

Zum Merkmal des „Sichverschaffens“ bei der Hehlerei

Von stud. jur. Markus Wagner, Augsburg*

Die Tathandlung „sonst sich oder einem Dritten verschafft“ im Straftatbestand der Hehlerei (§ 259 Abs. 1 StGB) setzt nach ständiger Rechtsprechung¹ und ganz herrschender Lehre² ein einvernehmliches Zusammenwirken zwischen Vortäter und Hehler voraus. Diese Ansicht soll vorliegend bezweifelt werden; es werden Gründe, die eine Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals rechtfertigen, die sich auch auf deliktische Verschaffungshandlungen erstreckt, angeführt, und die Folgen einer solchen Auslegung aufgezeigt.

Hierzu wird zunächst (I.) knapp in den Tatbestand der Hehlerei eingeführt, anschließend (II.) das Grundproblem dargestellt, das der hier vertretenen Ansicht zu Grunde liegt und (III.) das Merkmal des Sichverschaffens im Lichte von (1.) Wortlaut und (2.) Systematik, sowohl (a) innerhalb des Tatbestandes, als auch (b) im Kontext der anderen Delikte des 21. Abschnitts des StGB beleuchtet. Anschließend wird (3.) die Geschichte des Hehlereitattbestandes aufgezeigt und (4.) anhand der hieraus gewonnen Erkenntnisse das bisherige Ergebnis nochmals einer Revision unterzogen. Nach einem Einblick in die Auslegung des Verschaffensmerkmals in anderen Straftatbeständen (5.) wird die Teleologie des Hehlereitattbestandes untersucht (6.). Schließlich werden die Erkenntnisse zusammengefasst (IV.), auf die sich die hier vertretene Ansicht stützt, die gegen Ende des Beitrags dargestellt wird (V.). Schlussendlich (VI.) werden die wesentlichen Ergebnisse knapp zusammengefasst.

* Der Verf. ist studentische Hilfskraft an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg bei Prof. Dr. Thomas Rotsch, für dessen Anmerkungen ihm recht herzlich gedankt sei.

¹ Vgl. etwa RGSt 64, 326 (327); RGSt 52, 203 (203); RGSt 54, 280 (281 f.); BGH wistra 1998, 264 (265); BGHSt 27, 160 (163); BGH wistra 2005, 27 (28); BGHSt 15, 53 (56 f.); BGHSt 27, 45 (46). Die angeführten Entscheidungen beziehen sich teilweise auf das Merkmal des „Ansichtbringens“ des § 259 StGB a.F., das jedoch lediglich durch den Begriff des „Sichverschaffens“ ersetzt wurde und die Begriffe – zumindest nach der Absicht des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252) – dahingehend bedeutungsgleich verstanden werden bzw. verstanden werden sollen. Dass dies nicht unproblematisch ist, wird unter III. 5. g) näher erläutert.

² Vgl. etwa Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 848, 857; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 259 Rn. 13; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 259 Rn. 16 ff.; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 259 Rn. 18, 42 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 259 Rn. 10; Ruß, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 259 Rn. 17; Pflieger, in: Dölling/Dutge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 259 Rn. 30.

I. Einführung

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer „eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern“ (§ 259 Abs. 1 StGB).

Die Hehlerei kann immer nur im Mehrpersonenverhältnis stattfinden, weil die Vortat durch einen anderen begangen worden sein muss; der Vortäter selbst kann nicht selbst Hehler sein.

Strafgrund³ der Hehlerei ist nach h.M. der Gedanke der Perpetuierung der durch den Vortäter hergestellten rechtswidrigen Vermögenslage;⁴ der Hehler erhält vorsätzlich (§ 15 StGB) den (rechtswidrigen) Zustand aufrecht, den der Vortäter geschaffen hat.

II. Problemstellung

Die Problematik und der daraus folgende Grundgedanke, welcher der im Laufe der Untersuchung noch näher darzulegenden Ansicht zugrunde liegt, sollen nun an einem kurzen Beispiel verdeutlicht werden:

Beispielfall: P verpfändet ein Schmuckstück im Wert von 40,- € im Pfandleihhaus des O. Als P später feststellt, dass er das Darlehen nicht zurückzahlen können wird, bricht er in das Pfandleihhaus ein, um sich das Schmuckstück zurückzuholen. Als er gerade dabei ist, die Einbruchsspuren zu beseitigen, nutzt H, der alles beobachtet und die Lage sofort erfasst hatte, die Gelegenheit, nimmt das Schmuckstück an sich und flieht. P flieht ebenfalls und zeigt den Diebstahl nicht an, da er sonst Gefahr liefe, dass der Einbruch entdeckt würde.

Auf einem Flohmarkt sieht O wenige Tage später H mit dem Schmuckstück und stellt ihn zu Rede. Wie kann O gegen H strafrechtlich vorgehen?

³ Um dem Leser einen einführenden Überblick zu verschaffen, wird an dieser Stelle nur kurz die herrschende Ansicht wiedergegeben; eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Teleologie des Tatbestandes findet sich unter III. 6.

⁴ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 824; BGH GrS 7, 134 (137); Wolff, Begünstigung, Strafreitelung und Hehlerei, 2002, S. 131 ff., wobei jedoch in den genannten Quellen im gleichen Atemzug auf das (vermeintlich) notwendige einvernehmliche Zusammenwirken von Vortäter und Hehler verwiesen wird. Beim Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EGStGB (BT-Drs. 7/550) ist hervorzuheben, dass dieser hierbei relativ undifferenziert an die Rechtsprechung zu § 259 StGB a.F. (siehe teilweise Fn. 1) anschließt (BT-Drs. 7/550, S. 252). Ohne das Erfordernis der Einvernehmlichkeit etwa Wilbert, Begünstigung und Hehlerei, 2007, S. 89.

Im Beispiel macht sich P wegen Pfandkehr (§ 289 Abs. 1 StGB) strafbar, sie ist taugliche Vortat der Hehlerei.⁵ Folgt man der herrschenden Ansicht, ist H im vorliegenden Fall dennoch nicht nach § 259 StGB strafbar, da es an einem einvernehmlichen Zusammenwirken zwischen P und H fehlt; H ist lediglich strafbar wegen Diebstahls (§ 242 StGB). Da es sich bei dem Schmuckstück um eine geringwertige Sache handelt,⁶ ist grundsätzlich ein Strafantrag i.S.d. §§ 77 ff. StGB für die Verfolgung notwendig (§ 248a StGB i.V.m. § 152 Abs. 2 StPO e contrario), es sei denn, die Strafverfolgungsbehörde hält wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten. Der Diebstahl ist ein Eigentumsdelikt;⁷ folglich ist der Eigentümer, hier also P, als Verletzter strafantragsberechtigt (§ 77 Abs. 1 StGB).⁸ O kann also vorliegend strafrechtlich nur gegen P vorgehen, indem er den erforderlichen Strafantrag (§ 289 Abs. 3 StGB) stellt, nicht jedoch gegen H.

Die dargestellte Konstellation verdeutlicht den Anknüpfungspunkt, auf den sich die noch näher darzulegende Auffassung stützt: Eine deliktische Verschaffenshandlung kann *verschiedene* Rechtsgüter beeinträchtigen; im eben genannten Beispiel verletzt H (erstmalig) das Eigentumsrecht des P und perpetuiert die (durch P erstmalig verursachte) Beeinträchtigung des Pfandrechts des O. Hier zeigt sich zwar keine *Strafbarkeitslücke*; H hat sich wegen Diebstahls i.S.d. § 242 StGB strafbar gemacht. Denkt man sich aber den Beispielsfall in einer Konstellation des § 247 StGB, so wird die Problematik noch deutlicher, da hier *faktisch* eine *Verfolgbarkeitslücke* entsteht: In diesem Fall könnte der Diebstahl ausschließlich auf einen Strafantrag des P hin verfolgt werden; dieser wird jedoch wohl auf die Stellung eines solchen verzichten, um nicht selbst ins Visier der Strafverfolgungsbehörden zu geraten.

Die beschriebene Situation tritt immer dann auf, wenn die Vortat ein anderes Rechtsgut verletzt, als die deliktische Verschaffenshandlung; im Falle des Diebstahls etwa (als die wohl typischste deliktische Verschaffenshandlung) würde sich eine Abweichung im genannten Sinne folglich bei allen Tatbeständen ergeben, die (1) taugliche („gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige“, § 259 StGB) Vortaten der Hehlerei sind, sich (2) nicht (oder nicht ausschließlich) gegen Rechte aus dem Eigentum richten und (3) deren Rechtsgutsbeeinträchtigung durch die Wegnahmehandlung perpetuiert wird. Dies ist beispielsweise der Fall bei Pfandkehr (§ 289 StGB), Jagd- und Fischwilderei (§§ 292, 293

StGB)⁹ oder dem Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten¹⁰ (§ 266b StGB).

Dieses Problem wird vermutlich deshalb übersehen, weil der Diebstahl die (wie bereits die Fassung des Tatbestandes vermuten lässt) wohl häufigste Vortat der Hehlerei ist¹¹ und sich das Problem gleichzeitiger Verletzung unterschiedlicher Rechtsgüter bei einer Wegnahme als typischer deliktischer Verschaffenshandlung nicht stellt.

Liegt ein solcher Fall vor, ist der „doppelt“ Geschädigte nur gegen die *erstmalige* Beeinträchtigung seines Rechts geschützt, gegen die *wiederholte* Beeinträchtigung nach Auslegung der herrschenden Ansicht jedoch nicht, da ein Sichverschaffen durch Wegnahme gerade nicht einverständlich mit dem Vortäter geschieht.

Hierbei sollte nicht vergessen werden, dass auch im Falle eines deliktischen Sichverschaffens der Täter immer vorsätzlich handeln muss (§ 15 StGB), also auch dann Kenntnis von der Vortat haben und bezüglich dieser willentlich handeln muss, wenn er nicht mit dem Vortäter zusammenwirkt; er kann nie „versehentlich“ strafbar die erste Rechtsgutsverletzung perpetuieren.¹²

III. Das Merkmal des Sichverschaffens auf dem Prüfstand

Im Folgenden soll nun untersucht werden, welche Argumente für bzw. wider die herrschende und die darzulegende Ansicht angeführt werden können.

