

Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei

stud. iur. Oliver Marks

BGH GSSt 1/17

§§ 242, 243; 259, 260; 25 Abs. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Sachverhalt (gekürzt und abgewandelt)

A und B werden angeklagt, einen PKW entweder gehebelt oder gestohlen zu haben. Es handelt sich um die letzte Tat in einer Reihe von vergleichbaren Fällen über einen Zeitraum von zwei Jahren, mit denen A und B insgesamt EUR 120.000,00 verdient haben. A hatte zum Zweck der Lagerung von Gegenständen und zur Montage oder Demontage von Fahrzeugen ein Werkstattgebäude angemietet. Dort reparierte er auch fremde Fahrzeuge und trieb mit Fahrzeugteilen Handel. B verfügte über ein Grundstück mit Garagen und einem Container, wo er aus Diebstählen herrührende Gegenstände lagerte und Fahrzeuge bearbeiten konnte. Eine Durchsuchung der Räumlichkeiten infolge einer anonymen Strafanzeige hatte zur Sicherstellung des besagten Fahrzeugs geführt, welches eindeutig als Diebesgut klassifiziert werden konnte. Das Fahrzeug war vom Grundstück der Eigentümerin C entfernt worden, die jedoch die Täter nicht identifizieren konnte. Dabei war das Fahrzeug nicht verschlossen gewesen, die Lenkradsperre war jedoch eingerastet.

Es konnte zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass A und B das besagte Fahrzeug in Kenntnis seiner Herkunft verkauft haben, nicht aber, ob sie dieses selbst gestohlen haben oder es sich dabei um Hehlerware handelt. Der Verkauf der Fahrzeuge geschah durch A und B gemeinsam, entsprechend einer zuvor getroffenen Übereinkunft.

Haben sich A und B gem. §§ 242ff., 259ff. StGB strafbar gemacht?

EINORDNUNG

Mit ihren Entscheidungen zur Zulässigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung haben der BGH und inzwischen auch das BVerfG¹ die bisherige gerichtliche Praxis bestätigt und zugleich eine rechtliche Kategorisierung des Instituts der echten Wahlfeststellung vorgenommen. Nachdem bereits in der Vergangenheit ein Antrag des 2. Strafsenats des BGH auf Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung gem. § 132 Abs. 2, 4 GVG gestellt und wieder zurückgezogen wurde, ist die Entscheidung ein Gewinn an Rechtssicherheit in dem seit langem streitigen Themenfeld.

Grundsätzen weiterhin zulässig; sie schließt bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Tatbestands der Geldwäsche einen Schulterspruch wegen Geldwäsche aus.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Relevanz der Unklarheit im Tathergang
- B. Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung
- I. Sachverhaltsalternative 1
- II. Sachverhaltsvariante 2
- III. rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit
- C. Zulässigkeit der wahldeutigen Verurteilung

LEITSATZ

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

¹ BVerfG, Beschl. v. 05.07.2019 – 2 BvR 167/18.

A. Relevanz der Unklarheiten im Tathergang

Der Sachverhalt lässt offen, ob A und B das von ihnen verkauftes Auto selbst vom Grundstück der C mitgenommen haben oder ob dieses von einem Dritten weggefahren wurde. Festgestellt werden konnte lediglich, dass A und B wussten, Diebesgut zu verkaufen.

Sofern A und B das Auto selbst mitgenommen haben, kommt eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB in Betracht. Eine Strafbarkeit wegen Hehlerei scheidet nach dem eindeutigen Wortlaut des § 259 Abs. 1 StGB für den Verkauf eigenen Diebesguts aus. Ist das von A und B verkauftes Auto dagegen von einem Dritten weggefahren worden, so ist eine Bestrafung wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB nicht möglich, eine Strafbarkeit gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen gewerbsmäßiger Hehlerei fremden Diebesguts in Mittäterschaft kommt aber in Betracht.

