

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 747

Bearbeiter: Holger Mann

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 747, Rn. X

BVerfG 2 BvR 167/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 5. Juli 2019 (BGH / LG Meiningen)

Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung (gesetzesalternative Verurteilung wegen gewerbsmäßig begangenen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei); Bestimmtheitsgebot (Verbot der Tatbestandsausweitung durch die Rechtsprechung; Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit; Institut der Wahlfeststellung als strafprozessuale Entscheidungsregel; keine Anwendung einer richterrechtlichen „dritten Norm“ mit gemeinsamem Unrechtskern; keine Verletzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“); Unschuldsvermutung (Rechtsstaatsprinzip; keine Strafe ohne Schuld; Grundsatz „in dubio pro reo“); kein Verdachtsurteil wegen Überzeugung des Gerichts von der Verwirklichung eines von mehreren in Betracht kommenden Straftatbeständen; Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs; Erfordernis der Vergleichbarkeit der Straftatbestände; einheitlicher Unrechts- und Schuldvorwurf); verfassungsrechtliche Schranken richterlicher Rechtsfortbildung (kein Eingriff in die Kompetenzen des Gesetzgebers; konkludente Billigung der Rechtsprechung zur Wahlfeststellung durch den Gesetzgeber); Zulässigkeit der Wahlfeststellung nur in Ausnahmefällen (Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen; Darstellungsanforderungen im Urteil).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 2 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; § 2b RStGB; § 267b RStPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die gesetzesalternative Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage wegen gewerbsmäßig begangenen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verletzt weder das Bestimmtheitsgebot, noch die Unschuldsvermutung und wahrt die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Bestätigung von BGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 2 StR 495/12 - [= HRRS 2018 Nr. 56]).
2. Das Bestimmtheitsgebot stellt sicher, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet, und verwehrt den Gerichten jede Rechtsanwendung, die tatbestandsausweitend über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Zugleich dient es der Rechtssicherheit und schützt das Vertrauen der Normadressaten, dass der Staat nur dasjenige Verhalten als strafbare Handlung verfolgt und bestraft, das zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich bestimmt war.
3. Das richterrechtliche Institut der ungleichartigen Wahrfeststellung schließt keine materiell-rechtlichen Strafbarkeitslücken, sondern ermöglicht als dem Strafverfahrensrecht zuzuordnende Entscheidungsregel die Bewältigung verfahrensrechtlicher Erkenntnislücken, wenn nach abgeschlossener Beweiswürdigung die Feststellung einer bestimmten Tat wegen verbleibender Zweifel nicht möglich ist, aber sicher feststeht, dass sich der Angeklagte nach einem gesetzlichen Tatbestand strafbar gemacht hat.
4. Der Umstand, dass sich das Gericht nicht von der Richtigkeit einer Sachverhaltsvariante überzeugen kann, führt nicht zur Heranziehung einer außergesetzlichen, richterrechtlichen „dritten Norm“, welche die übereinstimmenden Unrechtselemente der Straftatbestände in einem gemeinsamen Unrechtskern in sich vereinigen würde (Ablehnung von BGH, Vorlagebeschluss vom 2. November 2016 - 2 StR 495/12 - [= HRRS 2017 Nr. 258]); denn die Überzeugung von der Verwirklichung eines gemeinsamen Unrechtskerns genügt für eine wahldeutige Verurteilung gerade nicht.
5. Weil das Tatgericht Art und Maß der Bestrafung dem gesetzlich normierten Straftatbestand entnimmt, der für den konkreten Fall die mildeste Bestrafung zulässt, verletzt die ungleichartige Wahlfeststellung auch nicht den das Bestimmtheitsgebot auf die Strafandrohung erstreckenden Grundsatz „nulla poena sine lege“.
6. Aus der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung, nach der keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, folgt die Aufgabe des Strafprozesses, den Strafanspruch des Staates in einem justizförmig geordneten Verfahren durchzusetzen, in welchem dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden und verbleibende Zweifel sich zugunsten des Angeklagten auswirken müssen („in dubio pro reo“).

7. Wenngleich dem Angeklagten in den Fällen der ungleichartigen Wahlfeststellung eine konkrete Straftat nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, ist die Unschuldsumvermutung nicht verletzt; denn es steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Angeklagte sicher einen von mehreren alternativ in Betracht kommenden Straftatbeständen schuldhaft verwirklicht hat. Ein unzulässiges Verdachtsurteil geht damit nicht einher.

8. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und der Anspruch aller in Strafverfahren Beschuldigter auf Gleichbehandlung rechtfertigen es, den staatlichen Strafanspruch auch dann durchzusetzen, wenn Zweifel hinsichtlich des Tatgeschehens verbleiben, gleichzeitig aber ein strafloses Verhalten des Angeklagten sicher ausscheidet.

9. Das von der Rechtsprechung geforderte Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der alternativ erfüllten Straftatbestände stellt dabei sicher, dass die Taten an einen hinreichend einheitlichen Unrechts- und Schuldvorwurf anknüpfen.

10. Die Rechtsprechung zur ungleichartigen Wahlfeststellung wahrt die verfassungsrechtlichen Schranken richterlicher Rechtsfortbildung und greift nicht in die Kompetenzen des Gesetzgebers ein. Auch wenn dieser bewusst darauf verzichtet hat, die durch Kontrollratsgesetz außer Kraft gesetzten vorkonstitutionellen Vorschriften zur Wahlfeststellung zu erneuern, so kann gleichwohl davon ausgegangen werden, dass er der entwickelten Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung jedenfalls konkludent seine grundsätzliche Billigung erteilt hat.

11. Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage ist gleichwohl nur in Ausnahmefällen zulässig. Die Wahlfeststellung darf nicht dazu führen, dass - etwa in dem Bemühen um schnelle Verfahrenserledigung - die weitere Aufklärung des Tatsachenstoffs unterbleibt. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass andere Möglichkeiten als die nach der Überzeugung des Gerichts allein in Betracht kommenden Verhaltensweisen sicher ausgeschlossen sind und dass nach erschöpfender Würdigung der Tatsachen und Beweise eine eindeutige Tatfeststellung nicht möglich war.

Entscheidungstenor

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Damit erledigt sich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung des Beschwerdeführers zu 1.

Gründe

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob die gesetzesalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig 1 begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verfassungsgemäß ist.

