

1. Sachverhalt

A bedroht B mit einem Messer und nimmt ihr fünf Gramm Heroin ab, die sie illegal erworben hat und in einer Filmdose aufbewahrt. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Dieser einfache Fall scheint auch einfach lösbar zu sein: schwerer Raub gem. §§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 249 StGB (sowie unerlaubtes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 BtMG, was uns hier aber nicht näher beschäftigen soll). Jedenfalls ist kein Problem auffindbar, wenn man die Tatbestandsmerkmale des schweren Raubes einschließlich ihrer gängigen Definitionen auf das Geschehen anwendet. Unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben sowie unter Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs und auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung hat A der B fünf Gramm Heroin weggenommen, eine bewegliche Sache, die zudem fremd war. Letzteres ergibt eine Anwendung der verbreiteten Formel, derzufolge eine Sache fremd ist, die nicht im Alleineigentum des Täters steht und auch nicht herrenlos ist:¹ Weder gehörte das Heroin ausschließlich A, noch war eine Dereliktion nach § 959 BGB erfolgt.

Zum Auffinden des Problems ist zweierlei erforderlich. Zum einen muss eine **erweiterte Definition des**

¹ Vgl. z. B. *Hauf*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. 2002, S. 5; *Hohmann/Sander*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. 2000, § 1 Rn. 14. *Sonnen*, Strafrecht BT, 2005, S. 100.

Januar 2006 Film Dosen-Fall

Schwerer Raub / Fremdheit der Sache / Eigentumsfähigkeit illegal erworbener Drogen

§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, 134 BGB

Leitsatz des Gerichts:

Illegal erworbene Drogen können tauglicher Gegenstand eines Eigentumsdeliktes sein.

BGH, Beschluss vom 20. September 2005 – Az 3 StR 295/05, veröffentlicht in: NJW 2006, 72

Merkmals der Fremdheit einer Sache herangezogen werden. Diese lautet: Fremd ist eine Sache, die **verkehrsfähig** und nicht herrenlos ist und die nicht im Alleineigentum des Täters steht.² Zum anderen muss man sich bei der Interpretation des hinzugekommenen Merkmals der Verkehrsfähigkeit auf eine Mindermeinung einlassen.

Die demgegenüber herrschende Meinung hat bislang mangelnde Verkehrsfähigkeit nur bei Sachen angenommen, die nach ihrer Beschaffenheit, also **aus tatsächlichen Gründen**, nicht im Eigentum eines anderen stehen können, wie etwa die Luft der Atmosphäre und das frei fließende Wasser.³ Da Abgrenzungen in dieser Hinsicht nur selten erforderlich sind, verzichtet man zumeist darauf, das Merkmal der Verkehrsfähigkeit in der Definition der Fremdheit mitzuführen. Es wird nur dann herangezogen, wenn der

² Z. B. *Kindhäuser*, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2004, § 2 Rn. 20; *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 253.

³ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2005, § 242 Rn. 7; *Ruß* in LK, StGB, 11. Aufl., § 242 Rn. 8. – Teilweise wird darin nicht eine Frage der Fremdheit, sondern der Körperlichkeit der Sache gesehen; vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 28. Aufl. 2005, Rn. 15.

Sachverhalt einen Anlass für eine Erörterung bietet.

Die Mindermeinung⁴ dagegen will auch Fälle mangelnder Verkehrsfähigkeit **aus rechtlichen Gründen** bei der Bestimmung der Fremdheit berücksichtigt wissen. Damit würde sich der Anwendungsbereich erheblich erweitern, denn aus Rechtsgründen sind z. B. Betäubungsmittel nicht verkehrsfähig, wie gleich noch zu zeigen sein wird. Es wäre allerdings von ganz erheblicher praktischer Bedeutung, wenn Betäubungsmittel nicht Gegenstand eines Eigentumsdelikts sein könnten.