Bei uneindeutigem Sachverhalt ist der Art. 103 Abs. 2 GG, § 261 StPO sowie Art. 6 Abs. 2 EMRK zu entnehmende Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden. Dieser besagt, dass stets die für den Täter günstigste denkbare Variante des Sachverhalts der Prüfung seiner Strafbarkeit zugrunde zu legen ist.² Wird die Unklarheit des Tathergangs innerhalb mehrerer rechtlicher Kategorien, wie etwa verschiedenen Tatbestandsmerkmalen, relevant, so ist der Grundsatz in dubio pro reo dabei jeweils selbstständig anzuwenden.³ Auf den konkreten Fall bezogen ist daher bei der Prüfung des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB als günstigstmögliche Sachverhaltsauslegung zugrunde zu legen, dass das Fahrzeug von einem Dritten gestohlen wurde, bei der Prüfung der Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB hingegen, dass A und B selbst Täter des Diebstahls des Fahrzeugs waren. Die streng eigenständige Anwendung der Unschuldsvermutung führt daher dazu, dass trotz für sicher gehaltener Verwirklichung eines der Straftatbestände A und B straflos bleiben würden.

Um diesem von der Rechtsordnung als unbillig empfundenen Ergebnis zu begegnen, wurde das Rechtsinstitut

der echten Wahlfeststellung entwickelt, welches eine wahldeutige Verurteilung, d.h. eine solche unter alternativer Benennung der verwirklichten Straftatbestände, ermöglicht.⁴

B. Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung vorliegen. Dafür müsste sicher festgestellt werden, dass der Täter gegen eine Strafnorm verstoßen hat, wobei die infrage kommenden Tatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein müssen; ein Stufenverhältnis der Delikte schließt die echte Wahlfeststellung aus.⁵

I. Sachverhaltsalternative 1: A und B haben das Auto selbst mitgenommen

1. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB

Haben A und B das Auto selbst mitgenommen, könnten sie sich durch selbige Handlung gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

Dafür müsste der Tatbestand sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

aa) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

(1) Fremde bewegliche Sache

Es müsste ein taugliches Tatobjekt in Form einer fremden beweglichen Sache vorliegen. Eine Sache ist jeder körperliche Gegenstand i.S.d. § 90 BGB.⁶ Beweglich ist die Sache, wenn sie vom Täter fortgeschafft werden kann.⁷ Fremd ist die Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist.⁸ Bei dem in Rede stehenden Fahrzeug handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB, welcher von A und B fortgeschafft wurde und im Alleineigentum von C steht, somit auch nicht herrenlos ist. Damit handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache.

² Ott, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 63.

³ BGH NStZ 2005, 85 (86).

⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 1304.

⁵ BGH NStZ 2018, 41 (44).

⁶ Schmitz, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Band 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 25.

⁷ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 11.

⁸ Schmitz, in: MüKo StGB (Fn. 6) § 242 Rn. 31.

(2) Wegnahme

A und B müssten die Sache weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.⁹

Der Bruch fremden Gewahrsams ist die Aufhebung des Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers.¹⁰ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache, deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.¹¹ Das Fahrzeug befand sich auf dem Grundstück der C, welche zudem im Besitz der Schlüssel zu dem Fahrzeug war. Damit war sie in der Lage, die tatsächliche Herrschaft über das Fahrzeug auszuüben und Dritte von der Einwirkung darauf auszuschließen. Die Sachherrschaft war auch von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragen. In dem Zeitpunkt, in welchem A und B das Fahrzeug ohne Wissen der C von deren Grundstück entfernten, verlor C unfreiwillig die Kenntnis des Aufenthaltsortes des Fahrzeugs und damit die Möglichkeit, die Sachherrschaft auszuüben. Sie konnte auch A und B nicht länger von der Einwirkung auf die Sache ausschließen. Damit wurde ihr Gewahrsam an dem Fahrzeug gebrochen.

Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn die Täter die Sachherrschaft dergestalt erlangen, dass sie in der Lage sind, diese ohne Beeinträchtigung durch den vorherigen Gewahrsamsinhaber auszuüben.¹² Nachdem A und B den PKW auf eines ihrer Grundstücke befördert haben, hatte C keinerlei Zugriffsmöglichkeit mehr darauf und war folglich nicht in der Lage, den Gewahrsam von A und B an dem Fahrzeug zu beeinträchtigen. A und B war es dagegen möglich, unter Einsatz ihrer mechanischen Fähigkeiten, etwa durch Ausbau einer Tür, vollen Zugriff auf das Auto zu bekommen. Es wurde folglich neuer Gewahrsam begründet.

(3) Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge durch Mittäterschaft

A und B könnten die Tat gemeinsam in Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB begangen haben. Dies setzt voraus, dass

⁹ Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 242 Rn. 22.

¹⁰ Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 242 Rn. 35.

¹¹ BGH NJW 1961, 2266 (2266).

