

SÖREN LICHTENTHÄLER

Besitzverbot
und Eigentumsschutz

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht
30*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 30



Sören Lichtenthäler

Besitzverbot und Eigentumsschutz

Eine Untersuchung zur Reichweite der Garantie
des Eigentums an „verbotenen“ Sachen
in straf- und zivilrechtsdogmatischer Hinsicht

Mohr Siebeck

Sören Lichtenthäler, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Mainz; 2016 Erste juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Mainz; seit 2020 Rechtsreferendar am LG Wiesbaden (OLG-Bezirk Frankfurt a. M.); 2020 Promotion.
orcid.org/0000-0001-5535-9991

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen.

ISBN 978-3-16-159522-6 / eISBN 978-3-16-159523-3
DOI 10.1628/978-3-16-159523-3

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinem Vater zum Gedenken

Meinen Müttern zum Dank

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2019/2020 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Für ihre Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Mai 2020 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Volker Erb, an dessen Lehrstuhl ich während der Zeit der Promotion arbeiten durfte: Seine Betreuung beließ mir einerseits alle Freiheiten, die es braucht, um zu denken, und gab mir andererseits wichtige Anstöße sowie die notwendige Orientierung. Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Jürgen Oechsler – nicht nur für die äußerst zügige Erstellung seines Zweitgutachtens, sondern auch für die ermutigenden und weiterführenden Diskussionen über die zivilrechtlichen Aspekte meiner Arbeit. Danken möchte ich zudem Herrn Prof. Dr. Peter Gröschler und Herrn Prof. Dr. Rainer Zaczyk, die mir im Rahmen meiner Förderung durch die Gutenberg-Akademie der Universität Mainz als Mentoren zur Seite standen und deren zusätzliche Betreuung in einem größeren Umfang, als sie selbst es vielleicht erahnen, in meiner Arbeit ihren Niederschlag gefunden hat.

Ganz wesentlichen Anteil daran, dass ich überhaupt den Mut aufbrachte, die Dissertation zu beginnen, und die Nerven behielt, sie zu einem Ende zu bringen, hatte Herr Prof. Dr. Michael Hettinger, der sich anlässlich seiner regelmäßigen „Heimsuchungen“ stets Zeit für meine zahlreichen und nicht immer ganz ausgegorenen Gedanken nahm. Eine nicht minder geduldige Gesprächspartnerin konnte ich in Frau Dr. Christina Globke finden, die immer wieder bereit war, sich meiner Fragen, Sorgen und Zweifel anzunehmen. Trotz großer Distanz konnte ich mir auf meinem Weg zudem, wie schon zu Zeiten des Studiums, der Unterstützung von Herrn Prof. Dr. Michael Ling gewiss sein. Zu großem Dank verpflichtet bin ich darüber hinaus Herrn PD Dr. Ralf Peter Anders, der sowohl entscheidenden Einfluss auf die Wahl meines Studiums hatte als auch meinen Blick aufs Recht ganz maßgeblich und nachhaltig prägte.

Für ihre großzügige finanzielle und für ihre vielfältige ideelle Förderung danke ich der Gutenberg-Akademie.

Nicht möglich gewesen wäre die Arbeit ohne die Unterstützung durch meine Familie, meine Freundinnen und Freunde und meine Kolleginnen und Kollegen (diesseits und jenseits der Feuerschutztür).

Wiesbaden, im Juli 2020

Sören Lichtenthäler

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
1. Kapitel: Strafrechtstheoretische Vorüberlegungen	7
A. <i>Zu möglichen strafrechtstheoretischen Grundannahmen in der Kontroverse über die Reichweite der strafrechtlichen Vermögensdelikte</i>	7
I. Mögliche verbrechenstheoretische Bezüge	9
1. Von der Rechtsguts- zur Pflichtverletzung als dem Wesensmerkmal kriminellen Unrechts	9
2. Vom Erfolgs- zum Handlungsunwert	12
II. Mögliche straftheoretische Bezüge	14
1. Zur Aufrechterhaltung rechtstreuer Gesinnung als Aufgabe des Strafrechts (Welzel und die Lehre von der positiven Generalprävention)	14
2. Zur Normgeltung als Strafrechtsgut (Jakobs und die Lehre von der „geltungserhaltenden Generalprävention“)	18
3. Zur Aufgabe des Strafrechts, den Frieden zu sichern (Kargl)	20
III. Zusammenfassung	25
B. <i>Die Verletzung rechtlich anerkannter Freiheit als notwendige Voraussetzung eines Delikts gegen den Einzelnen – zur „Akzessorietät“ des Strafrechts</i>	25
I. Zur Gefahr naturalistischer Verkürzungen des Rechtsgutsbegriffs und zur Notwendigkeit seiner freiheitsgesetzlichen Fundierung	25
II. Skizze der hier zugrunde gelegten und für die hiesige Fragestellung relevanten (straf-)rechtsphilosophischen Prämissen	29
C. <i>Einige erste Konsequenzen für die Auslegung der Vermögensdelikte</i> ..	34
D. <i>Konsequenzen für den Gang der weiteren Untersuchung</i>	36

2. Kapitel: Zum Begriff des Besitzverbotes	39
A. <i>Bisheriger Forschungsstand</i>	40
B. <i>Keine notwendige Begriffsakzessorietät zum bürgerlichen Recht</i>	42
I. Zur Relativität der (Rechts-)Begriffe im Allgemeinen	42
II. Zur Relativität des Besitzbegriffs im Besonderen	43
C. <i>Zu den möglichen Zwecken der Besitzverbote</i>	44
I. Verhinderung der Förderung bzw. der Produktion eines Gegenstands	44
II. Abwendung der (1.) mit dem Gegenstand selbst oder (2.) mit seiner Verwendung verbundenen Gefahren	45
1. An sich gefährliche Gegenstände	45
2. Bei Verwendung gefährliche Gegenstände	46
III. Erleichterung der Strafverfolgung	46
D. <i>Der Begriff des „Besitzes“ im Sinne der „formellen“ Besitzverbote</i> ..	47
I. Besitz als tatsächliche Sachherrschaft	47
II. Zum Erfordernis einer Ausrichtung auf Dauer	50
III. Zum Erfordernis eines Willens zum Besitz	51
E. <i>Weitere Erscheinungsformen tatsächlicher Sachgewalt</i>	54
I. Ausübung tatsächlicher Gewalt	54
II. Aufbewahren, Verwahren	54
III. (Mit-[sich]-)Führen	56
IV. Vorrätig-, Feil-, Bereithalten	56
V. Lagern	56
VI. Zur Einordnung als materielle Besitzverbote	57
F. <i>Ordnung der Besitzverbote ihrem Umfang entsprechend</i>	58
I. „Reine“ Besitzverbote	58
II. Eingeschränkte Besitzverbote	58
1. Subjektive Einschränkungen	59
2. Personelle Einschränkungen	59
3. Sonstige Einschränkungen	59
G. <i>Zusammenfassung</i>	59
3. Kapitel: Das Verbot des Besitzes und die Straftaten gegen das Eigentum	61
A. <i>Der Begriff der Fremdheit im Kontext der Eigentumsdelikte</i>	62
I. Herrschende Definition des Fremdheitsmerkmals und abweichende Auffassungen	63
1. Der Fremdheitsbegriff Ottos	64
a) Begründungsansatz	64