1. Wortlautauslegung

Betrachtet man das Tatbestandsmerkmal des Sichverschaffens losgelöst von aller Dogmatik unter grammatikalischen Gesichtspunkten, so verlangt es kein einvernehmliches Zusammenwirken mit demjenigen, der vorher die Herrschaftsgewalt über die Sache innehatte, sondern lediglich das Erlangen der Herrschafts- oder Verfügungsgewalt über die Sache; eine Erstreckung dieses Begriffs auch auf deliktische Hand-

⁵ Vgl. etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 831; *Stree*, (Fn. 2), § 259 Rn. 7.

⁶ So *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 311 m.w.N.

⁷ Vgl. etwa *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 1. Nach anderer Ansicht schützt § 242 StGB überdies den Gewahrsam, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 242 Rn. 1 m.w.N.

⁸ Vgl. nur *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 57a m.w.N. Das Eigentum geht *nicht* auf den Pfandgläubiger über.

⁹ Die §§ 292, 293 StGB schützen nicht nur die Ausübung des Jagd- bzw. Fischereirechts, sondern auch das Recht der Aneignung an den in Rahmen des Jagd- bzw. Fischereirechts erlegten Tieren (vgl. etwa *Kindhäuser* [Fn. 2], § 292 Rn. 1, § 293 Rn. 2).

¹⁰ § 266b StGB schützt nicht das Eigentum, sondern das *gesamte* Vermögen des Karteninhabers (vgl. exemplarisch *Kindhäuser* [Fn. 2], § 266b Rn. 1).

¹¹ So auch aus kriminologischer Perspektive unter Bezugnahme auf entsprechende Erhebungen *Geerds*, GA 1958, 129 (133).

¹² Dies wird teilweise offenbar verkannt oder zumindest nicht vollständig realisiert; so behauptet etwa *Stree* im Rahmen des Verschaffens bei § 261 StGB, das jedoch seiner Ansicht nach dem der Hehlerei entspricht, dem Täter fehle es „am inneren Zusammenhang mit der Ächtung des Tatobjekts“ (*Stree* [Fn. 2], § 261 Rn. 13). Ein Verkennen dieser Tatsache lässt auch die Aussage des BGH vermuten, „[ohne] solchen Willen des Vorbesitzers [...] würden praktisch viele Fälle der Unterschlagung einer gestohlenen Sache zur Hehlerei“ (BGHSt 15, 53 [58]).

lungen käme nicht in Konflikt mit den (verfassungsrechtlichen) Grenzen des Bestimmtheitsgebots bzw. des Analogieverbots (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG).¹³

2. Systematische Betrachtung

a) Der systematische Kontext innerhalb des Tatbestandes zum Merkmal „Ankaufen“

Diese weite Wortlautauslegung wird von der herrschenden Ansicht mit dem Argument des systematischen Zusammenhangs zum Merkmal des „Ankaufens“ eingeschränkt, da dieses einen Sonderfall des Sichverschaffens darstelle¹⁴ und als Konkretisierung rückwirkend ein einverständliches Zusammenwirken von Vortäter und Hehler als notwendig erkennen lasse.¹⁵

Dies erscheint jedoch wenig überzeugend. Die Formulierung des Tatbestandes „ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft“ (§ 259 Abs. 1 StGB) deklariert zwar richtigerweise das Merkmal des „Ankaufens“ als Unterfall des Sichverschaffens; das „Ankaufen“ kann aber auch dann einen Unterfall des Sichverschaffens darstellen, wenn dies *keine* Einvernehmlichkeit voraussetzt, weil die Einvernehmlichkeit Bestandteil der Konkretisierung durch das Merkmal des „Ankaufens“ sein kann. Der Rückschluss mag nach dem scheinbar typischen Erscheinungsbild der Hehlerei nahe liegen, ist jedoch in keiner Art und Weise zwingend.¹⁶

b) Die Stellung des Hehlereidelikts im einundzwanzigsten Abschnitt des StGB

Den anderen Delikten des einundzwanzigsten Abschnittes des StGB, namentlich Begünstigung (§ 257 StGB) und Stravereitelung (§ 258 StGB),¹⁷ ist das Wesen zueigen, dass sie zumindest im Interesse des Täters begangen werden; dies spricht möglicherweise für die Notwendigkeit des Einver-

nehmensmerkmals,¹⁸ dem könnten allerdings auch historisch-traditionelle Aspekte zugrunde liegen.¹⁹

3. Die geschichtliche Entwicklung des Hehlereitattbestandes

a) Das römische Strafrecht

aa) Das (frühe) römische Recht kannte ein Hehlereidelikt nach heutigem Verständnis nicht.²⁰ Es existierte lediglich zur republikanischen Zeit auf dem Gebiet des Zwölftafelrechts²¹ das „furtum conceptum“:

„Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inuenta sit. nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.“²²

Ob es sich hierbei um ein tatsächlich eigenständiges Delikt, oder eine Beweisregel für den Diebstahl handelte, ist unklar.²³ Fest steht jedoch, dass als Rechtsfolge die Rückzahlung des dreifachen Wertes (sog. „triplum“) gefordert wurde:

„Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruatur.“²⁴

Dieser Vorschrift den Charakter einer Strafvorschrift nach dem heutigen Begriffsbild zuzuschreiben, wäre – aufgrund der Verwendung des Begriffes der *poena*²⁵ – ahistorisch,

¹³ So auch *Wilbert* (Fn. 4), S. 135; *Hruschka*, JR 1980, 221; *Roth*, Eigentumschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, Neuorientierung im System der Vermögensdelikte, 1986, S. 116; *ders.*, JA 1988, 193 (207); *Joerden*, Jura 1986, 80 (81). Grundsätzlich zur Bedeutung des Bestimmtheitsgebots *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

¹⁴ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 860; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 259 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 10; *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 30.

¹⁵ So etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 857, 860.

¹⁶ So auch *Wilbert* (Fn. 4), S. 135; *Roth*, JA 1988, 193 (207); *ders.* (Fn. 13), S. 117.

¹⁷ Die Geldwäsche (§ 261 StGB) soll an dieser Stelle vernachlässigt werden, da sie erst im Jahre 1992 durch das „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG)“ (BGBl. I, 1302) eingeführt wurde und daher zum ursprünglichen, auf historischen Entwicklungen basierenden, systematischen Zusammenhang der Anschlussdelikte keine Aussage treffen kann.

¹⁸ So etwa *Wilbert* (Fn. 4), S. 136.

¹⁹ Dazu, und inwiefern die Einführung der Geldwäsche als möglicher weiterer „Fremdkörper“ im 21. Abschnitt eine solche Tradition vielleicht vollständig auflöst, sogleich.

²⁰ Vgl. *Wilbert* (Fn. 4), S. 17 ff.; *Wolff* (Fn. 4), S. 13 ff.

²¹ Als Textnachweis mit Übersetzung siehe *Flach*, Das Zwölftafelgesetz, 2004.

²² Gai Inst. III. 186; zitiert nach *Krüger/Studemund* (Hrsg.), Gai institutiones, 6. Aufl. 1912, S. 145. Übersetzung des *Verf.*: „Als aufgedeckt („conceptum“) wird ein Diebstahl dann bezeichnet, wenn in Anwesenheit von Zeugen bei jemandem das gesuchte Diebesgut gefunden wird. Denn gegen ihn ist, selbst wenn er nicht der Dieb sein sollte, besondere Klage erhoben worden, welche als solche des gefundenen bezeichnet werde.“

²³ Vgl. *Wilbert* (Fn. 4), S. 13; für die Annahme lediglich einer Beweisregel *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (552); für die Annahme eines eigenständigen Deliktes etwa *Mommsen*, Römisches Strafrecht, 1899 (Nachdruck 1955), S. 747.

²⁴ Gai Inst. III. 191; zitiert nach *Krüger/Studemund* (Fn. 22), S. 145. Übersetzung des *Verf.*: „In den Fällen der Aufdeckung und in denen des Unterschlebens ist die Strafe gemäß der zwölften Tafel des Zwölftafelgesetzes das Dreifache, und das soll vom Prätor beibehalten werden.“

²⁵ Die *poena* in der römischen Rechtssprache stellte keine Strafe im heutigen Sinne dar, sondern lediglich eine private Buße, um sich den Verzicht von Rache zu erkaufen (vgl. *Fuhrmann*: *poena*, in: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Supplement-Bd. 9, 1962, Sp. 843).

wenn auch die Forderung der Zahlung des Dreifachen weit über den Gedanken einer zivilrechtlichen Restitution hinausgeht; jedoch kann hierin – selbst wenn es sich lediglich um eine Beweisregel gehandelt haben sollte – bereits der Perpetuierungsgedanke entdeckt werden: Die *poena* trifft denjenigen, bei dem das Diebesgut („furtum“) aufgefunden wurde: dieser hat die rechtswidrige Besitzlage aufrechterhalten, indem er das furtum beherbergte.

bb) Ähnliches findet sich auch im spätrömischen Recht bei *Ulpian* im siebenundvierzigsten Buch der *Digesten*:

„Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. sed enim additum est ‚dolo malo‘, quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat? utique non debet teneri.“²⁶

Wenn auch der Kernanwendungsbereich der Vorschrift, die (wohl zum ersten Mal) einen eigenständigen Tatbestand im Bereich der Anschlussdelikte normiert,²⁷ etwa dem entspricht, was heute unter Strafvereitelung (§ 258 StGB) verstanden wird, wird jedoch auch das (gewerbliche) Verbergen gestohlenen Gutes davon erfasst;²⁸ etwa bei der Beherbergung flüchtiger Sklaven wurden beide Verhaltensweisen gleichzeitig erfüllt.²⁹

Ebenfalls im siebenundvierzigsten Buch der *Pandekten* finden sich im sechzehnten Abschnitt die folgenden Vorschriften von *Marcianus* und *Paulus*:

„Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest: et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. in pari causa habendi sunt, qui, cum adprehendere latrones possent, pecunia accepta vel subreptorum parte dimiserunt.“³⁰

Ein lateinischer terminus, der dem heutigen Strafbegriff entsprach, existierte nicht (*Fuhrmann*, a.a.O., Sp. 856).