¹² OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

¹³ Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch/Band 1, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 125.

¹⁴ Schild, in: NK-StGB (Fn. 13) § 25 Rn. 128.

¹⁵ Schild, in: NK-StGB (Fn. 13), § 25 Rn. 125f.

¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, StrafR AT (Fn. 4), Rn. 805.

¹⁷ Wessels/Beulke/Satzger, StrafR AT (Fn. 4) Rn. 806.

¹⁸ Schild, in: NK-StGB (Fn. 13) § 25 Rn. 126.

sie einem gemeinsamen Tatplan entsprechend die Tat gemeinsam ausgeführt haben.¹³

(a) Gemeinsamer Tatplan

Ein gemeinsamer Tatplan ist ein auf gegenseitigem gemeinsamem Wollen beruhendes Einverständnis, eine bestimmte Tat durch gemeinsames, arbeitsteiliges Zusammenwirken begehen zu wollen.¹⁴ Zwischen A und B bestand ein wechselseitiges Einverständnis, die Tat in gemeinsamem Zusammenwirken begehen zu wollen. Damit liegt ein gemeinsamer Tatplan vor.

(b) Gemeinsame Tatausführung

Die gemeinsame Tatausführung erfordert einen Verursachungsbeitrag seitens jedes Mittäters, die sich gleichwertig gegenüberstehen.¹⁵ Nach der subjektiven Theorie bestimmt sich die Täterqualität nach dem Willen des Beteiligten, welcher mit *animus auctoris* handeln muss.¹⁶ Für einen entsprechenden Willen von A und auch B spricht die Anwesenheit am Tatort sowie ihr beiderseitiges finanzielles Interesse an der Tat.

Die „Tatherrschaftslehre“ stellt dagegen darauf ab, wer die Tat als Zentralgestalt des Geschehens planvoll lenkt und beherrscht.¹⁷ Bei der Mittäterschaft treten indes alle Täter als Zentralgestalten des Geschehens auf.¹⁸ Hier kann kein Unterschied zwischen A und B vorgenommen werden, welche beide den gesetzlichen Tatbestand verwirklichten. A und B haben die Tat nach beiden Theorien gemeinsam arbeitsteilig ausgeführt und daher jeweils Verursachungsbeiträge für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes gesetzt. Auch die weitere Verwertung des Diebesguts geschah arbeitsteilig nach den jeweiligen Gegebenheiten ihrer Grundstücke. Die Tat wurde gemeinsam ausgeführt.

(c) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für eine Mittäterschaft liegen vor. Die Tatbeiträge von A und B werden diesen wechselseitig zugerechnet.

bb) Subjektiver Tatbestand

A und B müssten vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Insoweit geschieht bei der Mittäterschaft keine geistige Zurechnung.¹⁹ Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Tat.²⁰ A und B kam es gerade darauf an, den Gewahrsam an der für sie fremden Sache zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen. Somit handelten sie vorsätzlich.

Weiterhin müssten sie mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Zueignungsabsicht setzt sich zusammen aus Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz. Zudem muss Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung bestehen.²¹ Aneignungsabsicht liegt vor, wenn es dem Täter darauf ankommt, die Sache unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Position seiner eigenen Vermögensphäre zumindest vorübergehend einzuverleiben.²² Sowohl A als auch B wollten wirtschaftlich von dem Verkauf des Fahrzeugs bzw. seiner Einzelteile profitieren und es zu diesem Zweck zumindest vorübergehend ihrer jeweils eigenen Vermögensphäre einverleiben. Daher handeln A und B mit Aneignungsabsicht. Enteignungsvorsatz liegt vor, wenn der Täter die Sache der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft entziehen will.²³ A und B hatten keinen Rückführungswillen hinsichtlich des Fahrzeugs, sondern wollten der C dauerhaft den Zugriff auf den PKW entziehen. Sie handelten mit Enteignungsvorsatz.

Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn sie im Widerspruch zur zivilrechtlichen Eigentumsordnung steht.²⁴ Weder A noch B hatten Eigentum oder Besitz an dem Fahrzeug oder ein Recht auf Verschaffung dieser Rechte. Damit steht die Zueignung im Widerspruch zur zivilrechtlichen Eigentumsordnung und war rechtswidrig. Das Fehlen eines Anspruchs auf die Sache war A und B bekannt, sodass diese jeweils Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung hatten.

b) Rechtswidrigkeit

A und B handelten rechtswidrig.