b) Kritik	66
2. Der Fremdheitsbegriff Kohlheims	71
II. Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug	73
<i>B. Besitzverbot und Eigentumserwerb – zivilrechtliche Vorfragen</i>	<i>75</i>
I. Vorüberlegungen	76
1. Terminologisches: Verkehrsverbote, Verkehrsfähigkeit	76
a) Verkehrsunfähigkeit und die Kategorie der <i>res extra commercium</i>	76
b) Zum „Verkehr“ und seinen Einschränkungen im hiesigen Kontext	77
2. Historisches: Besitzverbot und Eigentumsunfähigkeit	80
II. Zur Möglichkeit des Eigentumserwerbs bei bestehenden Umgangs- und Verkehrsverboten (im ausschließlich nationalen Kontext)	82
1. Die Auswirkungen von Verkehrsverboten auf die Möglichkeit gesetzlichen Eigentumserwerbs	83
a) Der Standpunkt der herrschenden Meinung	83
b) Die Gegenauffassung Wolters'	85
c) Kritik und Stellungnahme	87
aa) Rekonstruktion des Analogiethese Wolters'	88
bb) Überprüfung der Analogiethese Wolters'	89
(1) „Beredtes Schweigen“ ausweislich der Gesetzesmaterialien?	91
(2) Rechtfertigung der Analogie auf Grundlage der Regelungskonzeption des gesetzlichen Eigentumserwerbs	91
(a) Wolters' Ausgangspunkt	91
(b) Fehlende Gleichartigkeit der Erwerbstatbestände unter dem Gesichtspunkt des Willens zum Eigenbesitz	92
(3) Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung insgesamt als Legitimation der Analogie?	95
(a) Zum Begriff des Eigentums im bürgerlichen Recht und zur Unterscheidung von Eigentumszuordnung und Eigentumsausübung	97
(b) Erwerbsverbote als Ausdruck von „Unverfügbarkeit“ und die Zuordnung von Eigentum	103
(c) Normwiderspruch aufgrund dinglicher Folgeansprüche?	108
d) Zwischenergebnis	110
2. Die Auswirkungen von Verkehrsverboten auf die Möglichkeit rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs am Beispiel der §§ 929–931 BGB	111
a) Zum Gesamttatbestand der Übereignung	111
b) Grundsätzlich isolierte Beurteilung der Wirksamkeit von Verpflichtungsgeschäft und dinglicher Einigung	114
c) Zu den Auswirkungen der Verkehrsverbote auf die dingliche Einigung	114
aa) § 134 BGB als Transformationsnorm	115

bb)	Das Objekt der dinglichen Einigung und ihr Inhalt	118
cc)	Inhaltliche Abstraktion und Gesetzesverstoß – zugleich: ein Exkurs zur „sittlichen Neutralität“ von Verfügungsgeschäften . .	118
	(1) Zur „sittlichen Neutralität“ der Verfügungsgeschäfte und zur Berücksichtigungsfähigkeit inhaltsfremder Umstände bei der Beurteilung ihrer Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB	121
	(a) Auf § 138 Abs. 2 BGB gestützte systematische Erwägungen	122
	(b) Zu gegenläufigen auf § 817 BGB gestützten Erwägungen	123
	(c) Zur <i>ratio legis</i> von § 817 S. 2 BGB	126
	(d) Schlussfolgerungen für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit abstrakter Verfügungsgeschäfte	130
	(2) Schlussfolgerungen für die Verbotswidrigkeit abstrakter Verfügungen	132
dd)	Übertragung dieser Erkenntnisse auf die hier thematischen Verkehrsverbote	133
	(1) Schutz vor der Gefährlichkeit des Gegenstandes an sich oder seiner Verwendung	134
	(2) Schutz vor den mit der Herstellung und der Gewinnung betreffender Gegenstände verbundenen Gefahren	137
ee)	Zu einem möglichen Einwand aus der Teleologie des Abstraktionsprinzips	138
ff)	Zu einem möglichen systematischen Einwand aus dem Verbot der Aneignung, § 958 Abs. 2 Alt. 1 BGB	140
3.	Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Übertragung auf die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs durch Ersitzung	141
4.	<i>Exkurs</i> : Zur Gegenleistung im Rahmen eines durch Verkehrsverbote untersagten Geschäfts	143
III.	Die Beurteilung der Eigentumslage bei Sachverhalten mit Auslandsbezug	145
IV.	Zur Frage zivilrechtlicher Folgeansprüche	148
	1. Herausgabeansprüche	148
	2. Die negatorische Abwehr von unberechtigten Einwirkungen auf „verbotene“ Sachen	152
	3. Ansprüche auf Schadens- und Wertersatz in Geld	153
V.	Zusammenfassung	156
C.	<i>Besitzverbot und Eigentumsdelikt</i>	157
I.	Darstellung des Meinungsstands	157
	1. Teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte in Fällen von Tatobjekten, deren Besitz verboten ist	157
	2. Keine rechtswidrige Enteignung in Fällen von Tatobjekten, die der Einziehung unterliegen (der Ansatz Hoyers)	159

3.	Anwendung der Eigentumsdelikte auch in diesen Fällen	160
II.	Kritik	162
1.	Zu den gesetzessystematischen Einwänden	162
2.	Der Topos vom „Formalismus“ der Eigentumsdelikte	162
3.	Das Problem der Grenzziehung: Zur Reichweite der vorgeschlagenen Einschränkung der Eigentumsdelikte (Bestimmung der „Reduktionsthese“)	165
4.	Zum Ansatz Hoyers	168
III.	Zwischenfazit und Gang der weiteren Untersuchung	172
IV.	Zur Teleologie der Eigentumsdelikte	176
1.	Die faktische Möglichkeit des Sachumgangs als Rechtsgut der Eigentumsdelikte – das Konzept der herrschenden Meinung	176
2.	Die vorrechtliche Eigenrelation als Rechtsgut der Eigentumsdelikte – das rechtsphänomenologische Konzept Rosemarie Franks	177
3.	Das tatsächliche selbstbestimmte Haben als Rechtsgut der Eigentumsdelikte – das Konzept Börners	178
4.	Das Ausschließungsrecht als Rechtsgut der Eigentumsdelikte – das Konzept J. Kauffmanns	178
5.	Kritik und Stellungnahme	180
a)	Zur inneren Widersprüchlichkeit der herrschenden Meinung	180
b)	Was es ist: Zur Intelligibilität des Eigentums	182
c)	Warum es ist: Vom Sinn privaten Eigentums – Eigentum und Freiheit	184
aa)	Kritik sozialutilitaristischer und wohlfahrtsökonomischer Eigentumstheorien	186
bb)	Eigentum und personale Freiheit	188
(1)	Der Zusammenhang von Eigentum und Freiheit bei Kant	190
(2)	Eigentum als ein Recht auf freie Wirksamkeit bei Fichte	195
(3)	Eigentum als Dasein der Freiheit bei Hegel	198
cc)	Eigentum als Rückzugsraum	203
6.	Zusammenführung	207
a)	Zusammenfassung zu Sinn und Struktur des Eigentums	207
b)	Bedeutung für die hiesige Untersuchung	210
V.	Bedeutung der Besitzverbote für die Reichweite des Anwendungsbereichs der Eigentumsdelikte	211
1.	Besitzverbote als Ausdruck privater „Unverfügbarkeit“	212
2.	Besitzverbote ohne Bedeutung für die Teleologie der Eigentumsdelikte am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts	213
D.	Zusammenfassung	218

