Hochmayr

Strafbarer Besitz von Gegenständen

Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie etc

Strafbarer Besitz von Gegenständen

Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.

von

Univ.-Doz. Dr. Gudrun Hochmayr

Wien 2005
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Hochmayr*, Strafbarer Besitz (2005) [Seite]

Die Drucklegung wurde von folgenden Institutionen
finanziell unterstützt:

Evers-Marcic-Stiftung an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg

Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der
Paris-Lodron-Universität Salzburg

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

ISBN 3-214-07409-1

© 2005 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
eMail: verlag@MANZ.at
World Wide Web: www.MANZ.at
Datenkonvertierung und Satzherstellung: Druckerei Robitschek, 1050 Wien
Druck: BÖRSEDRUCK Ges.m.b.H., 1230 Wien

Vorwort

Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um die überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2004 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg angenommen worden ist. Der überwiegende Teil der Untersuchung ist im Rahmen eines Forschungsprojekts entstanden, das ich als Stipendiatin des Hertha-Firnberg-Programms durchgeführt habe. Für die Gewährung dieser Förderung bedanke ich mich beim Wissenschaftsfonds (FWF), der diese Stipendien im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vergibt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Kurt Schmoller*, der mich in meiner bisherigen akademischen Laufbahn stets wohlwollend gefördert und unterstützt hat. Seiner Diskussionsbereitschaft verdanke ich auch bei dieser Arbeit viele wertvolle Anregungen. Für die Erstellung der weiteren Gutachten in meinem Habilitationsverfahren und wichtige Hinweise danke ich Herrn Univ.-Prof. Dr. *Helmut Fuchs*, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Walter Gropp* sowie Herrn Univ.-Prof. Dr. *Günter Heine*. Im Rahmen meines Forschungsprojekts hatte ich auch die Möglichkeit, einen Mitarbeiter zu beschäftigen, Herrn Mag. *Christian Ebner*. Für dessen Hilfe bei der Ermittlung der Besitzdelikte im deutschen und schweizerischen Strafrecht bedanke ich mich auch hier.

Salzburg, im Februar 2005 *Gudrun Hochmayr*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort III

Abkürzungsverzeichnis VII

Literaturverzeichnis XI

I. Einleitung 1

II. Rechtsvergleichender Überblick über die Besitzdelikte 6

A. Tathandlungen 8

1. Besitzen, Innehaben, Ausüben der tatsächlichen Gewalt 9
2. Verwahren, Aufbewahren, Lagern 15
3. Feilhalten, Vorrätighalten, Bereithalten 17
4. (Bei-sich-, Mit-sich-)Führen, Tragen 19

B. Tatobjekte 22

1. Für Leib oder Leben gefährliche Gegenstände 24
   a) Waffen und ähnliche Gegenstände 24
   b) Gefahrstoffe und ähnliche Gegenstände 25
   c) Zum Konsum bestimmte Erzeugnisse 26
   d) Zu Gewalttätigkeiten anreizende Gegenstände 27
   e) Sonstige 30
2. Für die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen gefährliche Gegenstände 31
3. Für die Privatsphäre gefährliche Gegenstände 34
4. Für fremdes Vermögen gefährliche Gegenstände 35
5. Für den Rechtsstaat gefährliche Gegenstände 37
6. Für den Rechtsverkehr gefährliche Gegenstände 38
7. Sonstige 38

C. Relative Besitzverbote 40

D. Strafbarkeit bloßer Fahrlässigkeit 47

E. Möglichkeit einer strafbefreienden tätigen Reue 48

F. Resümee 50

III. Besitz als Tathandlung 53

A. Allgemeines 53

B. Das Erfolgs-Dauerdelikt als dogmatisches Vorbild 57

1. Begriff und Struktur des Dauerdelikts 57
2. Abgrenzung vom Nicht-Dauerdelikt 59
3. Kriterien für das Vorliegen einer Dauerstraftat 60
   a) Willentliches Aufrechterhalten des herbeigeführten Zustands? 60
   b) Bloßes Unterlassen der Wiedergutmachung versus Schadensvermehrung? 61
   c) Negative Abgrenzungsfunktion des Tatbestandswortlauts 62
   d) Ergebnis 62
4. Besitz als Erfolgs-Dauerdelikt 63
   a) Die Tatbestandsmäßigkeit fortdauernden Besitzes 63
   b) Besitz als Zustand, Besitz als strafbares Verhalten 63

C. Der tatbestandsmäßige Erfolg: Gewahrsam 65

1. Der Grundgedanke des Gewahrsams ... 65
2. Gegenstände im unmittelbaren körperlichen Nahbereich ... 71
3. Gegenstände innerhalb einer räumlich weiteren Privatsphäre ... 74
4. Sonderfälle ... 75
a) Verschlossene Behältnisse ... 75
b) Gegenstände in einer gemeinschaftlichen Privatsphäre ... 75
c) Gewahrsam im Rahmen von Weisungsverhältnissen ... 76
5. Erfordernis eines subjektiven Gewahrsamselements? ... 79
6. Gewahrsam außerhalb einer Privatsphäre ... 82
7. Zusätzliche Anforderungen beim Feilhalten, Führen und Tragen ... 84
D. Die Herbeiführung von Gewahrsam durch aktives Tun ... 85
1. Allgemeines ... 85
2. Ausnahme bei Gewahrsamsbegründung zur Gefahrenbeseitigung? ... 88
a) Fehlender Herrschaftswille? ... 89
b) Erlaubtes Risiko? ... 90
c) Lösung: Rechtfertigung im Einzelfall ... 91
aa) Gewahrsamsbegründung durch die Eltern eines Minderjährigen 91
bb) Gewahrsamsbegründung durch andere Personen ... 94
E. Die Aufrechterhaltung von Gewahrsam durch Unterlassen ... 96
1. Echtes oder unechtes Unterlassungsdelikt? ... 97
2. Die tatbestandsmäßige Unterlassungssituation ... 101
a) Vorhandensein von Gewahrsam ... 101
b) Einräumung einer Überlegungsfrist bei aufgedrängtem Gewahrsam 102
3. Das gebotene Tun ... 105
a) Problemstellung ... 105
b) Unbedenkliche Handlungsmöglichkeiten ... 107
c) Vernichten, irreversibles Unbrauchbarmachen ... 109
aa) Sachqualität der Besitzobjekte? ... 109
bb) Eigentumsfähigkeit der Besitzobjekte? ... 114
cc) Einwilligung des Eigentümers ... 115
dd) Vorschriften über tätige Reue? ... 116
ee) Rechtfertigende Pflichtenkollision ... 116
d) Entsorgen im Abfall ... 117
e) Abgeben bei der Behörde ... 119
4. Fragen des Vorsatzes ... 122
a) Erfordernis eines Unterlassungsentschlusses? ... 122
b) Vorsatz auf die Handlungsmöglichkeit ... 125
c) Vorsatz bei länger andauerndem Besitz ... 127
5. Die Phasen der Handlungsunfähigkeit bei länger andauerndem Besitz 128
F. Vergleich mit weiteren Konzeptionen ... 130
1. Benutzung des Tatobjekts als Besitzen? ... 131
2. Besitzdelikte als „Zustandsdelikte"? ... 133
a) Ausgangsposition: Unzulässigkeit einer reinen Zustandshaftung ... 133
b) Die modifizierte Zustandshaftung bei *Eckstein* ... 134
c) Praktische Unterschiede zur Auslegung als Erfolgs-Dauerdelikt ... 136
d) Vereinbarkeit mit dem Tat-Schuld-Prinzip? ... 138
aa) Inhalt und allgemeine Begründung ... 138
bb) Verfassungsrechtliche Absicherung ... 140
cc) „Subjektive Beherrschbarkeit" des Besitzes bei *Eckstein* – ein reines Gedankenstrafrecht ... 142

IV. Zusammenfassung ... 144
Stichwortverzeichnis ... 151

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl EG	=	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	=	Absatz
abw	=	abweichend
aE	=	am Ende
aF	=	alte Fassung
Anm	=	Anmerkung
AnwBl	=	Anwaltsblatt
AO	=	Abgabenordnung
arg	=	argumento
Art	=	Artikel
AS	=	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Bundesgesetze und Verordnungen
AT	=	Allgemeiner Teil
Aufl	=	Auflage
BBl	=	Bundesblatt
Bd	=	Band
BG	=	Bundesgesetz
BGB	=	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Bd Teil Seite)
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHSt	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd, Seite)
BK	=	Basler Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
BlgNR	=	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BM	=	Der Büchsenmacher. (Deutsches) Fachblatt für das Büchsenmacherhandwerk, Waffen, Jagd- und Sportartikelhandel
BMJ	=	Bundesministerium für Justiz
BT	=	Besonderer Teil
BT-Drucks	=	Bundestagsdrucksache
BtMG	=	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Bd, Seite)
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Bd, Seite)
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	=	beziehungsweise

d...	=	deutsches ...
ders	=	derselbe
dh	=	das heißt
dies	=	dieselbe(n)
Diss	=	Dissertation
dLMBG	=	(deutsches) Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
dVersG	=	(deutsches) Gesetz über Versammlungen und Aufzüge
EB RV	=	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E/K	=	*Erbs/Kohlhaas* (siehe Literaturverzeichnis)
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention
ErgLfg	=	Ergänzungslieferung
EvBl	=	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ (Jahr/Nr)
f	=	folgende
ff	=	und die folgenden
FinStrG	=	Finanzstrafgesetz
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
...G	=	...gesetz
GA	=	Goltdammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht
gem	=	gemäß
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GS	=	Gedächtnisschrift
hM	=	herrschende Meinung
Hrsg	=	Herausgeber
idR	=	in der Regel
idS	=	in diesem Sinne
ieS	=	im engeren Sinne
insb	=	insbesondere
iS	=	im Sinne
iVm	=	in Verbindung mit
iwS	=	im weiteren Sinne
JAB	=	Justizausschussbericht
JBl	=	Juristische Blätter
JGG	=	Jugendgerichtsgesetz
JR	=	Juristische Rundschau
JSt	=	Journal für Strafrecht
Jus-extra	=	Beilage zur Wiener Zeitung (Jahr/Abteilung/Nr)
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	(deutsche) Juristenzeitung
KG	=	Kreisgericht
leg cit	=	legis citatae
LG	=	Landesgericht
lit	=	litera
LK	=	Leipziger Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
LMG	=	Lebensmittelgesetz
LSK	=	Leitsatzkartei in der ÖJZ (Jahr/Nr)

MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-BGB	= Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
MK-StGB	= Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
mN	= mit Nachweisen
mVa	= mit Verweis auf
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NK	= Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
Nr	= Nummer
NRsp	= Neue Rechtsprechung des OGH in der ÖJZ (Jahr/Nr)
NStZ	= Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	= Rechtsprechungsreport der NStZ
OGH	= (österreichischer) Oberster Gerichtshof
OLG	= Oberlandesgericht
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
PornG	= Pornographiegesetz
RG	= (deutsches) Reichsgericht
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Strafsachen (Bd, Seite)
Rsp	= Rechtsprechung
Rz	= Randzahl
RZ	= Österreichische Richterzeitung (Jahr, Seite bzw Jahr/Nr)
S	= Seite
SbgK	= Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
schw...	= schweizerisches ...
SGG	= Suchtgiftgesetz
SK	= Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
SMG	= Suchtmittelgesetz
S/S	= *Schönke/Schröder* (siehe Literaturverzeichnis)
SSt	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen (Bd/Nr)
StGB	= Strafgesetzbuch
StGG	= Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
StPO	= Strafprozessordnung
StRÄG	= Strafrechtsänderungsgesetz
StV	= Strafverteidiger
ua	= und andere
UrhG	= Urheberrechtsgesetz
usw	= und so weiter
v	= von
VersG	= Versammlungsgesetz
VfGH	= Verfassungsgerichtshof

VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge (Nr)
vgl	=	vergleiche
Vorbem	=	Vorbemerkungen
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
WaffG	=	Waffengesetz
wistra	=	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer- und Strafrecht
WK	=	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
Z	=	Ziffer
zB	=	zum Beispiel
ZP	=	Zusatzprotokoll
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStR	=	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVR	=	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Jahr/Nr)

Literaturverzeichnis

Ainedter ua, Zum Entwurf eines Bundesgesetzes gegen pornographische Kinder- und Gewaltdarstellungen und zum Schutz der Jugend vor Pornographie (Pornographiegesetz), AnwBl 1994, 35

Albrecht, Peter Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht (Art 19–28 BetmG) (1995)

Allmers, Entkriminalisierung der Betäubungsmittelkonsumenten, ZRP 1991, 41

Baae, Der Besitzwille im Betäubungsmittelrecht, NStZ 1987, 214

Bamberger/Roth (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2003)

Barfuß ua (Hrsg), Österreichisches Lebensmittelrecht, 2. Aufl (Stand: Oktober 2004)

Basler Kommentar (Hrsg: *Niggli/Wiprächtiger*), Strafgesetzbuch I (Art 1–110 StGB), Strafgesetzbuch II (Art 111–401 StGB) (2003)

Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl (2003)

Berka, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

Bertel, Kriminalpolitik in Österreich. Betrachtungen zu den §§ 207a, 83, 20a StGB, FS Rehberg (1996) 53

–, Probleme des Suchtgiftstrafrechts, FS Jesionek (2002) 297

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168a StGB), 8. Aufl (2004)

–, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II (§§ 169 bis 321 StGB), 6. Aufl (2005)

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd 2, 2. Aufl (1904)

Bittner, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, Diss Göttingen (1972)

Blöcker, Die tätige Reue (2000)

Brustbauer/Mraz, Das österreichische Weingesetz und seine praktische Anwendung, Bd 1 (Stand: Juli 2004)

Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst (Hrsg), Das Recht auf Achtung des privaten Lebensbereiches. Referate und Diskussionsbeiträge anläßlich der 5. Grundrechtsreform-Enquete am 1. Oktober 1992 (1993)

Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, ZStR 1993, 428

Clausen, Die umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassen (§§ 326 Abs 1, 13 Abs 1 StGB). Ein Beitrag zur Dogmatik der Umwelt- und der Unterlassungsdelikte (2000)

Cording, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten (1993)

Czeppan ua, Das neue österreichische Waffengesetz (1997)

Dannecker, Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechts (1996)

Deiters, Rezension von *Eckstein* Besitz als Straftat (2001), GA 2004, 58

Dittrich/Tades (Hrsg), Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch samt den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen, Literaturangaben und einer Übersicht über die Rechtsprechung der Gerichte, insbesondere des Obersten Gerichtshofs, 21. Aufl (2005)

Duttge/Hörnle/Renzikowski, Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW 2004, 1065
Düring, Amtsanmaßung und Mißbrauch von Titeln. Eine strafrechtliche Studie zu den §§ 132, 132a StGB unter Berücksichtigung rechtsgeschichtlicher und kriminologischer Aspekte (1990)

Eckstein, Besitz als Straftat (2001)
Ellinger/Wieser, Waffengesetz 1996 (1997)
Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze (Stand: November 2004)

Fabrizy, Strafgesetzbuch. Kurzkommentar, 8. Aufl (2002)
Feil, Österreichisches Lebensmittelrecht, Bd 1: Lebensmittelgesetz (LMG 1975), 4. Aufl (1995)
Foregger/Litzka, Suchtgiftgesetz idF der SuchtgiftgesetzNov 1985, 2. Aufl (1985)
Foregger/Litzka/Matzka, Suchtmittelgesetz. Kurzkommentar (1998)
Franke/Wienroeder, Betäubungsmittelgesetz (BtMG). Kommentar, 2. Aufl (2001)
Freund, G., Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe (1992)
–, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre (1998)
Freund, W., Die Strafbarkeit von Internetdelikten. Eine Analyse am Beispiel pornographischer Inhalte (1998)
Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988)
–, Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes. Zur normativen Relevanz psychologischer Befunde im Strafrecht, GS Armin Kaufmann (1989) 311
–, An den Grenzen des Strafrechts, FS Stree/Wessels (1993) 69
Fuchs, Tatentschluß und Versuchsbeginn, FS Triffterer (1996) 73
–, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Grundlagen und Lehre von der Straftat, 6. Aufl (2004)

Geerds, Herstellen und Absatz gesundheitsgefährlicher Ver- und Gebrauchsgüter. Zu strafrechtlichen und kriminologischen Problemen eines bedeutsamen, jedoch mißglückten Typs eines Sozialdelikts (§§ 319, 320 StGB), FS Tröndle (1989) 241
Gössel, Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW 1973, 591
Gretenkordt, Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gesundheitsgefährlicher Verbrauchs- und Gebrauchsgüter. Eine Analyse der §§ 319, 320 StGB im System der strafrechtlichen Produkthaftung mit Vorschlägen für deren Reform, Diss Bochum (1993)
Gropp, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme" (1992)
–, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl (2001)
Grünewald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht? (2001)
Grüninger, Der strafbare Besitz von Diebeswerkzeug (§ 245a StGB), Diss Freiburg i. Br. (1937)
Grünwald, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, FS H. Mayer (1966) 281
–, Urteilsanmerkung zu OLG Hamm StV 1986, 241 (243)
Gschnitzer, Österreichisches Sachenrecht, 2. Aufl (1985)

Hau, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen (1974)
Hauer/Keplinger, Waffengesetz 1996. Kurzkommentar (1997)
Hartmann, Nicolai, Ethik, 4. Aufl (1962)
Häberling, Waffenhandel, Erwerb, Besitz und Tragen von Waffen aus der Sicht des Nebenstrafrechts insbesondere im Kanton Zürich, Diss Zürich (1990)
Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972)
Hinterhofer, Strafrecht, Besonderer Teil II: §§ 169 bis 321 StGB, 3. Aufl (2002)

Hirsch, Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip? FS Lüderssen (2002) 253
His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil 1: Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen (1920; Nachdruck 1964)
Horn, Das „Inverkehrbringen" als Zentralbegriff des Nebenstrafrechts, NJW 1977, 2329
Hruschka, Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, 193

Iburg, Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei „wilden" Müllablagerungen, NJW 1988, 2338
Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl (2003)

Jahn, Verfassungsrechtliche Probleme eines strafbewehrten Vermummungsverbotes, JZ 1988, 545
Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, 751
–, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl (1991)
Jäger, Irrationale Kriminalpolitik, FS Schüler-Springorum (1993) 229
Jenny/Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Bd 4: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie (1997)
Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl (1996)

Kaufmann, Armin Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik (1954)
–, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (1959)
Kessel, Belastung mit einer Verbindlichkeit als Betrugsschaden? JBl 1999, 12
Kienapfel, Privatsphäre und Strafrecht (1969)
–, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl 1975, 13, 80
–, Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 197
–, Urteilsanmerkung zu OGH JBl 1987, 393 (394)
–, Dauerdelikt und Dauerstraftat am Beispiel der Begehungsformen der Hehlerei. Zugleich eine Besprechung der grundlegenden E eines verstärkten Senats vom 16. 10. 1990, 15 Os 71/90, JBl 1991, 435
–, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil II: Delikte gegen Vermögenswerte (1993)
Kienapfel/Höpfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 11. Aufl (2005)
Kienapfel/Schmoller, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd III: Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte (1999)
–, Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil, Bd II: Delikte gegen Vermögenswerte (2003)
Kienapfel/Schroll, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd I: Delikte gegen Personenwerte, 5. Aufl (2003)
Klippl, Geldwäscherei (1994)
Kodek, Suchtgiftgesetz samt ausführlichen Erläuterungen (1985)
Kodek/Fabrizy, Das neue österreichische Suchtmittelgesetz (1998)
Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (ab 1999)
Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 12. Aufl (2002)
Köhler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 1992, 3

–, Betäubungsmittelstrafrecht: Rechtsgut, Tatbestandsstruktur und Rechtswidrigkeitszusammenhang, MDR 1992, 739
Körner, Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittelgesetz, 5. Aufl (2001)
Krüger, Vom Kampf gegen Kampfhunde mit den Mitteln des Strafrechts – Überlegungen zum neuen § 143 StGB de lege lata et ferenda, JR 2002, 1
Kühl, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts (1974)
–, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl (2002)
Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht (1979)
–, Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes (1986)

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl (2004)
Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung (1996)
Lampe, Rezension von *Eckstein* Besitz als Straftat (2001), ZStW 2001, 885
Landry, Inverkehrbringen und Herstellen gesundheitsschädlicher Gegenstände (§§ 324, 326 StGB, 3 und 11 LMG). Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Verfahren im Oberlandesgerichtsbezirk Schleswig-Holstein in den Jahren 1962 bis 1964 (1966)
Leip, Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB, 2. Aufl (1999)
Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Großkommentar, 11. Aufl (ab 1992) (Hrsg: *Jähnke/Laufhütte/Odersky*)
Lenckner, Zur „Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes“: § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderungsgesetz, FS Baumann (1992) 135
Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht (2002)
Lesch, Diebstahl mit Waffen nach dem 6. StrRG, GA 1999, 365
Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl (1992)
Lewisch, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung (1993)
–, Strafrecht, Besonderer Teil I: §§ 75 bis 168a StGB, 2. Aufl (1999)
v Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd II (1905)
v Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl (1932)
Lobe Über den Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes (1898)

Marcelli, Diebstahl „verbotener“ Sachen, NStZ 1992, 220
Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 8. Aufl (1999)
–, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Aufl (2003)
Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. Kurzkommentar, 3. Aufl (2002)
Mayerhofer, Das österreichische Strafrecht, Erster Teil: Strafgesetzbuch, 5. Aufl (2000)
Mir Puig, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, GS Armin Kaufmann (1989) 253
Mitsch, Urteilsanmerkung zu OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2841, NStZ 1987, 457
–, Dauerdelikt und Strafklageverbrauch, MDR 1988, 1005
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg: *Rebmann/Rixecker/Säcker*), Bd 6: Sachenrecht, 4. Aufl (2004)
Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg: *Joecks/Miebach*), Bd 1: §§ 1–51 StGB, Bd 3: §§ 185–262 StGB (2003)

Nestler, Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (1995) 65
–, Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts, in *Kreuzer* (Hrsg), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts (1998) 697
Noll, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Delikte gegen den Einzelnen (1983)
Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl (ab 1995) (Gesamtredaktion: *Neumann/Puppe/Schild*)
Nowakowski, Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts, JBl 1972, 19
–, Bemerkungen zu §§ 94, 95 StGB, FS Reimer (1976) 253