¹⁹ Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 25 Rn. 16.

²⁰ Kudlich, in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 48. Edition, § 15 Rn. 3.

²¹ Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 19), § 242 Rn. 20.

²² BGH NJW 1961, 2122 (2122).

²³ Wittig, in: BeckOK StGB (Fn. 20), § 242 Rn. 32.

²⁴ Ebd., Rn. 40.

²⁵ Schmitz, in: MüKo StGB (Fn. 6), § 243 Rn. 6.

²⁶ Ebd., Rn. 24.

²⁷ BGH NJW 2009, 3798 (3798).

c) Schuld

A und B handelten schuldhaft.

d) Strafzumessung

A und B könnten einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. § 243 Abs. 1 S. 1 StGB begangen haben. Ein solcher wird durch die Verwirklichung eines der Regelbeispiele des S. 2 indiziert.²⁵

aa) Stehlen einer durch Schutzvorrichtung besonders gesicherten Sache

Vorliegend könnten A und B gem. Nr. 2 eine durch eine Schutzvorrichtung besonders gesicherte Sache gestohlen haben. Schutzvorrichtungen sind technische Mittel und sonstige Vorkehrungen, die ihrer Art nach geeignet sind, die Wegnahme zumindest erheblich zu erschweren.²⁶ Bei der gestohlenen Sache handelt es sich um einen PKW, welcher durch eine Lenkradsperre gegen die Einwirkung und Entwendung durch Unbefugte gesichert ist. Diese zu überwinden erfordert entweder die Anwendung roher Gewalt oder besonderer Finesse und erschwert die Wegnahme daher abhängig vom Täter erheblich. Folglich haben A und B eine durch Schutzvorrichtung besonders gegen Wegnahme gesicherte Sache gestohlen. Dies indiziert einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 2 StGB. Dass der PKW nicht verschlossen war, steht der gesteigerten kriminellen Energie zur Überwindung der Lenkradsperre nicht entgegen, sodass ein besonders schwerer Fall hier anzunehmen ist.

bb) Gewerbsmäßiges Stehlen

A und B könnten weiterhin das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben, indem sie gewerbsmäßig stahlen. Gewerbsmäßige Tatbegehung erfordert die Absicht, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen.²⁷ A und B haben über einen Zeitraum von zwei Jahren wiederholt Diebstähle begangen und durch diese insgesamt EUR 120.000,00 erlöst. Der Zeitraum von zwei Jahren überschreitet die Erheblichkeitsschwelle und ein Erlös von EUR 30.000,00 pro Person und Jahr bedeutet eine Einnahmequelle von erheblichem

Umfang. Folglich haben A und B die Tat gewerbsmäßig begangen. Auch von § 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 3 StGB geht daher die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall aus, sodass ein solcher anzunehmen ist und sich der Strafrahmen nach § 243 Abs. 1 S. 1 StGB richtet.

cc) (Quasi-)Vorsatz

A und B handelten jeweils (quasi-)vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung der Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 2, 3 StGB.

e) Zwischenergebnis

Haben A und B das Auto selbst vom Grundstück der C mitgenommen, so sind sie strafbar gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB.

2. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB würde voraussetzen, dass diese eine Bande gebildet haben. Eine Bande setzt jedoch eine Gruppe von mindestens drei Personen voraus,²⁸ was vorliegend nicht gegeben ist.

3. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB erfordert als Tatobjekt eine Sache, die ein anderer gestohlen hat. Haben A und B das Auto selbst vom Grundstück der C entwendet, so sind beide Täter des von ihnen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls und es liegt kein taugliches Tatobjekt vor.

4. § 246 Abs. 1 StGB

Die mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB tritt im Wege formeller Subsidiarität zurück.

5. Ergebnis Sachverhaltsalternative 1

Haben A und B das Auto vom Grundstück der C entwendet, so sind beide strafbar wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB.

II. Sachverhaltsalternative 2: Das Auto wurde von einem Dritten entwendet

1. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

Wurde das Auto von einem Dritten entwendet, so könnten sich A und B durch den Ankauf und Verkauf des Fahrzeugs wegen mittäterschaftlich begangener gewerbsmäßiger Hehlerei strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

Dafür müsste der Tatbestand sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

aa) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

(1) Rechtswidrige Vortat eines anderen

Die Hehlerei erfordert eine taugliche Vortat in Form einer rechtswidrigen Vortat eines anderen. Der Diebstahl des Fahrzeugs durch einen Dritten stellt eine rechtswidrige Vortat eines anderen dar.