²⁶ *Ulpian*, Dig. 47.9.3.3.; zitiert nach: Krüger/Mommsen (Hrsg.), *Corpus iuris civilis*, Bd. 1, 9. Aufl. 1902, S. 778. Übersetzung des Verf.: „Aber nicht nur derjenige, der etwas geraubt, sondern auch derjenige, der etwas sonst an sich gebracht hat, haftet aus den angeführten Gründen, weil der Fehler ebenso ein Verbrechen begeht wie der Räuber. Jedoch muss noch die Arglist hinzukommen, da nicht jeder, der etwas an sich nimmt, verbrecherisch handelt, sondern nur wer dies arglistig tut. Denn wie ist der Fall, wenn er die Sache ohne Kenntnis an sich genommen hat oder wenn er sie an sich genommen hat, um sie aufzubewahren und für denjenigen sicherzustellen, der sie verloren hatte? Dann haftet er keineswegs.“

²⁷ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (553).

²⁸ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (553); *Mommsen* (Fn. 23), S. 775.

²⁹ So auch *Mommsen* (Fn. 23), S. 775 Fn. 4.

³⁰ *Marcianus*, Dig. 47.16.1.; zitiert nach: Krüger/Mommsen (Fn. 26), S. 788. Übersetzung des Verf.: „Eine verdorbene Sippe aber sind die Fehler, ohne die sich niemand lange

„Eos, apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos neque severe admodum puniendos: non enim par est eorum delictum et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt.“³¹

b) Das germanische und mittelalterliche Strafrecht

Sowohl die germanischen Rechte³² als auch das von den aus Italien stammenden rechtswissenschaftlichen Bewegungen geprägte Strafrecht des Mittelalters jedoch ordnete Verhaltensweisen der heutigen Anschlussdelikte wiederum als nachfolgende Teilnahme („auxilium subsequens“³³) an der Vortat ein; aus diesem Grunde war auch eine klare Trennung von dem, was nach heutiger Vorstellung Hehlerei und Begünstigung darstellt, nicht möglich.³⁴ Folglich können hieraus für die vorliegende Untersuchung keine nennenswerten Ergebnisse gezogen werden.

c) Das Strafrecht der frühen Neuzeit

aa) Eine der ersten Kodifikationen der frühen Neuzeit auf dem Gebiet des Strafrechts stellt die *Bamberger Halsgerichtsordnung*³⁵ oder *Constitutio Criminalis Bambergensis* (CCB) aus dem Jahre 1507 dar, die mutmaßlich auf eine Redaktion von Juristen um *Johann von Schwarzenberg* (1463/65–1528)³⁶ zurückgeht.³⁷ Eine hehlereiähnliche Vorschrift findet sich in Art. 203 CCB, der besagt:

„Item so yemant einem misstetter zu vbung einer misstat wissentlicher und gevedlicher weyss eincherley hilf und beystandt thut, vrsach, tröstung oder furderung darzu gibt, wie das alles namen haben mage: ist peynlich zu straffen, Aber, als vorstet in einem fall anderst, dann in dem andern: Darumb sollen in disen fellen die vrteyler mit berichtigung der verhandlung, auch wie sölchs an leyb oder leben sol gestrafft werden, Rats pflegen.“³⁸

verbergen könnte; und daher ist vorgeschrieben, sie wie die Räuber zu bestrafen. Mit ihnen sind auch diejenigen gleichzustellen, die zwar einen Räuber festnehmen konnten, ihn aber gegen Geld oder Auszahlung eines Beuteanteils wieder laufen lassen.“

³¹ *Paulus*, Dig. 47.16.2; zitiert nach: Krüger/Mommsen (Fn. 26), S. 788. Übersetzung des Verf.: „Diejenigen, welche einen mit ihnen verwandten oder verschwägerten Räuber verborgen haben, sind weder freizusprechen noch schwer zu bestrafen; denn ihre Tat ist nicht mit denen vergleichbar, in denen jemand einem unbekanntem ein Versteck bietet.“

³² Vgl. etwa *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (550).

³³ Vgl. etwa *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (553 ff.).

³⁴ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (551, 553 ff.); *Wilbert* (Fn. 4), S. 17 ff.; *Wolff* (Fn. 4), S. 19 f.

³⁵ Textnachweis bei *Buschmann*, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1998, S. 18–101.

³⁶ Vgl. *Stolleis*: *Schwarzenberg, Johann von*, in: *Juristen*, 2. Aufl. 2001, S. 565.

³⁷ Vgl. *Rüping/Jerouscheck*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5. Auflage 2007, Rn. 99.

³⁸ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 79.

Die Vorschrift stand im systematischen Kontext mit den Diebstahlsdelikten; von ihr wurden auch Anschlussdelikte erfasst.³⁹ Jedoch normierte auch sie – wie bereits schon das mittelalterliche Strafrecht – lediglich eine Strafbegründung wegen Beihilfe zur Vortat.

bb) Dasselbe gilt auch für die auf Art. 203 CCB zurückgehende⁴⁰ nahezu gleich lautende Vorschrift des Art. 177 der Peinlichen Gerichtsordnung⁴¹ *Karls des V.* (1500-1558)⁴² – auch unter der Bezeichnung *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) bekannt – von 1532. Ergänzt wurde sie durch die verfahrensrechtliche⁴³ Vorschrift des Art. 40 S. 1 CCC, die besagte:

„Item so eyner wissentlich vnd geuerlicher weiß von geraubtem oder gestolnem gut, beut oder theyl nimbt, oder so eyner die thetter wissentlich und geuerlicher weiß etzt oder drenckt, auch die thetter oder obgemelt vnrecht gut gar oder zum theyl wissentlich annimpt, heymlich verbirgt, beherbergt, verkaufft oder vertreibt, oder so jemant den thettern, sunst in andere dergleichen weg, geuerlich fürderung, radt oder beistandt thut, oder inn jren thatten vnzimlich gemeynschafft mit jn hette, Ist auch eyn anzeygung peinlich zufragen.“⁴⁴

Sie ließ auf die genannten Anzeichen hin die „peinliche Befragung“ nach richterlichem Ermessen (vgl. Art. 58 CCC) im Rahmen des spezialinquisitorischen⁴⁵ Verfahrens zu. Bezugspunkt war demnach – entsprechend der materiellen Vorschrift des Art. 177 CCC – primär das Diebesgut und nur nachrangig der Umgang mit dem Vortäter.

d) Die Entwicklung der Partikulargesetzgebung: Festhalten am Teilnahmegedanken

Der von *Wigulaeus Xaver Aloysius von Kreittmayr* (1705-1790)⁴⁶ im Jahre 1751 verfasste *Codex Juris Bavarici Crimi-*

nalis⁴⁷ war für die damalige Zeit in seiner strafgesetzgeberischen Entwicklung rückständig;⁴⁸ dies zeigt sich unter anderem auch darin, dass er die mittelalterlich-rechtliche Tradition der Hehlerei als nachfolgende Beihilfe (*Zweytes Capitul*, §§ 14 und 15 des *Codex*)⁴⁹ zum Diebstahl beibehielt; allerdings zeigt sich hier in § 14 zum ersten Mal deutlich der Aspekt der heutigen Bereicherungsabsicht. Dass er jedoch die (nachfolgende) Beihilfe nicht wesentlich prägt, zeigt § 15, der auch – allerdings milder – die „Hülff ohne Participation“ unter Strafe stellt.

Abermals entgegen dem gesetzgeberischen Zeitgeist hielt auch das – ansonsten fortschrittliche⁵⁰ – Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern⁵¹ aus dem Jahre 1815 von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833)⁵² am Teilnahmegedanken fest.

e) Der Wandel der Hehlerei zum eigenständigen Delikt und die weitere Entwicklung

aa) Währenddessen ging etwa das österreichische Strafrecht dazu über, die Hehlerei (und sämtliche Anschlussdelikte) als eigenständige Delikte zu betrachten, so etwa die *Constitutio Criminalis Theresiana*⁵³ (CCT) aus dem Jahre 1769. Art. 3 § 12⁵⁴ S. 1 Hs. 1 CCT bestimmt explizit, dass eine nachfolgende „Beihilfe“ zur Vortat nicht mehr als solche (die vorangehende und gleichzeitige Beihilfe zur Vortat ist in Art. 3

³⁹ Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 179-224.

⁴⁰ An Todesstrafe, Folter und Hexereidelikten wurde festgehalten, welche aus anderen Strafgesetzen bereits ganz oder teilweise verbannt waren; vgl. *Rüping/Jerouscheck* (Fn. 37), Rn. 203.

⁴¹ *Zweytes Capitul*, § 14 CJBC: „Wer von dem Diebstahl nicht nur directè vel indirectè wissentlich participiret, sondern auch aus gewinnbegierigen Gemüth, denen Diebsleuten vor- in- oder nach der That Hülff leistet, wird wie der Principal-Thäter selbst mit der ordentlichen Straff des Diebstahls angesehen.“

Zweytes Capitul, § 15 CJBC: Hülff ohne Participation, oder Participation ohne Hülff, wird nur arbitrariè bestraft, wobey jedoch unter jenen, welche in- vor- und nach dem Diebstahl helfen, ein Unterschied zu machen, und die erste schärfer als die andere, diese aber schärfer als die letzte zu bestraffen seynd.“ Jeweils zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 191.

⁵⁰ Wie etwa die Normierung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ zeigt; vgl. *Rüping/Jerouscheck* (Fn. 37), Rn. 204.

⁵¹ Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 447-538.

⁵² Vgl. *Stolleis* (Fn. 36): *Feuerbach, Paul Johann Anselm von*, S. 208.

⁵³ Textnachweis nach dem Faksimiledruck der Originalausgabe von 1769 aus dem Jahre 1975.

⁵⁴ „Im dritten Falle, wenn Jemand nach bereits vollbrachter Missethat, wissentlich, und gefährlicher Weise dem Thäter mit Hülff, und Beystand beförderlich wäre, und wie immer erst nachfolglich daran Theil nähme, kann derselbe zwar als ein Mitwirker zu der schon vorhin beschenehenen That nicht angesehen werden; er machet sich jedoch einer besonderen Missethat schuldig.“ Zitiert nach dem Faksimiledruck der Originalausgabe von 1769 aus dem Jahre 1975.

³⁹ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (556).

⁴⁰ So *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (556).

⁴¹ Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 103-177.