Welche Gründe führt die Mindermeinung an? Wir konzentrieren uns auf die Wesentlichen.

Sie beruft sich zur Hauptsache darauf, dass § 29 Abs. 1 BtMG den Umgang mit Betäubungsmitteln in nahezu jeder Hinsicht mit Strafe bedroht.⁵ Daraus leitet sie Folgendes ab. Die Vorschrift ist ein **Verbotsgesetz** im Sinne von § 134 BGB. Demnach sind jegliche Rechtsgeschäfte mit Betäubungsmitteln, einschließlich der Verfügungsgeschäfte, nichtig. Ein wirksamer Eigentumserwerb nach §§ 929 ff. BGB ist folglich nicht möglich. So zahlreich die Hände sind, durch die Betäubungsmittel regelmäßig gehen: niemand in dieser Kette kommt als Eigentümer in Betracht, dessen Recht durch ein Eigentumsdelikt betroffen sein könnte. Ein Grund für eigentumserschützende Sanktionierung ist also nicht gegeben.

Diese Argumentation erweitert die Mindermeinung durch die Verarbeitung von zwei nahe liegenden Einwänden.

Der erste Einwand betrifft die Möglichkeit, dass am Anfang der Übertragungskette ein **Eigentumserwerb** gestanden hat, der **auf Grund einer Erlaubnis rechtsgültig** gewesen ist, etwa der Erwerb durch einen Arzt oder Apotheker. Wenn das Betäubungsmittel

anschließend in den illegalen Drogenverkehr gelangt ist, sei es durch rechtswidrige Veräußerung oder durch Diebstahl, bleibt die Eigentümerposition wegen der Nichtigkeit aller Übertragungsgeschäfte erhalten. Es gäbe also einen Eigentümer, dessen Rechtsposition von einem Eigentumsdelikt betroffen wäre.

Dazu die Mindermeinung:⁶ Bei einem solchen Sachverhalt, wenn man ihn denn sicher feststellen kann, ist zwar der objektive Tatbestand erfüllt; eine Bestrafung des Täters ist jedoch in aller Regel mangels Vorsatzes ausgeschlossen. Da illegal konsumierte Drogen nur äußerst selten eine legale Vorgeschichte hätten, müsse angenommen werden, dass der Täter vom Regelfall, also von der Verkehrsunfähigkeit der Sache, ausgegangen sei und sie daher nicht als fremd angesehen habe.

Der zweite Einwand verfolgt das Schicksal des Betäubungsmittels noch weiter zurück. Irgendwann einmal wurde es produziert. Auch wenn das illegal geschah, **erlangte der Produzent Eigentum**, weil das Verbot solche Erwerbsformen, die allein auf reale Vorgänge abstellen, nicht tangiert: Erwerb des Grundstückseigentümers oder eines sonst Berechtigten durch Anpflanzung und Ernte gem. §§ 93, 94 Abs. 1 Satz 2, 99 Abs. 1 und 953 ff. BGB sowie Erwerb durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung gem. §§ 947, 948 und 950 BGB.⁷ Also: Als Anfangsglied in der Kette haben wir doch stets einen Eigentümer, dessen Rechtsposition wegen der Nichtigkeit der anschließenden Übertragungsgeschäfte erhalten bleibt und damit zur Begründung der Fremdheit geeignet ist!

Die Antwort der Mindermeinung lautet: ja – aber.⁸ Rein formal treffe diese Bewertung der Rechtslage zu. Das so erworbene Eigentum sei aber

⁴ Vertreten von Engel, NSTZ 1991, 520 ff., und Schmitz in MüKo, StGB, 2005, § 242 Rn. 14.

⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden Engel, NSTZ 1991, 520, 521; Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 14.

⁶ Vgl. Engel, NSTZ 1991, 520, 521.

⁷ Vgl. zu diesen Entstehungsgründen für Eigentum an Betäubungsmitteln Marcelli, NSTZ 1992, 220; Vitt, NSTZ 1992, 221.