I.

Verurteilungen auf wahldeutiger Tatsachengrundlage sind nach Aufhebung und Außerkraftsetzung von § 2b RStGB, 2 § 267b RStPO (vgl. Art. 1 und 3 des Gesetzes Nr. 11 des Kontrollrats vom 30. Januar 1946, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 55 f.), die die echte Wahlfeststellung uneingeschränkt zuließen, nicht erneut durch den Gesetzgeber geregelt worden. Sie beruhen auf Grundsätzen, die die Rechtsprechung zum Rechtsinstitut der (echten oder ungleichartigen) Wahlfeststellung entwickelt hat.

Nach ständiger Rechtsprechung setzt eine gesetzesalternative Verurteilung voraus, dass im Rahmen des 3 angeklagten Geschehens nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten der Sachverhalt nicht so weit aufgeklärt werden kann, dass die Feststellung eines bestimmten Straftatbestandes möglich ist, aber sicher feststeht, dass der Angeklagte einen von mehreren alternativ in Betracht kommenden Tatbeständen erfüllt hat, und straflose Sachverhaltsgestaltungen sicher ausgeschlossen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17 -, BGHSt 62, 164 <168 f. Rn. 15> m.w.N.). Des Weiteren müssen die Straftatbestände rechtsethisch und psychologisch gleichwertig sein. Unter rechtsethischer Gleichwertigkeit versteht die Rechtsprechung nicht nur die annähernd gleiche Schwere der möglichen Schuldvorwürfe, also die gleiche Strafwürdigkeit. Vergleichbar, einander ähnlich müssen die in Frage stehenden Tatbestände vielmehr in der Art der sittlichen Bewertung sein, die ihnen im allgemeinen Rechtsempfinden zuteil wird. Die Vorwürfe müssen in Art und Schwere gleichwertig sein (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1951 - 1 StR 353/51 -, BGHSt 1, 327 <328>). Hierfür sind alle Umstände, die den besonderen Unrechtscharakter der Straftatbestände ausmachen, in Betracht zu ziehen. Psychologische Gleichwertigkeit setzt eine einigermaßen gleichgeartete innere Beziehung des Täters zu den möglichen Verhaltensweisen voraus (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 - GSSt 2/56 -, BGHSt 9, 390 <394>; BGH, Urteil vom 6. November 1964 - 6 StE 1/64 -, BGHSt 20, 100 <101 f.>).

In allen anderen Fällen, in denen ein Sachverhalt nicht eindeutig festgestellt werden kann, ist der Angeklagte nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ entweder freizusprechen oder - sofern nicht trotz Tatsachenalternativität der Schuldanspruch unzweifelhaft ist - zu seinen Gunsten nach dem milderen Gesetz mit eindeutigem Schuldanspruch zu verurteilen. Eindeutig zu verurteilen ist weiter bei Vorliegen der Voraussetzungen der Post- und Präpendenz, wenn also von zwei sachlich aneinander anknüpfenden Taten die eine erwiesen ist, während die Beteiligung an der anderen nicht sicher festgestellt werden kann (vgl. Sander, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, § 261 Rn. 125 ff. m.w.N.; Dannecker, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2007, Anhang zu § 1 Rn. 51, 58 ff., 104 ff.).

II.

1. Das Landgericht Meiningen verurteilte die Beschwerdeführer unter Freisprechung im Übrigen alternativ wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) oder gewerbsmäßiger Hehlerei (§ 259 Abs. 1, § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB) in 19 beziehungsweise 15 Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von sechs und vier Jahren. Nach den Urteilsfeststellungen stahlen oder hehlten die Beschwerdeführer seit dem Jahr 2008 in erheblichem Umfang vor allem Fahrzeuge und Fahrzeugteile sowie Werkzeuge und andere Hilfsmittel, die bei der Bearbeitung von Fahrzeugen Verwendung finden konnten. Nach einer anonymen Strafanzeige wurden die Räumlichkeiten der Beschwerdeführer am 23. und 24. Juni 2009 durchsucht und jeweils zahlreiche Gegenstände sichergestellt, die in dem für die Einzeltaten näher konkretisierten Tatzeitraum zwischen März 2007 und Juni 2009 gestohlen worden waren. Ob die Beschwerdeführer die Gegenstände aus - gemeinschaftlich begangenen - Diebstählen (selbst) erlangt oder später als Hehler erworben hatten, konnte das Landgericht nicht zweifelsfrei klären. Die Voraussetzungen einer Postpendenzfeststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei verneinte das Landgericht dementsprechend, da es eine zumindest sichere Feststellung der Voraussetzungen der Hehlerei - hier: Erlangung der Sache von einem anderen - nicht treffen konnte (vgl. hierzu das angegriffene Revisionsurteil vom 25. Oktober 2017 - 2 StR 495/12 -, NSTZ-RR 2018, S. 47 <48 f.>). Weil der Strafraum für gewerbsmäßige Hehlerei gemäß § 260 Abs. 1 StGB eine höhere als die in § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB angedrohte Mindeststrafe vorsieht, ging das Landgericht vom Strafraum des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB aus. Bei der - einheitlich vorgenommenen - Strafzumessung legte es den geringeren Schaden zu Grunde,

der beim Erwerb der einzelnen Beutestücke durch Hehlerei verursacht worden wäre. Im Übrigen stellte es auf allgemeine Strafzumessungsgesichtspunkte ab.

2. Der zur Entscheidung über die auf die Sachrüge gestützte Revision berufene 2. Strafsenat vertrat - in Abkehr von bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - die Auffassung, dass die richterrechtlich begründete Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung unzulässig sei, weil sie strafbarkeitsbegründend wirke. Er legte deshalb dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vor, ob die Gesetzesalternative Verurteilung mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist (vgl. Beschluss vom 11. März 2015 - 2 StR 495/12 -, StV 2016, S. 212), nahm die Anfrage in der Folge jedoch wieder zurück (vgl. Beschluss vom 9. August 2016 - 2 StR 495/12 -, StV 2017, S. 818).

