarkeit wegen einer Katalogtat ausscheide. Sei aber die Erfüllung eines Tatbestands aus dem Katalog des § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB sicher und insoweit jedenfalls eine gesetzeshalterne Verurteilung wegen verschiedener Katalogtaten möglich, scheidet eine Verurteilung wegen Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB aus. Es fehle jeder Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber insoweit der gesetzeshalternen Verurteilung den Boden habe entziehen wollen.

B.

Der Senat ist der Auffassung, dass eine gesetzeshalterne Verurteilung wegen gewerbsmäßig begangenen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei wegen Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG sowie den Schuldgrundsatz aus Art. 1 Abs. 1 GG unzulässig ist (unten I.). Überdies nimmt er an, dass nach § 261 Abs. 1 und 2 StGB für eine gesetzeshalterne Verurteilung wegen zweier Katalogtaten der Geldwäsche erst recht kein Raum ist. Ihr steht weiterhin das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG entgegen (unten II.). Diese Rechtsfragen haben grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 4 GVG, weil sie voraussichtlich künftig häufig auftauchen werden, so dass die Entscheidung für die Rechtsanwendung von erheblicher präjudizieller Bedeutung ist (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juli 2016 - GSSt 1/16 Rn. 24). Insbesondere Fälle, in denen Personen im Besitz gestohlener Gegenstände unter Umständen angetroffen werden, die den Schluss zulassen, sie hätten das Diebesgut entweder selbst gestohlen oder sich als Hehler verschafft, kommen in der Praxis häufig vor (vgl. SK-StGB/Wolter, 9. Aufl., § 55 Anh. Rn. 1).

I.

Der Senat hält an seiner Rechtsauffassung fest, dass eine gesetzeshalterne Verurteilung mit dem besonderen Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht aus Art. 103 Abs. 2 GG kollidiert. Im Übrigen ist sie auch mit dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG, unvereinbar; denn davon werden ohne gesetzliche Grundlage der Zweifelsatz und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) modifiziert. Schließlich bleibt im Fall der gesetzeshalternen Verurteilung auch der Schuldgrundsatz unbeachtet.

1. 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. BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 1968 - 2 BvL 15/68, BVerfGE 25, 269, 288).

a) Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, 1, 43). Diese Garantien dienen einem doppelten Zweck. Einerseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt. 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 bei Art. 103 Abs. 2 GG um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten. Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 170, 194).

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 die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im 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 Präzisierungsgebot.

b) Den Gerichten ist es verwehrt, die gesetzgeberische Entscheidung abzuändern. Dies gilt auch, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen können wie das pönalisierte Verhalten. Das fragmentarische Strafgesetzbuch enthält demnach keine Gesetzeslücken, die durch Richterrecht zu schließen wären. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er eine erkannte Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine Regelung schließen will (vgl. BVerfG aaO, BVerfGE 126, 170, 197). Letzteres hat er in jüngerer Zeit etwa mit der Neuschaffung des Tatbestands der Geldwäsche gemäß § 261 StGB und der Ausdehnung bestehender Straftatbestände, wie der Unterschlagung gemäß § 246 StGB getan. Ebenso besteht keine „Regelungslücke“ im Strafprozessrecht, das der Umsetzung der Strafnormen dient. 39

Wegen des strikten Gesetzesvorbehalts für das Strafrecht aus Art. 103 Abs. 2 GG darf auch die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die Eingrenzung der Strafbarkeit durch den Wortlaut des gesetzlichen Straftatbestands im Ergebnis aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen nicht so weit ausgelegt werden, dass sie in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen (vgl. BVerfG aaO, BVerfGE 126, 170, 198). 40

c) 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 auch für die Strafandrohung (nulla poena sine lege). Tatbestand und Rechtsfolge müssen vom Gesetzgeber 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 die Strafandrohung für die Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestands von entscheidender Bedeutung (vgl. 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.). 41

Dies alles gebietet einen eindeutigen Schuldspruch und eine Strafzumessung, die auf dem vom Gesetzgeber für den Tatbestand vorgesehenen Strafrahmen beruht und zu dem erfüllten Straftatbestand passt. 42

2. Nach diesem Maßstab ist die richterrechtliche Rechtsfigur der gesetzeshalternativen Verurteilung mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. 43

a) Die gesetzeshalterne Verurteilung greift in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein und verletzt dessen Normzweck. 44

aa) Für eine rein prozessuale Regelung würden die Gebote des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gelten (vgl. Kudlich in Kudlich/Montiel/Schuh [Hrsg.], Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 233, 239 ff. mwN). Darum geht es hier aber nicht. Die Rechtsfigur der gesetzeshalternativen Verurteilung bestimmt vielmehr „die Strafbarkeit“ (vgl. Haas, HRRS 2016, 190, 191 ff.; aA SK/Wolter, StGB, 9. Aufl., Anh. zu § 55 Rn. 11). Das räumen zum Teil auch Befürworter einer unbeschränkten gesetzeshalternativen Verurteilung ein (vgl. Nüse, GA 1953, 33, 41); zum Teil gehen sie von einer doppelten Relevanz für das formelle und materielle Strafrecht aus (vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., § 1 I 2, S. 145); auch dies reicht für die Annahme aus, dass der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG berührt ist. Die gesetzeshalterne Verurteilung ist daher an den Grundsätzen „nullum crimen sine lege“ und „nulla poena sine lege“ zu messen. Warum die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts sie - entgegen vormaliger Rechtsprechung (RGSt 22, 213, 216) - nicht daran messen wollten, sondern dem „Verfahrensrecht“ zugeordnet haben (RGSt 68, 257, 259), ist den Gründen des Plenarbeschlusses nicht zu entnehmen (vgl. Haas, HRRS 2016, 190, 191). Die Annahme einer rein verfahrensrechtlichen Bedeutung trifft nicht zu. 45

(1) Strafrecht ist Eingriffsrecht des Staates, das nach dem hierfür streng gehandhabten Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 103 Abs. 2 GG) eine gesetzliche Eingriffsermächtigung erfordert, deren Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen müssen (vgl. Freund/Rostalski, JZ 2015, 164, 168). Mangels sicheren Nachweises des Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale der alternativ in Betracht kommenden Strafnormen, einschließlich des subjektiven Tatbestands (vgl. Kotsoglou, ZStW 127 [2015], 334, 350 ff.), steht in der Wahlfeststellungssituation jeweils nicht zu der für eine Verurteilung erforderlichen Überzeugung der erkennenden Richter fest, dass der Angeklagte die eine oder die andere Tat eindeutig begangen hat (Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 33, 49). 46