⁸ Vgl. Engel, NSTZ 1991, 520, 521; Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 14.

lediglich eine „leere Begriffshölse“⁹, denn der Inhaber dieses Rechts könne mit ihm nichts anfangen. Er sei von Verboten umstellt. Jede Form der Nutzung und selbst der bloße Besitz seien untersagt und mit Strafe bedroht. Vom absoluten Schutz des Eigentums nach § 903 BGB, nämlich dem Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, sei praktisch nichts mehr übrig. Inhaltlich sei das Eigentum „auf Null reduziert“¹⁰. Ein solches Eigentum, dem die Rechtsordnung den Schutz versage, sei ungeeignet, die Bestrafung wegen eines Eigentumsdelikts zu begründen.

Die Mindermeinung hält ihr Ergebnis – Unanwendbarkeit der Eigentumsdelikte auf Betäubungsmittel als Tatobjekte – auch **kriminalpolitisch** für vertretbar.¹¹ Eine Strafbarkeitslücke entstehe nicht. Stets anwendbar seien die Tatbestände des Betäubungsmittelstrafrechts. Der „Drogendieb“ werde dadurch hinreichend sanktioniert. Eine Bestrafung auf dieser Grundlage entspreche auch dem Verhaltensunwert einer Drogenentwendung. Dass durch die Tat einem anderen der illegale Besitz entzogen werde, entspreche ja dem von der Rechtsordnung gewünschten Zustand. Strafe verdiene der Täter, weil er sich den Besitz verschafft und den Stoff seinerseits verwertet habe. Genau das bringe eine Bestrafung nach dem Betäubungsmittelstrafrecht zum Ausdruck.

Demgegenüber behandelt die Literatur mehrheitlich Betäubungsmittel als taugliche Objekte von Eigentumsdelikten.¹² Die Auseinandersetzung mit der Mindermeinung ist bislang nicht sonderlich intensiv gewesen.¹³ Zur Haupt-

sache wird darauf verwiesen, dass das Strafrecht bei der Beurteilung der Fremdheit an das Zivilrecht gebunden sei und zivilrechtliches Eigentum jedenfalls durch die Herstellung begründet werde. Für eine Differenzierung nach dem Umfang rechtlich gewährter Verwertungsmöglichkeiten gebe es keine Rechtsgrundlage. Auch ein nur formales Eigentum sei Eigentum im Sinne des Zivilrechts.

Die Rechtsprechung hat bisher, ohne auf den Meinungsstreit einzugehen, Betäubungsmittel als taugliche Objekte von Eigentumsdelikten angesehen.¹⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hält an dieser Auffassung fest und setzt der Mindermeinung hauptsächlich vier Argumente entgegen.

Das erste knüpft daran, dass Eigentum jedenfalls durch die Produktion von Rauschgift begründet wird, und wendet sich gegen eine inhaltliche Differenzierung des Eigentums nach der rechtlichen Verfügbarkeit der Sache. Eine solche Differenzierung sei unvereinbar mit einer ansonsten allseits akzeptierten Praxis, die sich allein an der **formalen Eigentumsposition** orientiere.¹⁵ Danach sei auch derjenige Eigentümer strafrechtlich uneingeschränkt geschützt, der rechtlichen Verfügungsbeschränkungen, etwa in Folge von Beschlagnahme, Insolvenz oder Verpfändung, unterliege.

Zweitens beanstandet der BGH die Annahme, dass die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes vom Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB), nichts mehr übrig ließen.¹⁶ Unberührt bleibe das **Recht auf Eigentumsaufgabe und Vernichtung**. Auch werde der **Verbrauch** durch das BtMG nicht verboten; strafbar sei nur der vorausgehende Besitz.

⁹ Engel, NStZ 1991, 520, 521; Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 14.

¹⁰ Engel, NStZ 1991, 520, 521.