⁴² Vgl. Lemma: *Karl V.* (Karl, Heiliges Römisches Reich), in: *Brockhaus, Enzyklopädie* in 30 Bänden, Bd. 14, 21. Aufl. 2006, S. 482.

⁴³ Vgl. *Wilbert* (Fn. 4), S. 18; *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (556).

⁴⁴ Art. 40 S. 1 CCC; zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 119.

⁴⁵ Im generalinquisitorischen Verfahren wurde zunächst ein bestimmter Sachverhalt aufgrund eines ersten Verdachtes daraufhin untersucht, ob überhaupt ein strafbares Delikt begangen wurde. Stand dies fest und erhärtete sich der Verdacht gegen eine bestimmte Person, konnte der Richter das spezialinquisitorische Verfahren einleiten, indem der Verdächtige zunächst im artikulierten Verhör befragt wurde und aufgrund der Aktenlage anschließend eine andere Stelle über die Anordnung und den Grad der anzuwendenden Folter entschied. Ein Überblick hierzu findet sich bei *Eisenhardt*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5. Aufl. 2008, Rn. 400.

⁴⁶ Vgl. *Stolleis* (Fn. 36): *Kreittmayr, Wigulaeus Xaverius Aloysius von*, S. 371.

§§ 10 f. geregelt) betrachtet werden darf; Art. 3 § 12 S. 1 Hs. 2 CCT klassifiziert jedoch solche Verhaltensweisen als eigenständige Delikte („besondere Missethat“). Ein solches, das unter anderem Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die den heutigen Anschlussdelikten entsprechen, und außerdem die Eigenständigkeit einer nachfolgenden Hilfebehandlung weiter betont, stellt Art. 102 § 1 CCT dar:

„Es ist vorläufig anzumerken, wienach zwischen Helffern, und Heelern der nöthige Unterscheid in Acht zu nehmen seye. Die Helffere der Missethättern sind jene, welche zur Missethat selbst beywirken; durch die Heelere, und Unterschleiffgebere aber werden hier eigentlich diejenige verstanden, die zur Bewerkstelligung der Uebelthat selbst keine Beyhülff leisten, sondern nur lasterhafte, und verdächtige Leute mit – oder ohne habende Wissenschaft ihrer entweder schon verübt – oder verüben wollenden Uebelthat bey sich aufhalten, beherbergen, und Unterstand geben, oder denenselben, damit sie nicht zur gefänglicher Haft gebracht werden mögen, fürsetzlich durchhelffen; oder auch wissentlich – und gefährlicher Weise entweder ermordete Körper heimlich verthun, verbergen, vergraben, oder aber gestohlenen, und geraubtes Gut verheelen, vertuschen, kauffen, verkauffen, vertragen, oder wie immer zu Begünstigung der Überthättern auf die Seiten bringen.“⁵⁵

Während Art. 3 § 102 S. 2 Hs. 2, Hs. 3 Var. 1 CCT eher den Bereich der heutigen Strafvereitelung erfasst, konzentriert sich Art. 3 § 102 S. 3 Hs. 3 Var. 2 CCT ganz auf die „Begünstigung der Übelthäter“ im Bezug auf Diebesgut, welche in etwa heutiger Begünstigung und Hehlerei entspricht. Da sie offensichtlich inhaltlich – wenn auch tatbestandlich verselbstständigt – trotzdem noch an den mittelalterlichen Teilnahmegedanken anknüpft, wird das Handeln zugunsten des Täters vorausgesetzt.

bb) An diese Gesetzgebung schließt in jeglicher Hinsicht auch das Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung⁵⁶ *Josephs des II.* (1741-1790)⁵⁷ von 1787 an.⁵⁸ § 8 des Ersten Theils der sog. „Josephina“ lautete:

„Wer aber nur erst nach vollbrachter Missethat dem Thäter mit Hülfe, und Beystand beförderlich gewesen ist oder von der ihm bekannt gewordenen Missthat Gewinn und Vortheil gezogen hat, macht sich zwar eines eigenen, besonderen, aber nicht des begangenen Verbrechens schuldig, ausgenommen er wäre vor verübter Missethat mit dem Thäter wegen künftiger Hilfeleistung, oder Theilnehmung einverstanden gewesen.“⁵⁹

⁵⁵ Zitiert nach dem Faksimiledruck der Originalausgabe von 1769 aus dem Jahre 1975.

⁵⁶ Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 224-272.

⁵⁷ Vgl. Lemma: Joseph II. (Joseph, Herrscher), in: Brockhaus (Fn. 42), S. 108.

⁵⁸ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (558).

⁵⁹ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 227.

Wie bereits in der „Theresiana“ entbehrte trotz Eigenständigkeit des Deliktes auch der Tatbestand der Josephina, welcher den heutigen Delikten der Hehlerei und Begünstigung entspricht, nicht jeglichen Teilnahmegedankens, wie § 163 des Ersten Theils der Josephina zeigt:

„Mitschuldiger und Theilnehmer an dem Diebstahl ist, wer mit Wissen gestohlen Gut kauft oder verkauft, gestohlen Gut verheelet, bey Ausübung des Diebstahls auf der Wache stehet, die Gelegenheit zum Diebstahl ausspähet, und überhaupt mittelbar, oder unmittelbar zu dem Diebstahle, auch nur mit gegebenem Rath hilft, wenn er auch sonst an dem gestohlenen Gut nicht Hand gelegt, oder Theil genommen hat.“⁶⁰

cc) Nicht nur eine Trennung, sondern sogar eine detaillierte Ausgestaltung sowohl der Teilnahme an Diebstahl und Raub als auch der Hehlerei nahm das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten⁶¹ (ALR) aus dem Jahre 1794 in den §§ 1218-1230 und §§ 1231-1247 des zwanzigsten Titels des Zweiten Teils vor, basierend auf den allgemeinen Teilnahme-regelungen der II 20 §§ 83 f. ALR. Die Hehlereivorschriften des II 20 §§ 1231-1247 ALR bezogen sich lediglich auf den Kauf gestohlener Sachen und der diesbezüglichen Sorgfaltpflichten. Hierbei war der Bezugspunkt ausschließlich die Eigenschaft der Kaufsache als Diebesgut, über die der potentielle Käufer – etwa auch nach dem Verhalten des Anbieters –⁶² urteilen musste und auch bei nur fahrlässiger Falschbewertung bestraft wurde.⁶³ Dies zeigt wiederum deutlich den Perpetuierungsgedanken auf und hebt aufgrund der starken Sachbezogenheit bezüglich des Diebesgutes die Hehlerei (wenn auch nicht alle heute erfassten Tathandlungen im ALR unter diesem Titel geführt wurden) von der täter- bzw. tatbezogenen Vortatbeihilfe ab.

dd) Ebenfalls einen eigenen Abschnitt widmete das Preußische Strafgesetzbuch⁶⁴ (PrStGB) von 1851 der Hehlerei. Der zwanzigste Abschnitt des PrStGB enthielt neben dem Grunddelikt der „Einfachen Hehlerei“ gem. § 237 PrStGB⁶⁵

⁶⁰ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 254.

⁶¹ Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 272-445.

⁶² Etwa II 20 § 1231 ALR: „Ein jeder, dem von Verdächtigen (Th. I. Tit. XV. § 19) oder Unbekannten, welche nicht mit dem Verkaufe solcher Sachen ein öffentliches Gewerbe treiben, (Ebendas. § 43, 44) Sachen zum Kauf oder Pfande angetragen werden, ist schuldig, zu prüfen: ob der Antragende wahrscheinlich über die angebotenen Sachen zu verfügen, berechtigt sey.“ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 407.

⁶³ Vgl. II 20 § 1240 ALR: „Hat außerdem jemand gestohlene Sachen, zwar nicht wissentlich, aber doch mit Verabsäumung der gesetzlichen Vorsicht, gekauft oder angenommen; so soll er, nach Verhältniß der begangenen Nachlässigkeit, willkürliche doch nachdrückliche Geld- oder Gefängnißstrafe (§ 35) leiden.“ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 408.

⁶⁴ Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 538-614.

⁶⁵ „Wer Sachen, von denen er weiß, daß sie gestohlen, unterschlagen oder mittelst anderer Verbrechen oder Vergehen erlangt sind, ankauft, zum Pfande nimmt oder verheimlicht, ingleichen wer Personen, die sich eines Diebstahls, einer

auch die schwere (§ 238 PrStGB) und die gewerbsmäßige Hehlerei (§ 239 PrStGB), sowie eine Rückfall-Vorschrift für Wiederholungstäter (§ 240 PrStGB). Im Grundtatbestand findet sich neben der Tatvariante der Hehlerei, die der Fassung des heutigen Hehlereitbestandes schon relativ nahe kommt, auch eine weitere, deren Verhaltensumschreibung in etwa dem Bild der heutigen Begünstigung (§ 257 StGB) entspricht. Sie enthält – im Gegensatz zum heutigen Begünstigungstatbestand – das Erfordernis einer Selbstbereicherungsabsicht („um seines eigenen Vortheils willen“), das sich nach der Formulierung des Tatbestandes (noch) nicht auf die erste Tatvariante erstreckte.

Während manche Partikularstrafgesetzgebungen – wie etwa Bayern (s.o.) – teilweise an der Bewertung als nachfolgende Teilnahme festhielten, war die Regelung des PrStGB für andere hingegen Vorbild.⁶⁶

Den §§ 237 ff. PrStGB wohnte der Gedanke inne,⁶⁷ dass die Teilnahme vor und während der Vortat (zumindest unmittelbar) überwiegend bis ausschließlich dem Vortäter zu Gute komme, die nachfolgende Mitwirkung des Hehlers jedoch in der Regel primär dessen eigenem Nutzen dienen sollte.⁶⁸ Aus diesem Grunde erscheint die Formulierung des Tatbestandes,

Unterschlagung oder eins ähnlichen Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht haben, in Beziehung auf das ihm bekannte Verbrechen oder Vergehen um seines eigenen Vortheils willen begünstigt, ist mit Gefängniß nicht unter Einem Monate und mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu bestrafen; auch kann derselbe zugleich unter Polizei-Aufsicht gestellt werden.

Wird festgestellt, daß mildernde Umstände vorhanden sind, so kann die Strafe bis auf Eine Woche Gefängniß ermäßigt werden.“ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 586 f.

⁶⁶ Nachweise zu weiteren Partikularstrafgesetzen finden sich bei *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (560 f.).