Aus der exklusiven Alternativität von zwei Verdachtsfällen folgt dagegen eine Sachverhaltsgewissheit im Ergebnis nur in Bezug auf einen gemeinsamen Unrechtskern, denn hinsichtlich der alternativ in Frage kommenden Tatbestände 47

kann das Tatgericht gerade nicht jeweils das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen in Bezug auf den Angeklagten feststellen. Folgerichtig wird im Schrifttum, soweit es eine Gesetzesalternative Verurteilung überhaupt zulässt, vorausgesetzt, dass diese nur erfolgen darf, wenn die Straftatbestände einen gemeinsamen Unrechtskern besitzen (vgl. LK/Dannecker, StGB, 12. Aufl., Anh. zu § 1 Rn. 150 ff. mwN). Die alternativen Verdachtsfälle lassen sich jedoch nicht zu einer einheitlichen Schuldfeststellung verbinden (vgl. Alwart, GA 1992, 545, 565; Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 33, 53; Freund/Rostalski, JZ 2015, 164, 166; Haas, HRRS 2016, 190, 194). Schließen sich die Straftatbestände - wie Diebstahl oder Hehlerei - gegenseitig aus, fehlt in der Wahlfeststellungssituation jeweils der Nachweis mindestens eines Tatbestandselements bei beiden Strafnormen. Die wahldeutige Verurteilung erfolgt dann aber eben praktisch nicht durch bloße Anwendung einer prozessualen Entscheidungsregel, sondern aufgrund der Überzeugung der Richter von dem Vorliegen eines den alternativen Tatbeständen gemeinsamen Unrechtskerns. Die Regel, wonach die Gesetzesalternative Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage zulässig sei, tritt der Sache nach - unter den Voraussetzungen, die ihre Anwendung legitimieren sollen - an die Stelle der jeweils fehlenden sachlich-rechtlichen Voraussetzungen eines eindeutigen Schuldspruchs. Das Richterrecht zur Gesetzesalternativen Verurteilung stellt materielles Strafanwendungsrecht dar.

Der Gesetzesalternative Schuldspruch läuft dann jedoch der Sache nach 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 praktisch auf einer ungeschriebenen dritten Norm (vgl. 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 - rechtsethisch und psychologisch übereinstimmenden Unrechtselemente mit ihrem Kern in sich vereinigt. 48

(2) Die materiellrechtliche Einordnung der Rechtsfigur der Gesetzesalternativen Verurteilung wird besonders deutlich durch die Voraussetzungen ihrer - begrenzten - Ausdehnung in der Rechtsprechung bestätigt (vgl. Montenbruck, Wahlfeststellung und Werttypus in Strafrecht und Strafprozessrecht, 1976, S. 219 f.; s.a. SK/Velten, StPO, 5. Aufl., § 261 Rn. 103 nach Aufgabe ihrer früheren Meinung). 49

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Kriterium der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“ der infrage kommenden Straftatbestände als Voraussetzung für die Zulassung einer Gesetzesalternativen Aburteilung entwickelt. Es stammt aus der heute überholten Tätertypenlehre und galt zuerst für ein Tatstrafrecht als unpassend (vgl. Kohlrausch/ Lange, RStGB, 37. Aufl., § 2b Anm. II 2 und 3, S. 53 f.). Die Annahme, das Abgrenzungskriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der alternativen Tatbestände sei aus dem Plenarbeschluss des Reichsgerichts abzuleiten, trifft hingegen nicht zu, weil dieser Beschluss das allgemein geltende Gebot eindeutiger Verurteilung betont und als exklusive Ausnahme davon alleine eine alternative Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei zugelassen hatte (vgl. Günther aaO S. 107). Das Richterrecht hat damit zunächst eine kasuistische Ausnahme entwickelt, ohne den Grundsatz in Frage zu stellen. 50

Über die Beschränkung der Ausnahmefälle auf das rechtsethisch und psychologisch Vergleichbare hinaus darf nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht hinweggegangen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 - GSSt 2/56, BGHSt 9, 390, 394). Ist nach der Begrenzungsklausel kein Fall gegeben, bei dem eine Ausnahme vom Gebot der eindeutigen Verurteilung in Betracht kommt, kann eine Strafnorm, deren Voraussetzungen nicht vollständig feststellbar sind, eben nicht angewendet werden. Greift dagegen die richterrechtliche Ausnahme ein, weil alternativ zwei rechtsethisch und psychologisch vergleichbare Tatbestände erfüllt sein sollen, gelangt das Tatgericht zur (Gesetzesalternativen) Verurteilung. Das materielle Ausnahmekriterium bestimmt dann aber im Ergebnis gerade über die „Strafbarkeit“ im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG. 51

Das Abgrenzungskriterium, das für die Entscheidung über eine Gesetzesalternative Verurteilung oder die Freisprechung des Angeklagten entscheidet, füllt funktional die Lücke zwischen den alternativ in Frage kommenden Tatbeständen. Es ist materiell-rechtlicher Natur, denn es fordert einen ausschließlich nach sachlich-rechtlichen Kriterien vorzunehmenden Vergleich. 52

(3) 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 (vgl. Haas, HRRS 2016, 190, 191). Die Verjährung der Strafverfolgung lässt das 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 53

Verurteilung entscheidet demgegenüber - soweit kein Auffangtatbestand eingreift - zwischen Freispruch und Bestrafung. Das Richterrecht beherrscht dadurch die Voraussetzungen für den Schuldspruch und es bestimmt die Kriterien für die Zumessung der Strafe auf dieser Grundlage. Dafür gilt Art. 103 Abs. 2 GG.

bb) Die richterrechtliche Rechtsfigur beachtet nicht den Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG. 54

(1) Das Strafgesetz soll dem normunterworfenen Bürger verdeutlichen, welche Handlungsweise bei Strafe verboten ist, damit er die Strafbarkeit seines Verhaltens vorhersehen kann. Insoweit kollidiert die gesetzeshaltige Verurteilung nicht mit der Verfassung (vgl. auch Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 35, 36). Auch der Senat hat unter diesem Blickwinkel keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die gesetzeshaltige Verurteilung. 55

(2) Art. 103 Abs. 2 GG enthält aber auch einen strengen Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht; denn danach müssen die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Rechtsfolgen „gesetzlich“ bestimmt sein. Dieser selbständige Zweck der Verfassungsnorm kann durch Richterrecht nicht erfüllt werden. 56