¹¹ Vgl. Engel, NStZ 1991, 520, 521 f.

¹² Z. B. Eser in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 242 Rn. 19; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2005, § 242 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 62.

¹³ Mit den Argumenten der Mindermeinung haben sich bisher lediglich zwei kurze Aufsätze näher auseinandergesetzt: Marcelli, NStZ 1992, 220; Vitt, NStZ 1992, 221.

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1982, 708 und 1337.

¹⁵ BGH NJW 2006, 72.

¹⁶ BGH NJW 2006, 72.

An dritter Stelle deutet der BGH ein **Gleichheitsargument** an. Er macht darauf aufmerksam, dass bei einem nur geringfügig anderen Tatverlauf die Entziehung der Drogen zweifelsfrei strafbar gewesen wäre. Hätte A die Filmdose „sich von der durch ein Messer bedrohten Geschädigten herausgeben lassen, wäre deren Vermögen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Nachteil zugefügt worden, was die Annahme eines Verbrechens der schweren räuberischen Erpressung gerechtfertigt hätte“¹⁷.

In sehr verkürzter Form wird hier angesprochen, dass für die Beurteilung eines Vermögensnachteils ein wirtschaftlicher Maßstab den Ausschlag gibt und rechtliche Einschränkungen des Umgangs mit Betäubungsmitteln außer Betracht bleiben. Damit, so scheint der BGH sagen zu wollen, wäre es nicht zu vereinbaren, beim vorliegenden, nicht wesentlich anderen Tatgeschehen den strafrechtlichen Eigentumsschutz trotz der Identität des Tatobjekts zu versagen und auf eine Bestrafung wegen schweren Raubes zu verzichten.

Schließlich bestreitet der BGH, dass, wie die Gegenansicht meint, die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes eine ausreichende Ahndung ermöglichen. Übersehen werde, „dass damit der Täter eines Drogendiebstahls oder gar eines Drogenraubes mit einem Käufer, der sich seinen Bedarf aus eigenen Geldmitteln kauft, auf eine Stufe gestellt wird, obgleich der Schuldgehalt nicht vergleichbar ist“¹⁸. Auch verweist das Gericht auf den **erheblichen Unterschied in der Strafandrohung** zwischen § 250 Abs. 2 StGB mit einem Strafraum von fünf bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe und § 29 Abs. 1 BtMG mit der Androhung einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Bislang galt: Wer bei der Bearbeitung eines Falles, in dem Betäubungsmittel entwendet worden sind, das Problem der Verkehrsfähigkeit von Drogen im Zusammenhang mit einer Diebstahl- oder Raubprüfung übersehen hatte, musste nicht unbedingt mit einem Punktabzug rechnen. Die Fragestellung gehörte noch nicht zum Pflichtprogramm zu prüfender Probleme. Das ändert sich mit dieser Entscheidung. Sie bescheinigt einer bisher nur schwach vertretenen Meinung höchst-richterlich, dass sie es wert ist, diskutiert zu werden. Dadurch ist ein Randproblem zum **Standardproblem** befördert worden.

Das bedeutet allerdings nicht, dass es angemessen wäre, dem Problem drei oder noch mehr wertvolle Klausurseiten zu widmen. In einer Fünf-Sterne-Wertung strafrechtlicher Probleme hat es nicht mehr als zwei oder drei Sterne verdient. Denn mit der vorliegenden Entscheidung hat die bisher bereits deutlich herrschende Meinung nochmals an Gewicht gewonnen. Auch hat der BGH recht überzeugend die Schwachstellen der Mindermeinung aufgezeigt. Es ist nicht zu erwarten, dass sie jetzt noch Verstärkung erhält.

Daraus folgt zweierlei. Man sollte sich mit dem Problem vertraut machen. Und man sollte sich auf den Ernstfall mit einer aus einigen wenigen Sätzen bestehenden Erledigung im Sinne der herrschenden Meinung vorbereiten.

