

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 297

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 297, Rn. X

BGH 3 ARs 16/16 - Beschluss vom 15. November 2016

Anfrageverfahren; Herausgabe von Betäubungsmitteln als Vermögensverlust (wirtschaftlicher Vermögensbegriff; tatsächlicher Wert; zivilrechtlicher Besitzschutz; Wertungswidersprüche; Einheit der Rechtsordnung).

§ 253 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 132 GVG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - an der der Senat festzuhalten beabsichtigt (gegen BGH HRRS 2016 Nr. 814 [2. Senat]; vgl. aber auch vom selben Senat mit anderer Sitzgruppe BGH HRRS 2016 Nr. 1152) - ist der Schutzbereich der Vermögensdelikte dann eröffnet, wenn der Verlust der Sache oder des Rechts, die der Täter durch seine Tat zu erlangen strebt, bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Verringerung des Vermögens des Tatopfers führt. Ohne Bedeutung ist demgegenüber in aller Regel, ob die Sache oder das Recht aus einem unsittlichen oder gesetzwidrigen Geschäft oder aus einer strafbaren Handlung herrührt oder etwa für strafbare Zwecke eingesetzt werden soll; die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen.

2. Auch der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln ist demnach ein dem Schutz der Vermögensdelikte unterfallenden wirtschaftlichen Wert beurteilt. Dass Betäubungsmittel auf dem legalen Markt keinen Wert besitzen, ist bei wirtschaftlicher Betrachtung für sich ohne Belang; denn diese knüpft nicht an die Klagbarkeit einer Sache oder eines Rechts an, sondern allein an tatsächliche Verhältnisse.

Entscheidungstenor

Die beabsichtigte Entscheidung des 2. Strafsenats widerspricht der Rechtsprechung des 3. Strafsenats, der an dieser festhält.

Gründe

A. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat über die Revisionen von drei Angeklagten zu entscheiden, die vom Landgericht unter anderem wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung von „drei Plomben Heroin“ (die Angeklagten D. und S.) bzw. Beihilfe dazu (der Angeklagte B.) zu Freiheitsstrafen verurteilt worden sind. Der 2. Strafsenat hält die Verurteilung auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum strafrechtlichen Vermögensbegriff, der auch den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln umfasst, für rechtsfehlerfrei. Er möchte diese Rechtsprechung jedoch aufgeben und beabsichtigt wie folgt zu entscheiden: 1

„Die Nötigung zur Herausgabe von Betäubungsmitteln richtet sich nicht gegen das Vermögen des Genötigten und erfüllt daher nicht den Tatbestand der Erpressung.“ 2

B. Hieran sieht er sich jedoch durch entgegenstehende Rechtsprechung - unter anderem - des 3. Strafsenats gehindert (vgl. Senat, Beschluss vom 26. Juli 1995 - 3 StR 694/93, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Sichverschaffen 2; implizit auch Senat, Beschluss vom 27. Juli 2004 - 3 StR 71/04, NStZ 2005, 155). 3

An dieser Rechtsprechung, die im Übrigen Grundlage weiterer Senatsentscheidungen (Urteil vom 7. September 2006 - 3 StR 277/06, juris Rn. 34; vgl. auch - nicht tragend - Beschluss vom 20. September 2005 - 3 StR 295/05, NJW 2006, 72, 73) sowie zahlreicher nicht begründeter Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO war, hält der Senat fest. 4

I. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist - zurückgehend auf eine Entscheidung der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts aus dem Jahr 1910 (RG, Beschluss vom 14. Dezember 1910 - II 1214/10, RGSt 44, 230) und weitergeführt durch eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone (OGH, Urteil vom 11. Oktober 1949 - StS 160/49, OGHSt 2, 193, 201 f.) - im Rahmen der Vermögensdelikte des Betrugs (§ 263 StGB), der Untreue (§ 266 StGB) und der Erpressung (§ 253 StGB) der wirtschaftliche Vermögensbegriff - jedenfalls im Grundsatz - als maßgeblich anerkannt (BGH, Urteile vom 25. November 1951 - 4 StR 574/51, BGHSt 2, 364, 365 5