⁶⁷ „Die Kommission der II. Kammer fand diese Bestimmung weder mit den Grundprinzipien des Strafrechts überhaupt, noch auch mit denen des Gesetzbuches vereinbar, theils weil die Anwendung derselben Strafe, welche den Thäter trifft, von der Kenntniß der erschwerenden Umstände des Verbrechens abhängig sei, theils weil der Grundsatz des §. 34 überhaupt – die gleiche Bestrafung des Theilnehmers – sich nicht auf den Beistand nach vollbrachtem Verbrechen beziehen lasse, sondern auf die Fälle des §. 34 allein, also auf die Miturheberschaft oder auf die Hülfe zur Verübung des Verbrechens selbst, beschränkt bleiben müsse. Sie hat aus diesem Grunde jene allgemeine Vorschrift gestrichen, und den besonderen Titel der Hehlerei wieder hergestellt, in diesem aber in den §§. 237 und 238 alle Fälle der Begünstigung Verbrechens aus eigenem Vortheil, also nicht allein jener der in den Entwürfen von 1845-1847 genannten Verbrechen, als Hehlerei unter Strafe gestellt. [...] Wie bereits gedacht, setzt die Hehlerei die Begünstigung des Verbrechens oder Vergehens um des eignen Vortheils willen voraus.“ Zitiert nach *Goldtammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, Bd. 2, 1852, S. 527 f.

⁶⁸ Unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (564 f.); *Wilbert* (Fn. 4), S. 26.

die den Eigennutz nicht mehr auf die Hehlereivariante bezieht, als redaktionelles Missgeschick. Für den uneigennütigen Begünstiger blieb § 37 PrStGB.⁶⁹ Umso verwunderlicher scheint es daher, dass 1856 der Eigennutz explizit von der Hehlerei ausgenommen wurde.⁷⁰

ee) Dies wurde jedoch durch die Einführung des Reichsstrafgesetzbuches (RStGB) 1871 revidiert;⁷¹ somit existierte zum ersten Mal auf gesamtdeutschem Territorium ein einheitlicher Hehlereitbestand. § 259 RStGB in der Fassung, in der er am 15.5.1871 verkündet wurde und am 1.1.1872 in Kraft trat, lautete:

„Wer seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels eines strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängniß bestraft.“

ff) Seine heutige Fassung erhielt der Hehlereitbestand im Zuge der Großen Strafrechtsreform durch das EGStGB⁷² aus dem Jahre 1974 nach dem Entwurf von 1962.⁷³

4. Zwischenbilanz der Erkenntnisse

a) Ergebnis der historischen Untersuchung

Der Hehlereitbestand hat sich aus dem Teilnahmegedanken entwickelt. Mit dem Bewusstsein, dass der Hehler im Anschluss an die Vortat keinen wirklichen Beitrag hierzu leisten kann, hat sich die Hehlerei – wenn auch in manchen Regionen schleppend – zum eigenständigen Delikt entwickelt. Wie insbesondere die jüngeren Gesetzgebungen zeigen, lag dem auch der Gedanke zugrunde, dass ein Vortatgehilfe primär den Nutzen des Vortäters anstrebt, der – erst nach der Vortat auftretende – Hehler jedoch in aller Regel nur den eigenen, was sich auch in dem Erfordernis der Bereicherungsabsicht des heutigen § 259 StGB widerspiegelt.

b) Revision der systematischen Betrachtung des 21. Abschnitts

Vor diesem Hintergrund ist der 21. Abschnitt des StGB als vollkommen uneinheitlich zu qualifizieren.⁷⁴ Während Begünstigung (§ 257 StGB) und Strafvereitelung (§ 258) die Unterstützung des Vortäters unter Strafe stellen, somit dem Teilnahmegedanken noch stärker anhaften und auch im Gegensatz zur Hehlerei die staatliche (Straf-) Rechtspflege schützen,⁷⁵ ist die Hehlerei (§ 259 StGB) – trotz der Mög-

⁶⁹ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (565).

⁷⁰ So auch *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (566).

⁷¹ Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (566).

⁷² Vgl. BGBl. I 1974, S. 469.

⁷³ Vgl. BGBl. I 1974, S. 491; *Wilbert* (Fn. 4), S. 38.

⁷⁴ So bezeichnete bereits *Beling* die Anschlussdelikte (zu diesem Zeitpunkt noch vor der großen Strafrechtsreform) als die „am meisten verunglückten Bestimmungen des Gesetzbuches“ (in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 7, 1907, S. 201).

⁷⁵ Vgl. *Fischer* (Fn. 2), § 257 Rn. 1; § 258 Rn. 2.

lichkeit der Drittbereicherungsabsicht – angesichts ihrer historischen Entwicklung der Norm ein eigennütziges (Vermögens-) Delikt. Spätestens durch die Einführung des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB) hat der 21. Abschnitt des StGB endgültig jeglichen inneren systematischen Zusammenhang verloren, weshalb hieraus keine Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung gewonnen werden können und das oben⁷⁶ genannte Argument nicht gegen die darzulegende Ansicht fruchtbar gemacht werden kann.

5. Das Merkmal des Sichverschaffens in anderen Straftatbeständen

Im nächsten Schritt soll untersucht werden, wie das Merkmal des Sichverschaffens in anderen Tatbeständen verstanden wird und ob dieses Verständnis für die hier vorgenommene Untersuchung im Rahmen des § 259 StGB fruchtbar gemacht werden kann.

a) Das Tatbestandsmerkmal des Sichverschaffens findet sich neben § 259 StGB u.a. in den §§ 96 Abs. 1 und 2, 100a Abs. 2, 146 Abs. 1 Nr. 2, 148 Abs. 1 Nr. 2, 149 Abs. 1, 152a Abs. 1 Nr. 2, 202c Abs. 1, 261 Abs. 2 Nr. 1, 263a Abs. 3, 275 Abs. 1, 276 Abs. 1 Nr. 2, 310 Abs. 1, 316c Abs. 4, 323b StGB sowie §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5, 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.

b) Das Sichverschaffen von Staatsgeheimnissen (§ 96 StGB) kann durch jede erdenkliche Handlung – also auch durch deliktische Handlungsformen – erfolgen;⁷⁷ dasselbe gilt für Sichverschaffungshandlungen im Rahmen des § 100a Abs. 2 StGB.⁷⁸

Auch beim Verschaffen von Falschgeld (§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ist die Erlangung der bloßen Verfügungsgewalt – sei es einvernehmlich, deliktisch oder z.B. durch Fund – ausreichend;⁷⁹ dasselbe gilt für das Sichverschaffen von falschen amtlichen Wertzeichen (§ 148 Abs. 1 Nr. 2 StGB)⁸⁰ und das Verschaffen von Gegenständen zur Vorbereitung von Geld- und Wertzeichenfälschungen (§ 149 Abs. 1 StGB)⁸¹, sowie das Verschaffen von falschen Karten, Schecks oder Wechseln (§ 152a Abs. 1 Nr. 2 StGB)⁸², das Verschaffen von entsprechender Software als Vorbereitung eines Computerbetrugs (§ 263a Abs. 3 StGB)⁸³ und das Verschaffen von Hilfs-

mitteln zum Ausspähen von Daten (§ 202c Abs. 1 StGB)⁸⁴. Ebenso verhält es sich mit dem Verschaffen von gefälschten amtlichen Ausweisen (§ 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB)⁸⁵ und Gegenständen zur Vorbereitung von deren Herstellung (§ 275 Abs. 1 StGB);⁸⁶ auch das Verschaffen von Gegenständen zur Vorbereitung von Explosions- und Strahlungsverbrechen (§ 310 Abs. 1 StGB)⁸⁷ und das Verschaffen von Stoffen oder Vorrichtungen zum Zwecke des Angriffs auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 4 StGB)⁸⁸ meint die Erlangung über die Verfügungsgewalt unabhängig davon, ob diese auf einverständlichem Wege erfolgt oder nicht.

c) Das Verschaffen von unrechtmäßig erlangten Vermögenswerten im Rahmen des Geldwäschetatbestandes (§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB) wird überwiegend – allerdings *im Rückgriff* auf die zur Hehlerei genannte herrschende Ansicht⁸⁹ – als Erlangen der Verfügungsgewalt über die Sache im Einvernehmen mit dem Vortäter verstanden;⁹⁰ teilweise wird jedoch gerade hier auf das Merkmal des Einvernehmens *verzichtet*⁹¹ (sic!): Soll sich zwar sonst der Geldwäschetatbestand an den Tatbestand der Hehlerei anlehnen, so wird gerade beim Merkmal des Einvernehmens (teilweise) hiervon abgewichen. Bei einer solchen Betrachtung stünde der Hehlereitattbestand mit dem geforderten Einvernehmensmerkmal allein.

d) Dieses Verständnis des Tatbestandsmerkmals „sich verschaffen“ beschränkt sich überdies nicht auf das Kernstrafrecht des Strafgesetzbuches; es findet sich beispielsweise im Rahmen des Betäubungsmittelstrafrechts (vgl. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5, 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG)⁹² wieder.

e) Zusammenfassend: Mit Ausnahme der Hehlerei und teilweise der Geldwäsche setzt nach ganz herrschender Ansicht das Merkmal des „Sichverschaffens“ in allen Tatbeständen des StGB (und auch denen des BtMG), in denen es im selben Wortsinn vorkommt,⁹³ gerade *kein* Einvernehmen mit dem vorherigen Gewahrsamsinhaber voraus.⁹⁴

⁷⁶ Siehe III. 2. b).

⁷⁷ Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 96 Rn. 4 f.; *Fischer* (Fn. 2), § 96 Rn. 2. Vgl. auch *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 214.

⁷⁸ Vgl. hierzu *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 100a Rn. 11 und *Fischer* (Fn. 2), § 100a Rn. 7, die beide auf die vorangegangenen Ausführungen zu § 96 StGB verweisen.

⁷⁹ Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 146 Rn. 15; *Fischer* (Fn. 2), § 146 Rn. 10; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 146 Rn. 8.

⁸⁰ Siehe *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 148 Rn. 10; *Fischer* (Fn. 2), § 148 Rn. 3; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 148 Rn. 2.

⁸¹ Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 149 Rn. 6; *Fischer* (Fn. 2), § 149 Rn. 4b.