4. Kapitel: Das Verbot des Besitzes und die Vermögensdelikte im engeren Sinne	219
A. <i>Das Eigentum an „verbotenen“ Sachen als Teil des strafrechtlich garantierten Vermögens</i>	220
I. Zur Gefahr von Wertungswidersprüchen zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten und ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung	221
1. Das Beispiel von Raub und räuberischer Erpressung	222
2. Die Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten als sachgrundlose Ungleichbehandlung wesentlich Gleicher	224
II. Zur (verfassungsrechtlichen) Möglichkeit und Notwendigkeit einer nicht auf den konkreten Geldwert abstellenden Vermögens- und Schadenslehre; die „funktionale“ Bestimmung des Schadensmerkmals durch Kindhäuser	226
1. Grundzüge der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre Kindhäusers	227
a) Das Kohärenzkriterium	227
b) Das Schadenskriterium; zugleich zur „personalen“ Schadenslehre ..	228
aa) Das Schadenskriterium	228
bb) Zur Abgrenzung von der „personalen“ Schadenslehre	229
c) Das Bereicherungskriterium; zugleich zum „intersubjektiven“ Vermögensbegriff Hoyers	230
aa) Das Bereicherungskriterium	230
bb) Zur Abgrenzung von der „intersubjektiven“ Vermögenslehre Hoyers	232
d) Die Definition des „funktionalen“ Vermögensbegriffs	234
e) <i>Exkurs</i> : Abgrenzung des „funktionalen“ zum „juristischen“ Vermögensbegriff und zur Schadenslehre Bindings sowie zu ihrer Reformulierung bei Pawlik	235
f) Zwischenfazit: zur Notwendigkeit einer „Befreiung des Strafrechts vom ökonomistischen Denken“	239
2. Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre mit der <i>lex lata</i>	240
a) Die Bedeutung der Rechtsprechung des BVerfG zum Merkmal des Vermögensschadens; zum sog. Verschleifungsverbot	241
b) Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre mit dem Verbot der „Verschleifung“ und dem Gebot der Bezifferung	244
aa) Das Kohärenzkriterium und das Bezifferungsgebot	244
bb) Die „funktionale“ Vermögenslehre und das Verbot der Verschleifung	245
cc) Die „funktionale“ Vermögenslehre und das Gebot der Präzisierung	248

dd) Zwischenergebnis	249
c) Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre mit dem Willen des Gesetzgebers	249
3. Zwischenergebnis	251
III. Ergebnis	252
<i>B. Geschäfte über „verbotene“ Sachen und das strafbewehrte Verbot des Betruges</i>	<i>252</i>
I. Die Bedeutung des § 817 S. 2 BGB für die Auslegung des § 263 StGB ...	252
II. Schlussfolgerungen für die Anwendung von § 263 StGB bei Geschäften über „verbotene“ Sachen	255
III. Ergebnis	258
<i>C. Ergebnis</i>	<i>258</i>
5. Kapitel: Ein kursorischer Überblick zum Erarbeiteten und ein exkursorischer Ausblick auf Parallelprobleme	261
Literaturverzeichnis	271
Sachregister	321

Abkürzungsverzeichnis

A. A	Andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung
AA	Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften
ABGB	Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
Anm.	Anmerkung
AntiDopG	Gesetz gegen Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz)
AnwK-StGB	AnwaltKommentar StGB
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Ariz. St. L. J.	Arizona State Law Journal
AromenV	Aromenverordnung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
Bd.	Band
beckOGK	beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht
beckOK	Beck'scher Online-Kommentar
beckRS	Beck-Rechtsprechung
Bem.	Bemerkung
Beschl.	Beschluss
betr.	betreffend
BG	Schweizerisches Bundesgericht

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (zit. nach Jahrgang, Abteilung, Seitenzahl)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BKA	Bundeskriminalamt
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
Bödikers Magazin	Bödikers Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart
BR	Bürgerliches Recht
BRJ	Bonner Rechtsjournal
Brsg.	Breisgau
BSK	Basler Kommentar Strafrecht
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BtM	Betäubungsmittel
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BWildSchV	Verordnung über den Schutz von Wild (Bundeswildschutzverordnung)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Can. J. Philos.	Canadian Journal of Philosophy
ChemG	Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz)
Crim Law and Philos	Criminal Law and Philosophy
d. h.	das heißt
Das Recht	Das Recht: Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung
Der Staat	Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht
ders., dies.	derselbe, dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Ebd.	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
et al.	et alii/et aliae
etc.	et cetera
EWCA Crim	England and Wales Court of Appeal Criminal Division
f., ff.	folgend(e)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe

Fn.	Fußnote
FrSaftErfrischGetrV	Verordnung über Fruchtsaft, einige ähnliche Erzeugnisse, Fruchtnektar und koffeinhaltige Erfrischungsgetränke (Fruchtsaft- und Erfrischungsgetränkeverordnung)
FS	Festschrift
FU	Freie Universität Berlin
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (von 1934–1944 erschienenen unter dem Titel Deutsches Strafrecht)/Gesamtausgabe
GebrauchsmusterG	Gebrauchsmustergesetz
GefStoffV	Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen (Gefahrstoffverordnung)
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht/Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (begründet von Gruchot)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gerichtssaal
GS-	Gedächtnisschrift
GW	Gesammelte Werke
H.	Heft
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
Halbbd.	Halbband
Harv. Envtl. L. Rev.	Harvard Environmental Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
Hdb.-WiStr	Handbuch Wirtschaftsstrafrecht
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hervorh.	Hervorhebung(en)
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
HonigV	Honigverordnung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.; hrsg.	HerausgeberIn; herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HU	Humboldt-Universität zu Berlin
i.	im/in
i. d. F.	in der Fassung
I. E.	im Einzelnen
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S.	im Sinne

i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
IfSG	Infektionsschutzgesetz
im Erg.	im Ergebnis
Ind.	Supreme Court of Indiana
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
JA	Juristische Arbeitsblätter
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPK-BGB	juris PraxisKommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JZ	Juristenzeitung
Kant-Studien	Kant-Studien. Philosophische Zeitschrift der Kant-Gesellschaft.
KG	Kammergericht
KGSG	Gesetz zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz)
KJ	Kritische Justiz
KonfV	Verordnung über Konfitüren und einige ähnliche Erzeugnisse (Konfitürenverordnung)
krit.	kritisch
KrWaffG	Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen)
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch)
Lit.	Literatur
lit.	littera
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (hochgestellte Zahl gibt zit. Aufl. an, wenn abw. von der z. Z. der Drucklegung aktuellen)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-gesetz)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
m.	mit
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. z. N.	mit zahlreichen Nachweisen
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz)

