

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 233

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 233, Rn. X

BGH 1 ARs 16/16 - Beschluss vom 21. Februar 2017

Anfrageverfahren (Zulässigkeit einer Vorlage zum Großen Senat für Strafsachen nur bei Aufrechterhaltung der Anfrage: Rücknahme durch anderslautende Entscheidung; Bindungswirkung des Anfragebeschlusses für den anfragenden Senat: Wegfall der Bindungswirkung durch Rücknahme der Anfrage; Bindungswirkung eines zustimmenden Beschlusses für den zustimmenden Senat); Erpressung (Vermögensschaden: Besitz an Betäubungsmitteln als Bestandteil des geschützten Vermögens; Betrug)

§ 132 Abs. 1, Abs. 3 GVG; § 253 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der 1. Strafsenat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Besitz von Betäubungsmitteln Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist.
2. Wenn ein Senat überbesetzt ist und deswegen mehrere Sitzgruppen gebildet hat, kann er (nach außen) nur eine einheitliche Rechtsprechung verfolgen. § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG ermächtigt nur den Senat als solchen zur Anfrage bei anderen Senaten, nicht einzelne Sitzgruppen eines Senats.
3. Allein aus dem Umstand, dass ein Senat einen Anfragebeschluss gefasst hat, ergibt sich weder aus § 132 GVG, noch aus Sinn und Zweck des Anfrageverfahrens eine Sperrwirkung für die anderen Senate, weiterhin unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung zu entscheiden. Bindungswirkung entfaltet demgegenüber der Beschluss eines angefragten Senats, mit dem er einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung zugestimmt hat. Ab diesem Zeitpunkt ist ihm eine Rückkehr zur „alten“ Rechtsprechung versagt, sofern er nicht vorher seinerseits den Großen Senat anruft.
4. Diese Wirkungen gelten grundsätzlich auch für den Senat, der den Anfragebeschluss gefasst hat (vgl. BGH JR 2017, 82). Jedoch wird durch eine zeitlich nach dem Anfragebeschluss auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung gefasste Entscheidung die gestellte Anfrage hinfällig und damit unzulässig, weil der Senat mit seiner nachfolgenden Entscheidung dokumentiert hat, dass er an seiner Anfrage nicht mehr festhält.
5. Soweit der anfragende Senat darüber hinaus selbst eigene entgegenstehende Rechtsprechung mit dem Anfragebeschluss aufgegeben hat, trifft ihn die Bindungswirkung des Anfrageverfahrens ebenso wie angefragte Senate, d.h. mit der Aufgabe bisheriger Rechtsprechung ist er grundsätzlich ebenso gehindert, weiter nach der aufgegebenen Rechtsprechung zu entscheiden; im Gegensatz zu einem angefragten Senat entfällt die Bindungswirkung für ihn jedoch mit einer gegenteiligen Entscheidung, weil damit zugleich seine Anfrage hinfällig geworden ist.

Entscheidungstenor

Die beabsichtigte Entscheidung des 2. Strafsenats widerspricht der Rechtsprechung des 1. Strafsenats, der - unabhängig von der inzwischen eingetretenen Unzulässigkeit der Anfrage - an dieser Rechtsprechung festhält.

Gründe

I.

1. Der 2. Strafsenat beabsichtigt zu entscheiden, „dass die Nötigung zur Übertragung von unerlaubtem Besitz an Betäubungsmitteln nicht das strafrechtlich geschützte Vermögen betrifft.“ Er hat daher mit Beschluss vom 1. Juni 2016 (2 StR 335/15) gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG bei den übrigen Strafsenaten angefragt, ob an ggfs. entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird. 1
2. Allerdings hat eine andere Spruchgruppe des anfragenden Senats mit Urteil vom 22. September 2016 (2 StR 27/16) auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung entschieden, von der aber entsprechend des zuvor gefassten Anfragebeschlusses abgewichen werden sollte. 2

II.

