

Ref.iur. Dr. Aleksandar Zivanic, Konstanz*

Die praktische Bedeutung der Konkurrenzlehre für die Einziehung – am Beispiel von Hehlerei (§ 259 I StGB) und reformierter Geldwäsche (§ 261 StGB n.F.)

Anmerkung der Redaktion: Dr. Aleksandar Zivanic ist der Gewinner des Aufsatzwettbewerbs der WiJ im Jahr 2023. Er beschäftigt sich in seinem Beitrag mit der Frage, welche Bedeutung die strafrechtliche Konkurrenzlehre – insbesondere im Verhältnis von Hehlerei und Geldwäsche – bei der Anwendung des neuen Einziehungsrechts entfaltet.

I. Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

Die strafrechtliche Konkurrenzlehre ist eine äußerst praxisrelevante Materie.¹ Konkurrenzen, namentlich Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatmehrheit (§ 53 StGB), wirken sich nicht nur auf den Schuldspruch und Strafraum, sondern auch auf die Strafzumessung (vgl. § 46 StGB) und die Anordnung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen i.S.v. § 11 I Nr. 8 StGB aus (vgl. §§ 52 IV, 53 III StGB).² Die Annahme von Tateinheit oder -mehrheit scheidet allerdings aus, wenn ein Fall der – gesetzlich nicht ausdrücklich normierten³ – Gesetzes-einheit in Rede steht. Gesetzes-einheit liegt vor, wenn zwar mehrere Strafgesetze volldeliktisch verwirklicht wurden, jedoch nur eines zur Anwendung gelangt.⁴ Dies ist anzunehmen bei Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion.⁵

In der Vergangenheit beschäftigte sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mehrfach mit dem Konkurrenzverhältnis von Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB a.F.). Hierbei nahm sie überwiegend Tateinheit (§ 52 I StGB) zwischen Hehlerei und Geldwäsche an.⁶ Die Literatur war sich hingegen uneins: Einerseits und überwiegend wurde vertreten, Tateinheit sei anzunehmen,⁷ andererseits und vereinzelt wurde eine Spezialität des § 261 II StGB a.F. oder § 259 I StGB behauptet.⁸ Zwischen den Polen fand sich zudem eine vermittelnde Ansicht, die § 261 StGB a.F. nur dann im Wege der

Gesetzes-einheit zurücktreten ließ, „wenn beide Tatbestände hinsichtlich des bemakelten Gegenstands dasselbe Ziel verfolgten.“⁹

Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9. März 2021 (BGBl. 2021 Teil 1, S. 327 ff.), das am 18. März 2021 in Kraft trat,¹⁰ erweiterte den Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB n.F.) und die vermögensabschöpfungsrechtlichen Möglichkeiten (vgl. § 261 X StGB n.F.)¹¹ in erheblicher Weise.¹² Vor diesem Hintergrund ist zu

* Der Verf. Zivanic ist Rechtsreferendar im Bezirk des OLG Karlsruhe, Stammadienststelle LG Konstanz.

¹ Vgl. zu dieser Einschätzung erst kürzlich Waßmer, NZWiSt 2021, 41: „Den Konkurrenzen kommt in der Praxis eine zentrale Funktion zu.“

² Vgl. hierzu statt vieler Rönna/Wegner, JuS 2021, 17 ff.

³ Vgl. erneut Rönna/Wegner, JuS 2021, 17 u. 21 f.

⁴ Vgl. Schönte/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, Vorb. zu §§ 52 ff. Rn. 102.

⁵ Vgl. zu diesen Formen der Gesetzeskonkurrenz bzw. Gesetzes-einheit exemplarisch BGH NJW 2019, 1311, 1315 ff.; MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 31 ff.; a.A. aber Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorb. zu § 52 Rn. 8, wonach die Spezialität „die einzige Figur echter Gesetzeskonkurrenz“ sei.

⁶ Vgl. BGH NJW 1999, 436, 437 (1. Senat) und dazu BGH NJW 2006, 1297, 1299 (1. Senat) sowie BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat); vgl. BGH BeckRS 2015, 14203 Rn. 6 (4. Senat) und dazu erneut BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat); anders dagegen BGH NJW 2006, 1297, 1301 (1. Senat): gewerbsmäßige Hehlerei verdrängt (einfache) Geldwäsche (kritisch zu dieser Entscheidung des 1. BGH-Strafsenats Stam, wistra 2016, 143, 144).

⁷ Vgl. Stam, wistra 2016, 143, 144 ff.; Sch/Sch/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 55 und § 261 Rn. 36; Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 259 Rn. 20; siehe ferner Matthies/Scheffler, Anwaltkommentar-StGB (Hrsg. Leopold/Tsambikakis/Zöller), 3. Aufl. 2020, § 259 Rn. 40; LK-StGB/Walter, 12. Aufl. 2010, § 259 Rn. 109 m.w.N.

⁸ Vgl. Schramm, wistra 2008, 245, 249 für einen Vorrang der Geldwäsche gem. § 261 II StGB a.F.; vgl. die Nachweise bei BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat) zu den Auffassungen, die der Hehlerei den Vorrang einräumen bzw. einräumen.

⁹ So das treffende Zitat von BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat), um die Auffassung von SSW-Jahn, StGB, 4. Aufl. 2019, § 261 Rn. 102 darzustellen (jetzt: SSW-Jahn, StGB, 5. Aufl. 2021, § 261 Rn. 103).

¹⁰ Vgl. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, 54. Ed. (Stand: 01.08.2022), § 261 Rn. 3.