⁸² Siehe *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 152a Rn. 6; *Fischer* (Fn. 2), § 152a Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 152a Rn. 1.

⁸³ Vgl. *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263a Rn. 34; *Fischer* (Fn. 2), § 263a Rn. 33.

⁸⁴ Siehe nur *Fischer* (Fn. 2), § 202c Rn. 7.

⁸⁵ Vgl. *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 276 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 2), § 276 Rn. 3.

⁸⁶ Siehe *Cramer/Heine* (Fn. 85), § 275 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 2), § 275 Rn. 4.

⁸⁷ Vgl. *Cramer/Heine* (Fn. 85), § 310 Rn. 6; *Fischer* (Fn. 2), § 310 Rn. 3.

⁸⁸ Siehe *Fischer* (Fn. 2), § 316c Rn. 15.

⁸⁹ Vgl. insbesondere BT-Drs. 12/989, S. 27.

⁹⁰ Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 898; *Fischer* (Fn. 2), § 261 Rn. 24; *Stree* (Fn. 2), § 261 Rn. 13.

⁹¹ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 2), § 261 Rn. 18 und *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 261 Rn. 8 jeweils m.w.N.

⁹² Vgl. *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 282 f., 443.

⁹³ Außer Acht gelassen wurde daher z.B. das Verschaffensmerkmal i.S.d. § 323b StGB, da hier der Schwerpunkt des Augenmerks nicht auf der Herkunft, sondern auf dem Ziel der Verschiebung der Sache liegt.

⁹⁴ Eine ähnliche, jedoch wesentlich knappere Analyse mit selbem Ergebnis findet sich bei *Roth* (Fn. 13), S. 116.

f) Die Erörterung der Frage, ob der Grundsatz der Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung eine gleichmäßige Auslegung gleicher Tatbestandsmerkmale zumindest innerhalb eines Gesetzes fordert, würde zwar den Rahmen dieser Untersuchung sprengen; allerdings könnte man die genannte Tatsache durchaus als Hinweis betrachten, der eine „einvernehmensfreie“ Auslegung des Merkmals nahe legt. Nicht verkannt werden soll hier aber, dass sich das nach herrschender Ansicht erforderliche Einvernehmen auf *alle* Tathandlungen erstreckt und nicht nur auf das des „Sichverschaffens“, und dass möglicherweise aus dem Grund gar keine auslegungsbezogene Inkonsequenz vorliegt, da das Tatbestandsmerkmal des „Sichverschaffens“ per se auch innerhalb der Hehlerei (bzw. teilweise auch der Geldwäsche, s.o.) ohne das spezielle Einvernehmenserfordernis ausgelegt würde, sich jedoch das Einvernehmenserfordernis bzgl. *aller* Hehlereihandlungen auch auf selbiges erstreckt. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass dieses am ehesten davon betroffen ist, da den anderen Handlungsalternativen noch eher ein begriffliches Einvernehmenserfordernis inne wohnt, wie etwa dem „Ankaufen“; zwingend erscheint dies zugegebenermaßen allerdings nicht.

g) Unklar ist hier auch die Rolle des Gesetzgebers, der im Zuge des EGStGB den Hehlereitbestand neu fasste und das Merkmal des „Anschbringens“ nach § 259 Abs. 1 StGB a.F. gerade durch das sonst immer nach herrschender Ansicht einvernehmensunabhängig ausgelegte Merkmal des „Sichverschaffens“ ersetzte,⁹⁵ obwohl er die Ansicht der Rechtsprechung zu § 259 Abs. 1 StGB a.F. teilte und das Einvernehmenserfordernis ebenfalls zur Grundlage des § 259 Abs. 1 StGB n.F. machte. Den Gesetzgebungsmaterialien nach zu urteilen handelt es sich hierbei wohl um ein legislatorisch-redaktionelles Missgeschick, da für eine beabsichtigte Inkonsequenz⁹⁶ keinerlei Anhaltspunkte vorliegen.

6. Teleologische Aspekte

a) Die herrschende Perpetuierungsdoktrin

Schutzgut des Hehlereitbestandes ist das Vermögen des Vortatgeschädigten;⁹⁷ die Präventivwirkung der Strafdrohung des § 259 Abs. 1 StGB soll eine vom Vortäter unabhängige Person⁹⁸ davon abhalten, die bereits durch den Vortäter angegriffene Vermögensposition abermals zu beeinträchtigen bzw. ihre Beeinträchtigung fortzuführen. Dies ist der Gedanke, welcher der vorherrschenden, eingangs erwähnten Perpetuierungslehre zugrunde liegt; sie vermag jedoch die Notwendigkeit der Bereicherungsabsicht zu erklären.⁹⁹ Diese wiederum hat ihren Hintergrund zum einen in ihrer – der historischen Entwicklung entspringenden – Eigenschaft als eigennütziges Delikt. Zum anderen dient sie – wie auch etwa bei § 242 StGB oder § 263 StGB – ob des (im Verhältnis zu anderen Rechtsgütern) niederrangigen Schutzguts zur Beschränkung der Strafbarkeit auf die tatsächlich strafwürdigen Fälle.¹⁰⁰

⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252.

⁹⁶ Insofern man hier von Inkonsequenz sprechen kann, s.o.

⁹⁷ Da dies mittlerweile durch den Gesetzgeber festgeschrieben wurde, ist dieses Argument von *Miehe* (in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970, S. 91 [103]), welches sich gegen die Perpetuierungsdoktrin und den fortgeführten Schutz der Strafdrohung des Vortatdelikts wendet, entkräftet.

⁹⁸ Inwiefern ein Teilnehmer an der Vortat Hehler sein kann, ist umstritten (zum Streitstand vgl. *Stree* [Fn. 2], § 259 Rn. 53 ff.); da dies jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, soll diese Frage hier ausgeklammert werden.

Der Perpetuierungsgedanke jedoch vermag das Einvernehmenserfordernis der herrschenden Ansicht nicht zu rechtfertigen: Die rechtswidrige Besitzlage wird aufrechterhalten, gleichgültig, ob Vortäter und Hehler zusammenwirken oder ob der Hehler den Besitz an der durch die Vortat erlangte Sache durch Wegnahme erlangt.¹⁰¹ Die Behauptung, die Verschaffung des Tatobjekts ohne Einvernehmen mit dem Vortäter begründe eine neue, weitere rechtswidrige Besitzlage,¹⁰² wird jedoch der Perspektive der Strafdrohung nicht primär als repressive Möglichkeit des Staates zur Vergeltung von Rechtsverstößen, sondern als präventiv ausgestaltetem Rechtsgüterschutz nicht gerecht: Aus der Perspektive des Vortatgeschädigten spielt für die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage das Verhältnis von Vortäter und Hehler keine Rolle.¹⁰³ Vielmehr steigt die Gefahr der Restitutionsvereitelung¹⁰⁴ für das Vortatopfer, wenn selbst dem Vortäter der Aufenthaltsort der Sache unbekannt ist.¹⁰⁵

Der Perpetuierungsgedanke jedoch vermag das Einvernehmenserfordernis der herrschenden Ansicht nicht zu rechtfertigen: Die rechtswidrige Besitzlage wird aufrechterhalten, gleichgültig, ob Vortäter und Hehler zusammenwirken oder ob der Hehler den Besitz an der durch die Vortat erlangte Sache durch Wegnahme erlangt.¹⁰¹ Die Behauptung, die Verschaffung des Tatobjekts ohne Einvernehmen mit dem Vortäter begründe eine neue, weitere rechtswidrige Besitzlage,¹⁰² wird jedoch der Perspektive der Strafdrohung nicht primär als repressive Möglichkeit des Staates zur Vergeltung von Rechtsverstößen, sondern als präventiv ausgestaltetem Rechtsgüterschutz nicht gerecht: Aus der Perspektive des Vortatgeschädigten spielt für die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage das Verhältnis von Vortäter und Hehler keine Rolle.¹⁰³ Vielmehr steigt die Gefahr der Restitutionsvereitelung¹⁰⁴ für das Vortatopfer, wenn selbst dem Vortäter der Aufenthaltsort der Sache unbekannt ist.¹⁰⁵

b) Weitere Ansätze

Teilweise werden als Strafgründe des Hehlereitbestandes ebenso wie der Gedanke der Vereitelung eines staatlichen Anspruchs auf Restitution¹⁰⁶ wie auch der Anreiz für den Vortäter ob der Möglichkeit zum Absatz des Diebesgutes (sog. „allgemeine Sicherheitsinteressen“)¹⁰⁷ sowie das Verbot der Nachathilfe und der eigennützigen Nutznießung am strafbar erlangten Vortatvorteil angesehen.¹⁰⁸

⁹⁹ So bereits *Hruschka*, JR 1980, 221 (222).

¹⁰⁰ Vgl. auch BT-Drs. 7/550, S. 253.

¹⁰¹ Vgl. *Roth* (Fn. 13), S. 118 f.

¹⁰² So v. *Kapff* (Hehlerei und Vortatteilnahme, 1971, S. 134), der in Fn. 201 auf S. 135 auf RGSt 54, 280 (281) verweist. Dieses begründet sich jedoch ebenfalls nur wieder mit dem geforderten „inneren Zusammenhang“ (RGSt 54, 280 [281 f.]).

¹⁰³ So auch *Roth* (Fn. 13), S. 119.

¹⁰⁴ Eingehend zu diesem Aspekt *Schroeder*, MDR 1952, 68.

¹⁰⁵ Richtigerweise *Roth* (Fn. 13), S. 119; sehr dürftig erscheint daher hier das Argument von *Miehe* ([Fn. 97], S. 91 [100]), nach dem es für den Vortatgeschädigten besser sei, wenn die Sache bei einem stadtbekanntem Hehler auffindbar sei und nicht etwa bei einem von vielen Kleinkriminellen.

¹⁰⁶ Hierzu *Schröder*, MDR 1952, 68.

¹⁰⁷ Exemplarisch *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 3.

¹⁰⁸ Einen Überblick über diese Lehren und entsprechende Nachweise finden sich bei *Stoffers*, Jura 1995, 113 (114).

aa) Eigennutznießung am Vortatvorteil

Dem letztgenannten Aspekt kann nach den Ergebnissen der obigen historischen Untersuchung¹⁰⁹ nur zugestimmt werden: Für eine Beschränkung dieses Gedankens auf bestimmte Fallgruppen besteht kein Grund;¹¹⁰ vielmehr erscheint es bedenklich, wenn aus kriminalpolitischen Gründen einem Tatbestand je nach Fallgruppe ein anderer Strafgrund zugeordnet werden soll.