(2) Durch Vortat erlangte Sache

Es müsste ein taugliches Tatobjekt in Form einer durch die Vortat erlangten Sache vorliegen. Erlangt ist eine Sache, wenn der Täter die Sachherrschaft über diese ausüben kann.²⁹ Infolge des Diebstahls des Autos durch den Dritten konnte dieser die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug ausüben. Damit handelt es sich bei dem PKW um die durch die Vortat erlangte Sache.

(3) Tathandlung

A und B müssten eine der Tathandlungen des § 259 Abs. 1 StGB begangen haben. Vorliegend kommt der Ankauf als Unterfall des Sich-Verschaffens in Betracht. Ein Ankauf liegt vor, wenn zwischen dem Hehler und dem Vortäter ein zivilrechtliches Schuldverhältnis in Form eines Kaufvertrags gem. § 433 BGB geschlossen wurde, auf dessen Grundlage dem Hehler die Sachherrschaft verschafft wird.³⁰ A und B haben das Auto von einem Dritten gekauft und es übergeben bekommen, um es anschließend weiterzuverkaufen. Sie haben also auf Grundlage des Kaufvertrages und damit im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter bewusst und gewollt die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Auto übernommen und es damit angekauft.

²⁸ BGH NJW 2001, 2266 (2266).

²⁹ Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 259 Rn. 12.

³⁰ Ebd., Rn. 26.

(4) § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Gewerbsmäßigkeit

A und B haben über einen Zeitraum von zwei Jahren Taten der infrage stehenden Art begangen und dabei ein Einkommen von EUR 30.000,00 pro Person und Jahr generiert, was einer gewerbsmäßigen Tatbegehung entspricht.

(5) Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge durch Mittäterschaft

A und B haben auf einem gemeinsamen, einverständlichen Wollen basierend arbeitsteilig zusammengewirkt und die Sache gemeinsam angekauft und verkauft. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB liegen somit vor.

bb) Subjektiver Tatbestand

A und B müssten vorsätzlich und in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern. A und B war jeweils bewusst, dass es sich bei dem Fahrzeug um rechtswidrig erlangtes Diebesgut handelt, welches sie zielgerichtet angekauft haben.

Bereicherungsabsicht ist gegeben, wenn die Tat dem Streben nach einem Vermögensvorteil, d.h. einer günstigeren Gestaltung der materiellen Vermögenslage dient.³¹ Dabei ist nach h.M. die Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der Bereicherung keine Voraussetzung;³² diese wäre jedoch im vorliegenden Fall nicht zu bezweifeln. A und B kam es jeweils gerade darauf an, sich durch den Handel mit gestohlenen Fahrzeugen einen finanziellen Vorteil zu verschaffen, sodass Bereicherungsabsicht zu bejahen ist.

b) Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig.

c) Schuld

A und B handelten jeweils schuldhaft.

d) Zwischenergebnis

Hat ein Dritter das Auto gestohlen, so sind A und B strafbar wegen mittäterschaftlicher gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB.

2. §§ 259 Abs. 1, 260a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Die Verwirklichung einer mittäterschaftlichen gewerbsmäßigen Bandenhehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260a Abs. 1,

25 Abs. 2 StGB scheitert an der Nichterweislichkeit einer dauerhaften Verbindung von mindestens drei Personen zu einer Bande.

3. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB scheidet wegen der nicht eigenhändig erfolgten Wegnahme des Fahrzeugs aus.

4. Ergebnis Sachverhaltsalternative 2

Hat ein Dritter das Auto vom Grundstück der C entwendet, so haben sich A und B wegen mittäterschaftlich begangener gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit

Die beiden möglichen Sachverhaltsalternativen schließen sich gegenseitig aus und in beiden Alternativen haben sich A und B wegen jeweils eines anderen Delikts strafbar gemacht. Daher kommt eine wahldeutige Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung grundsätzlich in Betracht.