¹¹ Siehe zudem zur (bedenklichen) Erweiterung des § 76a IV StGB n.F. El-Ghazi/Marstaller/Zimmermann, NZWiSt 2021, 297, 301 ff.; Wolf, NJOZ 2021, 1025 ff.

¹² Siehe zu § 261 StGB n.F. z. B. Gazeas, NJW 2021, 1041, 1045; Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330, 334 u. 340; Neumann, ZJS 2022, 682, 684 f.; Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125, 130 ff.

untersuchen, ob die Rechtsprechung zum Konkurrenzverhältnis zwischen Hehlerei und Geldwäsche aufrechterhalten werden kann (II.) und inwiefern sich die strafrechtliche Konkurrenzlehre auf die neue vermögensabschöpfungsrechtliche Vorschrift des § 261 X StGB n.F. auswirkt (III.).

II. Zum Konkurrenzverhältnis von Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB n.F.)

1. Die Argumentation der Rechtsprechung zur alten Rechtslage

Die Argumente der Rechtsprechung, zwischen Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 I StGB a.F.) sei Tateinheit (§ 52 I StGB) anzunehmen, waren durchaus beachtlich; wobei solche, die spezifisch dem unterschiedlichen Unrecht von Versuch und Vollendung galten, im Folgenden ausgeblendet werden.¹³

a) Keine privilegierende Spezialität

Um eine Form *privilegierender Spezialität*¹⁴ handelte es sich bei der Hehlerei nicht, weil taugliches Objekt einer Geldwäsche nur ein aus einer Katalogtat „herrührender“ Gegenstand sein konnte. Insoweit war eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich, die zugleich Surrogate erfasste. Demgegenüber seien taugliche Objekte einer Hehlerei nur Sachen, die unmittelbar aus der Vortat erlangt wurden. Hinzu käme, dass die Geldwäsche – dies traf allerdings nicht auf sämtliche Tatmodalitäten, sondern nur auf den Verschleierungs- (§ 261 I Var. 1 und 2 StGB a.F.) und Isolierungstatbestand (§ 261 II StGB a.F.) zu¹⁵ – ein abstraktes Gefährdungsdelikt, die Hehlerei ein Erfolgsdelikt normierte. Darüber hinaus bestand für die Geldwäsche gem. § 261 StGB a.F. – im Gegensatz zur Hehlerei, die nur eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat verlange¹⁶ – ein klar definierter Vortatenkatalog. Schließlich hätten Geldwäsche und Hehlerei unterschiedliche subjektive Voraussetzungen.

b) Keine materielle Subsidiarität

Gegen die Annahme von *materieller Subsidiarität*¹⁷ sprachen die unterschiedlichen Schutzgüter. Die Geldwäsche schütze die Rechtspflege (und unter Umständen – je nach verwirklichter Tatmodalität – auch das durch die Vortat verletzte Rechtsgut), wohingegen die Hehlerei dem Vermögensschutz diene.

c) Keine Konsumtion

Schließlich wurde die Geldwäsche auch nicht von der Hehlerei *konsumiert*¹⁸, weil keiner der beiden Tatbestände eine typische Erscheinungsform des anderen gewesen sei. Geldwäsche schied nämlich tatbestandlich aus, wenn etwa ein Diebstahl – als Vortat – nicht gewerbs- oder bandenmäßig begangen wurde.

2. Das Konkurrenzverhältnis nach neuer Rechtslage

Nach der Reform des Geldwäschetatbestands bedarf das Konkurrenzverhältnis der beiden Delikte einer Neubewertung.

a) Keine privilegierende Spezialität und materielle Subsidiarität

Was die Ablehnung von *privilegierender Spezialität* und *materieller Subsidiarität* anbelangt, ändert sich argumentativ nicht viel. Die Geldwäsche gem. § 261 I StGB n.F. sieht zwar keinen Vortatenkatalog mehr vor, doch muss das Objekt der Geldwäsche weiterhin nur aus der Vortat „herrühren“. Der Begriff des „Herrührens“ wird nicht legal definiert.¹⁹ Er hat jedoch – unter anderem²⁰ – durch die jahrzehntelange Rechtsprechung des BGH gewisse Konturen erfahren.²¹ Ein Gegenstand rührt aus einer Vortat her, wenn er sich – eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorausgesetzt – kausal auf die Vortat zurückführen lässt und nicht wesentlich auf der selbstständigen Leistung Dritter beruht.²² Damit sind weiterhin solche Gegenstände erfasst, die erst durch eine Verwertung des vom Vortäter ursprünglich Erlangten als Surrogat erworben werden und daher nur mittelbar aus der Vortat stammen.²³ Demgegenüber gibt es auch de lege lata keine Ersatzhehlerei (§ 259 I StGB).²⁴ Zudem hat sich am Deliktscharakter – die Geldwäsche stellt nunmehr ausschließlich ein abstraktes Gefährdungsdelikt (§ 261 I 1 Nr. 1, 2, 3 und 4,

¹³ Vgl. BGH NJW 2019, 1311, 1315 f.

¹⁴ Vgl. zur Definition Fischer, Vor § 52 Rn. 40a: „Spezialität liegt vor, wenn ein Tatbestand einen in allgemeiner Form von einem anderen Tatbestand erfassten Sachverhalt durch Hinzutreten weiterer Merkmale genauer regelt [...]“.

¹⁵ Vgl. BGH BeckRS 2018, 38747 Rn. 19 mit Rekurs auf MüKoStGB/Neuheuser, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 17, wonach es sich bei § 261 I Var. 3 ff. StGB a.F. um ein Erfolgsdelikt handelt.