Bezieht man diesen Gedanken in die Teleologie des Hehlereitattbestandes mit ein, gibt es keinen Grund, ein einvernehmliches Zusammenwirken zwischen Vortäter und Hehler zu fordern. Laut *Geerds*¹¹¹ spricht hierfür auch die kriminologische Perspektive.¹¹² Weiterhin wurde der Eigennutzaspekt auch bereits von der Rechtsprechung des Reichsgerichts hervorgehoben; so heißt es in einer Entscheidung des *I. Strafsenats*: „[Die Bestrafung] entspricht in einem solchen Fall auch einem Grundgedanken des § 259 StGB, nach dem eine Strafe dafür eintreten soll, daß jemand aus Eigennutz zum Nachteil des Geschädigten einen rechtswidrigen Zustand aufrechterhält oder sogar verschlimmert, der durch eine vorhergehende strafbare Tat eines anderen herbeigeführt worden ist [...]“¹¹³.

bb) Restitutionsvereitelung

Der maßgeblich von *Schröder*¹¹⁴ entwickelte Ansatz des Strafgrundes der Hehlerei aufgrund der Vereitelung des staatlichen Restitutionsanspruches ist in seinem Grundgedanken in gewisser Weise mit der Perpetuierungslehre verwandt. In seinen Ausführungen geht *Schröder* jedoch davon aus, dass die Hehlerei sich (zumindest auch) gegen die staatliche Restitutionspflege richtet;¹¹⁵ dies ist nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Umgestaltung des Hehlereitattbestandes (wohlgemerkt erst Jahrzehnte nach der Veröffentlichung von *Schröders* Beitrag) nicht mehr vereinbar.¹¹⁶ Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Vereitelung einer Wiederherstellung der rechtmäßigen Besitzlage der Hintergrund für den Strafgrund der Perpetuierungslehre darstellt. Würde man davon ausgehen, dass es für den Vortatgeschädigten keine Rolle mehr spielen würde, was mit der Sache geschieht, wenn sie erst einmal seiner Gewalt entzogen ist, so wäre die Normierung von Perpetuierungsunrecht schlicht eine zweck-

befreite Strafdrohung. Insofern bleibt die Richtigkeit des Gedankens von *Schröder* auch trotz der Klarstellung der Hehlerei als Vermögensdelikt durch den Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Perpetuierungsdoktrin erhalten.

cc) Verbot der Nachtathilfe

Miehe sieht den Zweck der Strafdrohung der Hehlerei im Verbot der Nachtathilfe.¹¹⁷ Diese Ansicht ist jedoch nach der geltenden Rechtsordnung als überholt zu betrachten, da sie sich im Wesentlichen auf die Annahme stützt, dass die Hehlerei kein Vermögensdelikt ist.¹¹⁸ Die Frage wurde jedoch mittlerweile durch den Gesetzgeber anders entschieden.¹¹⁹ Mit denselben Argumenten verneint *Miehe* das Wesen der Hehlerei als Perpetuierung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustands und somit der Anknüpfung jeglicher Hehlereihandlung an das durch die Vortat beeinträchtigte Rechtsgut.¹²⁰ Auch diese Annahme wird durch die Stellungnahme des Gesetzgebers¹²¹ entkräftet.

Zwar ist nach *Miehe* die Nutznießungslehre als überholt anzusehen;¹²² jedoch hält er ein Verständnis der Hehlerei als Kombination aus Vermögensdelikt und Eigennutznießung an der Vortat für vertretbar.¹²³ Dies entspricht auch der aktuellen Gesetzeslage, sodass auf die Lehre vom Verbot der Nachtathilfe, die sich auch wiederum sehr stark dem Teilnahmegedanken annähert, nicht mehr weiter eingegangen werden muss.

dd) Allgemeine Sicherheitsinteressen

Der auf den ersten Blick scheinbar intrikateste Einwand gegen einen Verzicht auf das geforderte Einvernehmensmerkmal ist der Gedanke allgemeiner Sicherheitsinteressen, nach dem das Hehlereiuinrecht neben dem Perpetuierungsgedanken darin besteht, dass Hehler ob ihrer Absatzmöglichkeit einen Anreiz zur Vortat liefern.¹²⁴

Der Wortlaut des § 259 StGB lässt diesen Schluss jedoch nicht zu und war auch vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.¹²⁵ Auch die Verweisung auf die Antragerfordernisse der §§ 247, 248a StGB in § 259 Abs. 2 StGB widerspricht der Einbeziehung überindividueller Interessen in den Schutzbereich des Hehlereitattbestandes: Würde durch den Tatbestand der Schutz überindividueller Interessen verfolgt, bestünde kein Grund (möglicherweise nicht einmal eine Berechtigung), ihre Verfolgung auch nur in Teilbereichen zur Disposition des Einzelnen zu stellen.¹²⁶ Auch das Merkmal der Bereicherungsabsicht würde einer solchen Schutzgutinterpretation zuwiderlaufen.¹²⁷

¹⁰⁹ Ähnlich *Oellers*, GA 1967, 6 (10).

¹¹⁰ So etwa *Knauth* (NJW 1984, 2666 [2669]), der die „Nutznießertheorie“ ausschließlich im Falle der Strafbarkeit des unredlichen Geldempfängers anwenden will.

¹¹¹ *Geerds*, GA 1958, 129.

¹¹² Vgl. *Geerds*, GA 1958, 129 (131 f.). Er stützt sich insbesondere auf mehrere Erhebungen aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts; eine Auflistung findet sich auf in auf Seite 129 seines Beitrags in Fn. 2.

¹¹³ RGSt 71, 341 (342).

¹¹⁴ *Schröder*, MDR 1952, 68.

¹¹⁵ Vgl. *Schröder*, MDR 1952, 68 (71 f.).

¹¹⁶ Die Hehlerei ist – wie auch der Wortlaut der neu gefassten Norm nahe legt – in seiner jetzigen Fassung ein Vermögensdelikt, vgl. BT-Drs. 7/550, S. 253.

¹¹⁷ Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (insb. 117 ff.).

¹¹⁸ Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (99 ff.).

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 253.

¹²⁰ Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (103).

¹²¹ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252 f.

¹²² Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (95).

¹²³ Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (100).

¹²⁴ Exemplarisch *Oellers*, GA 1967, 6 (9).

¹²⁵ So zutreffend *Roth* (Fn. 13), S. 102.

¹²⁶ So auch *Roth* (Fn. 13), S. 103 f.

¹²⁷ Details bei *Roth* (Fn. 13), S. 104.

Dies spricht ebenso gegen eine Einbeziehung allgemeiner Sicherheitsinteressen zum Unrechtsgehalt der Hehlerei, wie auch die Ergebnisse älterer statistisch-kriminologischer Erhebungen¹²⁸.

Ob der Gedanke allgemeiner Sicherheitsinteressen zumindest der Strafschärfung in § 260 StGB zugrunde liegt, kann für die hier durchgeführte Untersuchung dahinstehen.¹²⁹

IV. Zwischenergebnis

Die Geschichte lehrt, dass es sich bei der Hehlerei heute um ein eigennütziges, selbstständiges Delikt handelt und nicht um eine vertatbestandliche nachfolgende Vortatteilnahme, was offenbar vom Gesetzgeber bei der Neugestaltung des 21. Abschnitts des StGB verkannt wurde. Dies spricht ebenso wie die Teleologie und der Wortlaut der Norm gegen das von der herrschenden Ansicht als erforderlich erachtete ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Einvernehmens zwischen Hehler und Vortäter. Systematische Argumente können hiergegen nicht vorgebracht werden. Diese Betrachtungsweise steht auch im Einklang mit der Auslegung des Sichverschaffens-Merkmals in anderen Tatbeständen des StGB und auch des BtMG.

V. Folgen der zugrunde gelegten Betrachtung

1. Taugliche Tathandlungen i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB

a) Möchte man der hier vertretenen Auffassung folgen, ist das von der herrschenden Ansicht geforderte Merkmal des einvernehmlichen Zusammenwirkens zwischen Hehler und Vortäter nicht notwendig, vielmehr sogar im Hinblick auf den eigennützigen Charakter des Delikts verfehlt, sodass die Tathandlung des Sichverschaffens auch deliktisch erfolgen kann.

b) Als deliktische Erlangung der Verfügungsgewalt kommt insbesondere die Wegnahme i.S.d. §§ 242, 249 StGB in Betracht. Der Streit, ob auch die Erlangung der Verfügungsgewalt durch Täuschung oder Nötigung des Vortäters eine Tathandlung i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB darstellt,¹³⁰ kann daher dahinstehen, da bei Einbeziehung selbst der Wegnahme umgekehrt geschlossen werden kann, dass auch diese taugliche Hehlereihandlungen darstellen (müssen).¹³¹

c) Es bleibt die Frage, ob auch eine Unterschlagungshandlung eine taugliche Hehlereihandlung in Form des Sichverschaffens sein kann.

aa) Im Zivilrecht ist die vergleichbare Frage, ob die Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz (§ 872 BGB) einen

Besitzerwerb i.S.d. § 990 Abs. 1 BGB darstellen kann, umstritten.¹³² Für die strafrechtliche Bewertung scheint der Streit jedoch nicht von Belang zu sein: Legt man – wie hier – dem Unrechtsgehalt der Hehlerei den Gedanken zugrunde, dass sich durch die perpetuierte Beeinträchtigung der Vermögensposition des Vortatgeschädigten das Tatobjekt immer weiter vom Inhaber der Vermögensposition (also dem Vortatgeschädigten) entfernt und somit die Möglichkeit der Restitution erschwert wird, so erfüllt die bloße, durch einen gedanklichen Umschwung erfolgte Abänderung der Richtung des Besitzwillens und somit die Beendigung des sachenrechtlichen Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB) diese Voraussetzungen nicht. Auch vermag das Erfordernis der objektiven Manifestation des Zueignungswillens¹³³ nicht daran zu rütteln, dass sich die Sache durch die Unterschlagung nicht weiter vom Vortatgeschädigten entfernt.

