

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 133

Besitz als Straftat

Von

Ken Eckstein



Duncker & Humblot · Berlin

Ken Eckstein · Besitz als Straftat

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder

ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 133

Besitz als Straftat

Von
Ken Eckstein



Duncker & Humblot · Berlin

Aufgenommen in die Reihe als Dissertation
bei Prof. Dr. Dr. h. c. Friedrich-Christian Schroeder

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Eckstein, Ken:

Besitz als Straftat / von Ken Eckstein. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 133)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10191-X

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-10191-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1999/2000 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder hat sie angeregt und ihre Entstehung gefördert. Dafür danke ich ihm herzlich.

Dank schulde ich außerdem Herrn Prof. Dr. Andreas Hoyer für das in kürzester Zeit verfaßte Zweitgutachten, Herrn Prof. Dr. Eberhard Schmidhäuser und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder für die Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe sowie Frau Christiane Rohleder und Herrn Edward Schramm für ihre Diskussionsbereitschaft.

Regensburg, September 2000

Ken Eckstein

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	17
-----------------	----

Teil 1

Grundlagen

A. Die geschichtliche Entwicklung der Besitzdelikte	
I. Einführung.....	19
II. Der Begriff Besitzdelikt.....	20
III. Entwicklungsphasen der Strafbarkeit des Besitzes von Gegenständen ..	22
1. Das Anwachsen der Besitzstrafbarkeit seit dem Ende der sechziger Jahre	24
2. Kontinuitäten – Die Besitzdelikte bis zum Ende der sechziger Jahre	30
3. Die beispielhafte Entwicklung der Besitzdelikte des Strafgesetzbuchs	33
4. Das fahrlässige Besitzdelikt	36
B. Überblick über die Besitzdelikte des geltenden Rechts	
I. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	39
1. Ordnungswidrigkeiten	39
2. Anordnungen der Verwaltungsbehörden	39
3. Landesrechtliche Vorschriften	40
4. Qualifikationstatbestände	40
II. Die verbleibenden Besitzdelikte gegliedert nach Tatbestandsformulierungen	41
1. Besitzen.....	41
2. Ausüben der tatsächlichen Gewalt.....	44
3. Führen, mitführen und mit sich führen	48
4. Vorrätig halten und bereithalten	52
5. Aufbewahren und verwahren	56
6. Lagern	61
C. Funktionen und Arten der Besitzdelikte	
I. Einführung.....	66
II. Die mit den Besitzdelikten verfolgten Ziele.....	66
1. Verhindern der Gewinnung eines Gegenstands	67
2. Verhindern des Am-Ort-Seins eines Gegenstands	70
a) Für sich genommen physisch gefährliche Gegenstände	70
b) Kraft psychischer Vermittlung gefährliche Gegenstände	72

c)	Besitz als Rechtsgutsverletzung	73
3.	Verhindern der Verwendung eines Gegenstands	74
a)	Selbstschädigende Verwendung durch Dritte	75
b)	Fremdschädigende Verwendung	75
aa)	Verhindern fremdschädigender Verwendung als Hauptzweck	75
bb)	Verhindern fremdschädigender Verwendung als Nebenzweck	77
4.	Erleichterung der Strafverfolgung	79
III.	Die Besitzdelikte im System des Rechtsgüterschutzes	81
1.	Rechtsgutsverletzung, Vor- und Nachverletzungsphase	81
a)	Die Vorschriften zur Verhinderung des Am-Ort-Seins eines Gegenstands	82
b)	Die Vorschriften zur Verhinderung der Verwendung eines Gegenstands	82
c)	Die Vorschriften zur Verhinderung der Gewinnung eines Gegenstands	82
2.	Erlangung, Besitz und Verlust eines Gegenstands	83
IV.	Besitzdelikte und Deliktseinteilung	83
1.	Reine Besitzdelikte	84
2.	Eingeschränkte Besitzdelikte	84
a)	Personell eingeschränkte Besitzdelikte	84
b)	Subjektiv eingeschränkte Besitzdelikte	84
c)	Eingeschränkte Besitzdelikte im engeren Sinne	84
D.	Der Besitzbegriff im Strafrecht	
I.	Einführung	85
II.	Allgemeine Betrachtungen zum Besitzbegriff im Recht	85
1.	Der Besitzbegriff im Zivilrecht	86
2.	Der Besitzbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht	89
a)	Polizeirecht und Strafrecht	89
b)	Verhaltensstörerhaftung und Verantwortung für eigenes Verhalten	91
c)	Besitz und Zustandsverantwortung	92
3.	Der Besitzbegriff im Strafrecht	94
a)	Die Autonomie der strafrechtlichen Begriffsbildung	94
b)	Die Tatbestandsbezogenheit der strafrechtlichen Begriffsbildung	96
c)	Besitz im weiteren Sinne als abstrakter Oberbegriff	97
d)	Besitz und Fahrlässigkeit	100
III.	Der Besitzbegriff in einzelnen Straftatbeständen	102
1.	Besitzen im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und § 29a Abs. 1 Nr. 2 4. Var. BtMG	102
a)	Das – objektive – Herrschaftsverhältnis	103
b)	Der – subjektive – Herrschaftswille	103