Diese erfordert ferner eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Delikte. An diesem Erfordernis hatte der BGH trotz Zweifeln der Literatur festgehalten.³³ Zwischen den Tatbeständen des Diebstahls und der (gewerbsmäßigen) Hehlerei kann, auch angesichts des erhöhten Strafrahmens für Diebstahl in einem besonders schweren Fall (zu dem auch der gewerbliche Diebstahl gehört), kein rechtsethisches Stufenverhältnis festgestellt werden.³⁴ Nach der Entscheidung des Gesetzgebers ist die Hehlerei als Anschlussdelikt eine Straftat vergleichbarer Schwere, die mit einem vergleichbaren Strafraum geahndet wird. Psychologisch besteht ein Unterschied zwar dahingehend, dass der Dieb unmittelbar in eine fremde Lebenssphäre eingreift und der Hehler lediglich mittelbar, indem er die Vortat gewissermaßen „verwertet“. Doch führt das Werk des Hehlers das des Diebes fort und bewirkt dabei neben einer Perpetuierung des der Eigentumsordnung widersprechenden Herrschaftsverhältnisses über die Sache auch eine Förderung der generellen wirtschaftlichen Attraktivität des Diebstahls.

³¹ BGH NStZ 1981, 147 (147).

³² Ruhmannseder, in: BeckOK StGB (Fn. 20) § 259 Rn. 47f.

³³ BGH NStZ 2018, 41 (44).

³⁴ BVerfG NJW 2019, 2837 (2840).

Mit Blick auf die Tatbestände des § 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 3 StGB und des § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird deutlich, dass beide Taten grundsätzlich auf Dauer ausgelegt sind und einen erheblichen Teil der Lebenswirklichkeit des Täters ausmachen können. Eine Vergleichbarkeit der Taten ist daher sowohl in rechtsethischer als auch psychologischer Hinsicht zu bejahen.

C. Zulässigkeit der wahldeutigen Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung

Die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung liegen vor. Fraglich ist aber, ob das Rechtsinstitut der echten Wahlfeststellung verfassungsrechtlichen Bedenken standhält.

I. Gegen eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Der 2. Strafsenat des BGH vertritt die Ansicht, dass der wahldeutigen Verurteilung eine strafbegründende Wirkung zukomme, welche der benötigten gesetzlichen Grundlage entbehre. Diese durch Richterrecht zu füllen, verstöfe gegen das Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Auch widerspreche die gesetzesalternative Verurteilung den Bestrebungen des Gesetzgebers, welcher im Bereich der Vermögens- und Eigentumsdelikte mit den §§ 246, 261 StGB vorrangige Auffangtatbestände geschaffen habe. Weiterhin sei das Gebot der Bestimmtheit der Strafandrohung aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt und eine schuldangemessene Strafzumessung nicht gewährleistet.³⁵ Nach dieser Ansicht wäre eine Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung folglich zu verneinen.

II. Für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Demgegenüber vertritt der Große Senat für Strafsachen die Auffassung, es handele sich bei der echten Wahlfeststellung lediglich um eine Prozessregel, welche der strengen Gesetzlichkeitskontrolle des Art. 103 Abs. 2 GG entzogen sei. Sie wirke nicht strafbarkeitsbegründend und verstöfe nicht gegen das Schuldprinzip oder die Unschuldsvermutung. Eine Entscheidung des Gesetzgebers, der ständigen Rechtsprechung seine Billigung zu entziehen, lasse sich aus den §§ 246, 261 StGB nicht herleiten.³⁶ Dieser Auffassung hat sich auch das BVerfG angeschlossen.³⁷ Nach

dieser Ansicht ist die echte Wahlfeststellung folglich verfassungsrechtlich zulässig.

III. Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, so dass der Streit zu entscheiden ist.

Das Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG enthält zwei Funktionen, welche für den konkreten Fall von Relevanz sind: Zum einen findet sich eine Zuweisung der Entscheidungskompetenz über die Begründung von Strafbarkeit an die Legislative.³⁸ Zum anderen bringt sie den Grundsatz zum Ausdruck, wonach der Täter die Strafbarkeit seines Handelns den Strafgesetzen vor Begehung der Tat entnehmen müssen, um so die Möglichkeit zu haben, den Erwartungen der Rechtsordnung zu entsprechen oder eine zu erwartende Strafe in die Abwägung seines Handlungsentschlusses miteinzubeziehen.³⁹