Nachdem der 5. Strafsenat entschieden hatte, dass die Gesetzesalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei bei gleichzeitiger Verwirklichung des Tatbestands der Geldwäsche einen Schuldanspruch wegen Geldwäsche ausschließt (vgl. Urteil vom 16. August 2016 - 5 StR 182/16 -, BGHSt 61, 245 <247 f.>), legte der 2. Strafsenat gemäß § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Strafsachen die Fragen vor, ob die Gesetzesalternative Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verfassungsgemäß ist, bejahendenfalls, ob sie bei gleichzeitiger Erfüllung des Tatbestands der Geldwäsche ausgeschlossen ist. Der 2. Strafsenat vertrat weiterhin die Auffassung, dass die ungleichartige Wahlfeststellung strafbarkeitsbegründend wirke: Aus der exklusiven Alternativität von zwei Verdachtsfällen folge eine Sachverhaltsgewissheit im Ergebnis nur in Bezug auf einen gemeinsamen Unrechtskern, da das Tatgericht hinsichtlich der alternativ in Frage kommenden Tatbestände gerade nicht jeweils das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen feststellen könne. Die Verurteilung beruhe damit praktisch auf einer ungeschriebenen dritten Norm, welche die übereinstimmenden Unrechtselemente mit ihrem Kern in sich vereinige. Da eine Verurteilung nur erfolgen könne, wenn die Tatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar seien, bestimme die Rechtsfigur im Ergebnis über die „Strafbarkeit“ im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG; sie entscheide zwischen Freispruch und Bestrafung. Auch die Unschuldsvermutung als den Schuldgrundsatz sichernde Regelung werde durch die Gesetzesalternative Verurteilung verletzt. Des Weiteren sei die Gesetzesalternative Verurteilung mit dem Vorrang des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Die sukzessive Schließung von Strafbarkeitslücken durch den Gesetzgeber, etwa im Bereich der Geldwäsche, entziehe der Wahlfeststellung die Grundlage; eine insoweit mögliche eindeutige Verurteilung dürfe durch die Wahlfeststellung nicht umgangen werden (vgl. Vorlagebeschluss vom 2. November 2016 - 2 StR 495/12 -, Rn. 49 ff.).

3. Der Große Senat für Strafsachen bejahte die Zulässigkeit der Gesetzesalternativen Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei entsprechend den zum Rechtsinstitut der Wahlfeststellung durch den Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen. Des Weiteren vertrat er die Auffassung, dass sie bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Tatbestands der Geldwäsche einen Schuldanspruch wegen Geldwäsche ausschließen (vgl. Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17 -, BGHSt 62, 164). Seine Entscheidung begründete er im

Wesentlichen wie folgt:

Die ungleichartige Wahlfeststellung sei eine prozessuale Entscheidungsregel, die dem Tatgericht vorgebe, wie es nach Abschluss der Beweisaufnahme bei einer bestimmten Beweislage zu entscheiden habe. Als solche sei sie nicht an dem nur für das sachliche Recht geltenden strengen Gesetzmäßigkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB zu messen, sondern unterliege lediglich den allgemein für die richterliche Rechtsfortbildung bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, denen sie genüge. 10

Die Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung wirke nicht strafbarkeitsbegründend. Grundlage der Bestrafung sei in den Fällen der Wahlfeststellung keine ungeschriebene Norm, die übereinstimmende Unrechtselemente oder einen „gemeinsamen Unrechtskern“ der nicht unzweifelhaft zur Anwendung gelangenden Strafgesetze in sich vereinigen würde. Vielmehr müsse in jeder Sachverhaltsvariante jeweils ein Straftatbestand vollständig verwirklicht sein. Damit sei sichergestellt, dass über die Strafbarkeit als solche sowie über Art und Maß der Strafe der Gesetzgeber entscheide. 11

Dem Täter sei auch nicht ungewiss, ob sein Verhalten strafbar sei oder nicht. Die Strafbarkeit folge aus den in Betracht kommenden, vorab gesetzlich normierten Straftatbeständen. So wisse der Täter selbstverständlich, dass er nicht stehlen oder hehlen dürfe und dass er andernfalls Strafe zu fürchten habe. Der Zweck des Gesetzmäßigkeitsprinzips, die Vorhersehbarkeit der Bestrafung für den Normadressaten zu gewährleisten, sei deshalb nicht berührt. 12

Das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Straftatbestände vermöge an der Einstufung der Wahlfeststellung als prozessuale Entscheidungsregel nichts zu ändern. Mit diesem Erfordernis solle die Ungerechtigkeit vermieden werden, die einträte, wenn in den Schuldpruch Tatbestände aufgenommen würden, die „eine verschiedene seelische Verfassung des Täters voraussetzen und ihm eine verschiedene sittliche Bewertung zuziehen“. Das Gebot schränke den Anwendungsbereich der an sich unbeschränkt zulässigen Wahlfeststellung mithin lediglich ein und konstituiere diesen nicht. 13

Die ungleichartige Wahlfeststellung verletze auch nicht die Unschuldsvermutung. Unabdingbare Voraussetzung für ihre Anwendung sei es, dass der Angeklagte nach richterlicher Überzeugung schuldhaft eine Straftat begangen habe. Dem Verbot einer schuldunangemessenen Strafe sei dabei durch die Anwendung des Zweifelssatzes in der Weise Rechnung zu tragen, dass die dem Angeklagten günstigste Variante zugrunde zu legen und die mildeste in Betracht kommende Strafe zu verhängen sei. Die wahldeutige Verurteilung stelle zudem kein Verdachtsurteil dar. Denn es sei sicher, dass der Angeklagte eine der jeweils konkret bestimmten Straftaten begangen habe, was in dem alternativ gefassten Schuldpruch klar zum Ausdruck komme. Die mit der Aufzählung mehrerer Delikte in der Urteilsformel verbundene Belastung für den Verurteilten sei denkbar gering und in Hinblick auf das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit rechtsstaatlich hinnehmbar. Aus dem Urteil ergebe sich, dass der Täter nur eine, in der Strafbarkeit und im Strafmaß vorab bestimmte Tat begangen habe. 14

Die Rechtsfigur halte sich im Rahmen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung; sie sei zur Wahrung einer ordnungsgemäßen Strafrechtspflege erforderlich. Ein Freispruch aufgrund mehrfacher Anwendung des Zweifelssatzes wäre in Fällen, in denen ein strafloses Verhalten des Angeklagten sicher ausscheide, schlechthin unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit, die eine am Gleichheitssatz orientierte, dem Rechtsgüterschutz verpflichtete Ausgestaltung eines effektiven Strafverfahrens forderten. 15