Bevor wir dazu einen Vorschlag machen, ist eine **begriffliche Klarstellung** nötig. Es ist unzweckmäßig, wenn zur allgemeinen Kennzeichnung des Problems der Begriff der Verkehrsfähigkeit verwendet wird, wie das vielfach – so auch teilweise in der BGH-Entscheidung – geschieht. Der Begriff spricht allein den Eigentumserwerb durch Übertragung im Rechtsverkehr an. Unberücksichtigt bleiben Formen des originären Eigentumserwerbs, etwa

¹⁷ BGH NJW 2006, 72, 73.

¹⁸ BGH NJW 2006, 72, 73.

durch Produktion oder Verarbeitung. Gerade sie sind aber, wie sich gezeigt hat, für die Problemlösung von ausschlaggebender Bedeutung. Daher sollte, wenn das Problem allgemein begrifflich gekennzeichnet wird, auf den Begriff der Verkehrsfähigkeit verzichtet und statt dessen der Begriff der **Eigentumsfähigkeit** verwendet werden.¹⁹

Nun zu unserem **Vorschlag** für eine angemessen (un)aufwändige Bearbeitung des Problems. Den Ausgangspunkt bildet die Prüfung des schweren Raubes in unserem Fall. Gleich zu Beginn der Prüfung des objektiven Tatbestandes ist die Fremdheit des Heroins zu erörtern. Das könnte etwa so geschehen:²⁰

„Fremd ist eine Sache dann, wenn sie weder herrenlos ist, noch im Alleineigentum des Täters steht und überhaupt eigentumsfähig ist. Fraglich ist allein die Eigentumsfähigkeit des Heroins. Sie könnte zu verneinen sein, weil ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an illegalen Betäubungsmitteln nicht möglich ist, § 134 BGB i. V. m. § 29 Abs. 1 BtMG, und das originär, z. B. durch Herstellung oder Verarbeitung erworbene Eigentum mangels Verwertungsmöglichkeiten (§ 29 Abs. 1 BtMG) praktisch nichts wert ist. Dage-

gen spricht jedoch Folgendes. Da überhaupt nur die Eigentümerposition eines anderen gegeben sein muss, genügt auch das originär, also nicht rechtsgeschäftlich erworbene Eigentum. Dieses ist auch nicht substanzlos, denn die Verbote des Betäubungsmittelrechts lassen etwa das Recht zur Eigentumsaufgabe und zur Vernichtung der Sache unberührt. Im übrigen wird strafrechtlich auch ein bloß formales Eigentum geschützt, etwa dasjenige, über das der Eigentümer wegen Beschlagnahme, Verpfändung oder Insolvenz nicht mehr verfügen kann. Somit sind auch illegale Betäubungsmittel als eigentumsfähig anzusehen. Für A war das Heroin daher fremd.“

Damit ist das Problem an dieser Stelle gelöst. An zwei anderen Stellen lässt es sich in veränderter Form nochmals aufgreifen. Die rechtliche Unverwertbarkeit, die entgegen der Mindermeinung die Eigentumsfähigkeit von Betäubungsmitteln unberührt lässt, könnte immerhin die Annahme begründen, die Sache sei **geringwertig**. Von diesem Merkmal hängt es bei einem Diebstahl und bei einer Unterschlagung in der Regel ab, ob ein Strafantrag erforderlich ist (§ 248 a StGB). Auch ist die Annahme eines besonderen schweren Falles des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–6 StGB ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht (§ 243 Abs. 2 StGB).

Die Lehrbuchliteratur setzt sich damit kaum einmal auseinander. Lediglich ein Autor nimmt dazu mit einer Begründung Stellung.²¹ Danach sollen bei der Bestimmung des Wertes einer Sache zur Vermeidung eines innerrechtlichen Wertungswiderspruchs allein legale Verwertungsmöglichkeiten Berücksichtigung finden, was zur Folge hat, dass illegale Drogen unabhängig von Art und Menge als geringwertig einzustufen sind.