¹⁶ Vgl. zu den Einzelheiten hierzu NK-StGB/Altenhain, 5. Aufl. 2017, § 259 Rn. 9 ff.

¹⁷ Vgl. zur Definition Fischer, Vor § 52 Rn. 41: „Subsidiarität bedeutet das Zurücktreten eines Gesetzes, das nur hilfsweise, dh nur dann gelten soll, wenn kein anderer Tatbestand eingreift [...]“.

¹⁸ Vgl. zur Definition Fischer, Vor § 52 Rn. 43: „Konsumtion ist gegeben, wenn ein Gesetz, ohne dass Spezialität vorliegt, seinem Wesen und Sinn nach ein anderes Gesetz so umfasst, dass dieses in ihm aufgeht [...]“.

¹⁹ Vgl. Bittmann, NStZ 2022, 577, 579.

²⁰ Siehe hierzu aber auch umfassende Abhandlungen in der Literatur, z. B. Bischofberger, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Herrühren“ im Rahmen des Straftatbestandes § 261 StGB, 2010, passim; Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007, passim.

²¹ Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 8, wonach die bisherige Rechtsprechung fortgelten soll, vgl. z. B. BGH NStZ 2009, 328, 329 mit Rekurs auf BT-Drs. 12/3533, S. 12 und BGH NZWiSt 2019, 148, 150 m.w.N.; a.A. Fischer, § 261 Rn. 16: „[...] der Rspr. ist eine hinreichende Konkretisierung [...] kaum gelungen.“

²² Vgl. BGH NZWiSt 2019, 148, 150 m.w.N.; siehe auch Fischer, § 261 Rn. 15.

²³ Siehe dazu BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 15.

²⁴ Vgl. bereits instruktiv OLG Braunschweig NJW 1952, 557, 558; siehe ferner BGH NStZ-RR 2019, 379 m.w.N.; Stam, wistra 2016, 143, 144.

II StGB n.F.),²⁵ die Hehlerei ausschließlich ein Erfolgsdelikt dar – und den unterschiedlichen subjektiven Voraussetzungen kaum etwas geändert.²⁶ Schließlich weisen Geldwäsche und Hehlerei weiterhin eine unterschiedliche Schutzrichtung auf.²⁷

**b) Konsumtion der Geldwäsche –
nur im Fall des § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F.**

Indes muss nach neuer Rechtslage über eine *Konsumtion* der Geldwäsche nachgedacht werden. *Konsumtion* ist nach gängiger Definition zu bejahen, wenn ein Gesetz, ohne dass Spezialität oder Subsidiarität vorliegt, seinem Wesen und Sinn nach ein anderes Gesetz so umfasst, dass dieses in ihm aufgeht.²⁸ Dies ist typischerweise der Fall, wenn Haupt- und Begleittat regelmäßig gleichzeitig verwirklicht werden.²⁹ Das Argument des 2. BGH-Strafsenats, Geldwäsche scheide bei Nicht-Katalogstraftaten ohnehin von vornherein aus, ist aufgrund des „all-Crime-Ansatzes“³⁰ hinfällig geworden. Hinzu kommt, dass jedenfalls die Tatvarianten des Sich- oder Einem-Dritten Verschaffens für § 259 I Var. 1 StGB einerseits und § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. andererseits identisch sind.³¹

Angesichts der Tatsache, dass Tatobjekt der Hehlerei nur eine Sache (vgl. § 90 BGB) sein kann, die unmittelbar aus der

Vortat stammt, Tatobjekt der Geldwäsche (§ 261 I StGB n.F.) aber – insoweit umfassender – jeder *Gegenstand* sein kann,³² der aus irgendeiner rechtswidrigen Vortat lediglich herrührt, wird im Fall des Sich- oder Einem-Dritten Verschaffens einer Sache i.S.v. § 259 I Var. 1 StGB *regelmäßig* auch eine Geldwäsche gem. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. zu sehen sein. Hinzu tritt, dass die Hehlerei – mit dem Vorsatzerfordernis und der Bereicherungsabsicht – sogar ein „Mehr“ an subjektiven Anforderungen verlangt.³³ Damit wird die Geldwäsche gem. § 261 I Nr. 3 StGB n.F. von § 259 I Var. 1 StGB konsumiert.

Wenn man zudem mit Ruhmannseder³⁴ den Standpunkt einnimmt, dass ein Umtausch, Übertragen und Verbringen an Dritte (vgl. § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F.) mit einem Verschaffen i.S.v. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. regelmäßig einhergehen wird, so könnte die Vorschrift des § 259 I Var. 1 (bzw. Var. 2)³⁵ StGB sogar die Tatmodalität des § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. konsumieren. Dagegen sprechen jedoch die unterschiedlichen subjektiven Voraussetzungen: Nicht jeder Hehler – Vorsatz und Bereicherungsabsicht unterstellt – handelt (*regelmäßig*) in der Absicht, das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft der Sache zu vereiteln. Letzteres wird aber von § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. verlangt. Insofern wird das Unrecht der Geldwäsche überall dort, wo die Geldwäsche – von der Hehlerei abweichende – besondere objektive sowie subjek-