Die Rechtsprechung zur Wahlfeststellung könne sich auf die Billigung des Gesetzgebers stützen. Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber habe bewusst davon abgesehen, die Voraussetzungen und Grenzen von wahldeutigen Schuldfeststellungen zu normieren. Es seien auch keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, 16

dass der Gesetzgeber der ständigen Rechtsprechung zur Wahlfeststellung in späterer Zeit seine Billigung entzogen haben könnte. Namentlich lasse sich den - ohnehin nur jeweils einen Teilausschnitt der Anwendungsfälle der Wahlfeststellung betreffenden - Regelungen zur Geldwäsche kein der wahldeutigen Schuldfeststellung generell widerstrebender Wille des Gesetzgebers entnehmen. 17

4. Mit dem angegriffenen Urteil verwarf der 2. Strafsenat die Revisionen der Beschwerdeführer, erkannte jedoch wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung jeweils sechs Monate der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe als vollstreckt an. Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei rechtsfehlerfrei, des Weiteren habe es ohne Rechtsfehler die Voraussetzungen einer gesetzessalternativen Verurteilung bejaht. Soweit die Strafzumessung des Landgerichts von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweiche, sei auszuschließen, dass der Strafausspruch darauf beruhe, da es bei seiner einheitlich begründeten Strafzumessungsentscheidung die jeweils günstigsten Faktoren aus beiden Alternativen herangezogen habe (vgl. Urteil vom 25. Oktober 2017 - 2 StR 495/12 -, NSZ-RR 2018, S. 47 <48 ff.>). 18

III.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführer gegen das Urteil des Landgerichts sowie gegen das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs und greifen die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende, vom Großen Senat für Strafsachen mit bindender Wirkung bestätigte (vgl. § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG) Rechtsprechung zur Zulässigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung an. Sie rügen eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 103 Abs. 2 (Bestimmtheitsgrundsatz) und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG (Freiheitsrecht) sowie einen Verstoß gegen den in der Menschenwürdegarantie verankerten Schuldgrundsatz und die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Unschuldsvermutung mit der Begründung, dass allein der Gesetzgeber befugt sei, die Voraussetzungen für eine gesetzesalternative Verurteilung festzulegen. 19

Nach Ansicht der Beschwerdeführer ist das Rechtsinstitut der ungleichartigen Wahlfeststellung nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren. Die Verurteilung beruhe auf einer ungeschriebenen Norm, einem zwischen den Delikten kreierten fiktiven Rumpftatbestand, der die Unrechtselemente der nicht zur Anwendung gelangenden Tatbestände auf sich vereine. Die Tatbestandsmerkmale von Diebstahl und Hehlerei würden in einen gemeinsamen „rechtsethischen Kern“ verschmolzen. Die von der Rechtsprechung geforderte rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit diene nur dazu, die Lücke zwischen den anderen beiden Straftatbeständen zu füllen; sie übernehme die Funktion eines materiellen Tatbestandsmerkmals der ungeschriebenen Norm. Da eine gesetzliche Grundlage hierfür fehle, beruhe die „Strafbarkeit der ungleichartigen Wahlfeststellungen“ auf Richterrecht. An der Sache vorbei gehe es, wenn der Große Senat für Strafsachen meine, die Verurteilung beruhe nicht auf einer ungeschriebenen dritten Norm, weil bei jeder der in Betracht kommenden Sachverhaltsvarianten jeweils ein Straftatbestand vollständig erfüllt sei, so dass über die Strafbarkeit sowie über Art und Maß der Strafe der Gesetzgeber entschieden habe. Dies verkenne, dass die Straftatbestände in einem Exklusivitätsverhältnis stünden und eben nicht jedes Tatbestandsmerkmal erwiesen sei, sondern mindestens eines nicht festgestellt werden könne. Mangels gesetzlicher Regelung der Wahlfeststellungsverurteilung (aus dem von der Rechtsprechung zwischen den Delikten kreierten Rumpftatbestand) sei für den Normadressaten seine Bestrafung zudem nicht vorhersehbar. Die Wahlfeststellung könne auch nicht als ausschließlich prozessuale Entscheidungsregel begriffen werden. Ihr komme vielmehr eine Doppelnatur zu, da sie den Schuld- und Strafausspruch des Urteils forme und festlege, nach welchen Maßstäben ein gesetzesalternativer Schuldspruch ergehen könne und wie Strafrahenwahl und Strafbemessung zu erfolgen hätten. Die Anwendungsregel entscheide zwischen Freispruch und Bestrafung; sie schaffe „materiellrechtlich eine dritte Entscheidungsregel zwischen eindeutigem Schuldspruch und Freispruch“. 20

Die Wahlfeststellung verstoße auch deshalb gegen das Bestimmtheitsgebot, weil Art und Maß der Strafe nicht durch den parlamentarischen Gesetzgeber normativ vorgegeben seien. Die Rechtsprechung verlange von dem Richter, auf der Grundlage der Sachverhaltsalternativen jeweils zu erörtern, welche Strafe er für angemessen gehalten hätte, wenn zweifelsfrei die eine oder die andere Handlung nachgewiesen wäre, um hiernach die niedrigere der hypothetisch in Frage kommenden Strafen zu verhängen. Dass das entwickelte System auf den ersten Blick den Angeklagten zu begünstigen scheine, ändere nichts daran, dass die Rechtsprechung aus eigener Kraft über den jeweiligen Strafrahen und Strafzumessungsvorgang entscheide und dass der Angeklagte nach Maßgabe einer Schuldvermutung bestraft werde, die möglicherweise dem Tatumrecht nicht entspreche. 21

Die auf Richterrecht beruhende ungleichartige Wahlfeststellung begründe weiter eine Verletzung des Freiheitsgrundrechts aus Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, der einen spezifischen Gesetzesvorbehalt für Beschränkungen der Freiheit der Person vorsehe. 22

Die ungleichartige Wahlfeststellung missachte den Schuldgrundsatz. Mit diesem sei es nicht zu vereinbaren, strafrechtliche Schuld festzustellen, obgleich hierzu eine gesetzliche Grundlage fehle. 23