aa) Die Zwecksetzung des Täters	104
bb) Herrschaftswille und Vorsatz	107
2. Besitzen im Sinne von § 184 Abs. 5 Satz 2 StGB	109
a) Die Besitzdienerschaft	109
b) Datenherrschaft ohne Sachherrschaft	110
c) Die Zwecksetzung des Täters	112
3. Ausüben der tatsächlichen Gewalt im Sinne von Waffen- und Kriegswaffenkontrollgesetz	112
a) Unmittelbarer Besitzer, mittelbarer Besitzer und Besitzdiener ..	113
b) Die Zwecksetzung des Täters	114
4. Führen im Sinne des Waffengesetzes und anderer Gesetze	115
5. Vorrätighalten im Sinne von § 184 Abs. 1 Nr. 8 StGB und § 184 Abs. 3 Nr. 3 StGB	116
6. Aufbewahren im Sinne von § 328 Abs. 1 StGB und anderen Vor- schriften	118
7. Verwahren im Sinne von § 149 Abs. 1 StGB und anderen Vor- schriften	119
8. Lagern im Sinne von § 328 Abs. 3 Nr. 1 StGB und anderen Vor- schriften	120
IV. Zusammenfassung	121

Teil 2

Die Besitzdelikte als Verhaltensdelikte

A. Die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen	
I. Einführung	124
II. Der Meinungsstand zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen	126
1. Das Kriterium der Körperbewegung	127
2. Das Energiekriterium	128
3. Die Kausalität des Menschen bzw. seines Verhaltens	129
a) Der Streit um die Kausalität der Unterlassung	129
b) Das Problem der Kausalität des Unterlassenden	132
c) Zusammenfassung	134
4. Der soziale Sinn des Verhaltens	134
5. Weitere Abgrenzungskriterien	134
6. Die Behandlung ambivalenter Verhaltensweisen	136
7. Bewertung und Ergebnis	139
III. Einordnung des Besitzens körperlicher Gegenstände in die Kategorien Tun und Unterlassen	141
1. Besitzen als ambivalentes Verhalten	141
2. Die Besitzbegründung	143
3. Fortdauer und Aufrechterhaltung des Besitzes	144
IV. Bewertung und Zusammenfassung	148

B. Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten	
I. Einführung	150
II. Der Meinungsstand zur Abgrenzung von echten und unechten Unterlassungsdelikten	151
1. Der formal-gesetzestechische Ansatz	151
2. Die Unterscheidung nach Tätigkeits- und Erfolgsdelikten	152
3. Die Unterscheidung zwischen Ge- und Verbotsnorm	152
4. Die Garantenstellung als Unterscheidungsmerkmal	153
5. Der Ansatz von Gössel	153
6. Der Ansatz von Schünemann	154
7. Bewertung und Ergebnis	154
a) § 13 StGB als Beurteilungsmaßstab	154
b) Die praktische Leistungsfähigkeit der Lösungsvorschläge am Beispiel der Besitzdelikte	156
c) Ergebnis	158
III. Formal-gesetzestechischer Ansatz und konkludent echtes Unterlassungsdelikt	158
1. Isolierte Auslegung der Handlungsbeschreibung	159
2. Vollständigkeit des Unterlassungstatbestands	162
a) Erläuterung	163
b) Einwendungen	164
c) Absicherung	166
IV. Einordnung der Besitzdelikte mit Hilfe des formal-gesetzestechischen Ansatzes	167
V. Bewertung und Zusammenfassung	169
C. Funktionsgerechtigkeit der Besitzdelikte als Verhaltensdelikte	
I. Einführung	170
II. Konstruktive Bewältigung einer Mehrheit strafbarer Verhaltensweisen – Die Besitzdelikte als Dauerdelikte	171
1. Grundlagen	171
a) Dauerdelikt und Tatbestandsverwirklichung	172
b) Der Streit um den Dauerdeliktsbegriff	172
aa) Der Wille des Täters als maßgebliches Kriterium	173
bb) Der Straftatbestand als Ausgangspunkt	174
cc) Offene Fragen	174
2. Die Verwirklichung eines Straftatbestands durch kontinuierliches Weiterhandeln	175
a) Punktuelle Subsumtion der einzelnen Verhaltensweisen unter den Besitztatbestand	175
aa) Lösung der Fälle 5 bis 7	176
bb) Lösung Fall 8	176
cc) Lösung der Fälle 9 und 10	177
b) Schadens- oder Gefahrensteigerung versus Wiedergutmachung	177

c) Ergebnis	179
3. Die Verwirklichung eines Straftatbestands durch einen fortbestehenden Zustand	180
4. Die Zusammenfassung zu einem einzigen andauernden Gesetzesverstoß	180
a) Einführung	180
b) Der zutreffende Lösungsansatz	181
aa) Hruschka	181
bb) Struensee	182
cc) Eigener Lösungsvorschlag	183
5. Die Unterscheidung zwischen Dauerdelikt und Dauerstraftat	184
a) Problemstellung	184
b) Lösung	185
6. Ergebnis	186
III. Die Funktionen der Besitzstrafbarkeit als Maßstab	186
1. Erleichterung der Strafverfolgung	186
2. Besitz im System des Rechtsgüterschutzes	188
a) Nachverletzungsphase und Verhaltensdeliktiskonzeption	188
b) Vorverletzungsphase und Verhaltensdeliktiskonzeption	188
IV. Zusammenfassung	189
D. Verfassungsmäßigkeit der Besitzdelikte als Verhaltensdelikte	
I. Einführung	189
II. Analogieverbot	190
III. Bestimmtheitsgrundsatz	190
E. Besitzen als menschliches Verhalten	
I. Einführung	192
II. Der Streit um den strafrechtlichen Handlungsbegriff	193
1. Kausale Handlungslehre	194
2. Finale Handlungslehre	196
3. Soziale Handlungslehre	197
4. Weitere Handlungslehren	198
5. Arbeitsdefinition der Handlung im Sinne eines Minimalkonsenses ..	200
III. Anwendung auf die Besitzdelikte und Zwischenergebnis	207
IV. Das Auseinanderfallen von Besitz und Handlung	210
1. Phasen vorübergehend fehlender Handlungsfähigkeit	210
a) Besitzdelikte und Besitzbegründung	211
b) Besitzdelikte als Erfolgsdelikte	213
c) Ergebnis	215
2. Den Besitz überdauernde Handlungsunfähigkeit	216
a) Zurechnung trotz Handlungsunfähigkeit in der Unterlassungsdogmatik	217
b) Handlungsdogma und freie Wahl des Anknüpfungspunktes	218