ff.; vom 17. November 1955 - 3 StR 234/55, BGHSt 8, 254, 256 ff.; vom 16. August 1995 - 2 StR 303/95, BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 1; vom 26. Oktober 1998 - 5 StR 746/97, NSTZ-RR 1999, 184, 185 f.; vom 27. Januar 2011 - 4 StR 502/10, NSTZ 2011, 699, 701; Beschluss vom 19. Juli 1960 - 1 StR 213/60, BGHSt 15, 83, 86). Danach ist der Schutzbereich der Vermögensdelikte dann eröffnet, wenn der Verlust der Sache oder des Rechts, die der Täter durch seine Tat zu erlangen strebt, bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Verringerung des Vermögens des Tatopfers führt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - 4 StR 502/10, aaO). Ohne Bedeutung ist demgegenüber in aller Regel, ob die Sache oder das Recht aus einem unsittlichen oder gesetzwidrigen Geschäft oder aus einer strafbaren Handlung herrührt oder etwa für strafbare Zwecke eingesetzt werden soll; die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen (BGH, Urteile vom 25. November 1951 - 4 StR 574/51, BGHSt 2, 364, 365 ff.; vom 17. November 1955 - 3 StR 234/55, BGHSt 8, 254, 256; vom 26. Oktober 1998 - 5 StR 746/97, NSTZ-RR 1999, 184, 185 f.; Beschluss vom 19. Juli 1960 - 1 StR 213/60, BGHSt 15, 83, 86; anders nur nach alter Rechtslage für Ansprüche einer Prostituierten auf das vereinbarte Entgelt gegen ihren Freier BGH, Urteil vom 9. Oktober 1953 - 2 StR 402/53, BGHSt 4, 373; differenzierend zwischen dem vereinbarten und dem erlangten Entgelt BGH, Beschluss vom 28. April 1987 - 5 StR 566/86, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögen 1; zur Rechtslage nach Inkrafttreten des ProstG BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 - 1 StR 435/15, NSTZ 2016, 283, 284; Beschlüsse vom 18. Januar 2011 - 3 StR 467/10, NSTZ 2011, 278, 279; vom 1. August 2013 - 4 StR 189/13, NSTZ 2013, 710, 711).

Anknüpfend an diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof auch den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln als dem Schutz der Vermögensdelikte unterfallenden wirtschaftlichen Wert beurteilt (BGH, Beschlüsse vom 26. Juli 1995 - 3 StR 694/93, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Sichverschaffen 2; vom 25. Februar 1997 - 1 StR 804/96, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Versuch 1; vom 12. Mai 2002 - 3 StR 4/02, NSTZ 2003, 151, 152; vom 20. September 2005 - 3 StR 295/05, NJW 2006, 72, 73; Urteile vom 4. September 2001 - 1 StR 167/01, BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 3; vom 22. September 2016 - 2 StR 27/16, juris Rn. 36; offen gelassen von BGH, Urteil vom 7. August 2003 - 3 StR 137/03, BGHSt 48, 322, 326).

II. Der Anfragebeschluss des 2. Strafsenats gibt keine Veranlassung, von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuweichen. Im Einzelnen:

1. Betäubungsmittel sind unzweifelhaft bei wirtschaftlicher Betrachtung in hohem Maße wertvoll. Dieser Wert bietet gerade den Anreiz, etwa sie herzustellen, sie einzuführen, mit ihnen Handel zu treiben oder sie in sonstiger Weise an sich zu bringen, obwohl diese und nahezu alle anderen Umgangsformen mit Betäubungsmitteln gesetzlich verboten und Verstöße gegen dieses Verbot strafbewehrt sind.

Wenn der 2. Strafsenat demgegenüber darauf hinweist, dass Betäubungsmittel auf dem legalen Markt keinen Wert besäßen, so mag dies der Sache nach grundsätzlich zutreffen, ist jedoch bei wirtschaftlicher Betrachtung für sich ohne Belang; denn diese knüpft nicht an die Klagbarkeit einer Sache oder eines Rechts an, sondern allein an tatsächliche Verhältnisse (BGH, Urteil vom 25. November 1951 - 4 StR 574/51, BGHSt 2, 364, 367 mwN), ohne dass hierdurch faktisch ein illegaler Markt geduldet oder gar anerkannt würde. Einen maßgeblichen Grund, den wirtschaftlichen Vermögensbegriff im Hinblick auf die stark eingeschränkte legale Marktfähigkeit von Betäubungsmitteln insoweit normativ zu beschneiden, vermag der Senat nicht zu erkennen.

