

85. Wie ist nach § 2b StGB. das mildeste Gesetz zu bestimmen, wenn bei wahlweiser Feststellung, z. B. von Diebstahl oder Fehlerei, die Tat unter dem einen rechtlichen Gesichtspunkt (z. B. als Diebstahl) einen Teil einer fortgesetzten Handlung bilden würde?

II. Straffenat. Urf. v. 6. August 1936 g. L. 2 D 461/36.

I. Landgericht Berlin.

Nuß den Gründen:

Der Angeklagte ist in der Urteilsformel des fortgesetzten Diebstahls im Rückfalle schuldig gesprochen worden. Wie sich aber aus den Urteilsgründen ergibt, handelt es sich um eine wahlweise Feststellung (§ 267b StPD.); sie geht dahin, der Angeklagte sei des fortgesetzten Diebstahls (Fälle 3 a, b und c) oder eines solchen Diebstahls (Fälle 3a und b) und der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Fehlerei nach den §§ 259, 260 StGB. (Fälle 3c) schuldig.

Die Revision bemängelt, daß die Strafe aus § 244 StGB. und nicht aus § 260 StGB. entnommen worden sei. Die Rüge muß dazu führen, das angefochtene Urteil aufzuheben, weil die Strafkammer den § 2b StGB. verletzt hat. Denn es ist rechtsirrig, wenn die Strafkammer annimmt, die Strafandrohung des § 244 StGB. für den schweren Diebstahl sei wegen der Möglichkeit, mildernde Umstände anzunehmen, i. S. des § 2b StGB. gegenüber den §§ 259, 260 StGB. das mildere Gesetz. Bei der Feststellung des mildesten Gesetzes i. S. des § 2b StGB. ist nicht wie im Falle des § 73 StGB. von den Strafandrohungen auszugehen, sondern es ist

festzustellen, welche Strafe im gegebenen Fall angemessen wäre, wenn zweifelsfrei eindeutig die eine Handlung, und welche Strafe, wenn zweifelsfrei eindeutig die andere Handlung nachgewiesen wäre (RGSt. Bd. 69 S. 369, 374). Jenes Gesetz, auf Grund dessen sich so nach den Umständen des Falles die mildere Strafe ergibt, ist in der Urteilsformel als verletzt zu bezeichnen; es bildet die Grundlage für die Strafe nach § 2b StGB. Daß die Straftaten im Fall 3c und auch im Falle 3a vor dem 1. September 1935 begangen worden sind, steht der Anwendung dieser Grundsätze nicht entgegen (RGSt. Bd. 69 S. 373 letzter Absatz).

Im vorliegenden Falle besteht nun die Besonderheit, daß für die Fälle 3c, die allein für die wahlweise Feststellung in Betracht kommen, keine besondere Diebstahlsstrafe ausgesprochen werden kann, weil diese Fälle in dem fortgesetzten Diebstahl (Fälle 3a, b und c) enthalten sind und für diese Fortsetzungstat nur eine Strafe in Frage kommt. Es ist deshalb nötig, in entsprechender Anwendung des § 2b StGB. auf der einen Seite die Strafe für den fortgesetzten Diebstahl (Fälle 3a, b und c) und auf der anderen Seite die Gesamtstrafe für den fortgesetzten Diebstahl (Fälle 3a und b) und die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei (Fälle 3c) nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen miteinander in Vergleich zu stellen und je nach dem Ergebnis den Angeklagten zu verurteilen.

Bei der neuen Beurteilung, die hiernach vorzunehmen ist, handelt es sich nur um die rechtliche Würdigung des festgestellten Tatbestandes nach der Schuld- und der Straffeite. Deshalb können die tatsächlichen Feststellungen zu den Fällen 3a, b und c bestehen bleiben (RGSt. Bd. 69 S. 376 vorletzter Absatz); das Urteil muß unter Aufrechterhaltung dieser Feststellungen im Schuld- und Strafausspruch sowie hinsichtlich der Gesamtstrafe und der Nebenstrafen aufgehoben werden.