3. Das Auseinanderfallen von strafbarem Besitz und strafbarem Verhalten im allgemeinen	220
V. Zusammenfassung	224

Teil 3

Die Besitzdelikte als Zustandsdelikte

A. Zustandsdelikte und Strafrechtsdogmatik	
I. Einführung.....	227
II. Handlungsdogma und Zustandsverantwortung	227
III. Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld bei Zustandsdelikten	228
IV. Die Lehre von den Konkurrenzen.....	231
B. Zustandsdelikte und Grundgesetz	
I. Einführung.....	233
II. Der Tatbegriff in Art. 103 Abs. 2 GG.....	234
III. Das Schuldprinzip	235
1. Dogmatische Herleitung.....	236
2. Inhalt	237
3. Schuldprinzip und Besitzdelikte	239
IV. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im übrigen	240
1. Zweck und Geeignetheit	241
2. Erforderlichkeit und Angemessenheit	242
V. Zusammenfassung	242
C. Das Problem der Strafbarkeit des gebotenen Verhaltens	
I. Einführung.....	243
II. Inhaltliche und systematische Präzisierung der Kollisionsproblematik ..	244
1. Inhaltliche Präzisierung	244
a) Die kollidierenden Rechtssätze	244
b) Das Besitzdelikt als Bezugsobjekt	245
2. Systematische Präzisierung	246
a) Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	247
b) Das Fehlen einer entlastenden Pflichtenkollision	247
c) Die Lehre von den Konkurrenzen.....	248
d) Die allgemeinen Kollisionsregeln und das rechtliche Gefordertsein	248
e) Ergebnis	249
III. Besitzdelikte, kollidierende Verbotsnormen und Nemo-tenetur-Grundsatz	249
1. Das Unterbinden der Sacherlangung	249
2. Die Handlungsgebote im Falle bereits erlangter Sachherrschaft ...	250
a) Zerstören versus Sachbeschädigung	250

b) Wegwerfen versus Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln . . .	251
c) Abliefern versus Nemo-tenetur-Grundsatz	252
d) Ergebnis	253
3. Die Handlungsgebote im Falle von Fortdauer und Aufrechterhaltung des Besitzes	253
IV. Zusammenfassung	254
D. Die allgemeinen rechtsstaatlichen Grenzen für den Einsatz des Strafrechts	
I. Einführung	254
II. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	254
1. Die Unterscheidung zwischen Vor- und Nachverletzungsphase	256
a) Besitz und Besitzbegründung	256
b) Besitz und Besitzbeendigung	257
c) Ergebnis	257
2. Das Problem des gutgläubigen Erwerbs	258
3. Der marktwirtschaftliche Ansatz	259
4. Ergebnis	261
III. Das Verbot der Verdachtsstrafe	261
1. Verdachtsstrafe und Beweiserleichterung – zum Inhalt des Verbots der Verdachtsstrafe	261
2. Verdachtsstrafe und Verdachtsmerkmale	262
IV. Zusammenfassung	263
Zusammenfassung	264
Literaturverzeichnis	266
Sachwortverzeichnis	286

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz)
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz)
Anm.	Anmerkung
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz)
BArtSchV	Verordnung zum Schutz wild lebender Tier- und Pflanzenarten (Bundesartenschutzverordnung)
BayDSG	Bayerisches Datenschutzgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
BR-Drucksache	Bundesrat. Drucksachen
BSeuchenG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz)
BT-Drucksache	Verhandlungen des Deutschen Bundestages. Drucksachen
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ChemG	Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz)

ChemStrOWiV	Verordnung zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen über Stoffe und Zubereitungen (Chemikalien Straf- und Bußgeldverordnung) vom 25. April 1996 (BGBl. I S. 662 ff.)
DRsp-ROM	CD-ROM Deutsche Rechtsprechung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EAV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom)
f(f).	folgende (Seite(n))
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FCKW-Halon-Verbots-Verordnung	Verordnung zum Verbot von bestimmten die Ozonschicht abbauenden Halogenkohlenwasserstoffen vom 6. Mai 1991 (BGBl. I S. 1090 ff.)
FIRG	Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Flaggenrechtsgesetz)
Fn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GefStoffV	Verordnung zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Gefahrstoffverordnung)
GewArch	Gewerbearchiv. Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte
GS	Der Gerichtssaal
HackfleischVO	Verordnung über Hackfleisch, Schabefleisch und anderes zerkleinertes rohes Fleisch (Hackfleisch-Verordnung – HFIV)
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte vom 15. November 1973, BGBl. II S. 1533 ff.)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KWKG	Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen)
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz)