bb) Eine Hehlereihandlung in Form des Verschaffens bereits einen Schritt zuvor, nämlich bei der Besitzerlangung noch mit Fremdbesitzwillen anzunehmen, scheidet nach bislang herrschender Ansicht an der Auslegung des Verschaffensmerkmals als Begründung *eigener* Verfügungsgewalt,¹³⁴ welche bei (noch) vorhandenem Fremdbesitzwillen ja gerade nicht gegeben ist; auch wird es in diesen Konstellationen regelmäßig an der Bereicherungsabsicht fehlen. Dieses Ergebnis mag unter Umständen im Hinblick auf die vertretene Ansicht inkonsequent erscheinen. Die genannte Definition des Verschaffensbegriffs in Frage zu stellen würde jedoch zum einen den Umfang der vorliegenden Untersuchung sprengen; zum anderen wäre diese Frage nicht ausschließlich für den Tatbestand des § 259 StGB, sondern auch für einige andere Straftatbestände zu klären.¹³⁵

2. Auflösung möglicher Normenkonflikte auf Konkurrenzebene

a) Zutreffenderweise muss der Konflikt zwischen dem Tatbestand der Hehlerei und dem einer deliktischen Verschaffenshandlung auf Konkurrenzebene gelöst werden.¹³⁶

b) Verletzt die deliktische Verschaffenshandlung – wie etwa im eingangs dargestellten Fall – gleichzeitig Rechtsgüter sowohl des Vortatgeschädigten als auch des Vortäters, so besteht Tateinheit kraft natürlicher Handlungseinheit zwischen der Hehlerei und dem Delikt, durch dessen Tathandlung der Täter die Sache sich oder einem Dritten verschafft.

c) Anders verhält sich der Fall, wenn die Verschaffenshandlung ausschließlich die Rechtsgutsverletzung der Vortat perpetuiert; dies ist etwa der Fall, wenn einem Dieb das erlangte Diebesgut wiederum gestohlen wird.¹³⁷

¹²⁸ Vgl. hier insbesondere *Grosse*, Zur Kriminologie der Hehlerei, 1967, passim. Er kommt zu dem Ergebnis, dass durch die im Zuge der Untersuchung begleiteten Hehler kein Vortäteranreiz geschaffen wurde (S. 201 ff.). Die Untersuchung erstreckte sich auf 180 Personen, die zwischen 1959 und 1961 in Hamburg wegen Hehlerei verurteilt wurden. Weitere Literaturnachweise über kriminologische Untersuchungen der Hehlerei finden sich bei *Geerds*, GA 1958, 129 in Fn. 2.

¹²⁹ Auch hier verneinend *Roth* (Fn. 13), S. 105.

¹³⁰ Exemplarisch *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 13 m.w.N.

¹³¹ Je nach dem zugrunde gelegten Vermögensbegriff.

¹³² Zum Streitstand vgl. etwa *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 15.

¹³³ Hierzu *Fischer* (Fn. 2), § 246 Rn. 6 f.

¹³⁴ Vgl. exemplarisch *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 11 m.w.N.

¹³⁵ Siehe die beispielhafte Aufzählung oben unter III. 5. a).

¹³⁶ So auch – wenn auch mit abweichenden Ergebnissen – *Roth*, JA 1988, 193 (207); *ders.* (Fn. 13), S. 120.

¹³⁷ Sofern man mit der herrschenden Ansicht als Schutzgut des Diebstahls (Nachweise bei *Fischer* [Fn. 2], § 242 Rn. 1) ausschließlich das Eigentum ansieht. Siehe dazu oben Fn. 7.

aa) Roth nimmt hier eine „Sperrwirkung der Perpetuierungstatbestände“¹³⁸ an, die er in den §§ 252, 259, 260 StGB abschließend geregelt sieht¹³⁹ und die in diesem Fall das andere durch die Verschaffenshandlung erfüllte Delikt im Wege abstrakter Normenkonkurrenz¹⁴⁰ verdrängen sollen.¹⁴¹

bb) Dies vermag jedoch letztendlich nicht zu überzeugen. Die logische Folgerung wäre nämlich im Beispielfalle des Diebesdiebes, dass bei ansonsten identischer Tatausführung nur das – für seine Hehlereigenschaft konstituierende – Wissen des Täters um die Herkunft des Tatobjekts seine Strafbarkeit von Diebstahl in Hehlerei wandeln würde und ohne erkennbaren oder erklärbaren Grund die Strafschärfungsgründe der §§ 243 ff. StGB, denen die aus ihnen erwachsende besondere Gefährlichkeit der Wegnahmehandlung zugrunde liegt, ihren Anknüpfungspunkt verlören und somit nicht mehr zur Anwendung kommen könnten.

Im Hinblick auf den Unrechtsgehalt der Wegnahmehandlung erscheint dies jedoch nicht sachgerecht. Im Gegenteil mag vielleicht sogar unter kriminologischen Gesichtspunkten der besondere Anreiz für den Hehler in diesen Fallkonstellationen, nämlich dass er mit einer Anzeige oder sonstigem strafrechtlichen Vorgehen des Vortäters nicht zu rechnen braucht, ihn auch zu besonders drastischen Mitteln (etwa dem Mitsichführen von Waffen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB) greifen lassen, um sich diesen Vorteil zu sichern. Des Weiteren liegt es gerade im Wesen des Diebstahls, dass das Recht des Eigentümers auch dann beeinträchtigt oder eine bestehende Beeinträchtigung perpetuiert wird, wenn die Wegnahmehandlung nicht den Gewahrsam des Eigentümers, sondern den eines Dritten bricht¹⁴² (weshalb ein Diebstahl – unter Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht – ja überhaupt erst als Hehlereihandlung in Frage kommen kann).

d) Angemerkt sei, dass man letztendlich mit der dargestellten Konzeption denklogisch zu dem Ergebnis kommt, dass eine *isolierte* Hehlereistrafbarkeit nur in den Fällen einvernehmlichen Zusammenwirkens von Vortäter und Hehler in Betracht kommt. Somit deckt sich das konkurrenzenrechtlich aufgelöste Ergebnis der hier vertretenen Auffassung – mit zwei Ausnahmekonstellationen¹⁴³ – mit demjenigen der bislang herrschenden Ansicht.

¹³⁸ Vgl. Roth (Fn. 13), S. 91 ff.

¹³⁹ Vgl. Roth (Fn. 13), S. 91 ff., 107 ff., 151.

¹⁴⁰ Vgl. Roth (Fn. 13), S. 91 ff., insb. S. 107 ff.; zur Terminologie Roth, a.a.O., S. 89 f.

¹⁴¹ Vgl. Roth (Fn. 13), S. 107 ff.

¹⁴² Hierzu Fischer (Fn. 2), § 242 Rn. 15.

¹⁴³ Erstens: Die Fälle, in denen durch eine deliktische Verschaffenshandlung sowohl Rechtsgutsbeeinträchtigungen des Vortatgeschädigten perpetuiert als auch Rechtsgüter des Vortäters beeinträchtigt werden; hier würde die herrschende Ansicht ausschließlich eine Strafbarkeit wegen des die Verschaffenshandlung erfüllenden Delikts bestrafen. Zweitens: Die Fälle, in denen zwar nur eine Perpetuierung der durch die Vortat herbeigeführte Rechtsgutsbeeinträchtigung stattfindet, jedoch nicht geklärt werden kann, ob die Verschaffenshandlung deliktischer oder (willensmängelfreier) einvernehmli-

3. Keine Wahlfeststellung

Die im behandelten Bereich umstrittene Frage¹⁴⁴ nach der Möglichkeit der Wahlfeststellung¹⁴⁵ kann im Falle der Beeinträchtigung nur eines Rechtsguts durch die Hehlereihandlung (nämlich in Form der Perpetuierung der Rechtsgüterbeeinträchtigung der Vortat) nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur dahinstehen, sondern wird sogar vollständig gegenstandslos: Steht fest, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Erlangung der Verfügungsgewalt über die Sache bezüglich ihrer Herkunft bösgläubig war, also mindestens dolus eventualis und somit Vorsatz i.S.d. § 15 StGB vorlag, und er in Selbst- oder Drittbereicherungsabsicht handelte, ist es gleichgültig, ob nachgewiesen werden kann, dass der Übergang der Verfügungsgewalt im (willensmängelfreien) Einverständnis mit dem Vortäter erfolgte oder nicht: Der Beschuldigte ist jedenfalls der Hehlerei im Sinne des § 259 StGB schuldig. Soweit eine Wegnahme, Nötigung, Täuschung oder sonstiges taugliches deliktisches Verschaffen nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, entfällt nach dem Grundsatz in dubio pro reo die – konkurrenzenrechtlich vorrangige – Strafbarkeit wegen des anderen durch die Verschaffenshandlung erfüllten Delikts; das Perpetuierungsunrecht bleibt jedoch (einvernehmensunabhängig) bestehen und der Betroffene macht sich (nur) wegen Hehlerei i.S.d. § 259 StGB strafbar.

VI. Zusammenfassung

Die Tathandlung des Hehlereitattbestandes nach § 259 Abs. 1 StGB „sich oder einem Dritten verschaffen“ setzt *nicht* – wie von der herrschenden Ansicht gefordert – ein einvernehmliches Zusammenwirken von Vortäter und Hehler voraus, weshalb auch deliktische Handlungen (wie etwa eine Wegnahme i.S.d. § 242 StGB) hiervon erfasst werden. Perpetuiert eine solch deliktische Verschaffenshandlung jedoch ausschließlich die Rechtsgutsbeeinträchtigung der Vortat, wird sie von dem anderen Delikt auf konkurrenzenrechtlicher Ebene verdrängt; beeinträchtigt sie gleichzeitig verschiedene Rechtsgüter, besteht Tateinheit. Kann das andere Delikt nicht nachgewiesen werden, so bleibt trotzdem eine Strafbarkeit wegen Hehlerei bestehen, weshalb die Frage nach der Möglichkeit einer Wahlfeststellung obsolet wird.

cher Natur war; in diesen Fällen ist die Anwendbarkeit der Wahlfeststellung strittig (hierzu sogleich unter V. 3.).

¹⁴⁴ Hierzu Stree (Fn. 2), § 259 Rn. 65 f.

¹⁴⁵ Einführend zur Grundproblematik Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 805 ff.