Ostheimer, Ist der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB? Diss Frankfurt a.M. (1966)
Öhlinger, Das Verbot des Zwanges zur Selbstbezichtigung: ein neues Grundrecht in der Rechtsprechung des VfGH, FS Klecatsky (1990) 193
–, Verfassungsrecht, 5. Aufl (2003)

Pfohl, Artenschutz-Strafrecht, wistra 1999, 161
Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964)
Puppe, Urteilsanmerkung zu BGH JR 1985, 244 (245)
–, Urteilsanmerkung zu OLG Hamm JR 1986, 203 (205)

Rehberg, Strafrecht, Bd I: Verbrechenslehre, 6. Aufl (1996)
–, Strafrecht, Bd IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Aufl (1996)
Rehberg/Schmid, Strafrecht, Bd III: Delikte gegen den Einzelnen, 7. Aufl (1997)
Reiber, Die Entwicklung des Deutschen Schußwaffenrechts zum 2. Bundeswaffengesetz in der Fassung vom 8. März 1976 und eine kriminalpolitische Kritik unter besonderer Berücksichtigung der Begriffe Erwerb, Besitz und Führen, Diss Marburg (1981)
Reindl, E-Commerce und Strafrecht. Zur Strafbarkeit des Missbrauchs elektronischer Dienste (2003)
Riklin, Sinn und Problematik einer „Brutalonorm" im Strafgesetzbuch, in *Steinauer* (Hrsg), Das Menschenbild im Recht (1990) 405
Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht. Kommentar (ab 2001)
Roeder, Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff, ÖJZ 1966, 373
Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere" im Strafprozeß (1976)
–, Grundprobleme des Abfallstrafrechts (2. Teil), NStZ 1992, 561
Rombach, Dauervergehen im Steuerstrafrecht, Diss Köln (1968)
Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl (1997)
–, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat (2003)
Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I, 3. Aufl (2000)

Sack, Urteilsanmerkung zu OLG Köln JR 1991, 523 (525)
–, Umweltschutz-Strafrecht. Erläuterungen der Straf- und Bußgeldvorschriften, 5. Aufl (Stand: Juni 2003)
Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg: *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*) (Stand: November 2004)
Schäfer/Wagner/Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung (1934)

Scheufele, Formelle Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten, Diss Münster (1971)
Schick, Sittlichkeit – Sexualmoral – Strafrecht, FS Geerds (1995) 175
Schittenhelm, Alte und neue Probleme der Anschlußdelikte im Lichte der Geldwäsche, FS Lenckner (1998) 519
Schlothauer/Sättele, Zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs" in den §§ 177 Abs 3 Nr 1, 244 Abs 1 Nr 1a, 250 Abs 1 Nr 1a StGB idF des 6. StrRG, StV 1998, 505
Schmoller, Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, 259, 281
–, Ist die versuchte Herbeiführung einer qualifizierenden Folge strafbar? Ein Beitrag zum Versuch bei erfolgsqualifizierten Delikten, JBl 1984, 654
–, Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom „beweglichen System" (1988)
–, Erzwungene selbstbelastende Aussagen im Strafprozeß. Zugleich ein Beitrag zu den Beweisverwertungsverboten, JBl 1992, 69
–, Zur Zukunft des „fortgesetzten Delikts", in *Leitner* (Hrsg), Aktuelles zum Finanzstrafrecht. Beiträge der Finanzstrafrechtlichen Tagung Linz 1997 (1998) 53
Schneider, Ursachen der Vergewaltigung. Fortschritte in der kriminologischen und viktimologischen Forschung, FS Lenckner (1998) 847
Scholderer, Urteilsanmerkung zu BGH StV 1988, 429 (429)
Scholzen, Unklarheiten und Rechtsprobleme beim Führen von Schußwaffen, BM 1989, 62
Schöne, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung „unechter" Unterlassungsdelikte (1974)
Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl (2001)
Schroeder, Pornographieverbot als Darstellerschutz? ZRP 1990, 299
–, Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie, NJW 1993, 2581
–, Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992–1998, JZ 1999, 827
Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, 7
Schubarth, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung (1978)
Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Bd 2: Delikte gegen das Vermögen (1990)
Schultz, Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989, ZStR 1991, 395
Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre (1971)
Schütz, Alfred Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975, Diss Zürich (1980)
Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Bd 2, 2. Aufl (1998)
Segelhuber, Die Hilfeleistungspflicht des Verursachers einer Verletzung (1996)
Siebert, Der strafrechtliche Besitzbegriff besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (1928; Nachdruck 1977)
Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl (1996)
–, Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl (2000)
Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl (2003)
Struensee, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten (1971)
–, Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, FS Stree/Wessels (1993) 133
–, Besitzdelikte, FS Grünwald (1999) 713
Stute, Der Erwerb, das Tragen und der Besitz von Schußwaffen nach dem Schußwaffenrecht im Deutschen Reiche, Diss Köln (1933)

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Gesamtredaktion: *Rudolphi*), Bd I: Allgemeiner Teil, Bd II: Besonderer Teil, 5.–8. Aufl (Stand: Oktober 2004)

Thienel, Anklageprinzip und Verwertung erzwungener selbstbelastender Aussagen im Strafprozeß. Eine Erwiderung, JBl 1992, 484

Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar, 2. Aufl (1997)

Triffterer, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl (1994)

Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl (2004)

Ulsenheimer, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1

Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht (1986)

Vitt, Nochmals: Zur Eigentumsfähigkeit und Diebstahlstauglichkeit von Betäubungsmitteln, NStZ 1992, 221

Vogel, Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung. Kriminologische und funktionale Aspekte, GA 1990, 241

Weber, Betäubungsmittelgesetz, Verordnungen zum BtMG. Kommentar, 2. Aufl (2003)

Wegscheider, Versuch und Rücktritt beim schlichten Unterlassungsdelikt? JBl 1976, 353

Wegscheider/Sautner, Diebstahl und Veruntreuung zwischen Gewahrsam und Vertrauensverhältnis, RZ 2001, 11

Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA 1960, 257

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil Bd 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 27. Aufl (2004)

Wieczorek, Der strafrechtliche Besitz, Diss Breslau (1931)

Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl (Hrsg: *Foregger/Nowakowski*) (ab 1979), 2. Aufl (Hrsg: *Höpfel/Ratz*) (ab 1999)

Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte (2000)

Zartl, Die Hilfeleistungspflicht nach § 94 StGB. Voraussetzung und Umfang (1999)

I. Einleitung

Die Besitzdelikte, nämlich Straftatbestände, deren Tathandlung auf das „Besitzen" einer körperlichen Sache oder eine vergleichbare Handlung lautet, erfreuen sich beim Gesetzgeber großer Beliebtheit. In Österreich wurden in den letzten Jahren zahlreiche Besitzdelikte geschaffen und an zentraler Stelle, nämlich im StGB selbst, eingefügt. Neben dem Besitz kinderpornographischer Darstellungen ist nunmehr auch der Besitz von Massenvernichtungswaffen, Kernmaterial, radioaktiven Stoffen, Kampfmitteln sowie von bestimmten Falsifikaten gerichtlich strafbar[1]). In einem Fall ist der Besitz sogar mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht[2]).

Der Gesetzgeber wählt den Besitz deshalb so gerne als Anknüpfungspunkt einer gerichtlichen Strafbarkeit, weil er sich davon eine Erleichterung der Strafverfolgung erwartet. Vorrangig geht es ihm meist um die Bestrafung der Besitzverschaffung. Das Erwerben, An-sich-Bringen, Sich-Verschaffen, Übernehmen oder Beziehen des Tatobjekts ist jedoch oft nur schwer nachzuweisen, weil die Tatsache, dass eine Person im Besitz einer Sache angetroffen wird, nicht zwingend bedeutet, dass sie sich die Sache selbst verschafft hat. Um den häufig nicht widerlegbaren Einwand abzuschneiden, man sei ungewollt in den Besitz geraten, wird das Besitzen selbst mit Strafe bedroht. Die Besitztatbestände fungieren also als Auffangtatbestände gegenüber den Erwerbstatbeständen[3]). Der deutsche Gesetzgeber hat den Auffangcharakter der Besitzdelikte mehrfach besonders betont. So hat er bei Einführung des Straftatbestands gegen Kinderpornographie bemerkt: „Um alle strafwürdigen Fälle einer Beteiligung am Markt für Kinderpornographie zu erfassen und eine wirkungsvolle Strafverfolgung zu ermöglichen, die nicht durch mit der Begrenzung auf bestimmte Erwerbshandlungen verbundene Beweisschwierigkeiten behindert wird, soll ... der Besitz selbst unter Strafe gestellt werden."[4])

---

[1]) § 207a Abs 3 StGB (eingeführt durch BGBl 1994/622; verschärft durch BGBl I 2004/15); § 177a Abs 1 Z 3 und § 177b StGB (BGBl 1996/762); § 280 StGB (BGBl I 1997/12); § 224a, § 233 Abs 1 Z 1, § 241b StGB (BGBl I 2004/15). Siehe ferner § 126c StGB (Besitz bestimmter Computerprogramme oder Zugangsdaten; BGBl I 2002/134 idF BGBl I 2004/15), § 241c StGB (Besitz eines Werkzeugs oder Mittels zur Fälschung unbarer Zahlungsmittel; BGBl I 2004/15), § 241f StGB (Besitz eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels; BGBl I 2004/15).

[2]) Lebenslange Freiheitsstrafe kann gem § 177a Abs 2 zweiter Fall StGB wegen des Besitzes von atomaren, biologischen oder chemischen Massenvernichtungswaffen verhängt werden, wenn der Besitzer weiß, dass sie zum Einsatz gelangen sollen.

[3]) Vgl *Eckstein* Besitz 79 f; *E/K-Pelchen* BtMG § 29 Rz 22; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1063; *Lagodny* Strafrecht 326 f; *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 64.

[4]) BT-Drucks 12/3001, 6. Siehe weiters zB BT-Drucks 6/1877, 9.

Die Auffangfunktion des Besitzens beschränkt sich dabei jedoch nicht auf die leichtere Beweisbarkeit, sondern sie wirkt sich auch innerhalb der Verjährung aus. Während in den Tatvarianten des Herstellens, Anbietens, Überlassens, Erwerbens usw der Lauf der Verjährungsfrist mit dem Abschluss der jeweiligen, meist auf einen kurzen Zeitraum beschränkten Tätigkeit beginnt, beginnt die Verjährungsfrist hinsichtlich des strafbaren Besitzes eines Gegenstands nicht, solange der Gegenstand besessen wird. Das hat für die Strafverfolgungsorgane den Vorzug, dass der sonst mögliche Einwand der Verjährung ausscheidet, wenn die Sache im Besitz des Täters aufgefunden wird. Auch wenn es nicht mehr möglich sein sollte, den Täter wegen der Herstellung oder des Erwerbs der Sache zu belangen, kann man ihn doch noch wegen des Besitzes zur Verantwortung ziehen. In dieser Hinsicht werden die bloß als Auffangtatbestand fungierenden Besitzdelikte wie Hochkriminalität behandelt[5]). Die Problematik zeigt sich an einem vom OGH entschiedenen Fall, in welchem dem Beschuldigten der unbefugte Besitz einer Waffe angelastet wurde, die er fast dreißig Jahren lang in Besitz gehabt hatte[6]).