LStVG	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Ordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Landesstraf- und Ordnungsgesetz)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz)
PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931
RGBI.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
S.	Seite oder siehe
SGB X	Sozialgesetzbuch X – Verwaltungsverfahren
SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
1. SprengV	Erste Verordnung zum Sprengstoffgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
Var.	Variante
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)
vgl.	vergleiche
WaffG	Waffengesetz
1. WaffV	Erste Verordnung zum Waffengesetz
WaffVwV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVerkV	Verordnung über Anforderungen an Zusatzstoffe und das Inverkehrbringen von Zusatzstoffen für technologische Zwecke (Zusatzstoff-Verkehrsverordnung)

Einleitung

Eine Reihe von Straftatbeständen erklärt schon den bloßen Besitz bestimmter Tatobjekte für strafbar. Zu den bekanntesten Beispielen gehören der Besitz von Betäubungsmitteln, § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG, und, seit dem 1. September 1993, der Besitz bestimmter kinderpornographischer Schriften, § 184 Abs. 5 Satz 2 StGB.

Der Begriff Besitz bezeichnet jedoch im allgemeinen ebenso wie im juristischen Sprachgebrauch lediglich ein Verhältnis zwischen Personen und Sachen.¹ Sobald dieses Verhältnis entstanden ist und bis es endet, verbirgt sich hinter dem Wort Besitz nichts anderes als ein vollkommen statischer Zustand. Wie sich die Bestrafung eines solchen Zustands mit dem hergebrachten Strafrechtssystem verträgt, das vom menschlichen Verhalten, von Handlung, Begehung und Unterlassung ausgeht, ist bisher weithin ungeklärt.²

Das verwundert umso mehr, als es sich keineswegs um ein Randphänomen handelt, das unter die Schlagworte Aktionismus im Sexualstrafrecht oder Skurrilitäten der Drogenpolitik gefaßt und ad acta gelegt werden könnte. Sieht man von der variierenden Wortwahl des Gesetzes ab, so zeichnet sich nämlich eine Vielzahl weiterer Tatbestände übereinstimmend durch die gleiche Eigenart des die Strafe auslösenden Vorgangs aus. Dieser Vorgang erschöpft sich bei den einschlägigen Tatbeständen darin, daß eine Person einen Gegenstand „hat“³. Im Sinne einer Arbeitsdefinition soll dieses bloße tatsächliche „Haben“ als Besitz bezeichnet werden. Die zugehörigen Tatbestände heißen folgerichtig Besitztatbestände⁴.

¹ *Mackensen*, Lutz, Deutsches Wörterbuch, 4. Auflage, Baden-Baden 1962, S. 127: tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache. *Creifelds*, Carl, Rechtswörterbuch, hrsg. v. Kauffmann, Hans, 13. Auflage, München 1996, S. 195: tatsächliche Beziehung zwischen dem Besitzer und der Sache.

² Vgl. nur das umfangreiche, aber unergiebiges Schrifttum zu § 245a StGB a.F. (Besitz von Diebeswerkzeug): *Grüniger*; LK 8. A., *Jagusch*; *Meisch*; *Minnich*; *Olschhausen* 12. A., *Niethammer*; *Rau*; *Schäfer/Wagner/Schafheutle*; *Schlüter*.

Eine Ausnahme bildet die verfassungsrechtlich ausgerichtete Arbeit von *Lagodny*.

³ Daß Haben und Besitzen genaugenommen keine Synonyme sind (Trübners Deutsches Wörterbuch, hrsg. v. Götze, Alfred, Erster Band, Berlin 1939, S. 299: Wer ein Glasauge besitzt, der muß nicht unbedingt auch ein Glasauge haben), wirkt sich nur in einem Randbereich aus, auf den es hier nicht ankommt.

⁴ Vgl. beispielsweise BGHSt 26, 117 (118).

Die vorliegende Untersuchung widmet sich zunächst den empirischen Grundlagen (Teil 1). Der Kreis der Besitzdelikte (Teil 1 B.) und der Besitzbegriff (Teil 1 D.), die historische Entwicklung der Besitztatbestände (Teil 1 A.) und ihre Funktionen (Teil 1 C.) sind klärungsbedürftig.