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEW	Marx-Engels-Werke
MK-AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MK-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (hochgestellte Zahl gibt zit. Aufl. an, wenn abw. von der z. Z. der Drucklegung aktuellen)
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (hochgestellte Zahl gibt zit. Aufl. an, wenn abw. von der z. Z. der Drucklegung aktuellen)
MMR	Multi-Media und Recht
Mot.	Motive (nachgestellte römische Ziffer gibt jeweiligen Bd. an)
MSchKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
N. E.	Northeastern Reporter (vorangestellte Zahl gibt Jahrgang an, nachgestellte Zahl Seitenzahl)
N. F.	Neue Folge
NE	North Eastern Reporter
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK-BGB	Nomos-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NK-StGB	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nomos	Nomos (Zeitschrift der American Society for Political and Legal Philosophy)
Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y	Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy
NpSG	Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report
NuR	Natur und Recht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
o.	oben
o. A.	ohne Angabe
o. g.	oben genannt
o. O.	ohne Ortsangabe
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
P. 2d	Pacific Reporter Second Series
PatG	Patentgesetz
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrOT	Preußisches Obertribunal
R v	Regina/Rex versus
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
recht	recht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RphZ	Rechtsphilosophie. Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RT	Rechtstheorie (Zeitschrift)
s.	siehe
S.	Seite/Satz
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
S/S/W	Satzger/Schluckebier/Widmaier
Sch/Sch	Schönke/Schröder
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum StGB (hochgestellte Zahl gibt als Jahreszahl den jeweils zit. Stand an, wenn abw. von dem z. Z. der Drucklegung aktuellen)
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
Teilbd.	Teilband
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UC Davis L. Rev.	University of California, Davis Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Law Review
UmweltR	Umweltrecht
Univ.	Universität
University of Toronto L. J.	University of Toronto Law Journal
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UrhR	Urheberrecht
Urt.	Urteil
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
v	versus
v.	von/vom
Var.	Variante

Verf.	VerfasserIn
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
W	Werke
WaffG	Waffengesetz
WeinG	Weingesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
z. Z.	zur Zeit
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZphF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZPTh	Zeitschrift für Politische Theorie
ZRG (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie (Neue Folge)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
Zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung handelt, grob gesagt, davon, ob bzw. inwiefern Sachen, die zu besitzen ihrem Inhaber verboten ist, taugliche Tatobjekte von Straftaten gegen das Eigentum oder das Vermögen sein können. Den Anlass hierzu gab eine Anfrage des 2. Strafsenats am BGH, die darauf zielte, die seit Reichsgerichtszeiten ständige Rechtsprechung, der zufolge zum Vermögen im Sinne des Strafrechts grundsätzlich all das zählt, was sich rein tatsächlich zu Geld machen lässt (sog. wirtschaftlicher Vermögensbegriff),¹ zumindest für die Fallgruppe des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln aufzugeben, sprich: diesen vom strafrechtlich bewehrten Vermögen auszuschließen.² Auch wenn der Beschluss letztlich wieder zurückgezogen wurde,³ die durch ihn aufgeworfene Rechtsfrage bleibt – und schon der wechselhafte Verlauf des weiteren Anfrageverfahrens, während dessen der anfragende Senat selbst noch in mindestens drei weiteren Fällen zu ihr Stellung nehmen musste,⁴ lässt erahnen, dass sie nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch von nicht zu unterschätzender Bedeutsamkeit ist.⁵

¹ Grundlegend: RGSt 44, 230; OGHSt 2, 193 (200 ff.); BGHSt 2, 364; 8, 254; OLG Hamburg NJW 1966, 1525; zuletzt wurde diese ständige Rechtsprechung bestätigt durch: BGH, Urt. vom 16.8.2017 – 2 StR 335/15 = StV 2018, 27 ff., sowie BGH, Urt. v. 11.4.2018 – 5 StR 595/17 = NStZ-RR 2018, 221. Aus der aktuellen Literatur nur: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 20/15, 87; Kretschmer, StraFo 2003, 191; ders., StraFo 2009, 109 ff.

² BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 335/15 = NStZ 2016, 596. Einen historischen Vorläufer findet dieser Vorschlag übrigens bereits in der Rechtsprechung des PrOT, das gefälschten Banknoten die Anerkennung als Vermögensobjekte versagt hat, s. *Oppenhoff*, Rechtsprechung Bd. 16, 788 f. (zust. etwa: *Oppenhoff*, StGB, § 263 Anm. 13).

³ BGH, Urt. v. 16.8.2017 – 2 StR 335/15 = StV 2018, 27 ff.

⁴ Aufgrund einer veränderten Sitzgruppe entschied er sie anders als noch in seinem Anfragebeschluss intendiert, s.: BGH, Urt. v. 22.9.2016 – 2 StR 27/16 = BGHSt 61, 263 ff.; Urt. v. 7.12.2016 – 2 StR 522/15 = NStZ-RR 2017, 111 f.; BGH, Urt. v. 17.5.2017 – 2 StR 342/16 = NStZ-RR 2018, 248 (implizit). Zu den Rechtsproblemen einer solchen „Binnendivergenz“, namentlich zur Frage der Bindungswirkung eines Anfragebeschlusses für den anfragenden Senat: *Fischer*, FS-Schlothauer, 471 (478 ff.); *Lorenz*, JR 2018, 128 (131 ff.); *Dölp*, StraFo 2018, 379 ff.; *Puppe*, FS-Fischer, 463 (471 ff., 475 ff.).

⁵ Bereits unmittelbar nach dem Anfrageverfahren musste der 2. Senat mehrmals dicht hintereinander die Frage entscheiden, ob Betäubungsmittel zum Vermögen i. S. des Strafrechts gehören: BGH, Urt. v. 16.8.2017 – 2 StR 344/15 = NStZ 2018, 104 f.; Urt. v. 23.8.2017 – 2 StR 560/15 = NStZ-RR 2018, 15 f.; Beschl. v. 21.9.2017 – 2 StR 327/17 = StV 2018, 776 f. S. ferner: BGH NStZ 2019, 511. Die „hohe Praxisrelevanz“ heben daher zu Recht auch *Eisele/Bechtel*, JuS 2018, 97 (99) hervor.

Ließe sich die Frage in völliger Analogie zu dem altbekannten Streit um die Vermögensqualität des unrechtmäßigen Besitzes etwa des Diebes oder des sonst wie (dinglich) Nichtberechtigten beantworten, ließe sie also auf nichts anderes hinaus als auf eine Wiederholung der in jenem Zusammenhang entwickelten Standpunkte, Argumente und Topoi, wäre zwar der Vorstoß des anfragenden Senats nicht minder mutig gewesen,⁶ eine strafrechtswissenschaftliche Untersuchung jedoch, eine Monographie zumal, befände sich in arger Erklärungsnot, was sie denn angesichts der Fülle des dazu schon Geschriebenen⁷ noch Eigenständiges beizutragen sich erhoffte.

Doch auch wenn nicht selten der gegenteilige Eindruck vermittelt wird, besteht zwischen der sonst unter dem Schlagwort vom „unrechtmäßigen“ Besitz firmierenden Problematik und der hier thematischen ein kategorialer Unterschied. Widerstreitet der Besitz dort den Normen des *bürgerlichen*, so hier denjenigen des *öffentlichen* Rechts (wie bspw. denen des BtMG). Während es dort ausschließlich darum geht, ob zum Vermögen im Sinne des Strafrechts auch solche Positionen zu rechnen sind, denen das Privatrecht die vermögensrechtliche Anerkennung versagt, ist es hier die Zuordnung bzw. Zuordenbarkeit der unerlaubt besessenen Sachen selbst, die Fragen aufwirft: in zivilrechtlicher Hinsicht die nach der Möglichkeit, an ihnen trotz Besitzverbotes Eigentum zu erwerben, in kriminalrechtlicher die nach der Sinnhaftigkeit, ein solches Eigentumsrecht, sollte es denn begründbar sein, durch das Vermögensstrafrecht zu bewahren. Bei näherer Betrachtung ist es in den hier thematischen Konstellationen nicht – oder genauer: jedenfalls nicht nur – der verbotswidrige *Besitz*, sondern (auch) das *Eigentum* an den verbotswidrig besessenen Sachen, dessen Eignung zum Bestandteil strafrechtlich garantierten Vermögens und Eigentums im Streit liegt.⁸

⁶ Unter dem Titel „Ein mutiger Vorstoß und sein klägliches Ende“ hat *Puppe* (FS-Fischer, 463) die durch den Anfragebeschluss aufgeworfenen Rechtsfragen untersucht.