Ein weiterer Grund für die Zunahme der Besitztatbestände ist in den internationalen Rechtsakten zu sehen, die zur Einführung gerichtlicher Strafbestimmungen gegen den Besitz gewisser Objekte verpflichten und auf diese Weise zugleich eine Harmonisierung der Besitztatbestände in den verschiedenen Rechtsordnungen bewirken[7]).

Obwohl der Besitz mancher Gegenstände bereits seit geraumer Zeit mit gerichtlicher Strafe bedroht ist[8]), haben die Besitzdelikte in der Strafrechts-

---

[5]) Vgl *Kienapfel* JBl 1987, 394 zur Auslegung des „Verheimlichens" in §§ 164 f aF StGB als Dauerdelikt durch die Rsp.

[6]) OGH EvBl 1976/146.

[7]) ZB Art 4 Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 28. 5. 2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl EG Nr L 149, 1; Art 3 Abs 1 lit d Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 22. 12. 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, ABl EG Nr L 013 (Jan 2004), 44; Art 3 Abs 1 lit c Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie, BGBl III 2004/93; Art 3 Abs 1 lit a i) u iii) Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtgiften und psychotropen Stoffen, BGBl III 1997/154; Art 6 Abs 1 lit c Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, BGBl III 1997/153.

[8]) Beispielsweise ist der Besitz von Betäubungsmitteln in der Schweiz seit 1924 strafbar (Art 11 Abs 1 schwBtMG vom 2. 10. 1924), in Österreich seit 1928 (§ 9 Abs 1 Z 2 GiftG, BGBl 1928/297), in Deutschland seit 1971 (§ 10 Abs 1 Z 4 u Z 6 lit b dBtMG, dBGBl I 1971/134). Ende des 19. Jahrhunderts existierten bereits Strafbestimmungen gegen den Besitz von Sprengstoff (SprengstoffG vom 27. 5. 1885, RGBl Nr 134; dSprengstoffG vom 9. 6. 1884, RGBl Nr 17). Noch weiter zurückverfolgen lässt sich die Strafbarkeit des Waffenbesitzes. So verbaten im Mittelalter einzelne Stadtrechte das Tragen von Waffen in der Absicht, einem anderen zu schaden, oder das „verborgene" Waffentragen. Diese Strafbestimmungen hatten allerdings auch die Funktion, eine Bestrafung des nicht allgemein strafbaren Versuchs zu ermöglichen;

wissenschaft lange Zeit ein Schattendasein geführt. Ein Grund für ihre wissenschaftliche Vernachlässigung mag darin liegen, dass die in der Praxis wichtigsten Besitzdelikte im dogmatisch traditionell vernachlässigten Nebenstrafrecht geregelt sind. Erst als in Deutschland 1993 der Besitz von Kinderpornographie für strafbar erklärt wurde, rückten die Besitzdelikte in das wissenschaftliche Interesse. In einer ersten Analyse dieses Tatbestands stellte *Schroeder* fest, dass eine allgemeine Untersuchung der Strafwürdigkeit des Besitzes von Gegenständen und seiner dogmatischen Natur noch aussteht[9]). Dieser Feststellung folgten nähere Untersuchungen zur Frage, ob sich die Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und von Betäubungsmitteln auf den Schutz eines Rechtsguts zurückführen lässt[10]), sowie dazu, ob mit dem Besitz überhaupt ein menschliches Verhalten oder nur ein Zustand, eine Sachbeziehung, unter Strafe gestellt wird[11]).

In diesen und in älteren Stellungnahmen, die meist auf den Besitz einer bestimmten Art von Gegenständen beschränkt sind, wird die Strafwürdigkeit des Besitzes kontrovers beurteilt:

Die Befürworter einer Pönalisierung verweisen auf die Gefahren, die mit dem Besitz gewisser Gegenstände verbunden seien. Die meisten Besitzdelikte sollen der Gefahr entgegenwirken, dass das Tatobjekt vom Besitzer selbst oder von einem Dritten zu schädigenden Zwecken verwendet wird[12]). Zu diesen Delikten wird auch der Besitztatbestand im Betäubungsmittelrecht gezählt, der die Weitergabe der Betäubungsmittel an einen anderen verhindern soll[13]). Andere Tatobjekte, wie Krankheitserreger oder Gefahrstoffe, seien unabhängig von ihrer Verwendung derart gefährlich, dass schon ihr Vorhandensein an einem bestimmten Ort unter Strafe gestellt wird[14]). Schließlich könne mit einem Besitzdelikt auch der Zweck verfolgt werden, die Herstellung eines Gegenstands zu verhindern. Ein Beispiel dafür sei der Besitz von Kinderpornographie, durch den mittelbar die Anfertigung von Kinderpornographie gefördert werde[15]).

Gegen die Besitzdelikte wird vorgebracht, sie würden zu einer noch weiteren Vorverlagerung der Strafbarkeit führen, als das bei anderen abstrakten Gefährdungsdelikten der Fall ist. Während abstrakte Gefährdungsdelikte gewöhnlich ein Verhalten unter Strafe stellen, das für ein Rechtsgut generell ge-

---

näher *His* Strafrecht Teil 1 167 ff; zur geschichtlichen Entwicklung des (deutschen) Waffenrechts siehe auch *Reiber* Entwicklung 4 ff. Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der Besitzdelikte in Deutschland findet sich bei *Eckstein* Besitz 22 ff.

[9]) NJW 1993, 2582.

[10]) *Nestler* Rechtsgüterschutz 65 ff.

[11]) *Lagodny* Strafrecht 318 ff; *Struensee* FS Grünwald 713 ff; eingehend *Eckstein* Besitz.

[12]) *Eckstein* Besitz 74 ff; vgl auch *Schroeder* NJW 1993, 2582. *Schröder* sieht den Strafgrund des Besitzes von Waffen und von Sprengstoffen überhaupt in der Unabsehbarkeit der aus dem Besitz resultierenden Gefahren (ZStW 1969, 16 f).

[13]) *Eckstein* Besitz 75; für viele weitere zB *Allmers* ZRP 1991, 42.

[14]) *Eckstein* Besitz 70 ff.

[15]) *Eckstein* Besitz 67 ff; vgl auch BT-Drucks 12/3001, 6; *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 2; *Schroeder* NJW 1993, 2582; *ders* ZRP 1990, 300.

fährlich ist, sei der Besitz als solcher ganz ungefährlich. Erst wenn der Gegenstand vom Besitzer selbst oder von einem anderen zur Vornahme einer Handlung benutzt wird, drohe sich die Gefährlichkeit des Besitzes für das Rechtsgut zu realisieren. Das generelle Verbot des Besitzes gefährlicher Gegenstände beruhe daher auf dem Verdacht, jeder Besitzer verfolge damit kriminelle Zwecke[16]). Diesem Einwand gemäß wurde schon früher gefordert, den Besitz von Gegenständen, die zu deliktischen Zwecken verwendet werden können, nur dann unter Strafe zu stellen, wenn der Besitzer eine solche Verwendung nachweislich anstrebt[17]).

Die Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln im Besonderen soll gegen den allgemeinen Grundsatz der Straflosigkeit der Selbstgefährdung verstoßen. Wer Betäubungsmittel an einen anderen weitergibt, beteilige sich lediglich an einer straflosen Selbstgefährdung. Umso weniger dürfe der Besitz von Betäubungsmitteln mit Strafe bedroht werden, bei dem bloß die Gefahr einer solchen Weitergabe besteht[18]).

Schließlich wird das Argument, der Besitzer von Kinderpornographie habe zumindest durch deren Übernahme den Kindesmissbrauch mittelbar gefördert, als Konstruktion einer „neuartige(n) Rechtsfigur einer Art rückwirkender Anstiftung" kritisiert[19]). Durch den Besitz von Kinderpornographie werde das mit der Pönalisierung verfolgte Anliegen, Kinder vor sexuellem Missbrauch zu schützen, allenfalls „in minimaler Weise" beeinträchtigt[20]).

Aber auch in seiner Funktion als Tathandlung erscheint der Besitz bedenklich. Es fragt sich nämlich, ob „Besitzen" so wie andere Tathandlungen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen voraussetzt oder ob es das Haben einer Sache als solches bezeichnet.

Besondere Brisanz hat diese Frage bei so genanntem aufgedrängten Besitz, wenn also der Besitzer ungewollt in den Besitz des Tatobjekts gelangt ist. Begründet bereits das bloße Haben einer Sache ein „Besitzen", so könnte dieser Besitzer nur bestreiten, die Sache vorsätzlich besessen zu haben, oder einen Verbotsirrtum geltend machen. In manchen Fällen ist sogar der fahrlässige Besitz mit Strafe bedroht[21]). Hier würde auch die fahrlässige Unkenntnis des Besitzes eines Tatobjekts zur Bestrafung führen. Setzt „Besitzen" hingegen ein bestimmtes Verhalten voraus, so könnte sich der ungewollt in den Besitz Gelangte darauf berufen, weder durch ein Tun noch durch ein Unterlassen für den Besitz verantwortlich geworden zu sein.

Verschiedenen Versuchen, den Besitz auf ein Verhalten zurückzuführen, steht die Auffassung gegenüber, eine Auslegung von „Besitzen" als Verhalten sei deshalb unmöglich, weil sie die mit den Besitzdelikten bezweckte Beweis-

---

[16]) *Nestler* Rechtsgüterschutz 66 ff; vgl auch *Köhler* ZStW 1992, 39 f.

[17]) *Schubarth* Tragweite 6 FN 25.

[18]) ZB *Frisch* FS Stree/Wessels 94 f; *Köhler* MDR 1992, 740; *ders* ZStW 1992, 39 ff; *Nestler* Rechtsgüterschutz 72 ff.

[19]) *Jäger* FS Schüler-Springorum 233; vgl auch *Ainedter* ua AnwBl 1994, 36 („reine Erfolgshaftung"); *Lackner/Kühl* StGB[25] § 184b Rz 8 („wenig überzeugend").

[20]) *Bertel* FS Rehberg 56; siehe auch *Bertel/Schwaighofer* BT II[6] § 207a Rz 10 („Die Strafwürdigkeit des bloßen Besitzes ist allerdings sehr zweifelhaft.").

[21]) ZB § 50 Abs 1 WaffG; § 51 Abs 4, § 52 Abs 4 dWaffG.

erleichterung verfehlen würde. An einen bloßen Zustand, wie ihn der Besitz darstelle, dürfe jedoch kein strafrechtlicher Vorwurf geknüpft werden. Die Besitzdelikte seien daher mit Ausnahme jener Delikte, die wenigstens über den erweiterten Vorsatz einen Bezug zu einem Verhalten herstellen, verfassungswidrig[22]).

Zum gerade gegenteiligen Ergebnis gelangt *Eckstein* in seiner Untersuchung, die sich erstmals ausführlich mit den Besitzdelikten in Deutschland befasst. Zwar lasse sich Besitz in weiten Teilen auf ein Tun oder Unterlassen des Besitzers zurückführen. Um alle strafwürdigen Fälle von Besitz zu erfassen, bedürfe es aber der Anerkennung der neuen Deliktskategorie eines „Zustandsdelikts". Dieses beinhalte abweichend von der bisherigen strafrechtlichen Terminologie[23]) auch eine von menschlichem Verhalten losgelöste Haftung für einen bloßen Zustand[24]).