Die Überlegung, aus der Bemerkung der Bundesregierung zum Entwurf des Strafrechtsbereinigungsgesetzes im Jahre 1951, dass die Prüfung von gesetzeshaltigen Verurteilungen unter anderem der Rechtsprechung überlassen werden solle, ersatzweise eine demokratische Legitimation im Sinne einer Delegation der Rechtssetzungsbefugnis durch den „Gesetzgeber“ auf die Rechtsprechung abzuleiten, geht fehl, zumal sie sich auch nur auf Konstellationen der „unechten Wahlfeststellung“ beziehen ließe, die nach Ansicht des Senats wegen Eindeutigkeit des Schuldspruchs und der gesetzlichen Grundlagen der Strafbemessung unter dem Blickwinkel des Art. 103 Abs. 2 GG unbedenklich sind. Erst recht trifft die Annahme nicht zu, „der Gesetzgeber“ habe eine gesetzliche Regelung auch der gesetzeshaltigen Verurteilung mit nicht eindeutigem Schuldspruch generell für entbehrlich erachtet und deshalb dem Richterrecht zugestimmt; vielmehr war zurzeit der angeführten Bemerkungen ein bevorstehender Gesetzgebungsakt durchaus erwartet worden (vgl. Nüse, GA 1953, 33, 40 unter Hinweis auf eine Bemerkung des damaligen Staatssekretärs im Bundesjustizministerium Strauß). Ein entsprechender Wille des „Gesetzgebers“, also des Parlaments, in einem - im Hinblick auf eine Wiedereinführung von § 2b RStGB oder einer funktional vergleichbaren Norm gerade ausgebliebenen - Gesetzgebungsverfahren, ist nicht gebildet worden (vgl. Endruweit aaO S. 252 f.). Schließlich wäre er unzureichend, weil selbst dem parlamentarischen Gesetzgeber eine Delegation der strafrechtlichen Regelungsaufgabe bei Geltung des strikten Gesetzesvorbehalts gemäß Art. 103 Abs. 2 GG nicht gestattet wäre. § 2b RStGB ist dagegen durch Gesetz aufgehoben worden. Das Aufhebungsgesetz ist von der Rechtsprechung im Rahmen ihrer Gesetzesbindung gemäß Art. 103 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten (vgl. Kotsoglou, ZStW 127 [2015], 334, 366). Dies widerspricht der Möglichkeit, eine entsprechende Regelung, die der Gesetzgeber gerade nicht erneut geschaffen hat, durch Richterrecht einzuführen (vgl. SK/Velten, StPO, 5. Aufl., § 261 Rn. 105) und sich dafür auf einen „Willen des Gesetzgebers“ zu berufen. Der Gesetzgeber der Reichsjustizgesetze hingegen hatte noch die „Wissenschaft“ zur Diskussion von Regelungsmöglichkeiten für eine künftige gesetzliche Regelung aufgefordert und nicht der Rechtsprechung einen „Auftrag“ zur Schaffung von Richterrecht erteilt, das Strafbarkeitslücken schließen solle. 57

(3) Aus Art. 103 Abs. 2 GG folgt auch ein Gebot der Bestimmtheit der Strafbarkeit (... gesetzlich „bestimmt“ ...). Dieses Bestimmtheitsgebot richtet sich zuvörderst an den Gesetzgeber. Es eröffnet in Grenzfällen für die Rechtsprechung ein Präzisierungsgebot (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 170, 198). Dem wird das Richterrecht bereits wegen seiner Annahme nicht gerecht, Art. 103 Abs. 2 GG habe keine Bedeutung für den Schuldspruch, so dass dort eine gesetzeshaltige Verurteilung zulässig sei (vgl. Freund/Rostalski, JZ 2015, 164 ff.). 58

?) Der Schuldspruch ist bereits für sich genommen eine „Rechtsfolge, die selbst Sanktionscharakter hat“ (Stuckenberg, ZIS 2014, 461, 463). Der alternative Schuldspruch im Tenor des Strafurteils belastet den Angeklagten mehr als ein eindeutiger Schuldspruch; das räumen auch Befürworter der gesetzeshaltigen Verurteilung ein (vgl. Nüse, GA 1953, 33, 42; Otto in Festschrift für Peters, 1974, S. 374, 389). Die Urteilswirkung wird im Fall der gesetzeshaltigen Fassung des Schuldspruchs nachteilig verändert (vgl. Günther aaO S. 112). Seine Bedeutung wurde schließlich auch vom Reichsgericht zutreffend hervorgehoben (RGSt 68, 259, 261). 59

Der Schuldspruch hat Eingriffscharakter. Im staatlichen Eingriffsrecht herrscht allgemein das Postulat, dass für einen Eingriff des Staates in Grundrechte des Bürgers eine gesetzliche Ermächtigung vorauszusetzen ist und diese im konkreten Anwendungsfall einschlägig sein muss. Aus demselben Grund ist im strafprozessualen Eingriffsrecht nicht durch eine Kombination verschiedener Ermächtigungsnormen, die jeweils nicht vollständig erfüllt sind, ein neuer Eingriffstatbestand herzuleiten: „Es ist unzulässig, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Dies würde dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts für Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen“ (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2007 - 3 StB 18/06, BGHSt 51, 211, 218 f. für die „Online-Durchsuchung“). Warum für eine strafrechtliche Verurteilung als besonders gravierender Hoheitsakt mit Eingriffscharakter etwas anderes gelten sollte, erschließt sich 60

nicht.

Die Strafnorm, die eine Tat kennzeichnet, gestattet den Strafgerichten als gesetzliche Eingriffsermächtigung ein soziales Unwerturteil (vgl. 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 dieses Unwerturteil berührt den in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 1997 - 2 BvR 1371/96, BVerfGE 96, 245, 289). Der Schuldspruch beschwert auch für sich genommen den Verurteilten (vgl. BVerfG, Urteil vom 21. März 1961 - 2 BvR 27/60, BVerfGE 12, 296, 302), weshalb er selbst dann mit Rechtsmitteln oder Rechtsbehelfen angreifbar ist, wenn dies keine Auswirkungen auf den Strafausspruch haben muss (vgl. zur Schuldspruchänderung als zulässigem Wiederaufnahmeziel wegen eigenständiger Beschwerde BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2002 - StB 15/02, BGHSt 48, 153, 156). Der Schuldspruch greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein. Daher muss nicht erst die Strafe im Rechtsfolgenausspruch des Urteilstenors, sondern bereits der Schuldspruch im Einklang mit dem Strafgesetz bestimmt sein. Art. 103 Abs. 2 GG erfordert einen eindeutigen Schuldspruch (vgl. Freund/Rostalski, JZ 2015, 164 ff.; 2015, 716, 717 f.). Ein gesetzessalternativer Schuldspruch genügt dem nicht. 61

?) Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG ist ferner deshalb nicht erfüllt, weil im Fall der gesetzessalternativen Verurteilung unklar bleibt, wie das von der Rechtsprechung verwendete Abgrenzungskriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der alternativ angewendeten Tatbestände (zur Rechtsprechungsentwicklung Günther aaO S. 77 ff., zur Kritik ebenda S. 106 ff.) zu prüfen sein soll. Dieses Kriterium ist „grob und ungenau“ (vgl. Satzger in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 90). „Fassbare Kriterien, die die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit zu konkretisieren vermögen, sucht man bis heute vergebens“ (Günther aaO S. 114). Die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit ist „keineswegs näher bestimmt“ (Endruweit aaO S. 170). Als Merkmal einer Strafnorm des geschriebenen Rechts wäre dieses Vergleichbarkeitskriterium zu unbestimmt. 62