¹⁹ Begriffsverwendung wie hier z. B. bei *Haft*, Strafrecht BT I, 8. Aufl. 2004, S. 4; *Jäger*, Strafrecht BT, 2005, § 5 Rn. 188. – Der Verzicht auf den Begriff der Verkehrsfähigkeit in diesem Zusammenhang hat auch den Vorteil, dass ein mögliches Missverständnis vermieden wird. Auch die Anlagen zum Betäubungsmittelgesetz verwenden ihn, und zwar zur Klassifizierung von Betäubungsmitteln. Wenn dort nicht verkehrsfähige von verkehrsfähigen Betäubungsmitteln unterschieden werden, so besteht keinerlei Zusammenhang mit Eigentumsfragen. Die Einordnung hat lediglich Bedeutung dafür, ob und in welchem Umfang der Umgang mit Betäubungsmitteln erlaubt werden kann. Vgl. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, 5. Aufl. 2001, § 1 Rn. 7–9.

²⁰ Der Text greift die wesentlichen dogmatischen Argumente aus der Entscheidung des BGH auf. Die eher kriminalpolitischen Argumente bleiben unberücksichtigt.

²¹ *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2002, § 1 Rn. 215.

Uns erscheint auch die gegenteilige Position gut vertretbar. Dabei sind unterschiedliche Begründungen denkbar.

Einmal kann die Ansicht vertreten werden, dass illegale Drogen mangels rechtlich anerkannter Verwertungsmöglichkeit überhaupt keinen Verkehrswert haben und somit wie sonstige **Sachen ohne Verkehrswert** zu behandeln sind: Auf diese werden die strafbegrenzenden Regelungen der §§ 248 a, 243 Abs. 2 StGB nicht angewendet.²²

Zum anderen kann in **rein wirtschaftlicher Betrachtung** und ohne Rücksicht auf rechtliche Verbote auf den real erzielbaren Preis in der Drogenszene abgestellt werden.²³ Dafür lässt sich mit einer Parallele zu den Vermögensdelikten argumentieren. Auch in Fällen der betrügerischen Entziehung unrechtmäßigen Besitzes wird die Auffassung vertreten, dass der Vermögensschaden rein wirtschaftlich zu ermitteln sei.²⁴ Zur Begründung wird unter anderem angeführt, dass nur so das Entstehen eines strafrechtsfreien Raumes im kriminellen Milieu vermeidbar sei. Gleichermaßen sollte es vermieden werden, dass die Entwendung illegaler Drogen stets nur als Bagatelle bestraft wird, auch wenn taterschwerende Umstände nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 StGB vorgelegen haben.

Zur Relevanz des Problems ist schließlich noch das Folgende anzumerken. Es tritt nicht allein im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln auf. Vielmehr betrifft es sämtliche Gegenstände, die man auf Grund von Verbotsvorschriften nicht erwerben, besitzen oder in den Verkehr bringen darf. Das betrifft etwa Waffen, Falschgeld und illegal eingeführte Güter.²⁵

5. Kritik

Die Entscheidung setzt sich eingehend mit der Gegenansicht auseinander. Das Ergebnis wird überzeugend begründet. Einzuwenden ist lediglich, dass nicht klar zwischen den Begriffen der Eigentumsfähigkeit und der Verkehrsfähigkeit unterschieden wird.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Conny Schmalfuß zugrunde.)

²² Vgl. Mitsch (Fn. 21), Rn. 216, 273.

²³ Das würde im Übrigen den polizeilichen Erfolgsmeldungen über die Beschlagnahme von Rauschgift entsprechen, die regelmäßig derartige Summen enthalten.

²⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden Rengier, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2005, § 13 Rn. 59, 96; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 531.

²⁵ Vgl. Marcelli, NSTZ 1992, 220.