²⁵ Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man die Rechtsprechung des BGH (BeckRS 2018, 38747 Rn. 19 mit Rekurs auf MüKoStGB/Neuheuser, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 17; s. aber auch BGH NJW 2019, 1311, 1316) auf das neue Recht überträgt und zudem BT-Drs. 19/24180, S. 31 berücksichtigt, wonach es sich auch bei § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln soll, vgl. hierzu auch BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 24. Allerdings ist dies m.E. für die Tatvariante des § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. zweifelhaft. Der BGH (NJW 2019, 1311, 1316) räumt selbst ein, dass die Hehlerei in allen Varianten einen Taterfolg voraussetze. Unbestritten ist zudem, dass das „Verschaffen“ i.S.v. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. ebenso wie in § 259 I Var. 1 StGB auszulegen ist, vgl. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 26; siehe aber auch Schramm, wistra 2008, 245, 247 zur extensiveren Auslegung des Begriffs im Rahmen von § 261 II StGB a.F. Wenn zudem BGH NJW 2006, 1297, 1299 davon spricht, Hehlerei und Geldwäsche überschneiden sich regelmäßig im Fall des Sich- oder Einem-Dritten Verschaffens, dann liegt die Annahme einer identischen Deliktsstruktur – beide abstraktes Gefährdungsdelikt oder beide (in dieser Variante) Erfolgsdelikt – zumindest nahe.

²⁶ Vgl. insofern die Übersicht von Neumann, ZJS 2022, 682, 686, wonach lediglich für die Tathandlung des § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. die Vereitelungsabsicht hinzutritt.

²⁷ Vgl. BGH NJW 2019, 1311, 1315 f. sowohl für die Geldwäsche gem. § 261 I StGB a.F. als auch für die Hehlerei gem. § 259 I StGB; siehe speziell für § 261 StGB n.F. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 7: keine Änderung des Schutzguts auch nach neuer Rechtslage.

²⁸ Vgl. Fischer, Vor § 52 Rn. 43 m.w.N.; vertieft hierzu LK-StGB/Rissing-van Saan, 13. Aufl. 2020, Vorb. zu den §§ 52 ff. Rn. 164 f.

²⁹ Vgl. umfassend LK-StGB/Rissing-van Saan, Vorb. zu den §§ 52 ff. Rn. 165 m.w.N.

³⁰ Vgl. hierzu Gazeas, NJW 2021, 1041, 1042, der zugleich auf die Rechtslage in anderen europäischen Staaten aufmerksam macht.

³¹ So schon BGH NJW 2006, 1297, 1299 zu § 259 I StGB und § 261 II StGB a.F.; s. ferner Stam, wistra 2016, 143, der auch auf die Parallele zwischen „Verwenden“ (jetzt: § 261 I 1 Nr. 4 StGB n.F.) und „Absetzen“ (§ 259 I Var. 2 StGB) hinweist. Wie hier auch NK-StGB/Altenhain, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 63.

³² Siehe zum Gegenstandsbegriff der Geldwäsche, der demjenigen des BGB entsprechen soll, MüKoStGB/Neuheuser, § 261 Rn. 35, u.a. mit Beispielen aus der Rechtsprechung. Zieht man zudem die Rechtsprechung zum Vermögensabschöpfungsrecht heran fallen unter den Begriff „Gegenstand“ (vgl. z. B. § 73a I StGB) – im Gegensatz zum Begriff „etwas erlangt“ (vgl. § 73 I StGB) – keine ersparten Aufwendungen, vgl. hierzu und zu weiteren Fragen im Zusammenhang mit dem Begriff „Gegenstand“ i.S.v. § 73a I StGB Zivanic, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), 2022, S. 191 ff.

³³ Die Geldwäsche ist hingegen gem. § 261 VI 1 StGB auch dann tatbestandsmäßig, wenn der Täter „leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen Gegenstand nach Absatz 1 handelt“, vgl. zum Begriff der Leichtfertigkeit umfassend und allgemein Wegscheider, ZStW 98 (1986), 624 ff. sowie speziell zur leichtfertigen Geldwäsche Steinberg, ZStW 131 (2019), 888, 936 ff.

³⁴ BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 24.1; siehe zu weiteren „Überschneidungen“ der Tatvarianten innerhalb von § 261 I und II StGB n.F.: Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045, 1048 ff.

³⁵ „Absetzen ist die (auch) im Interesse und mit Einverständnis des Vortäters oder Vorbesitzers, im Übrigen aber selbstständig vorgenommene wirtschaftliche Verwertung der bemakelten Sache durch entgeltliche rechtsgeschäftliche Weitergabe an einen gut- oder bösgläubigen Dritten“ (BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 259 Rn. 30). „Absatzhilfe ist die weisungsgebundene unselbstständige Unterstützung, die dem Vorbesitzer bei dessen Absatzbemühungen der Beute aus der Vortat gewährt wird [...]. Ebenso wie beim Absetzen ist bei der Absatzhilfe zur Tatbestandsvollendung ein Absatzerfolg, d.h. der Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die bemakelte Sache auf einen Dritten, erforderlich“ (BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 259 Rn. 33). Jedenfalls bei körperlichen Sachen wird daher regelmäßig (zu-)gleich auch ein Umtausch bzw. Verbringen in Rede stehen, weil diese – dem Wortlaut nach – ebenfalls einen Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die bemakelten Sachen erfordern (vgl. zu diesen beiden Tathandlungen nur BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 24.1). Im Endeffekt kann man auch hier die in Fn. 25 angestellten Überlegungen anbringen.

tive Voraussetzungen normiert, nicht erschöpfend von der Hehlerei erfasst;³⁶ damit entfaltet die Hehlerei – sollte im Fall des § 259 I Var. 1 StGB ein Vorsatz nicht festzustellen sein – gegenüber der leichtfertigen Geldwäsche (§ 261 VI StGB n.F.) auch weiterhin keine Sperrwirkung.³⁷