Bei seiner Anwendung können ein abstrakter Rechtsnormvergleich (vgl. LK/Dannecker, StGB, 12. Aufl., Anh. zu § 1 Rn. 136, 154 mwN) oder ein auf die konkrete Fallkonstellation bezogener Vergleich (vgl. Jahn, JuS 2014, 753, 755) oder - nach der Eliminierungsmethode der jüngeren Rechtsprechung - gegebenenfalls ein Vergleich nur der Grundtatbestände unter Ausblendung der in einer Sachverhaltsalternative einseitig vorkommenden Erschwerungsgründe in Frage kommen (abl. dazu Günther aaO S. 120). Für den Vergleich können normative oder kriminologisch-empirische Überlegungen angestellt werden. Welche Vorgehensweise geboten ist, bleibt in der - wechselnden - Rechtsprechung unklar. Insoweit müsste der Gesetzgeber, wenn er eine entsprechende Regelung erlassen dürfte und wollte, den Maßstab klarstellen. Richterrecht, das sich für den Vergleich unter Ausblendung des Handlungsunrechts im Wesentlichen am betroffenen Rechtsgut und dem Erfolgsunrecht orientiert, kann eine solche Regelung nicht mit hinreichender Bestimmtheit leisten. Mit der weiteren Entwicklung einer ausdifferenzierten Systematik zur „Vergleichbarkeit“ würde sich die Rechtsprechung erneut an die Stelle des Gesetzgebers setzen und Abwägungen vornehmen, die nach Art. 103 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG diesem vorbehalten sind. 63

Die Unterscheidung zwischen richterrechtlich zulässigen gesetzessalternativen Verurteilungen wegen behaupteter rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der Tatbestände und Freisprüchen wegen Unzulässigkeit einer gesetzessalternativen Verurteilung trotz richterlicher Überzeugung von der Begehung jedenfalls einer der alternativ in Frage kommenden Taten mangels entsprechender Vergleichbarkeit führt zu Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit sowie zu ungerechten Ergebnissen (vgl. Günther aaO S. 122). 64

Dass Diebstahl und Hehlerei „rechtsethisch und psychologisch vergleichbar“ sind, wird bezweifelt (vgl. Endruweit aaO S. 219 ff.; weitere Nachweise bei Günther aaO S. 117). Tatsächlich besteht eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit jedenfalls in qualifizierten oder mit einseitigen Erschwerungsgründen einhergehenden Vergleichsfällen nicht. Allenfalls in Fällen einfachen Diebstahls wird von einer anschließenden Hehlerei ausschließlich dasselbe Rechtsgut betroffen (Endruweit aaO S. 162). Die Tathandlung ist bei Diebstahl und Hehlerei aber bereits derart unterschiedlich, dass ein genauer Vergleich zur Feststellung gravierender Unterschiede führt. 65

Wenn etwa in dem vom Senat zu entscheidenden Fall die Angeklagten entweder als Mittäter an gewerbsmäßig begangenen Einbruchsdiebstählen beteiligt waren, durch die großer Sachschaden angerichtet und erhebliche Diebesbeute erzielt wurden, oder sie sich als gewerbsmäßig handelnde Alleintäter der Hehlerei einzelne Beutestücke aus solchen Diebstählen verschafft haben, ist nicht nachzuvollziehen, warum - unter Ausblendung des einseitig vorhandenen Erschwerungsgrundes des Auf- oder Einbruchs (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2008 - 3 StR 53/98, NStZ 2008, 646) - von einer rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit gesprochen werden soll. 66

(4) Dem Gesetz ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, ob und unter welchen Umständen verschiedene Straftatbestände dahin auszulegen seien, dass sie mit anderen Strafnormen rechtsethisch und psychologisch vergleichbar seien. Was derart vergleichbar ist, dass eine eindeutige Verurteilung auch bei Möglichkeit verschiedener Sachverhaltsvarianten in Betracht kommt, hat der Gesetzgeber nur in denjenigen Straftatbeständen geregelt, welche 67

verschiedene Tatbestandsvarianten desselben Delikts vorsehen und dennoch einen einheitlichen Schuldspruch gestatten. Verurteilt der Strafrichter einen Angeklagten auf wahldeutiger Tatsachengrundlage im Schuldspruch eindeutig („unechte Wahlfeststellung“), wendet er im Einklang mit Art. 103 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG das Gesetz an (vgl. Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 33, 43 ff.). Er wird insoweit durch den Gesetzgeber zu einem (eindeutigen) Schuldspruch und zur Festsetzung einer bestimmten Strafe ermächtigt. Eine gesetzliche Ermächtigung zum gesetzessalternativen Schuldspruch („echte Wahlfeststellung“) und eine positivrechtliche Regelung der dann angemessenen Rechtsfolgenentscheidung fehlen hingegen.

cc) Dem Gesetzesvorbehalt und dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG unterliegt auch die Strafandrohung (BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153), die in einem angemessenen Verhältnis zur konkreten Tat stehen muss (zur „Schuldspruchakzessorietät“ der Strafbemessung Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 33, 41). Auch insoweit erweist sich die gesetzessalternative Verurteilung als verfassungswidrig. 68

(1) Der Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht und das zugehörige Bestimmtheitsgebot erfordern konkrete Regelungen dazu, wie der für das Urteil maßgebliche Strafrahmen zu bestimmen und wie die Strafe unter Beachtung des Schuldgrundsatzes zu bemessen sein soll. Dies müsste auch gewährleistet sein, wenn in exklusiver Alternativität zwei Sachverhalte in Betracht kommen, bei denen der Täter in nicht weiter aufklärbarer Weise gegen eines von zwei unterschiedlichen Strafgesetzen verstoßen hat (vgl. den Regelungsvorschlag von Wolter, GA 2013, 271, 282 ff.; s.a. SK/Wolter, StGB, 9. Aufl., Anh. zu § 55 Rn. 23 ff.). An einer gesetzlichen Regelung dieser Frage fehlt es und Richterrecht kann die fehlende Norm nicht ersetzen, auch nicht, wenn es vorschreibt, für die Alternativen seien jeweils fiktive Strafen zu bilden und von diesen sei anschließend die geringste zu verhängen. Auch bei dieser Vorgehensweise verbleiben nämlich Unklarheiten (vgl. Freund/Rostalski, JZ 2015, 164, 168; SK/Velten, StPO, 5. Aufl., § 261 Rn. 104; Wagner, ZJS 2014, 436, 442). Jedoch steht diese Methode bei der Wahlfeststellungsdiskussion auch nicht allein im Raum (vgl. Endruweit aaO S. 87 ff. mwN) und sie wurde vom Landgericht im Ausgangsfall auch nicht angewendet. 69