⁷ S. aus der Rechtsprechung nur: RGSt 44, 230 (232, 248); RG LZ 1922, Sp. 367; OGHSt 2, 193 (201); BGHSt 2, 364; BGH NSTZ 2009, 37 (implizit); BGH StV 2009, 354 (354 f.). Aus der Literatur nur: *Merkel*, Die Lehre vom strafbaren Betrüge, 101; *Doerr*, Objekt, 18 ff., 28 ff.; *Binding*, Lehrbuch, 244 (die Vermögensqualität des Besitzes generell verneinend); LK¹/*Eichelbaum*, § 263 Anm. 6 a; *Frank*, Strafgesetzbuch, V 3 c zu § 263 (zust., bezogen auf die 16. Aufl.: *Grünhut*, ZStW 47 [1927], 74 [76]; *ders.*, RG-FG V, 116 [119]); v. Olshausen/*Kirchner*, § 263 N. 18 II C (1386); *Gerland*, Reichsstrafrecht, 637; *Hirschberg*, Vermögensbegriff, 327, 329; *Bockelmann*, FS-Kohlrausch, 226 (249); *Brunns*, FS-Mezger, 335 (337 f., 342 ff.); *Gallas*, FS-Eb. Schmidt, 401 (425 ff.); *Hofbeck*, Der Charakter des Betrugs, 27 f.; *Cramer*, Vermögensbegriff, 222 ff.; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 373; *Gutmann*, MDR 1963, 3 (7); *Foth*, GA 1966, 33 (37, 39 f.); *Otto*, Struktur, 55 f.; *ders.*, Jura 1993, 424 (426 f.); *Bommer*, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 145 ff.; *Zieschang*, FS-Hirsch, 831 (837 f.); *Mathias*, Der Einfluß der Rechtsordnung, 77 ff. Aus jüngster Zeit: *Hillenkamp*, FS-Achenbach, 189 (193 ff.).

⁸ Diese Unterschiede werden nicht immer deutlich genug gesehen. So werden die hier thematischen Fälle in der Literatur teilweise pauschal genauso behandelt wie die des zivilrechtswidrigen Besitzes, vgl. bspw.: MK-StGB/*Hefendehl*, § 263 Rn. 508 m. Fn. 1601; Sch/

Deutlich tritt dies zu Tage, wenn man den Blick auf den zweiten aufsehen-erregenden Aspekt des angesprochenen Beschlusses wirft. Entscheidungserheblich waren für ihn zwar allein die Vermögensdelikte im engeren Sinne; um seine insoweit angestellten Erwägungen gegen einen möglichen Einwand zu verteidigen, zeigt sich der anfragende Senat in einem *obiter dictum* jedoch darüber hinaus bereit, illegale Betäubungsmittel auch im Rahmen der Delikte gegen das Eigentum vom Kreis tauglicher Tatobjekte auszuschließen.⁹ Weil als solche aber auf Grundlage nahezu einhelliger Auffassung erstens sämtliche Sachen in Betracht kommen, an denen im bürgerlich-rechtlichen Sinne täterfremdes Eigentum besteht,¹⁰ und der Senat zweitens von der wiederum fast allgemein geteilten Annahme ausgeht, dass das geltende Zivilrecht selbst an unerlaubt angebauten oder produzierten Betäubungsmitteln zumindest einen gesetzlichen Eigentumserwerb in der Regel zulässt,¹¹ ordnet er diesen Vorschlag methodologisch folgerichtig als *teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte* ein.¹² Selbst wenn es „formal“ Eigentum auch an Betäubungsmitteln geben mag – solange dieses Recht sich wesentlich in der Pflicht zur Eigentumsaufgabe oder Vernichtung erschöpfe, handele es sich nicht um eine Position, die der Verteidigung durchs Strafrecht, verstanden als die „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes, würdig wäre.¹³ Seine Argumentation knüpft hier an eine (zunehmend Zuspruch erhaltende) Minderheit in der Strafrechtswissenschaft an, der zufolge das Eigentum an Gegenständen, deren schierer Besitz bereits verboten ist, deshalb nicht vom „Schutzzweck“ der Eigentumsdeliktstatbestände erfasst werde, weil es materiell schlechterdings nichts mehr von jenen Freiheiten vermittele, die zu bewahren diese doch ihrer Teleologie nach am Platze

Sch/Perron, § 263 Rn. 95; beckOK-StGB/Beukelmann, § 263 Rn. 48; E/R/S/T/Saliger, Wirtschaftsstrafrecht, § 263 StGB Rn. 128, 142; Rengier, BT 1, 13/138 ff., 141a; Kindhäuser, StV 2009, 355 ff., sowie ferner die Besprechung des oben erwähnten Anfragebeschlusses bei Jäger, JA 2016, 790 (790 f.). Auch der 3. (Beschl. v. 15.11.2016 – 3 ARs 16/16 = NStZ-RR 2017, 244 [245]) u. der 1. Strafsenat (Beschl. v. 21.2.2017 – 1 ARs 16/16 = NStZ-RR 2017, 112 [113]) scheinen die Unterschiede zu verwischen, wenn sie im Rahmen ihrer Antworten darauf verweisen, dass der unerlaubte Besitz von BtM immerhin unter dem Schutz der Besitzschutzvorschriften des BGB stünde und daher nicht rundheraus missbilligt sei – damit i. Ü. verkennend, dass ebendies in der Rechtsprechung bislang verneint wurde (s.: BGH NJW 2015, 2898 [2900]). Zu Recht krit. daher: Bechtel, wistra 2018, 154 (157 f.). Unentschieden und undeutlich: Kottnik, Diebstahl „verbotener“ Sachen, 27 ff., 42 ff. Klar differenzierend demgegenüber: Bommer, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 146 ff., 155 f.; Hillenkamp, FS-Achenbach, 189 (193 ff.). Vgl. auch Bechtel, ebd., u. ders., Jura 2019, 63 (65).

⁹ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 335/15 = NStZ 2016, 596 (599).

¹⁰ S. zur Bestimmung des Merkmals der Fremdheit im Kontext der Eigentumsdelikte (auch zu den vom herrschenden Dogma der Zivilrechtsakzessorität abweichenden Stimmen) noch ausführlich unten: S. 62 ff.

¹¹ Zu der Frage, auf welchen Wegen an Sachen, die Besitzverboten unterliegen, auch ohne Erlaubnis Eigentum erworben werden kann, s. eingehend (auch unter Berücksichtigung ihrer international-privatrechtlichen Dimension): S. 75 ff.