Das hiesige Ergebnis wird man auch nicht mit der unterschiedlichen Schutzrichtung der Delikte in Frage stellen können.³⁸ Wenn nämlich die Konsumtion eine sinnvolle – eigenständige – Funktion haben soll, dann muss der sekundäre Straftatbestand bzw. die Begleitatt gerade ein *anderes* Rechtsgut schützen oder ein anderes Angriffsobjekt betreffen.³⁹ Dies ist hier der Fall: Die Geldwäsche (hier: sekundärer Straftatbestand bzw. Begleitatt) schützt vordergründig die Rechtspflege, die Hehlerei das Vermögen;⁴⁰ die Geldwäsche betrifft einen Gegenstand, die Hehlerei eine Sache.⁴¹ Schließlich vermag auch das Argument, die Geldwäsche sehe im Gegensatz zur Hehlerei eine Mindeststrafe vor, nicht mehr durchzugreifen.⁴²

c) Zwischenergebnis

Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9. März 2021 hat das Konkurrenzverhältnis zwischen Geldwäsche und Hehlerei verändert. Legt man konkurrenzrechtliche Grundsätze zugrunde, wird die Geldwäsche gem. § 261 I Nr. 3 StGB n.F. von der Hehlerei gem. § 259 I Var. 1 StGB konsumiert. Demgegenüber ist überall dort, wo die Geldwäsche – von der Hehlerei abweichende – besondere objektive sowie subjektive Voraussetzungen normiert (vgl. § 261 I Nr. 1, 2, 4, II, IV, V, VI, VII StGB n.F.), Tateinheit (§ 52 I StGB) zwischen Geldwäsche und Hehlerei anzunehmen; eine Sperrwirkung für die leichtfertige Geldwäsche entfaltet der Hehlereitattbestand auch nach neuer Rechtslage nicht.

III. Die einziehungsrechtlichen Konsequenzen

Die praktische Bedeutung der Konkurrenzlehre für die Einziehung ist ein noch weitgehend unerforschtes Feld. Dabei kann sich die Annahme von Gesetzeseseinheit einerseits oder Tateinheit andererseits erheblich auf die Einziehung auswirken. Während bei der Annahme von Tateinheit gesetzliche Klarheit herrscht, indem ausweislich von § 52 IV StGB auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) erkannt werden kann oder muss, wenn es eines der anwendbaren Gesetze vorschreibt, existiert für die Gesetzeseseinheit keine gesetzliche Regelung.

Ein Teil der Lehre vertritt daher die Auffassung, dass das verdrängte bzw. konsumierte Delikt in jeder Hinsicht – mithin auch in Bezug auf die Verhängung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) – außer Betracht zu bleiben hat.⁴³ Dem folgte die höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nicht. Ihr zufolge führt die Annahme von Gesetzeseseinheit gerade nicht dazu, dass der verdrängte bzw. konsumierte Straftatbestand bei der Strafzumessung nicht erschwerend berücksichtigt werden darf.⁴⁴ Der 1. BGH-Strafsenat ging sogar noch weiter und urteilte, dass Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen i.S.v. § 11 I Nr. 8 StGB,

die nur das verdrängte Gesetz zulässt oder vorschreibt, angeordnet werden können bzw. anzuordnen sind.⁴⁵ Im Ergebnis gilt damit nach der Rechtsprechung auch bei Gesetzeskonkurrenz dasjenige, was § 52 II 2, IV StGB für die Tateinheit explizit vorschreibt.⁴⁶

Dass ebendieser Streit nicht nur rein dogmatischer Natur ist, zeigt sich vor allem an den unterschiedlichen Ergebnissen, wenn es um die Einziehung des Geldwäsche- bzw. Hehlereiobjekts geht:

1. Die Einziehung des Geldwäscheobjekts nach alter und neuer Rechtslage

Vor der Reform des Geldwäschetatbestands war sich die Rechtsprechung weitgehend einig: Das Geldwäscheobjekt konnte nur gem. § 74 II (ggfs. i.V.m. §§ 74a, 74c) StGB i.V.m. § 261 VII StGB a.F. – sprich als Tatobjekt – eingezogen werden.⁴⁷ Eine Einziehung als Tatertrag (gem. § 73 I Var. 1 StGB bzw. § 73b I 1 Nr. 2 StGB, ggfs. i.V.m. § 73c S. 1 StGB) kam hingegen nicht in Betracht, obschon eine Qualifikation als Tatertrag *begrifflich* möglich wäre,⁴⁸ weil die Tatobjektseinziehung nach allgemeiner Auffassung abschließend Vorrang genießt.⁴⁹ Um die Einziehung des Geldwäscheobjekts als Tatertrag zu ermöglichen, bedurfte es also einer Sondervorschrift, die sich jetzt in § 261 X 3 StGB n.F. findet.

2. Die Einziehung des Hehlereiobjekts

Der 4. BGH-Strafsenat hat mit Blick auf die Einziehung des Hehlereiobjekts gem. § 259 I Var. 2 StGB aber Gegenteiliges entschieden. Er führte aus, dass ein Hehler die Sache des

³⁶ Siehe zu der Voraussetzung der erschöpfenden Erfassung des Unrechts BGH NJW 2019, 1086, 1088, der dies jedoch lediglich zum Anlass nimmt, um die unterschiedlich geschützten Rechtsgüter (von Wohnungseinbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung) hervorzuheben. Dies nimmt der Konsumtion aber ihre eigenständige Funktion (vgl. Fn. 39). Vielmehr fällt unter „Unrecht“ auch das personale Handlungsunrecht, vgl. zu besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmalen z. B. Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, 2019, S. 78.

³⁷ Vgl. hierzu bereits BGH NJW 2006, 1297, 1299 f.