Das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG soll eine (überflüssige) Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen vermeiden, wenn nämlich der Strafsenat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage mitteilt, an seiner bisherigen Rechtsauffassung nicht länger festzuhalten. Deshalb ist Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Vorlage an die großen Senate, dass der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, zuvor erklärt hat, an seiner Rechtsauffassung weiterhin festzuhalten (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG). 3

1. Allein aus dem Umstand, dass ein Senat einen Anfragebeschluss gefasst hat, ergibt sich weder aus § 132 GVG, noch aus Sinn und Zweck des Anfrageverfahrens eine Sperrwirkung für die anderen Senate, weiterhin unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung zu entscheiden (BGH, Beschlüsse vom 15. Juni 1994 - IV ZR 45/94 = NJW 1994, 2299 und vom 24. August 2000 - 1 StR 349/00; Franke in LR, 26. Aufl., § 132 GVG Rn. 21). 4

2. Bindungswirkung entfaltet demgegenüber der Beschluss eines angefragten Senats, mit dem er einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung zugestimmt hat. Ab diesem Zeitpunkt ist ihm eine Rückkehr zur „alten“ Rechtsprechung versagt, sofern er nicht vorher seinerseits den Großen Senat anruft (Franke in LR, 26. Aufl., § 132 GVG Rn. 21; KK-StPO/Hannich, 7. Aufl., § 132 GVG Rn. 13). 5

Diese Wirkungen gelten grundsätzlich auch für den Senat, der den Anfragebeschluss gefasst hat (BGH, Urteil vom 22. September 2016 - 2 StR 27/16, JR 2017, 82 - zum Fehlen einer Sperrwirkung). Jedoch wird durch eine zeitlich nach dem Anfragebeschluss auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung gefasste Entscheidung die gestellte Anfrage hinfällig und damit unzulässig, weil der Senat mit seiner nachfolgenden Entscheidung dokumentiert hat, dass er an seiner Anfrage nicht mehr festhält (Graf in BeckOK/StPO, Ed. 27, § 132 GVG Rn. 18). Auch wenn ein Senat überbesetzt ist und deswegen mehrere Sitzgruppen gebildet hat, kann er (nach außen) nur eine einheitliche Rechtsprechung verfolgen (Mosbacher JuS 2017, 127, 130). § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG ermächtigt nur den Senat als solchen zur Anfrage bei anderen Senaten, nicht einzelne Sitzgruppen eines Senats. Die noch anderslautende frühere Regelung von § 9 des Bundesgesetzes über die Errichtung eines Gerichtshofes für Handelssachen von 1869, wonach auch eine Rechtsfrage beim Abweichen von einer früheren Entscheidung des(selben) Senats vor das Plenum zu bringen war, war im späteren § 137 GVG aF, ebenso nun in § 132 GVG, nicht mehr enthalten (Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995, S. 89 f.). 6

3. Soweit der anfragende Senat darüber hinaus selbst eigene entgegenstehende Rechtsprechung mit dem Anfragebeschluss aufgegeben hat, trifft ihn die Bindungswirkung des Anfrageverfahrens ebenso wie angefragte Senate, d.h. mit der Aufgabe bisheriger Rechtsprechung ist er grundsätzlich ebenso gehindert, weiter nach der aufgegebenen Rechtsprechung zu entscheiden; im Gegensatz zu einem angefragten Senat entfällt die Bindungswirkung für ihn jedoch mit einer gegenteiligen Entscheidung, weil damit zugleich seine Anfrage hinfällig geworden ist (Graf in BeckOK/StPO, Ed. 27, § 132 GVG Rn. 19). Bleibt sie weiter aufrecht erhalten, ist sie unzulässig geworden. 7

So ist es vorliegend. 8

III.

1. Unabhängig von der Zulässigkeit der Anfrage steht der beabsichtigten Entscheidung Rechtsprechung des 1. Strafsenats entgegen. Der Senat hat in zahlreichen Entscheidungen, darunter auch viele unbegründete Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO, den Besitz von Betäubungsmitteln den Vermögenswerten zugerechnet, u.a. in dem Beschluss vom 25. Februar 1997 - 1 StR 804/96, als einem Drogendealer durch Täuschung Drogen abgenommen wurden und danach das Opfer mittels Waffeneinsatz davon abgehalten wurde, die Rückgabe zu verlangen und dadurch „die erstrebte Schädigung seines Vermögens hinzunehmen“. 9