¹² BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 335/15 = NStZ 2016, 596 (599).

¹³ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 335/15 = NStZ 2016, 596 (599).

seien.¹⁴ Einen nur im Ergebnis ähnlichen, in der Begründung aber gänzlich anderen Ansatz zu einer tatbestandlichen Restriktion zumindest der Zueignungsdelikte hat Hoyer im Anschluss an die Senatsentscheidung ins Spiel gebracht. Statt auf den Mangel an legal realisierbaren Eigentümerfreiheiten hebt er auf die Möglichkeit der Konfiskation „verbotener“ Sachen ab. Weil in deren Einziehbarkeit zum Ausdruck komme, dass ihr Verlust der von Rechts wegen gewünschte Zustand ist, widerfähre ihrem Eigentümer selbst dann kein Unrecht, wenn er vonseiten (ebenfalls nicht berechtigter) Dritter herbeigeführt wird, so dass es an der *Rechtswidrigkeit der Enteignung* als notwendiger Komponente strafbarer Sachzueignung fehle.¹⁵

Ungeachtet ihrer inhaltlichen Differenzen sollten die beiden knapp skizzierten Vorschläge zur Einschränkung der Eigentums- bzw. Zueignungsdelikte nicht nur ersehen lassen, welcher – sowohl straf- als auch privatrechtlichen – Fragen sich die weitere Untersuchung annehmen muss, sondern auch, worin diese sich von jenen unterscheiden, die die Fälle des zivilrechtswidrigen Besitzes an die Auslegung der Vermögensdelikte stellen. Ihnen in der gebotenen Tiefe nachzugehen, ist – insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsdelikte – nach wie vor Forschungsdesiderat.¹⁶

Dass für die vermögensstrafrechtliche Beurteilung der beiden Konstellationen teilweise nichtsdestoweniger exakt dieselben Argumente ins Feld geführt werden, muss indes nicht zwangsläufig Ignoranz gegenüber ihrer prinzipiellen

¹⁴ In der Sache schon: *T. Engel*, NSTZ 1991, 520 ff., der deshalb allerdings schon die Möglichkeit verneint, an derlei Sachen Eigentum zu erwerben; dem zustimmend u. hilfsweise die Anwendbarkeit der Eigentumsdelikte aus teleologischen Gründen verneinend: *Wolters*, FS-Samson, 495 (507 ff.). Für einen Ausschluss von BTM aus dem Tatbestand bereits vor dem Anfragebeschluss ferner: *MK-StGB²/Schmitz*, § 242 Rn. 17 f.; *Hillenkamp*, FS-Achenbach, 189 (204 f.); tendenziell auch: *Fehling/Faust/Rönnau*, JuS 2006, 18 (23, Fn. 55). Zumindest Zweifel an der Richtigkeit der h. M. fanden sich vorher auch schon bei *Fischer*: 60. Aufl., § 242 Rn. 5. Dem Anfragebeschluss stimmen (auch) in dieser Hinsicht zu: *Ladiges*, wistra 2016, 479 (481 f.); *Bechtel*, JR 2017, 197 (200 ff.); *ders.*, wistra 2018, 154 (159 f.); *ders./Eisele*, JuS 2018, 97 (100); *Puppe*, FS-Fischer, 463 (466 ff.).

¹⁵ *Hoyer*, FS-Fischer, 361 (365 ff.). Ebenfalls auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung stellte zuvor schon *Buchholz* (Jura 2018, 264 [270]) ab.

¹⁶ Dezidiert haben sich mit der hier thematischen Frage bislang auseinandergesetzt: *T. Engel*, NSTZ 1991, 520 ff.; *Marcelli*, NSTZ 1992, 220 f.; *Vitt*, NSTZ 1992, 221 f.; *Kottnik*, Diebstahl „verbotener“ Sachen, passim; *Wolters*, FS-Samson, 495 ff.; *Hillenkamp*, FS-Achenbach, 189 ff.; *Ladiges*, wistra 2016, 479 ff.; *Bechtel*, JR 2017, 197 ff.; *ders.*, wistra 2018, 154 ff.; *Buchholz*, Jura 2018, 264; *Hoyer*, FS-Fischer, 361 ff.; *Puppe*, FS-Fischer, 463 ff.

Vgl. aus dem ausländischen Schrifttum des Weiteren: *Hochmayr*, Strafbare Besitz, 109 ff. (für Österreich); *Bommer*, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 155 f.; *Seelmann*, recht 1997, 35 ff.; *Cassani*, SJ 2000, 287 (298 ff.); BSK/*Niggli/Riedo*, Vor Art. 137 Rn. 52–60 (jeweils für die Schweiz) sowie (für den anglo-amerikanischen Rechtskreis): *Green*, Thirteen Ways to Steal a Bicycle, 211 ff.; *Dubber*, J. Crim. L. & Criminology 91 (2001), 829 (939 ff.). – Auch die dort jeweils zu findenden umfangreichen Nachweise aus der ausländischen Rechtsprechung sind eindrücklicher Beleg für die Praxisrelevanz der hiesigen Fragestellung (s. insofern außerdem noch die Entscheidung des High Court of Appeal [England and Wales]: *R v Smith* [2011] EWCA Crim 66).

Verschiedenheit dokumentieren. Vielmehr kann dieser Gleichlauf auch auf die Existenz von Vorfragen verweisen, die so fundamental sind, dass sie unabhängig von den soeben angedeuteten Spezifika für beide Konstellationen im selben Maße von Bedeutung sind: Angesprochen sind damit grundlegendere straf- und verbrechenstheoretische Begründungszusammenhänge, die der Diskussion um die Reichweite der Vermögens- und Eigentumsdelikte bei rechtlich missbilligten Positionen – fall- und deliktsgruppenübergreifend – vorausgehen könnten und denen damit ein potentiell weichenstellender Charakter eignet. Sie auf ihre Relevanz hin zu untersuchen und die hier zugrunde gelegten strafrechtstheoretischen Prämissen offenzulegen, hat daher Vorrang vor allen weiteren Fragen.

1. Kapitel

Strafrechtstheoretische Vorüberlegungen

A. Zu möglichen strafrechtstheoretischen Grundannahmen in der Kontroverse über die Reichweite der strafrechtlichen Vermögensdelikte

Dass die Kontroverse über die Reichweite der Eigentums- und Vermögensdelikte auch durch bestimmte straf- und verbrechenstheoretische Grundannahmen beeinflusst ist, zeichnet sich vor allem in der Argumentation der älteren Rechtsprechung ab. Um zu begründen, dass auch der Verlust zwar geldwerter, aber „rechtlich bemakelter“ Positionen zu einem Nachteil oder Schaden im Sinne der Vermögensdelikte führen könne, sprach der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zum sog. wirtschaftlichen Vermögensbegriff dem Aspekt des Eingriffs in individuelle (schützenswerte) „Interessen“ Maßgeblichkeit für die „Strafwürdigkeit“ einer Tat *expressis verbis* ab und betonte demgegenüber das Moment der „Pflichtverletzung“, die jedes Verbrechen bedeute, sowie die für die allgemeine Rechtsordnung gefährliche „Gesinnung“, die in ihm zu Tage trete.¹ Auch wenn Formulierungen, die allzu sehr auf die „Gesinnung“ und die „Pflichtverletzung“ abstellen, (möglicherweise wegen damit verbundener historischer Reminiszenzen) heutzutage eher gemieden werden,² ist es eine zwar selten offen ausgesprochene, aber nach wie vor verbreitete Argumentationsstrategie, die Relevanz der „Schutzwürdigkeit“ des von der Tat tangierten Individualinteresses für deren „Strafwürdigkeit“ gänzlich in Abrede zu stellen oder wenigstens zu relativieren. Am deutlichsten tritt sie in der Forderung zu Tage, die (Straf-)Rechtsordnung müsse ob ihrer Aufgabe, einen allgemeinen Zustand des Friedens zu sichern, (straf-)rechtsfreie Räume vermeiden und sich daher auch und gerade unter „Ganoven“ Geltung verschaffen,³ oder, wie es der High