Entscheidend ist, dass die Wahlfeststellung nicht unmittelbar strafbarkeitsbegründend wirkt, indem sie Tatbestände schafft, welche ansonsten rechtlich zulässiges Handeln unter Strafe stellen würden. Die von einem Täter verwirklichten Tatbestände bestanden bereits vor Begehung der Tat unabhängig von richterlicher Rechtsfortbildung und werden durch die wahldeutige Verurteilung nicht modifiziert, sodass sich die Strafbarkeit hinreichend bestimmt aus den übertretenen Verbotsnormen ergibt. Es handelt sich vielmehr, wie der Große Senat für Strafsachen⁴⁰ und das BVerfG⁴¹ zutreffend feststellen, um eine prozessuale Regel, welche einen Schulterspruch ermöglicht, ohne den konkret verwirklichten Straftatbestand sicher feststellen zu können. Die Entwicklung einer solchen Prozessregel durch richterliche Rechtsfortbildung ist für Bereiche der Strafrechtspflege anerkannt⁴² und bei Fällen der Wahlfeststellung für eine Einzelfallgerechtigkeit auch erforderlich. Aus der Natur des Rechtsinstituts ergibt sich auch, dass für den Täter keine Zweifel hinsichtlich der von ihm übertretenen Verbotsnormen bestehen; Relevanz haben jene Zweifel bloß für die Urteilssprechung bei unvollständiger Sachverhaltsaufklärung. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG kann folglich nicht angenommen werden.

³⁵ BGH BeckRS 2016, 113380 (Rn. 31).

³⁶ BGH NStZ 2018, 41 (44).

³⁷ BVerfG NJW 2019, 2837 (2841).

³⁸ BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

³⁹ BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

⁴⁰ BGH NStZ 2018, 41 (42).

⁴¹ BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

⁴² BGH NStZ 2018, 41 (43).

Des Weiteren steht die der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG entspringende Unschuldsvermutung einer Anwendung der echten Wahlfeststellung nicht entgegen, greift diese doch lediglich bei Zweifelsfällen. Wenn erwiesen ist, dass einer von mehreren in Betracht kommenden Straftatbeständen sicher verwirklicht ist, besteht eine Unsicherheit hinsichtlich der Strafbarkeit als solcher gerade nicht. Das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit genügt weiter dem Achtungsanspruch der Person des Täters, welcher durch eine wahldeutige Verurteilung wegen völlig zusammenhangloser und nicht wertungsgleicher Delikte gefährdet würde.⁴³

Bedenken gegen eine Wahlfeststellung im Rahmen der Eigentums- und Vermögensdelikte wegen der Schaffung der §§ 246, 261 StGB ist zu entgegnen, dass diese zwar Auffangtatbestände darstellen, eine grundlegende gesetzgeberische Entscheidung betreffend die Zulässigkeit der Wahlfeststellung, auch in Anbetracht verbleibender Strafbarkeitslücken, diesen jedoch nicht entnommen werden kann.⁴⁴ Die Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung ist daher zu bejahen.

D. Ergebnis

A und B sind wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB oder mittäterschaftlicher gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

FAZIT

Mit seinem Urteil zur Zulässigkeit der ungleichartigen (echten) Wahlfeststellung hat der Große Senat für Strafsachen des BGH der lang bestehenden Rechtsunsicherheit mit Blick auf wahldeutige Verurteilungen ein Ende gesetzt. Nachdem nunmehr auch das BVerfG die Praxis bestätigt hat, kann von einem grundsätzlichen Anerkenntnis der Rechtsfigur in der Rechtsprechung gesprochen werden.

Die Bedeutung der echten Wahlfeststellung ist, gerade für den Rechtsfrieden, nicht zu unterschätzen: Die Straffreiheit eines Täters bei eindeutiger Übertretung einer von mehreren strafrechtlichen Verbotsnormen ist dem

juristischen Laien nur schwer vermittelbar und scheint für eine übersteigerte und lebensfremde Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes zu sprechen. Hinsichtlich der spezial- und generalpräventiven Wirkungen des Strafurteils ist die Entscheidung daher ausdrücklich zu begrüßen. Dabei gelingt dem Großen Senat eine rechtlich überzeugende Einordnung der echten Wahlfeststellung als Prozessregel, was die verfassungsrechtlichen Bedenken bzgl. Art. 103 Abs. 2 GG entkräfftet und das Rechtsinstitut auf juristisch sichere Füße stellt. Mit der Beibehaltung des Erfordernisses rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit werden darüber hinaus die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Täters gewahrt, für welchen keine erhebliche Belastung durch ein wahldeutiges Urteil anzunehmen ist.

⁴³ BVerfG NJW 2019, 2837 (2840).

⁴⁴ BGH NStZ 2018, 41 (44).