Die Verletzung der Unschuldsvermutung begründen die Beschwerdeführer schließlich damit, dass die Schuld für zwei alternative Straftaten vorgehalten würde, von denen eine nicht begangen worden sei. Für eine derartige alternative Verdachtsstrafe gebe es im Gesetz keine Grundlage. 24

IV.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Weder kommt der Verfassungsbeschwerde grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführer angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>). Es kann dahinstehen, ob sie den Begründungsanforderungen (vgl. §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG) genügt und damit zulässig erhoben ist. Denn sie ist jedenfalls nicht begründet (zum Prüfungsmaßstab bei strafgerichtlichen Entscheidungen, vgl. BVerfGE 95, 96 <127 f.>). 25

1. Die gesetzesalternative Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage verletzt nicht das Bestimmtheitsgebot. 26

a) Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Art. 103 Abs. 2 GG enthält - neben dem hier nicht zu erörternden Rückwirkungsverbot - die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 75, 329 <340 f.>; 126, 170 <194>). Diese Garantie dient einem doppelten Zweck: 27

Einerseits wird sichergestellt, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 75, 329 <341>; 126, 170 <194>). Es ist eine grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt; wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit sind im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären (vgl. BVerfGE 123, 267 <408>; 126, 170 <194>). Den Gerichten ist es daher verwehrt, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren (vgl. BVerfGE 92, 1 <13>). Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 64, 389 <393>). 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 Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (vgl. BVerfGE 92, 1 <13>). Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die - tatbestandsausweitend - über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>; 82, 236 <269>; 92, 1 <12>; 126, 170 <197>; stRSpr). 28

Andererseits dient Art. 103 Abs. 2 GG dem rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten. Es muss vorhersehbar sein, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 92, 1 <12>; 126, 170 <195>). Art. 103 Abs. 2 GG will sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Rechtslage einrichten kann und keine willkürlichen staatlichen Reaktionen befürchten muss (vgl. BVerfGE 85, 69 <73>). Mit der strengen Bindung der strafenden Staatsgewalt an das Gesetz gewährt das Bestimmtheitsgebot Rechtssicherheit und schützt zur Wahrung ihrer Freiheitsrechte das Vertrauen der Bürger, dass der Staat nur dasjenige Verhalten als strafbare Handlung verfolgt und bestraft, das zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich bestimmt war (vgl. BVerfGE 95, 96 <130 ff.>; 105, 135 <152 f.>). 29

b) Die Wahlfeststellung zwischen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahl und gewerbsmäßiger Hehlerei berührt keine der Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG. 30

aa) Die (richterrechtlichen) Grundsätze zur ungleichartigen Wahlfeststellung wirken nicht strafbarkeitsbegründend. Die Regeln greifen nicht korrigierend in die Entscheidung des Gesetzgebers über strafwürdiges Verhalten ein; sie bestimmen nicht - über den Inhalt gesetzlicher Strafnormen hinausgehend - die Voraussetzungen, unter denen ein bestimmtes Verhalten als strafbar anzusehen ist. Das Rechtsinstitut der ungleichartigen Wahlfeststellung kommt vielmehr in einer bestimmten prozessualen Lage zur Anwendung und legt fest, welche Rechtsfolgen die nach abgeschlossener Beweiswürdigung verbleibenden Zweifel über materiell-rechtlich erhebliche Tatsachen haben, wenn die Feststellung einer bestimmten Tat nicht möglich ist, aber sicher feststeht, dass sich der Angeklagte nach einem gesetzlichen Tatbestand strafbar gemacht hat. Die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze bestimmen in dieser besonderen Beweissituation die Voraussetzungen, unter denen das Tatgericht trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel eine Verurteilung (auf wahldeutiger Tatsachengrundlage) auszusprechen hat. Die Regeln zur Wahlfeststellung dienen nicht dazu, materiell-rechtliche Strafbarkeitslücken zu schließen, was allein Aufgabe des Gesetzgebers ist; sie ermöglichen ausschließlich die Bewältigung verfahrensrechtlicher Erkenntnislücken (Stuckenberg, ZIS 2014, S. 461 <470>). Die ungleichartige Wahlfeststellung ist damit eine besondere, dem Strafverfahrensrecht zuzuordnende Entscheidungsregel, die nicht den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG berührt (vgl. Beschluss der Vereinigten Strafsenate vom 2. Mai 1934 - 1 D 1096/33 -, RGSt 68, 257 <259, 262>; BVerfGE 25, 269 <294> für die Entscheidungsregel „in dubio pro reo“; Stuckenberg, ZIS 2014, S. 461 <468>; ders., in: KMR, StPO, § 261 Rn. 106, 149 [August 2013]; Wolter, GA 2013, S. 271 <272 f.>; Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 168 f.). 31

Der Umstand, dass sich das Gericht nicht von der Richtigkeit einer Sachverhaltsvariante überzeugen kann, führt - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - nicht zur Anwendung einer richterrechtlich begründeten „dritten Norm“, welche die übereinstimmenden Unrechtselemente der Straftatbestände Diebstahl und Hehlerei in einem gemeinsamen Unrechtskern in sich vereinigen würde (vgl. aber BGH, Vorlagebeschluss vom 2. November 2016 - 2 StR 495/12 -, Rn. 50 ff.; Freund, in: Festschrift für Wolter, 2013, S. 35 <48 ff.>; Endruweit, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssylogistik sowie der sozialen und 32

personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, 1973, S. 269 f., 275; Montenbruck, Wahlfeststellung und Werttypus in Strafrecht und Strafprozessrecht, 1976, S. 117). Insbesondere übernimmt das von der Rechtsprechung geforderte Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit nicht die Funktion eines materiellen Tatbestandsmerkmals einer solchen außergesetzlichen Norm. In der Wahlfeststellungssituation kann das Tatgericht zwar keine bestimmte Tat nachweisen und damit keinen bestimmten Straftatbestand feststellen, es steht zu seiner Überzeugung aber fest, dass der Angeklagte einen von mehreren Straftatbeständen sicher erfüllt hat: Der Angeklagte hat nach Überzeugung des Gerichts entweder den einen (gesetzlich bestimmten) Straftatbestand erfüllt oder den anderen (vgl. Stuckenberg, ZIS 2014, S. 461 <469 f.> sowie StV 2017, S. 811 <816>). Dieser Überzeugung entsprechend wird der Schuldspruch disjunktiv gefasst. Ausschließlich wegen der Verletzung dieser alternativ in Betracht kommenden - gesetzlich bestimmten - Einzelstraftatbestände wird der Angeklagte in der Wahlfeststellungssituation (wahldeutig) verurteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2014 - 4 ARs 12/14 -, NStZ-RR 2015, S. 40 <40>; Sander, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, § 261 Rn. 145 Fn. 1024; Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, Anhang zu § 1 Rn. 16; Stuckenberg, ZIS 2014, S. 461 <468 ff.>; Wolter, GA 2013, S. 271 <274, 276>; Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 167 f.; Nüse, GA 1953, S. 33 <38>). Ein eindeutig feststehender gemeinsamer Unrechtskern und eine darauf bezogene „Sachverhaltsgewissheit“ genügt für eine gesetzalternative Verurteilung demgegenüber nicht (vgl. Stuckenberg, ZIS 2014, S. 461 <469 f.> sowie StV 2017, S. 811 <816>). Das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit stellt hierbei sicher, dass der Schuldspruch trotz wahldeutiger Verurteilung auf Grundlage alternativer Sachverhalte an einen ausreichend einheitlichen Unrechts- und Schuldvorwurf anknüpft und der Angeklagte nicht unverhältnismäßig belastet wird (vgl. hierzu unten unter Rn. 38).

Da die Strafbarkeit aus gesetzlich normierten Straftatbeständen folgt, waren die maßgeblichen strafbewehrten Verbote - Diebstahl und Hehlerei - für die Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Tatbegehung zudem in Tragweite und Anwendungsbereich ohne Weiteres erkennbar (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2014 - 4 ARs 12/14 -, NStZ-RR 2015, S. 40 <40>). 33

bb) Die ungleichartige Wahlfeststellung verletzt nicht den von Art. 103 Abs. 2 GG erfassten Grundsatz „nulla poena sine lege“, der das Gebot der Gesetzesbestimmtheit auch auf die Strafandrohung erstreckt (vgl. BVerfGE 25, 269 <285>; 105, 135 <153 f.>). In der Wahlfeststellungssituation hat das Tatgericht aufgrund des jeweils anwendbaren Straftatbestands zu prüfen, auf welche Strafe zu erkennen wäre, wenn eindeutig die eine oder die andere strafbare Handlung nachgewiesen wäre. Von den so ermittelten Strafen ist dann zu Gunsten des Angeklagten die mildeste zu verhängen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Oktober 1958 - 2 StR 375/58 -, BGHSt 13, 70 <72>; BGH, Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17 -, BGHSt 62, 164 <177 Rn. 36> m.w.N.; Dannecker, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2007, Anhang zu § 1 Rn. 52). Dass sich hiernach die zu verhängende Strafe durch einen Vergleich (der für jede Sachverhaltsvariante konkret ermittelten Strafen) bestimmt, ändert nichts daran, dass das Tatgericht Art und Maß der Bestrafung einem gesetzlich normierten Straftatbestand entnimmt, genauer dem Gesetz, das für den konkreten Fall die mildeste Bestrafung zulässt (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2014 - 3 ARs 13/14 -, NStZ-RR 2015, S. 39 <40>; Stuckenberg, ZIS 2014, S. 461 <470 f.>; Wolter, GA 2013, S. 271 <274 f.>). 34

Da bei einer wahldeutigen Verurteilung in allen Punkten die dem Angeklagten günstigste der alternativen Tatgestaltungen zugrunde zu legen ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1973 - 4 StR 172/73 -, BGHSt 25, 182 <186>), ist schließlich die Verhängung einer den Schuldgrundsatz verletzenden, weil die tatsächliche Schuld übersteigenden, Strafe (vgl. BVerfGE 73, 206 <253>; 86, 288 <312 f.>; 140, 317 <344 Rn. 55>) ausgeschlossen. 35

2. Die gesetzalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen trägt auch der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>) hinreichend Rechnung. 36

a) Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes, sozialetisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise, das durch den Straftatbestand und die Strafandrohung näher umschrieben wird. Konkretisiert wird dieses Unwerturteil im Einzelfall durch das strafgerichtliche Urteil, das den Angeklagten wegen einer bestimmten Tat schuldig spricht und daran die im Strafgesetz vorgesehene Sanktion knüpft (vgl. BVerfGE 96, 245 <249>). Eine solche strafrechtliche Reaktion wäre ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit mit der Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 95, 96 <140>; 133, 168 <198 Rn. 55>). Aus dem das Strafrecht beherrschenden Grundsatz, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, folgt deshalb die Aufgabe des Strafprozesses, den Strafanspruch des Staates in einem justizförmig geordneten Verfahren durchzusetzen, in welchem dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen. Das Gericht muss die Tatsachen feststellen, die den Straftatbestand erfüllen und den Schuldvorwurf begründen (vgl. BVerfGE 9, 167 <169 f.>). Bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet (vgl. BVerfGE 35, 311 <320>; 74, 358 <371>; 133, 168 <199 Rn. 56>). Bleiben nach sorgfältiger Sachaufklärung noch Zweifel, müssen sie sich zugunsten des Angeklagten auswirken („in dubio pro reo“). Eine Verurteilung kann also nur erfolgen, wenn sich das Gericht die sichere Überzeugung von Tat und Schuld verschafft hat, eine Gewissheit, die jeden vernünftigen Zweifel ausschließt (vgl. BVerfGE 9, 167 <170>; 63, 380 <392>). Die Unschuldsvermutung ist danach die selbstverständliche Folge 37

eines nach Inhalt und Grenzen durch das Gebot der Achtung der Menschenwürde bestimmten, auf dem Schuldgrundsatz aufbauenden materiellen Strafrechts (vgl. BVerfGE 74, 358 <371>). Sie erzwingt ein prozessordnungsgemäßes Verfahren zum Beweis des Gegenteils, bevor wegen eines Tatvorwurfs Entscheidungen getroffen werden, die die Feststellung von Schuld erfordern (vgl. BVerfGE 74, 358 <371>; 82, 106 <114 f.>; 133, 168 <202 Rn. 61>).