2. Die wesentliche Begründungslinie des Anfragebeschlusses lautet nach dem Verständnis des Senats: Wenn der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln mit Strafe bedroht sei, könne nicht gleichzeitig derjenige mit Strafe bedroht werden, der diesen gesetzeswidrigen Zustand beende, indem er dem unrechtmäßigen Besitzer den unerlaubten Besitz entziehe. Damit ist das Argument der Einheit der Rechtsordnung angesprochen, das der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise entgegenstehen soll (vgl. dazu auch MüKoStGB/Hefendehl, 2. Aufl., § 263 Rn. 468 ff.). Hierzu gilt Folgendes:

a) Soweit der 2. Strafsenat im Anschluss an eine im Schrifttum vertretene Auffassung (vgl. etwa Gallas in Festschrift Eberhard Schmidt, 1961, S. 401, 408, 425 f.; Matt/Renzikowski/Maier, StGB, § 253 Rn. 23; NKStGB/Kindhäuser, StGB, 4. Aufl., § 263 Rn. 239 mwN) hierzu behauptet, nur der rechtmäßige Besitz könne Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sein, ist nicht erkennbar, warum diese Auffassung in geringerem Maße zu Friktionen innerhalb der Rechtsordnung führen sollte, als dies bei Anwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs der Fall sein soll. Denn auch der unrechtmäßige Besitz steht unter dem Schutz der Rechtsordnung.

aa) Dies gilt zunächst mit Blick auf die zivilrechtlichen Besitzschutzregeln der §§ 858 ff. BGB. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob - wie der 2. Strafsenat meint - aus § 861 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf die Wiedereinräumung des unerlaubten Besitzes an Betäubungsmitteln nicht hergeleitet werden könne (so wohl Hillenkamp in Festschrift Achenbach, 2011, S. 189, 205; aA für den Fall, dass ein Dieb die Rückgabe des ihm wiederum von einem Dritten entwendeten Diebesguts verlangt: BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2007 - 4 StR 422/07, NSTZ 2009, 37; dem folgend, obgleich im Anfragebeschluss für die Gegenauffassung zitiert: Dehne-Niemann, NSTZ 2009, 37, 38; nach wohl allgemeiner Meinung kommt es für den Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB auf ein Recht

zum Besitz des Anspruchsberechtigten nicht an, dieser steht auch dem unrechtmäßigen Besitzer zu, vgl. Staudinger/Gutzeit, BGB, Neubearbeitung 2012, § 861 Rn. 6; MüKoBGB/Joost, 6. Aufl., § 861 Rn. 5; BeckOGK/Götz, 1. Dezember 2016, BGB § 861 Rn. 9 mwN zur ständigen Rechtsprechung; Palandt/Herrler, BGB, 76. Aufl., § 861 Rn. 6) oder ob - wie der 4. Strafsenat in einem obiter dictum ausgeführt hat - derjenige, der Betäubungsmittel unerlaubt besitzt, im Fall, dass sie ihm durch unerlaubte Eigenmacht entzogen werden, eine Wiedereinräumung des Besitzes nicht nach § 859 Abs. 2 BGB mit Gewalt durchsetzen darf (BGH, Beschluss vom 21. April 2015 - 4 StR 92/15, NJW 2015, 2898, 2900 f. mit kritischer Anmerkung Kudlich, NJW 2015, 2901; ablehnend auch Jäger, JA 2015, 874, 876). Jedenfalls kann sich auch der unrechtmäßige Besitzer gemäß § 859 Abs. 1 BGB gegen die Wegnahme der Sache mit Gewalt verteidigen. Auf die Rechtmäßigkeit der Besitzerlangung kommt es für das Entstehen des Besitzschutzes auch insoweit nicht an, vielmehr darf jeder unmittelbare Besitzer verbotene Eigenmacht eines Dritten abwehren (allgemeine Meinung, vgl. Staudinger/Gutzeit aaO, § 859 Rn. 3; MüKoBGB/Joost aaO, § 859 Rn. 3; BeckOGK/Götz aaO, § 859 Rn. 5; Palandt/Herrler aaO, § 859 Rn. 1). Sein hierbei gezeigtes Verhalten ist, soweit in den Grenzen der Notwehr bleibend, rechtmäßig; der Angreifer hat es hinzunehmen.