Vom Standpunkt der Eliminierungsmethode aus, wonach einseitig vorhandene Erschwerungsgründe unbeachtet bleiben, ist die Bildung zweier fiktiver Strafen, um danach die mildere zu verhängen, entweder wegen der Tatbestandsreduktion im überschießenden Teil auf einer Seite des Vergleichspaares obsolet oder sie wird nicht konsequent angewendet. Werden nur einseitig vorhandene Erschwerungsgründe eliminiert, wird der jener Alternative zugrunde liegende Sachverhalt nicht ausgeschöpft und die Strafe nicht unter Berücksichtigung des für sich genommen sicher feststehenden Tatbildes zugemessen. Die Begründung, hierdurch werde der Angeklagte nicht beschwert, reicht nicht aus. Das Handlungsunrecht, das sonst für die Strafzumessung von wesentlicher Bedeutung ist, bleibt nach der Eliminierungsmethode unausgeschöpft oder es wird in einer unklaren Weise mitbewertet. Auch der „Ankereffekt“ (vgl. Englich in Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 486, 489 ff.) der fiktiven Strafbemessung wegen der schwerer wiegenden Tat für die Strafzumessung bei der geringer zu bestrafenden Tat führt zu einer Verzerrung der Strafzumessung (vgl. Endruweit aaO S. 77). Erst recht bleibt die Methode der Strafzumessung unklar, wenn das Tatgericht gerade nicht zwei fiktive Strafen für die Alternativsachverhalte bildet, um danach die niedrigere zu verhängen: 70

Im Ausgangsfall hat das Landgericht die jeweils günstigsten Elemente - günstigerer Strafrahmen, Eliminierung des einseitigen Erschwerungsgrunds nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB, Heranziehung des geringsten Schadens - im Rahmen eines einheitlichen Strafzumessungsvorgangs gewichtet. Es musste dabei aber zwangsläufig offen lassen, welches Tatbild mit Tathandlungen, Tatbeteiligung, Tatmodalitäten dieser einheitlichen Strafbemessung zu Grunde gelegt wurde, weil es kein konkretes Tatbild von den Angeklagten zuzurechnenden strafbaren Handlungen feststellen konnte. Stattdessen hat es nur Strafzumessungsgründe erwähnt, die außerhalb des eigentlichen Tatgeschehens liegen. Die Ausblendung des jeweiligen Tatbildes führt zur Ungenauigkeit und Unklarheit der Strafzumessung. 71

(2) 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 (vgl. Frister, StV 2014, 584, 585; SK/Velten, StPO, 5. Aufl., § 261 Rn. 104). Der Gesetzgeber hat durch Festlegung eines Strafrahmens für das konkrete Delikt eine Vorabwägung zu treffen (nulla poena sine lege). Für die Strafzumessungsentscheidung durch die Strafgerichte aufgrund des Gesetzes muss feststehen, welcher konkrete Verhaltensnormverstoß dem Angeklagten vorgeworfen wird und welches Ausmaß seine individuelle Schuld dabei erreicht hat. Dies ist nicht möglich, 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 jeweils nicht feststeht und die alternative Strafzumessung hiernach auf einer Fiktion beruht. 72

b) Greift das Richterrecht wegen seiner materiell-rechtlichen Bedeutung bereits in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein, liegt bei einer gesetzessalternativen Verurteilung ein Verfassungsverstoß vor. Eine Grundrechtsschranke des Art. 103 Abs. 2 GG besteht nicht (vgl. Kirsch, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im 73

Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014, S. 207 ff.). Ein Gesetzesvorbehalt ist einer Schrankenbestimmung nicht zugänglich.

Selbst wenn eine Einschränkung theoretisch denkbar wäre, wäre eine immanente Grundrechtsschranke hier auszuschließen; denn der Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG steht in der Wahlfeststellungssituation keine Rechtsposition von gleichem Gewicht gegenüber (vgl. Kröpil, JR 2015, 116, 121). Auf richterrechtliche Abwägungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt es jedenfalls nicht an (Freund in Festschrift für Wolter, 2013, S. 33, 43). Der Verfassungsgeber selbst hat die Abwägung der gegenläufigen rechtsstaatlichen Gesichtspunkte mit Art. 103 Abs. 2 GG zugunsten eines uneingeschränkten Gesetzesvorbehalts für das Strafrecht getroffen (ebenso wie für den Fall der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG). Deshalb ist es nicht zulässig, das Gesetzlichkeitsprinzip in Ausnahmefällen 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 (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 306). Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der gesetzessubstitutiven Verurteilung in bestimmten Fällen ist aber ausschließlich auf eigene kriminalpolitische Überlegungen der Gerichte zur Frage der Strafgerechtigkeit gestützt (vgl. Stuckenberg, ZIS 2014, 461, 464 mwN).

Bei einer Verletzung des Gesetzesvorbehalts für das Strafrecht kommt es auf die Gründe dafür, warum der Bundesgesetzgeber von einer Regelung der gesetzessubstitutiven Verurteilung abgesehen hat, nicht mehr an. Da im Strafrecht gemäß Art. 103 Abs. 2 GG ein strikter Gesetzesvorbehalt gilt, darf der Gesetzgeber seine Aufgabe der Normsetzung nicht zum Nachteil eines Angeklagten auf die Rechtsprechung delegieren. In den Materialien zu den Reichsjustizgesetzen und zum Strafrechtsbereinigungsgesetz gleichsam eine „Aufforderung des Gesetzgebers“ an die Rechtsprechung zu sehen, die Wahlfeststellung - auch in der Form der gesetzessubstitutiven Verurteilung - im Vorgriff auf eine erwartete Gesetzgebung richterrechtlich zu regeln (Nüse, GA 1953, 33, 39), geht daher fehl. Die Legislative ist verpflichtet, die Grenzen der Strafbarkeit selbst zu bestimmen; sie darf diese Entscheidung nicht einer anderen staatlichen Gewalt, der Strafjustiz, überlassen (vgl. BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153). Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Anmerkung der Bundesregierung in den Materialien zum Entwurf des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (BTDrucks. I/3713 S. 19), wie es oben bereits ausgeführt wurde.