Die Unschuldsvermutung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips enthält - wie auch das Recht des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren - keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- und Verbote; ihre Auswirkungen auf das Verfahrensrecht bedürfen vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten (BVerfGE 74, 358 <371 f.>). 38

b) Die gesetzessalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verletzt die Unschuldsvermutung nicht. Zwar kann dem Angeklagten in den Fällen der ungleichartigen Wahlfeststellung eine konkrete, schuldhaft begangene Straftat nicht nachgewiesen, insoweit ein eindeutiger Tat- und Schuld nachweis nicht geführt werden. Andererseits steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Angeklagte sicher einen von mehreren alternativ in Betracht kommenden Straftatbeständen schuldhaft verwickelt hat. Zweifelhaft ist nicht, ob sich der Angeklagte nach einem bestimmten Tatbestand strafbar gemacht hat, sondern aufgrund der begrenzten Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts, welches der möglichen Strafgesetze verletzt ist. 39

Jedenfalls dann, wenn diese Straftatbestände einen vergleichbaren Unrechts- und Schuldgehalt besitzen - wie vorliegend gewerbsmäßig begangener Diebstahl und gewerbsmäßige Hehlerei (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 1957 - 4 StR 73/57 -, BGHSt 11, 26 <28 f.>; BGH, Beschluss vom 19. Januar 2000 - 3 StR 500/99 -, NStZ 2000, 473 <473>; BGH, Beschluss vom 27. November 2012 - 5 StR 377/12 -, Rn. 1) -, fordert die Unschuldsvermutung keinen Freispruch. Vielmehr stünde ein Freispruch trotz unzweifelhaft strafbaren Verhaltens aufgrund mehrfacher Anwendung des Zweifelssatzes seinerseits in Widerspruch zu dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Dieses verlangt nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 45, 187 <246>; stRspr) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfGE 84, 90 <121>). Der Staat ist von Verfassungs wegen gehalten, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272>; 130, 1 <26>; 133, 168 <199 Rn. 57>). Der Schutz elementarer Rechtsgüter durch Strafrecht und seine Durchsetzung im Verfahren sind Verfassungsaufgaben (vgl. BVerfGE 107, 104 <118 f.>; 113, 29 <54>; 133, 168 <199 Rn. 57>). Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden, der staatliche Strafanspruch mithin so gut wie möglich durchgesetzt wird (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272 f.>; 129, 208 <260>; 133, 168 <199 Rn. 57>). Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und der Anspruch aller in Strafverfahren Beschuldigter auf Gleichbehandlung rechtfertigen es, den staatlichen Strafanspruch auch dann durchzusetzen, wenn Zweifel hinsichtlich des Tatgeschehens verbleiben, gleichzeitig aber ein strafloses Verhalten des Angeklagten sicher ausscheidet (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 1951 - 3 StR 165/51 -, BGHSt 1, 127 <129>; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1958 - 4 StR 411/58 -, BGHSt 12, 386 <388>; BGH, Urteil vom 11. November 1966 - 4 StR 387/66 -, BGHSt 21, 152 <152>; Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 219). Das von der Rechtsprechung geforderte Merkmal der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der alternativ erfüllten Straftatbestände stellt hierbei sicher, dass die Taten einen gleichartigen Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen und sie damit an einen hinreichend einheitlichen Unrechts- und Schuldvorwurf anknüpfen. Hierdurch wird verhindert, dass der Verurteilte durch das in der Urteilsformel ausgesprochene sozialetische Unwerturteil hinsichtlich der als möglich angelasteten, tatsächlich aber nicht begangenen Straftat einen unverhältnismäßigen Nachteil erleidet (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1951 - 1 StR 353/51 -, BGHSt 1, 327 <328>; BGH, Urteil vom 8. Mai 1952 - 3 StR 1199/51 -, BGHSt 2, 351 <352>; BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1956 - GSSt 2/56 -, BGHSt 9, 390 <394>; BGH, Beschluss vom 11. September 2014 - 4 ARs 12/14 -, NStZ-RR 2015, S. 40 <40>; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 98 f.; Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 112 ff., 185 f.; Otto, in: Festschrift für Peters, 1974, S. 373 <389, 391>). 40

Mit der gesetzessalternativen Verurteilung geht kein unzulässiges Verdachtsurteil einher. Zwar sind die in der Urteilsformel aufgeführten Straftatbestände - für sich genommen - nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts nachgewiesen. Durch die alternative Fassung des Schuldspruchs und die Darlegung der Voraussetzungen der wahlweisen Verurteilung in den Urteilsgründen (vgl. BVerfGE 82, 106 <116>) kommt jedoch hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage beruht, also zwar einerseits sicher feststeht, dass der Angeklagte eine der jeweils konkret bestimmten Straftaten begangen hat, andererseits aber nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, welcher der in Betracht kommenden Straftatbestände erfüllt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17 -, BGHSt 62, 164 <172 Rn. 22>; Otto, in: Festschrift für Peters, 1974, S. 373 <391>). 41

3. Die angegriffenen Entscheidungen halten sich im Rahmen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung und verletzen die Beschwerdeführer daher nicht in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG. 42

a) Zwar sind der anerkannten Befugnis der Gerichte zur Fortbildung des Rechts mit Rücksicht auf die Wertentscheidungen des Grundgesetzes, hier vornehmlich der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, sowie den Grundsatz der Gesetzesbindung Grenzen gesetzt (vgl. BVerfGE 74, 129 <152>; 111, 54 <82>). Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt (vgl. BVerfGE 82, 6 <12>; 128, 193 <210>; 132, 99 <127 Rn. 75>). Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hinterstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder - bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke - stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. BVerfGE 118, 212 <243>; 122, 248 <258>; 128, 193 <210>; 134, 204 <238 Rn. 115>). 43

b) Die den angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegende Rechtsprechung zur ungleichartigen Wahlfeststellung zwischen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahl und gewerbsmäßiger Hehlerei wahrt diese verfassungsrechtlichen Schranken richterlicher Rechtsfortbildung. 44

aa) Die Rechtsprechung zur Wahlfeststellung, die sich insbesondere auf den Gedanken der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit stützt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17 -, BGHSt 62, 164 <172 f. Rn. 24>), steht in Einklang mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. In den Fällen, in denen sich der Angeklagte nach einem von mehreren alternativ in Betracht kommenden, in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt vergleichbaren Straftatbeständen sicher schuldig gemacht hat, wäre ein Freispruch unvereinbar mit der dem Rechtsstaatsprinzip immanenten Idee materieller Gerechtigkeit, die die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zur Sicherung einer am Rechtsgüterschutz orientierten Strafrechtspflege fordert (vgl. bereits unter Rn. 38). 45

bb) Die Rechtsprechung greift auch nicht in die Kompetenzen des Gesetzgebers ein, sie kann sich vielmehr auf seine Billigung stützen. 46