¹ Alle Zitate bei: BGHSt 2, 364 (368). S. schon: RGSt 44, 230 (248): „Wo die Staatsgewalt strafend eingreift, da geschieht dies keineswegs allein um des verletzten Privatinteresses willen. Nicht dem einzelnen Geschädigten wird die strafrechtliche Sühne des Verbrechens als Genußtuung geschuldet, sondern der durch die Verbrechensbegehung gefährdeten allgemeinen Rechtsordnung.“ Ebenso: BGHSt 8, 254 (256 ff., zu § 266 StGB); OLG Hamburg NJW 1966, 1525 (1525 f.).

² Gänzlich überholt sind diese Topoi aber keinesfalls, wie bspw. KG NJW 2001, 86 (86 f.) beweist. Zum ideengeschichtlichen Hintergrund: sogleich im Text.

³ Vgl. neben den schon zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen: BGH NSTZ-RR 1999, 184 (185 f.); *Hillenkamp*, Vorsatztat, 205; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 565;

Court of Appeal (England and Wales) in diesem Zusammenhang eingängig formuliert hat: „The criminal law was concerned with keeping the Queen’s peace, not vindicating individual property rights.“⁴ In eine ähnliche Richtung weist das oft zu vernehmende Postulat, rechts- oder gar nur sittenwidriges (Vor-)Verhalten dürfe nicht zu einer „Friedloslegung“ des von der Tat Betroffenen führen und lasse deren Strafwürdigkeit daher unberührt.⁵

Von den angedeuteten Vorfragen scheint auch abzuhängen, ob es für wertungswidersprüchlich erachtet wird, sollte das (Vermögens-)Strafrecht Positionen mit Strafe bewehren, deren Existenz andere Teile der Rechtsordnung missbilligen. Denn offenbar setzt ein solches Verdikt die Annahme voraus, in der Verhängung von Strafe komme die Wertung zum Ausdruck, dass es sich bei den Gütern, in die konkret eingegriffen, oder den Interessen, die konkret verletzt wurden, um irgendwie rechtlich „schützenswerte“, „werthaft-positive“ Entitäten handle. Diese Deutung wäre jedoch dann nicht zwingend, ein Wertungswiderspruch in jener Konstellation mithin dann nicht notwendigerweise gegeben, ginge man davon aus, dass selbst bei Delikten gegen den Einzelnen nicht so sehr der Verletzung personaler Freiheit wegen gestraft würde, als vielmehr, um die abstrakte Geltungskraft der (Straf-)Rechtsordnung gegen Manifestationen allgemein rechtsfeindlicher Gesinnung zu verteidigen. Denn ginge es im Wesentlichen überhaupt nicht um die Freiheit des Einzelnen, läge es nahe, auch ihrer Anerkennung durch die übrigen Teilrechtsordnungen jegliche Relevanz abzuspochen.⁶

Mittelbar und gleichsam „subkutan“ ist die Diskussion um die Reichweite der Vermögensdelikte sowohl im engeren als auch im weiteren Sinne somit immer auch durch konträre oder wenigstens divergente straf- und verbrechens-theoretische Grundannahmen vorgeprägt und die je zugrunde gelegte scheint zu bestimmen, ob man der Frage nach der materiellen „Schutzwürdigkeit“ einer Position überhaupt irgendeine Bedeutung für die Strafbarkeitsbegründung beimisst.⁷ Es ist deshalb sinnvoll, zunächst im Sinne einer Vorfrage zu unter-

Otto, Jura 1993, 424 (426); *Kottnik*, Diebstahl „verbotener“ Sachen, 72; *Gröseling*, NSTZ 2001, 515 (517 f.). Näher hierzu: *Kargl*, JA 2001, 714 (719) sowie *Kretschmer*, StraFo 2009, 189 (189 f.). Nichts anderes besagt wohl auch *Wostrys* „Flüsterkneipen-Argument“ [sic] (Schadensbeifferung, 42 f.). Ebenso für den anglo-amerikanischen Rechtskreis: *Green*, Thirteen Ways to Steal a Bicycle, 212.

⁴ R v Smith [2011] EWCA Crim 66.

⁵ Vgl.: RGSt 44, 230 (248 f.); KG NJW 2001, 86; ferner bspw.: *Bockelmann*, JZ 1952, 461 (464); *Otto*, Struktur, 294 f.; *Hillenkamp*, Vorsatztat, 108 ff., 204 f., sowie die soeben in Fn. 3 Genannten.

⁶ So etwa: *Klee*, GA 1941, 46 (47 f.); *Boehmer*, Grundlagen I, 48 ff. 52 f.; *Bruns*, FS-Mezger, 335 (360 f.); *F.-R. Schmidt*, Zum Begriff des Vermögensschadens, 28 ff. Vgl. auch die Argumentation von: *Kargl*, JA 2001, 714 (717 ff.) sowie der Sache nach auch *Kretschmer*, StraFo 2003, 191 (193); *ders.*, StraFo 2009, 189 (189 f.). S. ferner die Darstellung bei *Bommer*, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 29.

⁷ Vgl. im Ansatz schon *J. U. Schroeder*, AcP 97 (1905), 361 (376 f., 386 ff.). Deutlich

suchen, auf welche Straf- und Verbrechenstheorien die soeben angesprochenen Schlagworte möglicherweise anspielen, und inwiefern sich aus diesen denn tatsächlich die behaupteten, hier soeben skizzierten Konsequenzen für die Anwendung der Vermögens- und Eigentumsdelikte herleiten lassen.⁸