3. Auch der Schuldgrundsatz aus Art. 1 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG stehen dem Richterrecht zur gesetzessubstitutiven Verurteilung entgegen.

a) Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz, der auch Auswirkungen auf das Verfahren hat. Er gebietet, dass nur derjenige Bürger strafrechtlich verurteilt werden darf, dessen Schuld eindeutig nachgewiesen ist. Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit. Für den Bereich des Strafrechts wird dieses Anliegen im Schuldgrundsatz aufgenommen (BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11, BVerfGE 133, 168, 197 f.; abl. Stuckenberg, GA 2016, 687, 692 ff.). Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen. Der Strafprozess hat das Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, zu sichern. Zentrales Anliegen ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt. Dem Täter müssen Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden. Bis zum Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet (BVerfGE 133, 168, 199). Die Unschuldsvermutung hat als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ebenfalls Verfassungsrang; sie ist eine den Schuldgrundsatz sichernde Regelung. Sie verlangt den rechtskräftigen Nachweis der Schuld, bevor diese dem Verurteilten im Rechtsverkehr vorgehalten werden darf (BVerfGE 133, 168, 202). Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips enthält die Unschuldsvermutung keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote; ihre Auswirkungen auf das Verfahrensrecht bedürfen der Konkretisierung nach den sachlichen Gegebenheiten. Dies ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers.

b) Die Rechtsprechung ist danach nicht befugt, Verfahrensregeln, die für die Feststellung der Schuld des Angeklagten von zentraler Bedeutung sind, nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen zum Nachteil von Angeklagten abzuändern.

aa) Dies geschieht, wenn nicht mehr die sichere Überzeugung des Tatrichters im Sinne von § 261 StPO vom Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen der anzuwendenden Strafnorm für eine Verurteilung gefordert wird (vgl. Endruweit aaO S. 129 ff.). Hatte das Reichsgericht noch den Grundsatz der eindeutigen Feststellung von Tat und Schuld mit der einzigen Ausnahme der Zulassung einer gesetzessubstitutiven Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei anerkannt, so hat der Bundesgerichtshof die Methode der Abgrenzung anhand des Kriteriums der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der alternativ in Frage kommenden Tatbestände entwickelt und die Ausnahmekonstruktion damit ausgeweitet. Mit ihrer Eliminierungsmethode, wonach der Vergleich auf eine Grundkonstellation zu beschränken ist, wenn ein Erschwerungsgrund, der die Vergleichbarkeit an sich aufhebt, nur auf einer Seite des Vergleichspaares auftaucht, hat sie den Anwendungsbereich der Ausnahmefigur abermals erweitert. Die gesetzessubstitutive Verurteilung, die ursprünglich auf besonders eng definierte Ausnahmefälle begrenzt sein sollte, wurde so zu einer weitreichenden Entscheidungsregel, welche den Zweifelsatz in ihrem zunehmend

vergrößerten Anwendungsbereich ausschaltet. Dadurch wurden ohne gesetzliche Grundlage überkommene Beweisvoraussetzungen für eine grundsätzlich nur eindeutig mögliche strafrechtliche Verurteilung verändert (vgl. Kotsoglou, ZStW 127 [2015], 334, 344 ff.).

bb) Die Notwendigkeit der Aufklärung des wahren Sachverhalts und die Feststellung der schuld begründenden Tatsachen sind Ausfluss des Schuldgrundsatzes (vgl. Alwart, GA 1992, 545, 552, 561). Eine Verurteilung kann nur erfolgen, wenn sich das Gericht die sichere Überzeugung von Tat und Schuld verschafft hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. April 1983 - 2 BvR 1304/80 und 432/81, BVerfGE 63, 380, 392). Dies wird bei der Gestattung einer Gesetzesalternativen Verurteilung nicht ausreichend beachtet. 80

(1) Das Richterrecht modifiziert die Feststellungsvoraussetzungen für eine Verurteilung. Damit geht eine Beschränkung der Unschuldsvermutung einher, die ihrerseits Ausfluss des Schuldgrundsatzes ist (vgl. Haas, HRRS 2016, 190, 194 ff.; Kotsoglou, ZStW 127 [2015], 334, 348 ff.; aA SK/Wolter, StGB Anh. zu § 55 Rn. 19). Ein Angeklagter hat nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bis zum sicheren Nachweis seiner Schuld in einem dem Gesetz entsprechenden Verfahren als unschuldig zu gelten; er darf nicht aufgrund zweifelhafter Tatsachenfeststellungen verurteilt werden. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 2 EMRK in der Konstellation der Gesetzesalternativen Verurteilung ist deshalb nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes nicht durch Richterrecht zulässig (Kotsoglou, ZStW 127 [2015], 334, 353 ff., 361 ff.). 81

(2) Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Zweifelssatz ist eine Entscheidungsregel, die zugunsten des Angeklagten wirkt, weshalb sie für sich genommen keiner positivrechtlichen Verankerung bedarf. Eine kasuistische Einschränkung des anerkannten Zweifelssatzes durch Richterrecht erfolgt in den Fällen der Gesetzesalternativen Verurteilung aber zulasten des Angeklagten. Auch diese Einschränkung ist nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes nicht durch Richterrecht möglich. Die für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlichen Entscheidungen sind vielmehr auch im Bereich des Prozessrechts dem Gesetzgeber vorzubehalten (vgl. LR/Kühne/Gössel/Lüderssen/Jahn, StPO, 27. Aufl., Einl. Rn. 92). 82

cc) Schließlich ändert das Richterrecht die sich aus dem Gesetz ergebende Art der Entscheidung dahin ab, dass bei alternativ erhobenen Vorwürfen wegen verschiedener Taten im prozessualen Sinn (§ 264 StPO), von denen nur ein Vorwurf zutreffend sein kann, wie bei den Alternativen von Diebstahl oder Hehlerei, kein Teilfreispruch erfolgt, sondern ausschließlich eine - alternative - Verurteilung. Auch dies ist eine Änderung des sich aus dem Gesetz ergebenden Rechts (§§ 261, 264, 267 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 StPO), die nach Art. 20 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müsste. 83

II.

Die Gesetzesalternative Verurteilung wegen zweier Taten, die zugleich Katalogtaten einer Geldwäsche sind, ist zudem mit dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar, wenn eine mögliche eindeutige Verurteilung wegen Geldwäsche deshalb umgangen wird. Zugleich entfällt eine Anwendungsbedingung der Gesetzesalternativen Verurteilung im Fall der Möglichkeit einer Verurteilung wegen Geldwäsche, weil der einzige Grund für die Zulassung der Gesetzesalternativen Verurteilung die Annahme der Unbilligkeit einer Freisprechung bei sicher feststehender Schuld des Angeklagten sein soll. Ein „zwingendes Bedürfnis“ für die Zulassung einer Ausnahme vom Grundsatz der eindeutigen Verurteilung zur Vermeidung eines als ungerecht betrachteten Freispruchs (RG aaO, RGSt 68, 257, 262) besteht bei Eingreifen eines gesetzlichen Auffangtatbestands nicht. Ebenso wie bei Gewohnheitsrecht entfällt auch für Richterrecht - soweit vorhanden - die Legitimation, wenn der Gesetzgeber in einem bestimmten Regelungsbereich Normen erlässt. 84

1. Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt zwar kein Verbot, vorhandene Regelungslücken im Gesetz im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen. Die Zulässigkeit der Schließung einer festgestellten Gesetzeslücke findet ihre Rechtfertigung gegebenenfalls darin, dass Gesetze in einem veränderlichen Umfeld sozialer Verhältnisse, politischer Anschauungen und rechtlicher Rahmenbedingungen stehen, das Auswirkungen auf ihr Verständnis haben kann. Umgekehrt kann sich aus derartigen Veränderungen aber auch ergeben, dass einer bisherigen Gesetzesinterpretation oder Rechtsfortbildung die Grundlage entzogen wird. Das gilt in besonderem Maße, wenn bei Grundrechtseingriffen Gesetzesänderungen den ursprünglich zur Begründung herangezogenen Kontext ändern (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. April 1998 - 1 BvR 1773/96, BVerfGE 98, 49, 59 f.). Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, darf die Rechtsprechung diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. April 1990 - 1 BvR 1186/89, BVerfGE 82, 6, 12). Dieser Vorrang des Gesetzes wird übergangen, wenn die Rechtsprechung eine richterrechtliche Figur im Bereich des Strafrechts und des seiner Umsetzung dienenden Strafverfahrensrechts ohne Rücksicht auf die geänderte Gesetzeslage im Strafgesetzbuch aufrechterhält. 85

2. Die sukzessive Schließung von Strafbarkeitslücken durch den Strafgesetzgeber entzieht der ursprünglich von den Vereinigten Strafsenaten des Reichsgerichts als Notbehelf und Ausnahmekonstruktion zur Vermeidung einer als 86

unerträglich empfundenen Lücke im Strafgesetz richterrechtlich eingeführten Möglichkeit einer gesetzessalternativen Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei die Grundlage. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn bei Verneinung einer gesetzessalternativen Verurteilung keine Strafbarkeitslücke entsteht, sondern ein subsidiärer Straftatbestand eingreift. Dies ist etwa in der Konstellation der Fall, in der eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche möglich ist, während eine eindeutige Verurteilung wegen einer von zwei alternativ in Frage kommenden Katalogtaten im Sinne von § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB ausscheidet.

a) Der Gesetzgeber wollte zur Schließung von Strafbarkeitslücken eine Postpendenzfeststellung der Geldwäsche auch in Fällen zweifelhafter Vortatbeteiligung des Geldwäschers regeln. Dabei hat er zwar möglicherweise nicht an die Frage der Wahlfeststellung gedacht (vgl. BTDrucks. 13/8651 S. 10 f.). Der Regelungsinhalt der Norm besteht aber in einer gesetzlichen Ausgestaltung der Entscheidungsmöglichkeiten dahin, dass ein eindeutiger Schuldspruch wegen Geldwäsche ermöglicht und dafür ein passender Strafraum zur Verfügung gestellt wird, wenn sich der Täter einen Gegenstand verschafft, der sicher aus einer Katalogtat herrührt. Eine nach dem Richterrecht bei drohendem Freispruch durch eine gesetzessalternative Verurteilung zu schließende Strafbarkeitslücke entsteht somit im Fall der Verurteilung wegen Geldwäsche anstelle einer gesetzessalternativen Verurteilung wegen zweier Katalogtaten gerade nicht.

Eine Verurteilung wegen Geldwäsche ist in Fällen der Alternativität von gewerbsmäßig begangenen Diebstahl oder gewerbsmäßiger Hehlerei gemäß § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB möglich. Ein Sich-Verschaffen des Gegenstands der Geldwäsche setzt nämlich, wenn der Geldwäscher nicht sogar mit dem Vortäter identisch ist, nur voraus, dass er die Verfügungsgewalt über den Gegenstand im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - 1 StR 95/09, BGHSt 55, 36, 48 ff.). Auch „Selbstgeldwäsche“ des Vortäters ist strafbar, wobei nur eine Doppelbestrafung wegen der Vortat und wegen der Geldwäscherhandlung auszuschließen ist (§ 261 Abs. 9 Satz 2 StGB; BTDrucks. 13/8651 S. 11; 13/6620 S. 7), sofern die Geldwäscherhandlung nicht über das Sich-Verschaffen des Gegenstands hinausgeht (§ 261 Abs. 9 Satz 3 StGB nF). Kommen eine Wegnahme des Gegenstands durch einen Angeklagten als gewerbsmäßig handelnder Dieb, ein Ansieh-Bringen durch gewerbsmäßige Hehlerei und ein Sich-Verschaffen der Sache von einem gewerbsmäßig handelnden Dieb oder gewerbsmäßigen Hehler in Betracht, ohne dass die Beteiligung an dem Diebstahl oder der gewerbsmäßigen Hehlerei eindeutig festgestellt werden kann, ist der Geldwäscherhandlung im Wege einer Postpendenzfeststellung anzuwenden, wenn seine Voraussetzungen sicher festzustellen sind.

Zur Feststellung des Herrührens von Gegenständen aus einer Katalogvortat reicht es nach der Rechtsprechung aus, wenn sich aus den erwiesenen Umständen zumindest in groben Zügen eine Katalogtat im Sinne des § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 1997 - 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 165; Urteil vom 28. Januar 2003 - 1 StR 393/02, BGHR StGB § 261 Vortat 1; Beschluss vom 21. Januar 2016 - 4 StR 384/15, NSTZ 2016, 538 f.). Eine eindeutige Feststellung einer bestimmten Katalogtat ist danach nicht erforderlich. Es muss nur ausgeschlossen werden, dass der Gegenstand vom Angeklagten legal erlangt wurde oder aus einer Nichtkatalogtat herrührt. Täter und Teilnehmer der Vortat müssen dem Geldwäscher nicht bekannt sein, ebenso wenig die Modalitäten der Vortat (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2016 - 4 StR 384/15, NSTZ 2016, 538 f.).

Aus der Möglichkeit aufgrund solcher Tatsachenfeststellungen, die für eine eindeutige Aburteilung wegen Beteiligung an einer Katalogtat nicht ausreichend wären, wegen Geldwäsche zu verurteilen, kann entnommen werden, dass der Geldwäscherhandlung in diesem Bereich nach dem in der Regelung zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers eine Schließung von Strafbarkeitslücken bezweckt. Dies hat zur Folge, dass für eine gesetzessalternative Verurteilung wegen verschiedener Katalogtaten aufgrund von Richterrecht kein Raum bleibt.

b) Einerseits enthält der Geldwäscherhandlung eine konkurrenzrechtliche Regelung, andererseits wirkt er sich auf die Gestaltung der Entscheidungsmöglichkeiten bei Tatsachenzweifeln aus (vgl. Bernsmann in Festschrift für Amelung, 2009, S. 381 ff.). Der Zweifel daran, dass ein Angeklagter an der Begehung einer bestimmten Katalogtat beteiligt war, die als solche feststeht und Ausgangspunkt für eine nachfolgende oder identische Geldwäscherhandlung ist, wird vom Gesetz aufgefangen, indem es eine eindeutige Verurteilung wegen Geldwäsche ermöglicht.