³⁸ So aber noch BGH NJW 2006, 1297, 1301.

³⁹ Vgl. LK-StGB/Rissing-van Saan, Vorb. zu den §§ 52 ff. Rn. 164 f.

⁴⁰ Vgl. bereits Fn. 27.

⁴¹ Hinzu kommt, dass die Sache (§ 90 BGB) nach der Rechtsordnung ein spezieller, nämlich körperlicher, Gegenstand ist, vgl. statt vieler Mössner, in: BeckOGK-BGB, Stand:01.03.2021, § 90 Rn. 10 m.w.N.

⁴² Siehe aber § 261 IV StGB n.F. für Verpflichtete nach § 2 GwG.

⁴³ Vgl. instruktiv MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 78 ff., insb. 80.

⁴⁴ Vgl. BGHSt 1, 152, 155 f.; zuletzt BGH BeckRS 2011, 22660 Rn. 3; s. ferner Fischer, Vor § 52 Rn. 45 m.w.N.

⁴⁵ Vgl. BGHSt 8, 46, 52.

⁴⁶ Vgl. Fischer, Vor § 52 Rn. 45; Stam, wistra 2016, 143, 146.

⁴⁷ Siehe hierzu Bittmann, NStZ 2022, 577, 583 m.w.N.; a.A. aber teils die Lehre, vgl. z. B. El-Ghazi, GWuR 2022, 49, 52 f.

⁴⁸ Siehe zur Möglichkeit der begrifflichen Einordnung von Tatobjekt als Tatertrag und umgekehrt: BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36.

⁴⁹ Vgl. Bittmann, NStZ 2022, 577, 583 m.w.N.

Vortäters „durch eine eigene Straftat [erlange]“⁵⁰ und damit das Hehlereiobjekt als Tatertrag qualifiziert. Dieser Rechtsprechung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Begrifflich vermag zwar eine Qualifikation als Tatertrag gelingen, doch handelt es sich auch beim Objekt der Hehlerei um ein Tatobjekt i.S.v. § 74 II StGB. Die tatbestandliche Tätigkeit des Hehlers bezieht sich nämlich auf die erlangte Sache der Vortat.⁵¹ Die Einziehung gem. § 74 II StGB genießt damit Vorrang.⁵² Eine Einziehung des Hehlereiobjekts gem. § 74 II StGB scheidet aber aus, da es an einer sondergesetzlichen Ermächtigung mangelt. Hinzu kommt, dass die Vorschrift des § 261 X 3 StGB n.F. weder verallgemeinerungsfähig⁵³ noch einer analogen/entsprechenden Anwendung zugänglich ist. Letzteres folgt bereits aus dem Analogieverbot (vgl. Art. 103 II GG). Zwar gilt dieses nicht für die Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), weil es sich insoweit um keine Strafe oder strafähnliche Maßnahme im verfassungsrechtlichen Sinne handelt,⁵⁴ wohl aber für eine Norm, die eine grundsätzlich vorrangig anwendbare Norm, die (weitgehend) Strafcharakter hat,⁵⁵ für unanwendbar oder allenfalls nachrangig anwendbar⁵⁶ erklärt.

3. Die Konsequenzen nach der Rechtsprechung

Folgt man nach alledem der Rechtsprechung, die auf Rechtsfolgenseite die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit nahezu vollständig aufgibt, ist es einziehungsrechtlich irrelevant, ob zwischen Hehlerei und Geldwäsche Gesetzeskonkurrenz oder Tateinheit besteht. Es gelangte nämlich – über § 52 IV StGB in direkter oder sinn-gemäßer Weise – die Vorschrift des § 261 X StGB n.F. zur Anwendung. Beim Hehler wäre die Sache (oder ihr Wert) als Tatertrag (oder ggfs. nachrangig als Tatobjekt) selbst dann einzuziehen, wenn die Hehlerei die Geldwäsche konsumierte.

Diese Folgerung steht im Übrigen auch nicht in Widerspruch zu aktuellen Entscheidungen des 3. BGH-Strafsenats.⁵⁷ Der 3. BGH-Strafsenat hat ausgeführt, dass derselbe Gegenstand – bei tateinheitlich verwirklichten Anknüpfungstaten – einerseits Tatobjekt und andererseits Tatmittel, nicht jedoch zugleich auch Tatertrag sein kann. Werden sowohl Hehlerei als auch Geldwäsche (tateinheitlich) verwirklicht, dann ist und bleibt derselbe Gegenstand – auf den sich die jeweilige Tat-handlung bezog – *primär* Tatobjekt. Er wird auch nicht aufgrund der Vorschrift des § 261 X 3 StGB n.F. *zugleich* zum Tatertrag. Die Vorschrift des § 261 X 3 StGB n.F. beschränkt sich nämlich „auf die konkurrenzrechtliche Rangfolge“⁵⁸, wirkt sich insoweit erst *sekundär* aus. Konkret besagt sie, dass die Einziehung des Tatobjekts als Tatertrag ausnahmsweise zulässig ist, sofern begrifflich eine Qualifikation auch als Tatertrag gelingt.

4. Die Konsequenzen nach der Gegenauffassung

Lehnt man hingegen die Rechtsprechung zum Gleichlauf von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit auf Rechtsfolgenseite ab, so kann die Sache der Vortat – im Fall des Sich- oder Einem-Dritten-Verschaffens gem. § 259 I Var. 1 StGB – weder beim Hehler noch beim Dritten eingezogen werden. Die Vorschrift des § 259 I Var. 1 StGB konsumiert nach hier vertretener Auffassung die Geldwäsche gem. § 261 I Var. 3 StGB

n.F.; damit scheidet die Geldwäsche als Anknüpfungstat aus. Da die Einziehung des Hehlereiobjekts nur gem. § 74 II StGB möglich ist, für den Hehlereiobjektbestand jedoch keine sondergesetzliche Ermächtigung besteht, hat die Einziehung zu unterbleiben.