I. Mögliche verbrechenstheoretische Bezüge

1. Von der Rechtsguts- zur Pflichtverletzung als dem Wesensmerkmal kriminellen Unrechts

Um die Ausdehnung des Vermögensstrafrechts auch auf zwar geldwerte, aber rechtlich missbilligte Positionen auszuweiten, wurde, wie eingangs schon erwähnt, insbesondere in der älteren Rechtsprechung darauf abgehoben, dass der „Wesensgehalt“ des Verbrechens nicht „einseitig in der Verletzung eines Einzelinteresses“ zu sehen sei, sondern „nicht zuletzt als Pflichtverletzung des Täters“ gewertet werden müsse.⁹ Diese Schwerpunktverlagerung von der Beeinträchtigung eines Individualinteresses (der Rechtsgutsbeeinträchtigung) hin zur „Pflichtverletzung“ rekurriert dogmengeschichtlich, wenn auch ohne ausdrücklichen Verweis, auf die – nicht nur, aber vor allem – seitens der nationalsozialistischen „Kieler Schule“ entwickelten Verbrechenstheorien.¹⁰ Obschon terminologisch nicht durchweg einheitlich, fanden diese ihren gemeinsamen Ausgangspunkt darin, das Wesen des Verbrechens als Pflichtverletzung gegenüber der (Volks-)Gemeinschaft zu identifizieren.¹¹ Dem liegt das erklärte Ziel

zu diesen Zusammenhängen: *Bruns*, Die Befreiung, 64 ff., 79, 83 f.; *ders.*, FS-Mezger, 335 (360 f.); *Wimmer*, DRZ 1948, 116 ff.; *Foth*, GA 1966, 33 (33 f., 43 f.); *Lenckner*, JZ 1967, 105 (107 f.); *Lüderssen*, FS-Hanack, 487 (490 ff.); *Kargl*, JA 2001, 714 (718 f.); *Jakobs*, Geilen-Symposium, 63 (72); *Mitsch*, JuS 2003, 122 (123); *Naucke*, FS-Kargl, 333 (336 ff.). Vgl. für die Schweizer Rechtsprechung die ähnliche Analyse von *Liver*, FG-Schultz, 108 (111, 133). In die Richtung wohl auch: *Kottnik*, Diebstahl „verbotener“ Sachen, 68 ff.

⁸ Ähnlich: *Bommer*, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 29 ff.

⁹ BGHSt 2, 364 (368); vgl. außerdem schon *Bruns*, Die Befreiung, 68, 83 f., sowie *Fischer*, Betrug auf dem Schwarzen Markt, 6 f.

¹⁰ Ähnlich die Analysen von *Foth*, GA 1966, 33 (44 f.), u. *Lenckner*, JZ 1971, 105 (108); *Lüderssen*, FS-Hanack, 487 (490 ff.).

Vgl. zur Verbrechenstheorie der „Kieler Schule“ in ihrer Selbstdarstellung: *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, 28 ff. u. passim; *ders.*, ZgS 95 (1935), 283 ff.; *ders.*, Gemeinschaft und Strafrecht, 11 ff. u. passim; *ders.*, ZStW 57 (1938), 225 ff.; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, passim; *ders.*, GA 1935, 97 ff.; *ders.*, GA 1937, 335 ff.; *ders.*, ZStW 57 (1938), 295 ff., sowie *Gallas*, FS-Gleispach, 50 ff.; *ders.*, ZStW 60 (1941), 374 ff. Ausführlich zur nationalsozialistischen Strafrechtslehre: *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 216 ff.; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 167 ff.; *Fiolka*, Das Rechtsgut II, 517 ff.

¹¹ So die von *Schaffstein* (Das Verbrechen als Pflichtverletzung, passim) gewählte Begrifflichkeit. *Dahm* geht von einer inneren Verbindung von Verbrechen und Verrat an der Gemeinschaft aus (ZgS 95 [1935], 283 [284 f., 293]), betont jedoch, dass nicht schlechthin jedes Verbrechen als Verrat zu qualifizieren sei. Auch *Schaffstein* (a. a. O., 12 f.) warnt davor, die Begriffe des Verrats und des Treubruchs zu inflationär zu benutzen, weil diese eine „Verdichtung der Volksgemeinschaft“ voraussetzen, die noch nicht erreicht sei, und die Gefahr be-

zugrunde, ein dem Nationalsozialismus angemesseneres Gegenmodell zu der bis dahin vorherrschenden Rechtsgutslehre zu finden.¹² Diese wurde nämlich (fälschlicherweise¹³) in eine Traditionslinie gestellt mit der Lehre Feuerbachs und auf diese Weise ideengeschichtlich mit der Entstehung des nunmehr bekämpften Liberalismus assoziiert.¹⁴ So wie Feuerbach zufolge das Verbrechen notwendig die Verletzung eines subjektiven Rechts (sei es des Staates, sei es des Einzelnen) voraussetze, seien auch der Rechtsgutsgedanke und seine Fortentwicklungen der Vorstellung verhaftet geblieben, das Verbrechen wesentlich als einen Übergriff auf fremde Freiheitssphären zu charakterisieren und damit auf ein äußeres Verletzungsgeschehen zu reduzieren.¹⁵ Demgegenüber sollte der Fokus nun auf der „[...] Bedeutung der Straftat für die innere Beziehung zwischen Täter und Gemeinschaft [...]“ liegen:

Eine Bewertung, die nicht von der Gemeinschaft ausgeht, sondern die Beschaffenheit des geschützten Rechtsguts in den Vordergrund rückt, trifft nicht den Kern der Dinge [...].¹⁶

Es liegt nun zwar nahe, eine Korrelation etwa der Art zu formulieren, dass, je geringer man die Relevanz personaler Freiheit bei der Konstitution von Recht und Unrecht bzw. bei der Bestimmung der Aufgabe der (Straf-)Rechtsordnung veranschlagt, desto weniger wichtig man auch die Frage nehmen werde, ob die jeweils inmitten stehende Position Teil dieser Freiheit und als ein solcher „schützenswert“ ist oder nicht.¹⁷ In den Worten Gallas': „In seinem gemeinschaftszerstörenden Charakter, nicht in dem unzulässigen Eingriff in rechtlich geschützte Interessen liegt daher das Wesen des Verbrechens.“¹⁸ Indes: Jedwede Bedeutung wollten selbst die „Kieler Schüler“ der Rechtsgutsverletzung nicht absprechen. Vielmehr ging es ihnen, wie den anderen damaligen Kritikern der Rechtsgutslehre ebenfalls, in der Sache vornehmlich um die *Verlagerung des Akzents* auf das Moment der Pflichtverletzung.¹⁹ Aus der – im Übrigen kei-

stünde, dass die Worte ihre Schlagkraft verlieren. Er hebt (a. a. O., 15 f.) aber hervor, dass die Unterschiede wesentlich terminologischer Natur seien. Vgl. hierzu ferner: *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 167 ff.

¹² Nur: *Dahm*, ZgS 95 (1935), 283 (294 f.); *Schaffstein*, Verbrechen als Pflichtverletzung, 8 ff.; *ders.*, GA 1935, 97 (98 f., 101 ff.); *ders.*, GA 1937, 335 (339 f.); *Gallas*, FS-Gleispach, 50 (51).

¹³ Vgl. eingehend: *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 235 ff. Zu den beträchtlichen Unterschieden zwischen der Rechtsverletzungslehre *Feuerbachs* und der Rechtsgutslehre nur: *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 58 ff.

¹⁴ *Schaffstein*, GA 1935, 97 (98 ff.); *ders.*, Verbrechen als Pflichtverletzung, 9 ff.; vgl. auch: *Dahm*, ZgS 95 (1935), 283 (295).

¹⁵ Vgl. die Darstellung bei: *Schaffstein*, GA 1935, 97 (99 ff.); *Gallas*, FS-Gleispach, 50 (53 ff., 58 f.).

¹⁶ *Dahm*, ZgS 95 (1935), 283 (295).

¹⁷ Vgl. *Kottnik*, Diebstahl „verbotener“ Sachen, 70 ff.

¹⁸ *Gallas*, FS-Gleispach, 50 (51).

¹⁹ Dies haben v. a. *Schaffstein* (Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 9, 21, 22), *Gallas* (FS-Gleispach, 50 [53]); *Dahm* (ZStW 57 [1938], 225 [235]) hervorgehoben.