Im zweiten Teil der Arbeit werden die Besitzdelikte mit dem hergebrachten Strafrechtssystem konfrontiert: Rechtsprechung und Rechtslehre konstruieren die Besitzstrafbarkeit systemkonform als Verantwortlichkeit für menschliches Verhalten, nämlich für Begründung und Aufrechterhaltung von Besitz. Dieses herrschende Modell der Besitzstrafbarkeit führt jedoch zu zahlreichen Schwierigkeiten. Probleme resultieren aus der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen (Teil 2 A.) sowie aus der Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten (Teil 2 B.). Aber auch die Verfassungsmäßigkeit der Besitzdelikte als Verhaltensdelikte⁵ (Teil 2 D.), ihre Funktionsgerechtigkeit (Teil 2 C.) und schließlich die Reichweite der Verhaltensverantwortung (Teil 2 E.) bedürfen näherer Analyse: Vermögen die Besitztatbestände, im Sinne der traditionellen Lehren verstanden, die ihnen zugeordneten Aufgaben vollständig zu erfüllen?

Am Ende der Arbeit steht der Versuch, eine strafrechtliche Zustandshaftung zu etablieren (Teil 3). Dieses Unterfangen wirft seinerseits strafrechtsdogmatische (Teil 3 A.) und verfassungsrechtliche (Teil 3 B.) Fragen auf. Es mündet abschließend in die Behandlung konstruktionsunabhängiger Fragwürdigkeiten der Besitzstrafbarkeit (Teil 3 C. und D.).

Angesichts der Vielzahl einschlägiger Tatbestände können die strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Probleme nicht für jedes Delikt gesondert behandelt werden. Die grundlegenden Fragen gleichen sich – allen Unterschieden im Detail zum Trotz – ohnehin bei sämtlichen Tatbeständen. In weiten Teilen beschränkt sich die Arbeit daher auf eine beispielhafte Analyse insbesondere des Betäubungsmittelgesetzes.

⁵ Der Begriff Verhaltensdelikt dient als Oberbegriff für Begehungs- und Unterlassungsdelikte.

Teil 1

Grundlagen

A. Die geschichtliche Entwicklung der Besitzdelikte

I. Einführung

Wie alle Strafvorschriften knüpfen auch die Besitzdelikte Sanktionen an einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang. Von anderen Tatbeständen heben sie sich durch die besondere Qualität des strafbegründenden Vorgangs ab. Dieser Vorgang erschöpft sich bei den Besitzdelikten darin, daß eine Person einen körperlichen Gegenstand in Besitz hat.

Mit den Strafrechtsreformgesetzen von 1969 beseitigte der Gesetzgeber zwei der augenfälligsten Besitzdelikte, den Besitz von Diebeswerkzeug, § 245a StGB, und den Besitz von Wildereigerät, § 296 StGB.¹ Ausschlaggebend dafür waren verfassungsrechtliche Bedenken.² Diese Bedenken richteten sich jedoch nicht gegen die Anordnung einer Besitzstrafbarkeit. Stein des Anstoßes war paradoxerweise vielmehr ein *prima vista* strafbarkeits-einschränkender Passus. § 245a Abs. 1 und § 296 Abs. 1 StGB stellten den Besitz übereinstimmend nur insofern unter Strafe, als sich nicht aus den Umständen ergab, daß die Werkzeuge und Gerätschaften nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt waren. Obwohl der BGH die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung höchstrichterlich festgestellt hatte,³ setzten sich letztlich die auf das Schuldprinzip gestützten Einwände⁴ durch. Sie reklamierten, es sei unzulässig, auf den positiven Nachweis zu verzich-

¹ § 245a war durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl. I S. 995 ff.) in das StGB eingefügt worden, § 296 durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839 ff.). Ihre Aufhebung zum 1. September 1969 ordnete Art. 1 Nr. 68 und Nr. 86 i.V.m. Art. 105 Nr. 1 lit. b des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 645 ff.) an.

² BT-Drucksache IV/650 S. 400 zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962.

³ BGHSt 21, 306 (307).

⁴ LG Heidelberg NJW 1959 S. 1932; in jüngerer Zeit *Frister* S. 82.