Dem danach rechtlich geschützten Besitz kann sein Vermögenswert nicht mit der Begründung abgesprochen werden, aus dem formalen Besitzschutz dürfe nicht auf eine Vermögenszuweisung geschlossen werden, weil die Vorschriften nur dem Rechtsfrieden dienen (so aber NKStGB/Kindhäuser aaO, § 263 Rn. 239 mwN; Gallas aaO, S. 426). Denn auch wenn die letztgenannte Zielsetzung vorrangiger Zweck der §§ 858 ff. BGB sein mag, ist nicht zu verkennen, dass diese auch für den unrechtmäßigen Besitzer einer Sache eine - zumindest vorläufige - Herrschaftsposition schaffen, die ihm gegenüber Außenstehenden eine rechtlich stärkere Stellung (vgl. auch § 1006 Abs. 1 BGB) verleiht und zudem faktische Verwertungsmöglichkeiten bestehen. Dies rechtfertigt es, auch den unrechtmäßigen Besitz an einer Sache als Vermögenswert anzusehen, wenn die besessene Sache ihrerseits einen wirtschaftlichen Wert hat (MüKoStGB/Hefendehl aaO, Rn. 472; vgl. auch LK/Tiedemann, 12 StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 140 mwN; Matt/Renzikowski/Saliger, StGB, § 263 Rn. 172).

bb) Dass Betäubungsmittel nach § 33 Abs. 2 BtMG der Einziehung unterliegen, steht der Einordnung als - in dem beschriebenen Rahmen - rechtlich geschütztes Wirtschaftsgut nicht entgegen. Im Gegenteil zeigen gerade die Einziehungsvorschriften auf, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Betäubungsmittel, obwohl der Umgang mit ihnen rechtlich missbilligt ist, Bestandteil eines privaten Vermögens darstellen können: Folge der Einziehung ist nach § 74e Abs. 1 StGB, dass das Eigentum mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat übergeht; die Betäubungsmittel werden mithin in staatliches Vermögen überführt. Dadurch kommt implizit zum Ausdruck, dass sie sich vorher in fremdem Vermögen befunden haben müssen, denn andernfalls wäre eine gerichtliche Einziehungsentscheidung nicht erforderlich. Auch dies belegt einen gewissen Schutz des Besitzes an Betäubungsmitteln.

b) Es ist - anders als der 2. Strafsenat meint - unzutreffend, dass in Fällen, in denen dem Besitzer von Betäubungsmitteln diese mit Nötigungsmitteln oder durch Täuschung entzogen werden, der „rechtlich erwünschte Zustand“ eintrete. Es liegt nicht im staatlichen Interesse, dass sich irgendein Dritter - noch dazu unter Missachtung des staatlichen Gewaltmonopols - auf unredliche Art und Weise in den Besitz von Betäubungsmitteln bringt. Denn dieses Verhalten ist - wie der 2. Strafsenat nicht verkennt - jedenfalls auch gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 Variante 10 BtMG strafbar.

c) Die Anwendung der Auffassung des 2. Strafsenats würde dazu führen, dass zahlreiche weitere Gegenstände, deren wirtschaftlicher Wert aufgrund ihrer grundsätzlichen Verkehrsfähigkeit unzweifelhaft erscheint (z.B. Waffen, Kriegswaffen oder Sprengstoff), dem strafrechtlichen Vermögensschutz nicht mehr unterfallen dürften. Wollte man dies anders sehen, müssten vergleichbare verwaltungsrechtliche Verbote im Bereich des Strafrechts unterschiedlich gehandhabt werden, um mit Blick auf den strafrechtlichen Vermögensschutz zu unterschiedlichen Ergebnissen zu gelangen. Im Einzelnen:

Nach der gesetzlichen Konzeption ist jeglicher Umgang mit Betäubungsmitteln grundsätzlich verboten. In § 3 Abs. 1 BtMG ist geregelt, dass nur derjenige mit Betäubungsmitteln in der dort genannten Art und Weise umgehen und sie als regelmäßige Folge eines legalen Umgangs auch besitzen darf, der über eine entsprechende Erlaubnis verfügt. Es handelt sich mithin um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (MüKoStGB/Kotz, 2. Aufl., § 3 BtMG Rn. 1 mwN). Verstöße gegen dieses Verbot sind in den §§ 29 ff. BtMG mit Strafe bedroht, insbesondere der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln in § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG.