Anderes gilt wiederum, wenn die Geldwäsche von der Hehlerei nicht konsumiert wird; wenn also der Hehler etwa zugleich auch in der Absicht handelt, das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft der Sache zu vereiteln (vgl. § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F.) oder die Sache i.S.v. § 261 I Nr. 4 StGB n.F. verwendet, obschon er ihre Herkunft zu dem Zeitpunkt kannte, als er sie erlangt hat. Hier besteht – ebenso wie mit den restlichen Modalitäten (abgesehen von § 261 I Nr. 3 StGB n.F.) – Tateinheit, so dass gem. § 52 IV StGB die Vorschrift des § 261 X StGB n.F. zur Anwendung gelangt. Damit wäre die Sache (oder ihr Wert) als Tatertrag (oder ggfs. nachrangig als Tatobjekt) beim Täter – nun: auch der Geldwäsche – einzuziehen.

5. Beispielsfall

Das Vorstehende wird nun anhand eines Beispielsfalls veranschaulicht, der – leicht abgewandelt – Gegenstand einer Entscheidung des 4. BGH-Strafsenats war:⁵⁹

D entwendet in einer Tankstelle Zigaretten in einem Gesamtwert von ca. 150.000,00 €. Der bösgläubige H, der einen Kiosk betreibt, kauft die entwendeten Zigaretten von D an. Die Zigaretten werden sodann im Kiosk des H von den Ermittlungsbehörden sichergestellt.

a) Unstreitiges

D hat durch einen Diebstahl (vgl. § 242 I StGB) zunächst den Besitz an den Zigaretten erlangt (vgl. § 73 I Var. 1 StGB). Auf-

⁵⁰ BGH NStZ-RR 2019, 14, 16.

⁵¹ Vgl. ähnlich die Argumentation von BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36 hinsichtlich § 63 Abs. 1 Nr. 4, § 10 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG (sog. „Hawala-Banking“).

⁵² Vgl. BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36; so auch schon Bittmann, NZWiSt 2021, 133.

⁵³ Vgl. BGH BeckRS 2022, 20562 Rn. 18.

⁵⁴ Vgl. hierzu Brand, ZWH 2021, 58, 64 sowie Matt/Renzikowski/Altenhain/Fleckenstein, 2. Aufl. 2020, Vorb. zu § 73 Rn. 3; a.A. Bekritsky, NStZ 2022, 207, 209 sowie BGH NJW 1963, 499, 500.

⁵⁵ Vgl. zum weitgehenden Strafcharakter der Tatobjektseinziehung statt vieler Bittmann, NStZ 2022, 577, 583 in Fn. 38 u. 39 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

⁵⁶ Vgl. zur Diskussion Bittmann, NStZ 2022, 577, 584 f., der die Vorschrift des § 261 X 1, 2 StGB in Fällen, in denen der – aus der Vortat – entstandene Verletztenanspruch erloschen ist (vgl. § 73e I StGB), mit beachtlichen Gründen auch nicht nachrangig – als Auffangtatbestand – für anwendbar hält.

⁵⁷ Angesprochen sind die Entscheidungen: BGH, BeckRS 2022, 20562 Rn. 7 ff.; BGH, BeckRS 2022, 20799 Rn. 33 ff. und BGH, NJW 2022, 2701 ff.

⁵⁸ Bittmann, NZWiSt 2021, 133, 135.

⁵⁹ Vgl. BGH NStZ-RR 2019, 14.

grund der Übertragung des Besitzes an den Zigaretten auf H, unterliegen die Zigaretten nicht mehr der gegenständlichen Einziehung. Vielmehr richtet sich die Einziehung nunmehr nach §§ 73 I Var. 1, 73c S. 1 Var. 2 StGB, so dass der Wert der Zigaretten bei D einzuziehen ist (150.000,00 €).

b) Streitiges

Fraglich ist allerdings, ob die Zigaretten, die sich nunmehr im Besitz des H befinden, ebenfalls eingezogen werden können. Begrifflich sind und bleiben die Zigaretten – aus der Sicht des D – ein Tatertrag. Dies ergibt sich bereits aus einer marginalen Abwandlung des Falls: Hätte D die Zigaretten einem gutgläubigen Dritten unentgeltlich übertragen, so unterlägen sie unstreitig der Einziehung gem. § 73b I 1 Nr. 2 lit. a StGB.⁶⁰ Die Zigaretten sind aber im zugrundeliegenden Fall auch ein Tatobjekt i.S.v. § 74 II StGB, weil sich die tatbestandliche Handlung des Hehlers H – hier: Ankaufen – auf die Sache der Vortat (Zigaretten) bezieht. Die Einziehung gem. § 74 II StGB ist vorrangig gegenüber einer Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB. Eine Verweisungsvorschrift, die die Einziehung des Hehlereiobjekts erlaubt, existiert nicht. Damit können die Zigaretten *de lege lata* weder gem. §§ 73 ff. StGB noch gem. § 74 II StGB bei H eingezogen werden.