Im Urteil vom 4. September 2001 - 1 StR 167/01 hat der Senat in einem Fall, in dem die Angeklagten Drogendealer mit Gewalt dazu bringen wollten, ihnen Drogen ohne Bezahlung auszuhändigen, ausdrücklich formuliert: 10

„Wer einen Rauschgift Händler mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Herausgabe von Drogen nötigt, um sich zu Unrecht zu bereichern, macht sich nicht der Nötigung, sondern der räuberischen Erpressung schuldig. Das Landgericht hat sich an einer entsprechenden Verurteilung gehindert gesehen, weil der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln nicht durch § 253 StGB als Vermögen strafrechtlich unter Schutz stehe. Hierbei hat es verkannt, daß die Rechtsordnung im Bereich der Vermögensdelikte ein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen nicht kennt (vgl. BGHSt 8, 254, 256; BGH NSTZ-RR 1999, 184, 185 f.; Tröndle/Fischer StGB 50. Aufl. § 263 Rdn. 29 m.w.N.). Auch an Sachen wie Rauschgift, die jemand aufgrund einer strafbaren Handlung besitzt und als Tatmittel zur Begehung geplanter Straftaten bereitstellt, kann unbeschadet ihrer Zweckbestimmung oder Bemakelung Erpressung und Betrug begangen werden.“ An den vorgenannten Entscheidungen hält der Senat fest. 11

2. Auch wenn der Anbau von Betäubungsmitteln, deren Herstellung, das Handeltreiben mit ihnen, das Einführen oder Ausführen, die Abgabe, das Veräußern, das sonst in den Verkehr bringen und der Erwerb grundsätzlich einer Erlaubnis des Bundesinstitutes für Arzneimittel und Medizinprodukte bedürfte (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG), ergibt sich daraus nichts für den Besitz von Betäubungsmitteln, welcher gerade nicht erwähnt ist. Ob Besitz daher sogar erlaubnisfrei ist (Weber, BtMG, 4. Aufl., § 3 Rn. 76; aA Kotz in MüKo StGB, 2. Aufl., BtMG § 3 Rn. 5 f.), kann insoweit dahinstehen. Letztlich kann aber mangels fehlender Erwähnung des Besitzes in § 3 BtMG der Besitz von Betäubungsmitteln und beispielsweise von Schusswaffen und Munition (vgl. § 52 Abs. 3 Nr. 2 WaffG) kaum unterschiedlich behandelt werden. 12

Außerdem vermag die Argumentation des anfragenden Strafsenats nicht überzeugend zu begründen, weshalb trotz (Weiter)Geltung der Besitzschutzregeln der §§ 858 ff. BGB dem Besitz von Betäubungsmitteln kein Vermögenswert zukommen soll, insbesondere in solchen Fällen, denen ein erlaubter Drogenbesitz vorangegangen ist (z.B. Betäubungsmittelbestand von Apotheken), oder das Tatopfer Betäubungsmittel straflos im Ausland erworben hat. Bei einem straflosen Erwerb im Ausland kommt hinzu, dass insoweit nach dem Verbringen nach Deutschland die Anwendung des Straftatbestandes des Besitzes nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG deswegen nicht unproblematisch ist, weil in diesem Fall der Käufer gerade keine Erlaubnis nach § 3 BtMG benötigte. 13

3. Die Hilfsbegründungen des anfragenden Strafsenats zur Frage des Eigentums an Betäubungsmitteln, von welchem regelmäßig das Recht zum Besitz abgeleitet ist, helfen ebenfalls nicht weiter. Unklar bleibt, auf welche Weise es zu einem offenbar geminderten Eigentum („jedenfalls kein vollwertiges Eigentum“) kommen soll und auf welcher Rechtsgrundlage die dem Bürgerlichen Recht bislang unbekannteste Figur eines „eingeschränkten Eigentums“ beruht. Dies gilt in gleicher Weise für die nach Auffassung des anfragenden Strafsenats offenbar mit einer Einreise nach Deutschland verbundene Minderung des vorhandenen Eigentums bei einem nicht strafbaren Vorerwerb im Ausland. Allein der Umstand, dass die Einfuhr (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) nach Deutschland verboten ist, vermag keine sachenrechtlichen Wirkungen an der eingeführten Sache herbeizuführen. Weder wird hiervon das Eigentum noch der Besitz betroffen. 14