Dabei kommt den betreffenden Gesetzesmaterialien eine wichtige Indizwirkung zu (vgl. BVerfGE 129, 1 <25 ff.>; 133, 168 <205 f. Rn. 66>; 138, 261 <280 f. Rn. 44 ff.>; 145, 171 <215 Rn. 121>). Zu berücksichtigen sind insoweit die Begründung des Gesetzentwurfes, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat (Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG) und Bundesregierung (Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG) sowie die Stellungnahmen, Beschlussempfehlungen und Berichte der Ausschüsse. In ihnen finden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 -, Rn. 74). 47

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Beratungen zum Dritten Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 mit der Wahlfeststellung befasst. Ausweislich der Begründung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs wurde bewusst darauf verzichtet, § 2b RStGB (vgl. RGBI. 1935 I, S. 839) zu erneuern. Die Frage, wie die Grenzen für die Zulässigkeit von wahlweisen Schuldfeststellungen zu ziehen sind, sollte vielmehr (weiterhin) der Rechtsprechung überlassen werden, die sich zu diesem Zeitpunkt bereits der vom Reichsgericht (vgl. Beschluss der Vereinigten Strafsenate vom 2. Mai 1934 - 1 D 1096/33 -, RGSt 68, 257) vor Inkrafttreten von § 2b RStGB vertretenen Rechtsauffassung zur Zulässigkeit wahlweiser Feststellungen angeschlossen hatte und teilweise bereits darüber hinaus gegangen war (vgl. BT-Drucks. Nr. 3713 S. 19). Die höchstrichterliche Rechtsprechung nahm hierbei an, dass Wahlfeststellungen nach Aufhebung des § 2b RStGB durch das Gesetz des Kontrollrats Nr. 11 nicht unzulässig geworden seien, sondern es - wie vor seinem Inkrafttreten - an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehle (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 1951 - 3 StR 165/51 -, BGHSt 1, 127 <128>). 48

Weder in der Stellungnahme des Bundesrats (vgl. BT-Drucks. Nr. 3713 S. 59 ff.) noch in dem Bericht des Rechtsausschusses (vgl. BT-Drucks. Nr. 4250) wurde dem Vorschlag der Bundesregierung entgegengetreten und eine gesetzliche Regelung - und sei es in der Zukunft im Rahmen der geplanten großen Strafrechtsreform - gefordert. Eine diesbezügliche Erwartung lässt sich den Materialien nicht entnehmen (in diese Richtung aber BGH, Vorlagebeschluss vom 2. November 2016 - 2 StR 495/12 -, Rn. 59). Auch in der Folgezeit nahm der Gesetzgeber - trotz Erstreckung der Grundsätze auf weitere Straftatbestände (vgl. Überblick bei Stuckenberg, in: KMR, StPO, § 261 Rn. 145 [August 2013]) und Forderungen im Schrifttum nach einer gesetzlichen Regelung (vgl. etwa Dreher, JZ 1953, S. 421 <424>; Nüse, GA 1953, S. 33 <40>; Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 279 ff.) - weder die Reformen des Strafrechts noch des Strafprozessrechts zum Anlass, die Voraussetzungen und Grenzen der echten Wahlfeststellung zu normieren (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2017- GSSt 1/17 -, BGHSt 62, 164 <174 ff. Rn. 27 ff.>; Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 28 f.). Es ist daher nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber der Rechtsprechung seine mit der Verabschiedung des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes jedenfalls 49

konkudent erteilte grundsätzliche Billigung entzogen haben könnte. Das Aufhebungsgesetz des Kontrollrats steht der Rechtsfortbildung schon deshalb nicht entgegen (vgl. aber BGH, Vorlagebeschluss vom 2. November 2016 - 2 StR 495/12 -, Rn. 59), weil durch Art. 2 des Gesetzes Nr. A-37 zur Beseitigung der Wirksamkeit und Aufhebung bestimmter Vorschriften des Besatzungsrechts vom 5. Mai 1955 der Verlust seiner Wirksamkeit ausdrücklich angeordnet wurde (vgl. Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission S. 3267 f.).

4. Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage zur Vermeidung der Gerechtigkeit widersprechender Ergebnisse ist gleichwohl nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn trotz Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen eine eindeutige Tatfeststellung und ein eindeutiger Tatnachweis nicht möglich sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben (vgl. BVerfGE 86, 288 <317>; 109, 133 <162>; 117, 71 <105>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 31. Juli 2014 - 2 BvR 571/14 -, NZV 2016, S. 45 <47>). Dem Tatrichter kommt dabei eine besondere Verantwortung zu (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. April 2003 - 2 BvR 2045/02 -, NJW 2003, S. 2444 <2445>). Die Möglichkeit einer Wahlfeststellung darf nicht dazu führen, dass - etwa in dem Bemühen um schnelle Verfahrenserledigung - die weitere Aufklärung des Tatsachenstoffs unterbleibt. Den Tatgerichten obliegt es daher, bereits im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses das Vorliegen der Voraussetzungen einer Wahlfeststellung zu überprüfen, also insbesondere, ob die diesbezüglichen Feststellungen von einer rechtsfehlerfreien Beweisgrundlage getragen sind. Die Urteilsgründe müssen anstelle der für erwiesen erachteten Tatsachen, in denen die Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, den äußeren und inneren Sachverhalt der Verhaltensweisen schildern, die nach der Überzeugung des Gerichts allein in Betracht kommen; andere Möglichkeiten müssen sicher ausgeschlossen sein (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1980 - 3 StR 204/80 -, NStZ 1981, S. 33 <33>; Sander, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, § 261 Rn. 170). Es muss erkennbar sein, dass trotz Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten und erschöpfender Würdigung der Tatsachen und Beweise keine eindeutigen Feststellungen getroffen werden konnten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1958 - 4 StR 411/58 -, BGHSt 12, 386 <388>; BGH, Urteil vom 11. November 1966 - 4 StR 387/66 -, BGHSt 21, 152 <153>).

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.