Anderes gälte nur, wenn man mit der Rechtsprechung die ebenfalls verwirklichte, aber konsumierte Geldwäsche (vgl. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F.) im Rahmen der Einziehungsentscheidung berücksichtigt. Dann gelangte die Vorschrift des § 261 X StGB n.F. zur Anwendung. Ausweislich von § 261 X 3 StGB n.F. bleiben die §§ 73 bis 73e StGB unberührt und gehen einer Einziehung nach § 74 II, auch in Verbindung mit den §§ 74a und 74c, vor. Die angekauften Zigaretten blieben damit (aus Sicht des H) zwar weiterhin Tatobjekt, sie sind allerdings aufgrund von § 261 X 3 StGB n.F. ausnahmsweise als Tatertrag einzuziehen, weil sie sich begrifflich als solcher qualifizieren lassen. Die Einziehung der Zigaretten bei H richtete sich sodann entweder nach § 73 I Var. 1 StGB oder nach § 73b I 1 Nr. 2 lit. b StGB.⁶¹

6. Streitentscheid

Die Auffassung der Rechtsprechung, wonach der konsumierte Straftatbestand auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen ist, entspricht in jedem Fall einem – wie auch immer gearteten – Gerechtigkeitsgefühl.⁶² Es ist nur schwer einzusehen, warum es dem Täter zum Vorteil gereichen soll, dass er tatsächlich mehrere Straftatbestände verwirklicht hat.⁶³ Gegen die Auffassung der Rechtsprechung spricht aber, dass sie die bestehenden materiellen Unterschiede zwischen Gesetzesinheit und Tateinheit ignoriert.⁶⁴ Die Gesetzesinheit avanciert, folgt man der Rechtsprechung, zu einer leeren Hülse⁶⁵. Das – im Wege der Gesetzesinheit – verdrängte Delikt erscheint zwar nicht im Schuldspruch,⁶⁶ soll aber im Übrigen alles andere – die Strafzumessung sowie die Anordnung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen i.S.v. § 11 I Nr. 8 StGB – (maßgeblich) beeinflussen. Wenn man – wie es auch die Rechtsprechung praktiziert – die Gesetzesinheit (in all ihren Formen) als Bestandteil der Konkurrenzlehre anerkennt,⁶⁷ dann muss das verdrängte Delikt auf Rechtsfolgen-

seite konsequenterweise außer Betracht bleiben. In jedem Fall braucht es aber einer gesetzlichen Regelung, die besagt, dass ein Delikt, das nicht im Schuldspruch erscheint, gleichwohl Sanktionen auslösen und/oder verschärfen kann. Es ist jedenfalls nicht die Aufgabe des Rechtsanwenders, gesetzgeberische Vorgaben – auf Rechtsfolgenseite – wertend zu korrigieren.⁶⁸ Dem Gesetzgeber steht es frei, Straftatbestände zu kodifizieren, die nicht regelmäßig und gleichzeitig mit anderen Straftatbeständen verwirklicht werden; auch steht es ihm frei, Verweisungsnormen auf § 74 II StGB zu schaffen, um einziehungsrechtliche „Lücken“ zu schließen.

IV. Fazit

Die Konkurrenzlehre wirkt sich – je nachdem, wie „ernst“ man die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit auf Rechtsfolgenseite nimmt – erheblich auf die Einziehung aus. Während die Rechtsprechung – unabhängig davon, ob Gesetzeskonkurrenz oder Tateinheit besteht – sämtlich verwirklichte Delikte als potenzielle Anknüpfungstaten erachtet und damit im Fall von Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 I StGB n.F.) einer Anwendung des § 261 X StGB n.F. stets Tür und Tor öffnet, kommt der Gegenauffassung zufolge im Fall der Hehlerei gem. § 259 I Var. 1 StGB eine Einziehung nur selten in Betracht. Die Geldwäsche gem. § 261 I Var. 3 StGB n.F. wird nämlich von der Hehlerei (§ 259 I Var. 1 StGB) konsumiert. Wenn zudem keine weitere Tatmodalität der Geldwäsche – insoweit tateinheitlich – verwirklicht wurde, kann das Objekt der Hehlerei – mangels Verweisungsnorm auf § 74 II StGB – nicht eingezogen werden; auch und erst recht nicht als Tatertrag.

⁶⁰ Allerdings wären die Zigaretten beim gutgläubigen Dritten nur subsidiär einzuziehen, vgl. Zivanic, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), 2022, S. 164 ff.

⁶¹ Vgl. hierzu El-Ghazi, GWuR 2022, 49, 53 f., der die Einziehung auf § 73 I Var. 1 StGB sowie Bittmann, NZWiSt 2021, 133, 134 f.; ders., NSTz 2022, 577, 584, der die Einziehung auf § 73b I 1 Nr. 2 StGB stützt. Eine mehrfache Abschöpfung desselben Tatertrags ließe sich nach der Rechtsprechung nur durch eine gesamtschuldnerische Haftung von Vortäter und Hehler vermeiden. Eine Gesamtschuldnerschaft von Vortäter und Hehler lehnt der 4. BGH-Strafsenat aber ab, vgl. BGH NSTz-RR 2019, 14, 16.

⁶² Vgl. hierzu BGHSt 1, 152, 155 f.

⁶³ Siehe erneut BGHSt 1, 152, 155 f.

⁶⁴ Vgl. instruktiv MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 78 ff., insb. 80. S. ferner SSW-StGB/Eschelbach, 5. Aufl. 2021, § 52 Rn. 29 f.

⁶⁵ Vgl. auch MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 62: „optische[r] Effekt“.

⁶⁶ Dazu statt vieler MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 62.

⁶⁷ Vgl. BGH NJW 2019, 1311, 1315 f.

⁶⁸ Ähnlich auch MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Vorb. zu § 52 Rn. 79 m.w.N.