Im Verlauf der vorliegenden Untersuchung wird zunächst überblicksartig aufgezeigt, in welchen Fällen der Besitz mit gerichtlicher Strafe bedroht ist und wie die Besitzdelikte im Einzelnen ausgestaltet sind. Anschließend wird geprüft, ob sich „Besitzen" als ein Verhalten interpretieren lässt oder ob es einen bloßen Zustand ohne Bezug zu einem menschlichen Verhalten bezeichnet. Zur Erweiterung des Blickwinkels werden die Besitzdelikte in Deutschland und der Schweiz in den Überblick einbezogen. Auf diese Rechtsordnungen wird auch für die Auslegung des Besitzens als Tathandlung Bezug genommen, soweit dies für die Lösung zweckmäßig erscheint.

---

[22]) *Lagodny* Strafrecht 321 ff. Vgl auch *Struensee* FS Grünwald 713 ff, der die Besitzdelikte als „legislatorischen Fehltritt" bewertet. Vgl ferner die Kritik von *Grünwald* StV 1986, 245 daran, dass mit dem Besitz keine „greifbare" Handlung pönalisiert wird, verbunden mit der Forderung, anstelle der Besitzdelikte „klar konturierte Unterlassungstatbestände" zu schaffen. Kritisch auch *Kienapfel/Schmoller* BT III § 207a Rz 7 f, §§ 171–175 Rz 58; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 10 Rz 22.

[23]) In der gängigen Terminologie stellt ein Zustandsdelikt ein Nicht-Dauerdelikt dar; zB *Triffterer* AT[2] 3/93.

[24]) Besitz 226 ff. Weitgehend zustimmend *Lampe* ZStW 2001, 894 ff.

II. Rechtsvergleichender Überblick über die Besitzdelikte

Die folgende Bestandsaufnahme soll einen Eindruck von der Reichweite der Besitzstrafbarkeit in Österreich, Deutschland und der Schweiz vermitteln. Die Darstellung orientiert sich zunächst an den unterschiedlich formulierten Tathandlungen, die ein strafbares Besitzen bezeichnen. Anschließend wird versucht, Gemeinsamkeiten der Tatobjekte aufzuzeigen. Hingewiesen wird auch auf Besonderheiten einzelner Besitztatbestände, wie das Erfordernis eines erweiterten Vorsatzes oder einer abstrakten oder konkreten Gefährdung durch den Besitz.

Unter einem Besitzdelikt wird hier ein Straftatbestand verstanden, der seinem Wortlaut nach bereits durch das Bestehen von eigenem Gewahrsam an einem körperlichen Gegenstand verwirklicht sein könnte. Nur bei einer solchen Tatbestandsfassung kann es nämlich zur spezifischen Problematik eines Besitzdelikts kommen, der Strafbarkeit einer Person, die ungewollt Besitz an einer Sache erlangt hat und die in der Folge nicht einmal durch Unterlassen für ihren Besitz verantwortlich geworden ist.

Erste Voraussetzung eines Besitzdelikts nach dieser Begriffsbestimmung ist, dass die Strafbarkeit nur bei Gewahrsam an einem körperlichen Gegenstand eingreift. Das trifft zB auf die Strafvorschriften gegen den Besitz von Kinderpornographie zu[25]), die nur gegenständlich verkörperte kinderpornographische Darstellungen erfassen[26]). Die bloße Möglichkeit, auf kinderpornographische Abbildungen im Internet zuzugreifen, löst noch keine Strafbarkeit nach diesen Tatbeständen aus. Erst wenn die Daten auf einem Datenträger, zB auf der Festplatte eines Computers oder auf einer Diskette, gespeichert sind, können sie strafbar besessen werden[27]). Da somit eigener Gewahrsam an einer körperlichen Sache erforderlich ist, sind diese Delikte den Besitzdelikten zuzuordnen.

Im Unterschied dazu kann das Tatobjekt einer Geldwäscherei auch eine unkörperliche Sache, wie Giralgeld, sein. Die Geldwäscherei in der Variante des Verwahrens von Vermögensbestandteilen[28]) stellt deshalb nur insoweit ein Besitzdelikt dar, als ihr körperliche Vermögensbestandteile zugrunde liegen.

---

[25]) § 207a Abs 3 StGB; § 184b Abs 4 dStGB; Art 197 Z 3bis schwStGB.

[26]) Art 197 Z 3bis schwStGB bezieht seinem Wortlaut nach zwar „pornographische Vorführungen" mit ein. Diese können aber nicht „besessen" werden, da es sich dabei um vom Publikum unmittelbar wahrnehmbare Darstellungen handelt (vgl *Jenny/Schubarth/Albrecht* BT 4 Art 197 Rz 14).

[27]) Für viele *Bertel/Schwaighofer* BT II^{6} § 207a Rz 10; *Lackner/Kühl* StGB^{25} § 184b Rz 8; Botschaft des schweizerischen Bundesrates vom 10. 5. 2000, BBl 2000, 2979 f.

[28]) § 165 Abs 2 StGB; vgl auch § 261 Abs 2 Z 2 dStGB.

§ 143 Abs 2 dStGB, der das unerlaubte Halten eines gefährlichen Hundes mit Strafe bedroht, erfüllt zwar das aufgestellte Körperlichkeitskriterium. Die Einordnung dieses Tatbestands als Besitzdelikt scheitert jedoch daran, dass kein Gewahrsam am Hund erforderlich ist. Als Hundehalter wird nämlich jeder angesehen, der „die Bestimmungsmacht über das Tier hat, aus eigenem Interesse für die Kosten des Tieres aufkommt, den allgemeinen Wert und Nutzen des Tieres in Anspruch nimmt und das Risiko seines Verlustes trägt"[29]). Welches konkrete Verhalten strafbar ist, bleibt bei diesen Formulierungen im Dunkeln[30]). Es handelt sich aber nicht um ein Besitzdelikt, weil es ersichtlich nicht auf eigenen Gewahrsam des Halters am Hund ankommt. Hundehalter kann vielmehr auch derjenige sein, der das Tier einem anderen anvertraut hat. Aus demselben Grund stellt das Halten eines gefährlichen Tieres gem § 81 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB[31]) ebenfalls keine Tathandlung eines Besitzdelikts dar. Die beiden anderen Varianten „Verwahren" und „Führen" eines gefährlichen Tieres werden hingegen so definiert, dass sie mit eigenem Gewahrsam des Täters am Tier verbunden sind: Verwahrer sei derjenige, bei dem das Tier räumlich untergebracht ist. Ein Tier führe, wer es bei sich hat[32]). Diese Tathandlungen weisen damit das für ein Besitzdelikt wesentliche Merkmal eigenen Gewahrsams an einer körperlichen Sache auf[33]).

Zweitens darf die Tathandlung nicht eindeutig ein bestimmtes Tun oder Unterlassen erfordern. Ob dies der Fall ist, kann selbst für eine gleichlautende Tathandlung unterschiedlich zu beantworten sein. So ist das nach § 316 dStGB strafbare *Führen* eines Fahrzeugs durch einen Betrunkenen nicht den Besitzdelikten zuzuordnen, weil es zwar mit Gewahrsam am Fahrzeug verbunden ist, jedoch nur dadurch verwirklicht werden kann, dass das Fahrzeug in Bewegung gesetzt oder während der Fahrtbewegung gelenkt wird[34]). Die Ausklammerung aus den Besitzdelikten erscheint auch sachgerecht, weil das Unrecht der Trunkenheitsfahrt nicht dadurch begründet wird, dass der Täter Gewahrsam an einem Fahrzeug hat, obwohl er betrunken ist, sondern dadurch, dass er das Fahrzeug in diesem Zustand in Gebrauch nimmt. Für das unbefugte *Führen* einer Waffe im Sinne des WaffG genügt es hingegen, die Waffe außerhalb des privaten Bereichs bei sich zu haben[35]). Diese Definition könnte auch derjenige erfüllen, dem eine Waffe unbemerkt in die Einkaufstasche gesteckt wird, während er gerade im Kaffeehaus sitzt. Daher handelt es sich um ein Besitzdelikt.

Wie das zuletzt genannte Beispiel zeigt, kann es zu aufgedrängtem Besitz auch bei jenen Delikten kommen, die einen speziell ausgestalteten Gewahrsam

---

[29]) *Krüger* JR 2002, 4; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 143 Rz 3.

[30]) Kritisch auch *Schild* NK § 143 Rz 31 f.

[31]) Zur Definition zB *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 81 Rz 104.

[32]) EB RV StRÄG 2001, 487 BlgNR 21. GP, 17; *Bertel/Schwaighofer* BT I[8] § 81 Rz 21; *Burgstaller* WK[2] § 81 Rz 113; *Fabrizy* StGB[8] § 81 Rz 12; *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 81 Rz 104.

[33]) Näher zu diesem besonderen Fall eines Besitzdelikts unten nach FN 227.

[34]) Vgl *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 316 Rz 20.

[35]) § 7 WaffG.

erfordern, wie das Waffenführen ein räumlich enges Naheverhältnis zur Waffe außerhalb des eigenen Bereichs oder das Feilhalten eines Gegenstands einen Gewahrsam, der die Verkaufsabsicht des Besitzers nach außen hin erkennen lässt. Diese Delikte gehören deshalb ebenfalls zu den Besitzdelikten.

In abgeschwächter Form stellen sich die angeführten Bedenken gegen den Besitz als Tathandlung auch dann, wenn der Besitz mit einer weiteren Tathandlung kombiniert ist, wie bei den durch das Mit-sich-Führen einer Waffe qualifizierten Delikten. Nach einem solchen Straftatbestand ist zwar ein zusätzliches Verhalten Voraussetzung für die Strafbarkeit. In ihrem Besitz-Teil sind diese Straftatbestände jedoch ähnlich problematisch wie die schlichten Besitzdelikte. Sie werden daher in die Untersuchung miteinbezogen. Dieser umfassende Ansatz zeigt darüber hinaus auf, welche Alternativen zur Ausgestaltung als schlichtes Besitzdelikt zur Verfügung stehen.

Im Hinblick auf die große Anzahl von Besitzdelikten in den hier untersuchten Rechtsordnungen – allein für Deutschland konnte *Eckstein* über 100 Besitztatbestände feststellen[36]) – wird eine erschöpfende Darstellung nicht angestrebt.

A. Tathandlungen

Um Besitzdelikte handelt es sich nicht nur, wenn ausdrücklich das Besitzen unter Strafe gestellt ist, sondern vielfach auch, wenn für die Tathandlung eine andere Formulierung verwendet wird, die inhaltlich gleichbedeutend ist oder die zumindest eine bestimmte Art und Weise des Besitzes erfasst, wie das Innehaben, Verwahren, Lagern, Feilhalten oder Führen eines Gegenstands.