Diese Regelungstechnik findet sich beispielsweise auch im Waffenrecht: Nach § 2 Abs. 2 WaffG bedarf der Umgang mit Waffen oder Munition, die in der Waffenliste aufgeführt sind, der Erlaubnis. Nach den §§ 2 ff. KrWaffKontrG bedürfen Herstellung, Erwerb der tatsächlichen Gewalt, Inverkehrbringen und Beförderung von Kriegswaffen der Genehmigung. Gleiches gilt nach § 27 Abs. 1 SprengG für den Erwerb und den Umgang mit Sprengstoffen. Der unerlaubte Besitz all dieser Gegenstände ist gleichfalls mit Strafe bedroht (vgl. § 51 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 und 2, Abs. 10 WaffG, § 22a Abs. 1 Nr. 6 KrWaffKontrG [Ausüben der tatsächlichen Gewalt], § 40 Abs. 1 Nr. 3

SprengG [Aufbewahren ist die Innehabung der tatsächlichen Gewalt als Unterfall des Umgangs, vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 1 SprengG]).

Sollte es mit dem 2. Strafsenat für die Frage, ob der strafrechtliche Vermögensschutz zur Anwendung gelangt, entscheidend darauf ankommen, ob der unerlaubte Besitz strafbar ist, könnten Waffen oder Sprengstoff, wenn sie ohne Genehmigung besessen werden, gleichfalls nicht mehr Gegenstand von Vermögensdelikten sein. Dies erscheint mit Blick auf den Umstand, dass es sich insoweit um Handelsware von nicht unerheblichem Wert handelt, kaum nachvollziehbar. 19

Wollte man bei gleicher gesetzlicher Regelungstechnik indes nur den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln vom Vermögensschutz ausnehmen, den unerlaubten Besitz an den anderen genannten Gegenständen hingegen nicht, wäre dies wiederum mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung nicht zu begründen. 20

d) Erhebliche Wertungswidersprüche würden - wie der 2. Strafsenat erkennt - bei Anwendung seiner Auffassung auch mit Blick auf die Tatbestände des Diebstahls oder des Raubes auftreten. Es ist nicht selten eine vom Zufall abhängige Tatfrage, ob ein Vermögens- oder ein Eigentumsdelikt, mithin ob Betrug oder Diebstahl, räuberische Erpressung oder Raub gegeben ist. Es ist indes nicht nachvollziehbar, warum - unabhängig von der jeweiligen Begehung eines Betäubungsmitteldelikts - etwa derjenige, der durch Drohung mit einer Waffe erzwingt, dass sein Opfer die Wegnahme von Betäubungsmitteln duldet, sich wegen besonders schweren Raubes nach § 250 Abs. 2 Nr. 1, § 249 Abs. 1 StGB mit einer Mindeststrafdrohung von fünf Jahren Freiheitsstrafe strafbar macht, derjenige, der bei gleicher Drohung erreicht, dass sein Opfer ihm die Betäubungsmittel aushändigt, jedoch nur wegen Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB, gegebenenfalls in Tateinheit mit einem Waffendelikt. 21

Soweit der 2. Strafsenat in seinem Anfragebeschluss angedeutet hat, zur Auflösung dieser Wertungswidersprüche „eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte“ in Betracht ziehen zu wollen, könnte der Senat dem nicht folgen: Die teleologische Auslegung trachtet danach, dem „objektiven Sinn“ der Gesetze am besten zu entsprechen. Grenze (auch) dieser Auslegungsmethode ist indes der Wortlaut; der „objektive Sinn“ der Gesetze muss einen Anhaltspunkt im Gesetzestext finden. Andernfalls würde unter Ignorierung der Gewaltenteilung die Gesetzeslage nicht durch den Gesetzgeber verändert werden, sondern allein durch den seinen subjektiven Vorstellungen folgenden Rechtsanwender (vgl. etwa NKStGB/Hassemer/Kargl aaO, § 1 Rn. 109d mwN). 22

Angesichts des eindeutigen Wortlauts etwa der § 242 Abs. 1, § 249 Abs. 1 StGB, die „fremde“ bewegliche Sachen als Wegnahmeobjekte nennen, also Sachen, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum (irgend-)einer anderen Person stehen (allg. Meinung, vgl. nur Fischer, StGB, 64. Aufl., § 242 Rn. 5 mwN), würde diese Wortlautgrenze hier verletzt werden, wenn man Betäubungsmittel, an denen auch nach Auffassung des 2. Strafsenats jedenfalls kraft Gesetzes (§§ 950, 953 BGB) Eigentum entstehen kann, vom Schutz der Eigentumsdelikte ausnimmt (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 20. September 2005 - 3 StR 295/05, NJW 2006, 72). 23