Auch die Bestimmung des § 261 Abs. 5 StGB, wonach hinsichtlich des Herrührens des Gegenstands aus einer Katalogtat nicht nur Vorsatz, sondern auch Leichtfertigkeit als vorsatznahe Schuldform (BGH, Urteil vom 24. Juni 2008 - 5 StR 89/08, NJW 2008, 2516, 2517) unter Strafe gestellt wird, lässt erkennen, dass der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung des Straftatbestandes auch Beweisproblemen begegnen wollte (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2005 - 1 StR 357/05, BGHSt 50, 347, 356). Diesem gesetzlichen Regelungskonzept darf die Rechtsprechung nicht durch eine abweichende Bestimmung der Reichweite des Zweifelssatzes mit der Folge einer gesetzessalternativen Verurteilung wegen zweier Katalogtaten im Sinne von § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB widersprechen.

c) Die Annahme, dass „der Gesetzgeber“ das Richterrecht zur gesetzessalternativen Verurteilung im Jahr 1951 gebilligt und bei späteren Gesetzgebungsakten nicht durch gegenläufige Bemerkungen ausgeschlossen habe, verkennt die Bedeutung der Bemerkungen der Bundesregierung. Der Gesetzgeber der Reichsjustizgesetze hatte die

Erörterung der Frage der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen der „Wissenschaft“ überlassen, die gegebenenfalls den Boden für künftige Gesetzgebung bereiten sollte. An die Rechtsprechung hat er diese Aufgabe damals nicht delegiert. Auch der Bundesgesetzgeber hat nach dem Krieg nicht anders gehandelt.

Ein Wille des Gesetzgebers ist nicht dahin gebildet worden, dass gesetzesalternative Verurteilungen demokratisch legitimiert worden seien. Gesetzgeber ist das Parlament. Diesem wurde auch im Jahr 1951 keine Regelung der Möglichkeit einer gesetzesalternativen Verurteilung vorgeschlagen. Ein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren wurde insoweit nicht in Gang gesetzt. Die Begründung der mit dem Gesetzgeber nicht identischen Bundesregierung wurde dafür, warum dies nicht geschehen ist, vermag dem Richterrecht für sich genommen keine demokratische Legitimation zu verleihen. Das Schweigen des Gesetzgebers in der Folgezeit kann dann auch nicht dahin gedeutet werden, dass eine Delegitimierung ausgeblieben und das Richterrecht deshalb weiter legitimiert sei. Der „Wille des Gesetzgebers“ ist nur insoweit beachtlich, als er in den in einem parlamentarischen Verfahren geschaffenen Normen zum Ausdruck gekommen ist und durch Gesetzesauslegung, insoweit gegebenenfalls mit Hilfe von Materialien, ermittelt werden kann (vgl. Wischmeyer, JZ 2015, 957 ff.). Bei der Prüfung, ob die Gestattung der gesetzesalternativen Verurteilung mit den Prinzipien vom Vorbehalt und vom Vorrang des Gesetzes vereinbar ist, kann daher nur berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber die Regeln des § 2b RStGB und des § 267b RStPO aufgehoben und später keine funktional vergleichbaren Normen geschaffen hat, ferner, dass er als unliebsam empfundene Lücken innerhalb des fragmentarischen Strafgesetzes durch Schaffung neuer Straftatbestände, wie denjenigen der Geldwäsche (§ 261 StGB), oder durch Ausdehnung bestehender Strafnormen, wie denjenigen der Unterschlagung (§ 246 StGB), partiell geschlossen hat. Hat der Gesetzgeber insoweit aber Regelungen getroffen, kann nicht mehr durch richterrechtliche Konstruktionen dasselbe Ziel auf anderem Wege verfolgt werden. 94

d) § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB führt deshalb nicht dazu, dass eine Verurteilung wegen Geldwäsche hinter einer gesetzesalternativen Verurteilung wegen zweier Katalogtaten zurücktritt. Vielmehr schließt § 261 StGB für seinen Anwendungsbereich die gesetzesalternative Verurteilung wegen zweier Katalogtaten aus. 95

Mit der Neufassung des § 261 Abs. 9 StGB durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 (BGBl. I S. 845) ist das ursprüngliche Tatbestandsmerkmal der „fremden“ Vortat entfallen. Dadurch sollten Strafbarkeitslücken in Fällen geschlossen werden, in denen eine Ahndung wegen der Vortat aus tatsächlichen Gründen nicht erfolgen kann. Es soll verhindert werden, dass derjenige, der nicht erweislich, aber auch nicht ausschließbar Täter der Vortat war, nach dem Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ freizusprechen ist (vgl. NK/Altenhain, StGB, 4. Aufl., § 261 Rn. 20; Herzog/Nestler, Geldwäschegesetz, 2. Aufl., StGB, § 261 Rn. 137). Dadurch wird geregelt, dass bei unklarer Täterschaft hinsichtlich der Katalogtat im Wege einer Postpendenzfeststellung wegen Geldwäsche verurteilt werden kann, wenn deren Voraussetzungen sicher feststellbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2000 - 5 StR 252/00, StV 2000, 680, 681). Eine Beschränkung der Anwendungsmöglichkeiten dieser Regelung auf den Alleintäter der Katalogtat und der Geldwäsche ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen. 96

§ 261 Abs. 9 Satz 2 StGB beinhaltet nicht nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund, sondern auch eine Konkurrenzregel, die eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche ausschließt, wenn eine Verurteilung wegen einer Katalogtat möglich ist. Dies setzt jedoch die tatsächliche Strafbarkeit desselben Täters wegen Beteiligung an der Vortat voraus (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 4/09, BGHSt 53, 205, 207). Nur zur Vermeidung einer doppelten Bestrafung wegen der Katalogtat und wegen Geldwäsche wurde § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB eingefügt. Eine solche Gefahr der Doppelbestrafung besteht nicht, wenn eine - eindeutige - Verurteilung wegen einer Katalogtat im Hinblick auf Tatsachenzweifel ausscheidet und deshalb eine Postpendenzfeststellung der Geldwäsche ermöglicht wird. Insoweit hat der Geldwäschetatbestand jedenfalls Vorrang vor einer gesetzesalternativen Verurteilung, denn nicht der Gesetzestext ist - entgegen seinem Wortlaut - nach Maßgabe von richterrechtlichen Strafbarkeitsregeln auszulegen, sondern diese, sofern sie zulässig sind, nach Maßgabe des Gesetzes. 97