Besitzdelikte können sich sogar hinter solchen Ausdrücken wie dem Inverkehrbringen, Benützen, Verwenden, Behandeln, Verarbeiten, Umgehen oder Verkehren mit einer Sache verbergen. Über Legaldefinitionen in strafrechtlichen Nebengesetzen wird unter diesen Ausdrücken oft eine Reihe von Tathandlungen einschließlich des Besitzes zusammengefasst und damit die Wortlautgrenze des jeweiligen Begriffs überschritten. Beispielsweise kann von einem *Inverkehrbringen* im Wortsinn nur dann gesprochen werden, wenn das Tatobjekt aus der Hand des bisherigen Gewahrsamsinhabers in die Verfügungsgewalt eines anderen gelangt[37]). Solange man eine Sache besitzt, ist sie noch nicht in Verkehr gebracht, weil noch kein anderer die Verfügungsgewalt erhalten hat. Durch die gesetzlichen Definitionen des Inverkehrbringens im Arznei- und Lebensmittelrecht wird jedoch diese Tathandlung auf bestimmte Formen des Besitzes ausgedehnt: Nach § 4 Abs 17 dArzneimittelG und § 7 Abs 1 dLMBG umfasst das Inverkehrbringen auch das Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe sowie das Feilhalten[38]). In Art 8 Abs 2

---

[36]) Besitz 23.

[37]) *Horn* NJW 1977, 2333 f.

[38]) Ebenso § 2 Z 18 dWeinG; vgl auch § 2 Z 9 lit b dForstvermehrungsgutG; § 2b Abs 1 Z 6 dFuttermittelG; § 2 Abs 1 Z 11 ArzneimittelG; § 1 Abs 2 LMG; § 2 Abs 1 WeinG.

schwPatentG scheint das Feilhalten wiederum als eine Form des *Benützens* einer patentierten Erfindung auf. Ähnlich ist aus § 14 Abs 3 Z 2 dMarkenG abzuleiten, dass das *Benutzen* einer Marke den Besitz zum Zweck des Anbietens oder Inverkehrbringens miteinschließt[39]). Unter dem *Umgehen* mit bestimmten Sachen oder dem *Behandeln* von Lebens- oder Futtermitteln kann auch das Lagern und/oder das Aufbewahren zu verstehen sein[40]). Gefährliche Stoffe zu *verwenden* bedeutet nach § 3 Z 10 dChemikalienG auch, sie zu lagern oder aufzubewahren[41]).

Im österreichischen Immaterialgüterrecht ist mit Strafe bedroht, wer ein Patent, ein Musterrecht, ein Gebrauchsmuster, eine Marke oder ein Sortenschutzrecht *verletzt*. Der Rechtsinhaber darf andere davon ausschließen, entsprechende Erzeugnisse feilzuhalten oder sie zum Zwecke des Inverkehrbringens zu besitzen[42]). Da ein solches Feilhalten oder Besitzen eine Verletzung des jeweiligen Immaterialgüterrechts bedeutet, verbergen sich auch hinter diesen Strafdrohungen Besitzdelikte[43]).

Auch aus einer Präposition kann sich die Strafbarkeit des Besitzens ergeben. Nach Art 17 Abs 1 lit e und Art 18 Abs 1 lit b schwJagdG ist es strafbar, ein Schutz- oder Jagdgebiet ohne ausreichenden Grund *mit* einer Schusswaffe zu betreten. Diese Strafvorschrift erfordert neben dem Betreten eines entsprechenden Gebiets das Bei-sich-Haben einer Schusswaffe und kommt dem in Österreich und Deutschland strafbaren unbefugten Waffenführen nahe[44]).

1. Besitzen, Innehaben, Ausüben der tatsächlichen Gewalt

Einige der praktisch wichtigsten Besitzdelikte stellen ausdrücklich das Besitzen eines Gegenstands unter Strafe, zB von Sucht- bzw Betäubungsmitteln, Waffen oder Kinderpornographie[45]).

---

[39]) *Ingerl/Rohnke* Markengesetz[2] § 14 Rz 194. Siehe auch § 38 Abs 1 dGeschmacksmusterG.

[40]) Art 2 Abs 4 schwEpidemienG; Art 3 lit j schwKernenergieG; Art 5 Abs 4 schwGentechnikG; Art 4 Abs 1 lit j schwChemikalienG; Art 7 Abs 6ter schwUmweltschutzG; § 3 Abs 2 Z 1 dSprengstoffG; § 7 Abs 1 dLMBG; § 2b Abs 1 Z 5 dFuttermittelG.

[41]) Siehe ferner Art 3 Abs 1 schwSprengstoffG: als *Verkehr* gilt jeder Umgang, insb das Lagern, Besitzen, usw; § 2 Z 10 iVm Z 11 dWeinG: das *Verarbeiten* umfasst auch das Herstellen und dieses wiederum auch das Lagern, „soweit ... gelagert wird, um dadurch auf das Erzeugnis einzuwirken".

[42]) Näher § 159 Abs 1 iVm § 22 Abs 1 PatentG; § 60 Abs 1 iVm §§ 10, 10a Z 2 MarkenschutzG; § 35 Abs 1 iVm § 4 MusterschutzG; § 42 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 GebrauchsmusterG; § 25 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 Z 7 SortenschutzG.

[43]) Vgl auch § 91 Abs 1 iVm § 90b u § 90c Abs 1 Z 2 UrhG: *Eingriff* in das Urheberrecht durch kommerziellen Besitz bestimmter Umgehungsmittel; Art 41 Abs 1 lit a iVm Art 9 Abs 1 schwDesignG: *widerrechtlicher Gebrauch* des Designs durch Lagern oder Besitzen zu bestimmten Zwecken entgegen dem Verbot des Rechtsinhabers.

[44]) Vgl *Häberling* Waffenhandel 185 ff.

[45]) §§ 27 ff SMG; § 29 Abs 1 Z 3, § 29a Abs 1 Z 2 dBtMG; Art 19 Z 1 schwBtMG; § 177a Abs 1 Z 3, § 280 Abs 1 StGB; § 5 iVm § 2 BG über das Verbot von Anti-Personen-Minen; § 3 iVm § 2 Abs 1 BG über das Verbot blindmachender

Der Besitz in den betreffenden Strafvorschriften wird nahezu einhellig mit dem Gewahrsam im strafrechtlichen Sinn gleichgesetzt. Besitzer sei, wer den inkriminierten Gegenstand innehat und daher faktisch auf ihn zugreifen und über ihn verfügen kann. Als entscheidend wird also die tatsächliche unmittelbare Sachherrschaft, die faktische Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache angesehen[46]).

Obwohl die Gleichsetzung mit dem Gewahrsam eine lange Tradition aufweist[47]), ist sie nicht selbstverständlich, weil dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff eine ganz anders geartete Funktion als der Tathandlung „Besitzen" zukommt[48]): Der Begriff des Gewahrsams, der in den §§ 134, 135 StGB ausdrücklich erwähnt wird, dient der Abgrenzung einzelner Vermögensdelikte. Vom Gewahrsam des Täters an der fremden Sache hängt es ab, ob er sich zB durch ihre Aneignung wegen Unterschlagung oder wegen Diebstahls strafbar macht. Dabei wird Gewahrsam an einer Sache recht großzügig bejaht. Für ausreichend wird es gehalten, wenn sich die Zuordnung der Sache zur Herrschaft einer Person aus der Verkehrsauffassung ergibt und wenn nach der Verkehrsauffassung ein Herrschaftswille anzunehmen ist[49]). Bei den Besitzdelikten ist jedoch der Gewahrsamsinhaber nicht die geschützte Person[50]), sondern gerade jene Person, die sich strafbar gemacht haben könnte.

Als Folge der Gleichsetzung mit dem Gewahrsam wird betont, dass der strafrechtliche Besitzbegriff nicht mit dem Besitz im Sinne des Bürgerlichen Rechts übereinstimmt, sondern sich damit lediglich überschneidet[51]). Denn

---

Laserwaffen; § 50 Abs 1 Z 1–4 WaffG; §§ 51 f dWaffG; § 207a Abs 3 StGB; § 184b Abs 4 dStGB; Art 197 Z 3bis schwStGB.

[46]) ZB JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3; OGH EvBl 1975/140; *Kodek/Fabrizy* SMG 103; *Triffterer* SbgK § 175 Rz 24; BT-Drucks 6/1877, 9; *Baae* NStZ 1987, 214; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1069; *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 48; Botschaft des schweizerischen Bundesrates vom 10. 5. 2000, BBl 2000, 2978 f; BGE 119 IV 266; *Schwaibold/Meng* BK Art 197 Rz 56; *A. Schütz* Strafbestimmungen 123; vgl auch *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 63.

[47]) Vgl RG GA 1907, 291; RGSt 12, 256; *Binding* BT 2[2] 25; *Grüninger* Besitz 31 f; *Schäfer/Wagner/Schafheutle* Gesetz 96; *Siebert* Besitzbegriff 7, 57, 125; *Stute* Erwerb 83; *Wieczorek* Besitz 38.

Auch bei der Unterschlagung gem § 246 aF dStGB, deren Tatbestand „Besitz oder Gewahrsam" an der zugeeigneten Sache voraussetzte, hatte nach hM „Besitz" die Bedeutung von Gewahrsam; *Ruß* LK[11] § 246 Rz 10 mwN.

[48]) Vgl *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 65, der deshalb nicht auf Gewahrsam, sondern auf die „(faktische) Möglichkeit des Täters, die betreffenden Betäubungsmittel in den Verkehr zu bringen" und eine entsprechende „Absicht" (Rz 90 f) abstellt.

[49]) Vgl nur *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 23 ff.

[50]) Zum Gewahrsam als mitgeschütztes Rechtsgut des Diebstahls *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 4 u 7.

[51]) ZB OGH EvBl 1975/140; *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 171–175 Rz 58; *Rosbaud* SbgK § 280 Rz 44; *E/K-Pelchen* BtMG § 29 Rz 20; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1069; *Lobe* Einfluß 19 ff; *Häberling* Waffenhandel 250 ff.

Im österreichischen Waffenrecht wird neben dem (unbefugten) Gewahrsam an Waffen auch der Besitz iS des Bürgerlichen Rechts als strafbar angesehen, was wohl durch die Definition in § 6 WaffG bedingt ist, wonach als Besitz von Waffen *auch* de-

zum einen ist die faktische Sachherrschaft kein essentielles Erfordernis des zivilrechtlichen Besitzes. Möglich ist im Zivilrecht etwa auch ein bloß mittelbarer Besitz, dem keine tatsächliche Sachherrschaft zugrunde liegt. Strafrechtlich betrachtet soll ein mittelbarer Besitzer jedoch nur dann Besitz haben, wenn er trotz der unmittelbaren Sachherrschaft eines anderen einen so sicheren Zugang zur Sache hat, dass er ohne Schwierigkeit tatsächlich darüber verfügen kann[52]), im Grunde also Mitgewahrsam an der Sache besteht. Zum anderen ist der strafrechtliche Besitzbegriff insofern weiter, als für diesen kein Besitzwille gefordert wird. Ein Besitzdiener soll sich daher wegen Besitzes strafbar machen können, obwohl er mangels Besitzwillens nicht zivilrechtlicher Besitzer ist[53]).

Anstelle eines Besitzwillens erfordert der Gewahrsam im Vermögensstrafrecht nach hM einen Herrschaftswillen. Ob das auch im Rahmen des strafbaren Besitzes gilt, ist ebenso ungeklärt wie die dogmatische Einordnung eines solchen Willens. Falls auch für den strafbaren Besitz ein Herrschaftswille notwendig ist, handelt es sich dann um eine Voraussetzung für das Vorliegen von Gewahrsam und damit um ein bereits objektives Tatbestandsmerkmal oder stellt der Herrschaftswille nur ein Merkmal der subjektiven Tatseite dar?

Jedenfalls kann der Herrschaftswille, wie er für den Gewahrsam im Vermögensstrafrecht verlangt wird, nicht den für den strafbaren Besitz nötigen Vorsatz ersetzen. Wie bereits angedeutet, kommt es nämlich für das Vorliegen von Gewahrsam allein darauf an, ob *nach der Verkehrsanschauung* ein Herrschaftswille vorhanden ist[54]). Ob dieser nach den objektiven Gegebenheiten zu ermittelnde „Wille" vom tatsächlichen Willen des Sachinhabers gedeckt ist, spielt keine Rolle, weil die Strafbarkeit wegen (vollendeten) Diebstahls nicht von der Vorstellung des Sachinhabers abhängen soll[55]). Soweit es um die Strafbarkeit des Sachinhabers selbst gerade wegen der Innehabung der Sache geht, kann aber ein anhand der Verkehrsauffassung anzunehmender Herrschaftswille höchstens ein Indiz für einen entsprechenden *tatsächlichen* Vorsatz sein.

Gewahrsam iS der Vermögensdelikte kann sogar an Sachen gegeben sein, von deren Existenz man noch gar nichts weiß. Das gilt zB für Sachen, die ein anderer versehentlich in einer fremden Wohnung zurückgelassen hat. Sie gelangen unmittelbar in den subsidiären Gewahrsam des Wohnungsinhabers. Auch eine Postsendung befindet sich ab ihrem Einwurf im Gewahrsam

---

ren Innehabung gilt; vgl AB WaffG 1996, 543 BlgNR 20. GP, 3; OGH 12 Os 36/89; RZ 1979/66; *Czeppan* ua Waffengesetz 96; *Fabrizy* StGB[8] WaffG § 6 Rz 1.

[52]) BGHSt 27, 380; *Baae* NStZ 1987, 214; *E/K-Pelchen* BtMG § 29 Rz 20; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1096; *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 48; *S/S-Lenckner* StGB[26] § 184 Rz 65.

[53]) BGHSt 26, 117; *Baae* NStZ 1987, 214; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 184b Rz 5; *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 48; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 184 Rz 51; *A. Schütz* Strafbestimmungen 123. Abw *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 65 (Besitzdiener nur als Gehilfe zum Besitzen).

[54]) ZB *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 127 Rz 24; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 30.

[55]) Vgl bereits *Siebert* Besitzbegriff 56.

des Inhabers des Briefkastens, gleichgültig, ob er die Sendung erwartet hat. Der sofortige Gewahrsam an diesen Sachen wird auf einen „generellen Herrschaftswillen" zurückgeführt. Auch sonst braucht sich der Herrschaftswille nicht auf die individuell bestimmte Sache zu beziehen. Es genügt, wenn er auf einen bestimmten Herrschaftsbereich gerichtet ist[56]). Ein genereller, nicht auf den inkriminierten Gegenstand bezogener Herrschaftswille entspricht aber nicht den Anforderungen, die an den Vorsatz beim strafbaren Besitz zu stellen sind. Hierfür genügt ein sich auf einen Herrschaftsbereich erstreckender Wille gerade nicht[57]). Der für den vermögensstrafrechtlichen Gewahrsam notwendige Herrschaftswille könnte höchstens Voraussetzung für das objektive Vorliegen von Gewahrsam sein. Zusätzlich bedürfte es des Vorsatzes, Gewahrsam an der konkreten Sache zu haben.

Auf einen Herrschaftswillen völlig zu verzichten scheint jene Ansicht, nach welcher der Besitztatbestand nur ein „bewußtes tatsächliches Innehaben" voraussetzt[58]). Bewusst inne hat man eine Sache bereits dann, wenn man weiß, dass man die Verfügungsgewalt über sie hat, auch wenn einem dieser Umstand unangenehm ist. Ein besonderer Herrschaftswille wird damit nicht gefordert.

Nach anderer Ansicht muss auch der Besitzer einen Herrschaftswillen haben, der darauf gerichtet ist, die Verfügungsmöglichkeit über die Sache aufrechtzuerhalten[59]). Es reicht danach nicht aus, die Sache bewusst innezuhaben[60]). Was aber den positiven Gehalt dieses Herrschaftswillens ausmacht, wird aus den einzelnen Ausführungen nicht recht deutlich. Nur einige Eckpunkte lassen sich feststellen: Ein Herrschaftswille soll jedenfalls dann vorhanden sein, wenn der Sachinhaber von seiner Verfügungsmacht tatsächlich Gebrauch machen will[61]). Hat sich der Täter die Sache selbst verschafft, erfolge auch der anschließende Besitz mit Herrschaftswillen[62]). Umstritten ist, ob das auch dann gilt, wenn der Täter die Sache ehest möglich bei einer Behörde abliefern oder sie vernichten will[63]). Jedenfalls fehle es an einem Herrschafts-

---

[56]) *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 127 Rz 24, 27 ff; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 28, 30.

[57]) AA offenbar BGE 119 IV 266 hinsichtlich des Besitzes von Betäubungsmitteln: „Bei Sachen innerhalb der eigenen Herrschaftssphäre, deren Vorhandensein jederzeit festgestellt werden kann, genügt ein entsprechender genereller Herrschaftswille."

[58]) BT-Drucks 6/1877, 9; BGH NStZ-RR 1998, 148; BGHSt 27, 380; BGHSt 26, 117; RG GA 1907, 291; RGSt 12, 256; *E/K-Pelchen* BtMG § 29 Rz 20.

[59]) OGH EvBl 1979/246; *Foregger/Litzka/Matzka* SMG 69; BGH NStZ 2005, 155; KG Berlin StV 1985, 18; *Baae* NStZ 1987, 214 f; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1098 ff. Dieser Wille wird auch als „Besitzwille" bezeichnet; zB *Baae* aaO. Vgl auch *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 65 u 90 f, der für den Besitz von Betäubungsmitteln sogar eine „Absicht der Inverkehrsetzung" fordert.

[60]) Ausdrücklich KG Berlin StV 1985, 18; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1099.

[61]) *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1098. Vgl auch OLG Zweibrücken NStZ 1986, 558 (Der Besitzer sei strafbar, wenn er „das Rauschgift um seiner selbst willen, zur Verwirklichung seiner Zweckbestimmung ... in seinem Herrschaftsbereich hält, wobei es genügt, daß er dabei dieses Zielstreben eines anderen sichern oder ermöglichen will.").

[62]) *Baae* NStZ 1987, 214 f.

[63]) Gegen das Vorliegen eines Herrschaftswillens zB BGH NStZ 2005, 155; OLG Hamm StV 2000, 624; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1102. Einen „Besitzwillen" beja-

willen, wenn der *ungewollt* in den Besitz einer Sache Gelangte eine solche Absicht aufweist[64]).

Die Unterschiede in den Auffassungen wirken sich vor allem im zuletzt genannten Fall aus, in dem jemand ungewollt die Verfügungsgewalt über einen verbotenen Gegenstand erlangt hat. Sobald er davon Kenntnis hat, dass sich ein derartiger Gegenstand in seinem Machtbereich befindet, hat er ihn „bewusst" inne, auch wenn ihm der Besitz unangenehm ist. Nach jener Ansicht, die einen Willen auf Aufrechterhaltung der Sachherrschaft verlangt, bedeutet hingegen das bloße Dulden einer ungewollt erlangten Verfügungsmöglichkeit über eine Sache noch keinen Herrschaftswillen und stellt damit kein Besitzen dar[65]).

In Deutschland wird in jüngeren Stellungnahmen zum strafbaren Besitz klargestellt, dass die Gleichsetzung mit dem Gewahrsam ohnehin nicht bedeutet, unter „Besitzen" sei der Zustand des Gewahrsams als solcher zu verstehen. Vielmehr stelle „Besitzen" „ein kausales Verhalten, nämlich die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung dieses Zustandes" dar[66]). Das „Aufrechterhalten" der faktischen Verfügungsmacht über die Sache, das nach manchen bereits mit dem Innehaben der Sache selbst verbunden ist[67]), dauere bis zur Besitzaufgabe oder bis zum Besitzverlust an[68]).

Nach anderer Ansicht wird mit „Besitzen" ausschließlich ein Unterlassen unter Strafe gestellt. Da „Besitzen" keine Handlung, sondern nur einen Zustand bezeichne, das Bestehen eines Zustands aber keine Straftat sein könne, sei das Besitzverbot in ein Handlungsgebot umzudeuten, nämlich in das an den Besitzer gerichtete Gebot, sich der Sache vorschriftsgemäß zu entledigen[69]). Überwiegend wird jedoch die Auslegung als reines Unterlassungsdelikt abgelehnt[70]). Einige Autoren wollen insbesondere auch in der Verwendung des Tatobjekts, wie im Einsatz einer Waffe als Tötungsmittel, ein Besitzen sehen[71]).

Entsprechende Uneinigkeit besteht über die Behandlung jener Fälle, in denen sich jemand eine Sache gerade zu dem Zweck verschafft hat, sie so-

---

hend aber *Baae* NStZ 1987, 214. Offen gelassen bei Besitzbegründung *zur Vernichtung* von BGH StV 1988, 432 sowie *Eckstein* Besitz 106, 103 (Beispiel 2), der bei vorsätzlicher Besitzbegründung sonst immer einen Herrschaftswillen annimmt.

[64]) *Baae* NStZ 1987, 215; *Körner* aaO; *Eckstein* Besitz 106 f. Vgl auch BGH StV 1981, 127.

[65]) KG Berlin StV 1985, 18; *Baae* NStZ 1987, 215; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1099. *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 65a wollen in diesem Fall den Tatbestand des Besitzes von Kinderpornographie teleologisch reduzieren. Siehe auch die Lösung von *Häberling* Waffenhandel 252 ff für den Fall der Erbschaft einer verbotenen Waffe: Der Erbe einer verbotenen Waffe weise zunächst nur einen „resolutiv bedingten Gewahrsamswillen" auf, wobei die Nichterteilung der Ausnahmebewilligung die Resolutivbedingung darstelle.

[66]) Nachweise in FN 281.

[67]) Nachweise in FN 282.

[68]) BGH NJW 1975, 226; *E/K-Steindorf* WaffG § 53 Rz 15 (131. ErgLfg).

[69]) *Horn* SK[6] § 327 Rz 4; *Wolters/Horn* SK[8] § 184b Rz 13.

[70]) *S/S-Cramer/Heine* StGB[26] § 327 Rz 6; *Steindorf* LK[11] § 327 Rz 5.

[71]) Nachweise in FN 279.

fort nach Besitzerlangung zu vernichten oder bei der Polizei abzugeben. Teils wird die Tatbestandsmäßigkeit eines solchen Besitzes verneint[72]). Teils wird angenommen, dass es sich um das Eingehen eines erlaubten Risikos[73]) oder um einen allenfalls gerechtfertigten oder entschuldigten Besitz[74]) handelt.

Schwierigkeiten bereitet ferner die Frage, ob der bloße *Konsum* eines Suchtmittels als Besitzen zu bewerten ist. In Deutschland wird die Tatbestandsmäßigkeit des Konsums verneint, wenn diesem keine eigene Verfügungsmacht an den Betäubungsmitteln vorausgeht. Es handle sich dabei weder um ein auf einen nennenswerten Zeitraum ausgerichtetes Herrschaftsverhältnis noch um ein strafwürdiges Verhalten, weil bei sofortigem Konsum keine Gefahr besteht, dass das Betäubungsmittel an Dritte weitergegeben wird[75]). Nach nahezu einhelliger österreichischer Rsp stellt hingegen der bloße Verbrauch eines Suchtmittels einen Akt der Besitzausübung und damit einen strafbaren Besitz dar[76]). Im schwBtMG hat der Gesetzgeber die Frage einer eindeutigen Lösung zugeführt: Art 19a Z 1 normiert einen Straftatbestand für den vorsätzlichen unbefugten Konsum von Betäubungsmitteln[77]).

In einzelnen Strafvorschriften scheint das *Innehaben* als Tathandlung auf[78]). Der österreichische Gesetzgeber hat diesen Begriff bewusst anstelle von „Besitzen" gewählt, um klarzustellen, dass kein Besitzwille im Sinne des Zivilrechts vorhanden sein muss, sondern wie beim handelsrechtlichen Besitzbegriff der bloße Gewahrsam an der Sache genügt[79]). Als Inhaber der Sache wird daher angesehen, wer die Sache tatsächlich beherrschen kann, wer eine faktische und unmittelbare Verfügungsgewalt über sie hat[80]).

---

[72]) Siehe jene Ansichten, die mangels Herrschaftswillens ein Besitzen verneinen (FN 63); weiters OGH EvBl 1975/140 (Ergreifen des Suchtgifts, um es sofort zu vernichten, als Teil der Vernichtungshandlung).

[73]) BGE 117 IV 58.

[74]) *Baae* NStZ 1987, 214 f; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1100. Für die Strafbarkeit einer Frau wegen Waffenbesitzes, die von ihrem Sohn gestohlene Waffen an sich nahm und unverzüglich in einen Fluss warf, OGH EvBl 1975/139.

[75]) OLG Düsseldorf StV 1994, 23; OLG Frankfurt StV 1989, 20; OLG Köln NStZ 1981, 104; KG Berlin JR 1991, 169; StV 1992, 424; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1078 ff mwN aus der Rsp; *Weber* BtMG[2] § 29 Rz 862 f; vgl auch BGH StV 1993, 132.

[76]) ZB OGH 13 Os 10/03; 13 Os 183/95; EvBl 1979/246; EvBl 1977/200; RZ 1973/178; LG Salzburg JBl 1971, 432; aA OGH EvBl 1979/48; RZ 1977/21. Wie die überwiegende Rsp auch *Foregger/Litzka* SGG[2] 45 f; *Kodek* SGG 78; aA *Bertel* FS Jesionek 298 f; offen gelassen von *Foregger/Litzka/Matzka* SMG 69.

[77]) Für die Beseitigung dieses Straftatbestands mit guten Gründen allerdings *P. Albrecht* BtMG Art 19a Rz 3 ff.

[78]) § 50 Abs 1 Z 1–4 iVm § 6 WaffG; § 10 Abs 2 ZugangskontrollG; § 327 Abs 1 Z 1 dStGB.

[79]) EB RV WaffG 1966, 99 BlgNR 11. GP, 15; EB RV WaffG 1996, 457 Blg NR 20. GP, 42; EB RV ZugangskontrollG, 99 BlgNR 21. GP, 12.

[80]) OGH NRsp 1993/199; *Czeppan* ua Waffengesetz 95 f; *Hauer/Keplinger* Waffengesetz 32. IdS auch *Sack* Umweltschutz-Strafrecht[5] StGB § 327 Rz 38; *S/S-Cramer/Heine* StGB[26] § 327 Rz 6; *Steindorf* LK[11] § 327 Rz 5.

In Deutschland ist das *Ausüben der tatsächlichen Gewalt* über bestimmte Waffen unter Strafe gestellt[81]). Um eine Ausübung von tatsächlicher Gewalt soll es sich bei unmittelbarem Besitz gem § 854 BGB handeln. Der Täter müsse eine „gewisse, jederzeit zu realisierende tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit" über die Waffe haben und diese auch beherrschen wollen[82]). Obwohl betont wird, wegen des abweichenden Wortlauts der Tathandlung sei keine Übereinstimmung mit dem Gewahrsamsbegriff gegeben[83]), dürfte der Sache nach kein Unterschied zur Auslegung der Tathandlung „Besitzen" bestehen[84]).

2. Verwahren, Aufbewahren, Lagern

Auf ein Besitzdelikt weisen auch die Tathandlungen des Verwahrens, Aufbewahrens und Lagerns hin. Das Verwahren ist Tathandlung beispielsweise der Geldwäscherei[85]). Abfälle dürfen nicht auf gefährliche Weise gelagert werden[86]). Das Aufbewahren ist zB unter Strafe gestellt, wenn es in Bezug auf radioaktive Stoffe erfolgt[87]).

Nach hM ist unter dem *Verwahren* und *Aufbewahren* ebenso wie unter dem Besitzen das In-Gewahrsam-Haben eines Tatobjekts zu verstehen[88]). Vereinzelt wird darüber hinaus eine gewisse Dauer der Aufbewahrung verlangt[89]) oder ein sicherndes, bewahrendes Element der Innehabung[90]).

---

[81]) § 19 Abs 1 Z 1, § 20 Abs 1 Z 1, § 20a Abs 1 Z 1, § 22a Abs 1 Z 6 dKriegswaffenkontrollG; § 17 Abs 1 Z 1 dAusführungsG zum Chemiewaffenübereinkommen. Nach Anlage 1 Abschnitt 2 zum dWaffG ist auch unter „Besitzen" iSd dWaffG das Ausüben der tatsächlichen Gewalt über die Waffe zu verstehen.

[82]) BGHSt 26, 12; *E/K-Steindorf* WaffG § 4 Rz 4 ff, § 40 Rz 2, § 53 Rz 7 (131. ErgLfg).

[83]) BGH NJW 1975, 226; BGHSt 26, 12; *E/K-Steindorf* WaffG § 4 Rz 4 (131. ErgLfg).

[84]) Vgl *Eckstein* Besitz 112 ff. Zur faktischen Übereinstimmung von *unmittelbarem* Besitz iS des Bürgerlichen Rechts und strafrechtlichem Gewahrsam siehe auch *Bittner* Gewahrsamsbegriff 228 f.

[85]) § 165 Abs 2 u 5 StGB; § 261 Abs 2 Z 2 dStGB.

[86]) §§ 181b f StGB; Art 60 iVm Art 7 Abs 6ter schwUmweltschutzG; vgl auch § 326 dStGB.

[87]) § 177b StGB; § 328 dStGB; Art 226ter Abs 2 schwStGB.

[88]) *E/K-Steindorf* SprengstoffG § 3 Rz 8; *Herzog* NK § 310 Rz 10; *Horn* SK[7] § 310 Rz 5; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 149 Rz 4; *Leip* Geldwäsche 143 f; *Rudolphi* SK[6] § 149 Rz 3; *Ruß* LK[11] § 149 Rz 5; *S/S-Cramer/Heine* StGB[26] § 310 Rz 6; *S/S-Stree* StGB[26] § 261 Rz 13; *S/S-Stree/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 149 Rz 6; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 276 Rz 4, § 310 Rz 3. Mit dem *unmittelbaren Besitz* setzen das Aufbewahren dagegen gleich: *Eckstein* Besitz 118 f; *Sack* Umweltschutz-Strafrecht[5] § 328 StGB Rz 15. Abw auch *E/K-Pelchen* InfektionsschutzG § 75 Rz 4: Aufbewahren als „jede Art von Lagerung an einem Platz, der Unbefugten nicht zugänglich ist".

[89]) *Steindorf* LK[11] § 328 Rz 6.

[90]) *Rainer* SbgK § 165 Abs 1–4 Rz 34 (faktische Innehabung zur Sicherung vor Wegnahme); *Triffterer* SbgK § 177b Rz 26 (faktische Innehabung „zur Sicherung bzw zur Bereithaltung für einen eventuellen eigenen oder fremden Bedarf"); *Steindorf* LK[11] § 328 Rz 6 (das Aufbewahren enthalte gleichzeitig ein Element des Behütens, Bewahrens).

Um ein *Lagern* iS der schweizerischen Straftatbestände soll es sich ebenfalls bei faktischer Verfügungsmacht über den Tatgegenstand handeln, beispielsweise wenn vom Vorbesitzer verstecktes Falschgeld vom neuen Besitzer der Räumlichkeit im Versteck belassen wird. Zusätzlich wird jedoch für diese Tathandlung meist eine Absicht der Inverkehrsetzung gefordert[91]). Wegen des Lagerns von Gewaltdarstellungen oder von harter Pornographie etwa sei nur derjenige strafbar, der die Darstellung in der Absicht besitzt, sie einem anderen zugänglich zu machen, nicht hingegen, wer sie ausschließlich für den eigenen Gebrauch besitzt[92]). Infolge dieser restriktiven Auslegung wurde 2001 in diesen beiden Tatbeständen ausdrücklich auch der Besitz mit Strafe bedroht[93]).

Ebenfalls abweichend vom strafbaren Besitz, nämlich in Abgrenzung vom zusätzlich strafbaren *Ab*lagern, wird in Österreich und Deutschland das Lagern von Abfall definiert. Dieses soll ein vorübergehendes Aufbewahren bezeichnen, ein Zwischenlagern vor der endgültigen Beseitigung oder Wiederverwertung des Abfalls[94]). Teilweise wird vertreten, das Lagern umfasse auch das dem Liegenlassen vorangehende Niederlegen des Abfalls[95]) oder es setze eine gewisse Mindestdauer voraus[96]). Für das deutsche Strafrecht wurde näher untersucht, ob sich ein Grundeigentümer wegen unbefugten Lagerns von Abfall strafbar macht, wenn sich auf seinem Grundstück „wilde Müllablagerungen" befinden. Eine Strafbarkeit wird letztlich nur für den Fall bejaht, dass der Grundeigentümer es trotz Garantenstellung unterlässt, den Müll zu beseitigen[97]).

---

[91]) Für das Lagern von Falschgeld BGE 103 IV 249; *Lentjes Meili* BK Art 244 Rz 12; *Rehberg* Strafrecht IV^2 100; *Trechsel* StGB^2 Art 244 Rz 3.

[92]) BGE 124 IV 106; *Cassani* ZStR 1993, 439; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III^7 57, die für das Lagern gefälschter Waren darüber hinaus das Bereithalten eines „ganzen Postens" voraussetzen (215); *Trechsel* StGB^2 Art 135 Rz 10, Art 197 Rz 14; *Schultz* ZStR 1991, 414 f; *Stratenwerth/Jenny* BT I^6 § 4 Rz 105 f.

[93]) Art 135 Abs 1bis, Art 197 Z 3bis schwStGB (BG vom 5. 10. 2001, AS 2002, 408).

Bemerkenswert ist, dass Art 19 Z 1 schwBtMG neben dem unbefugten Besitzen auch das unbefugte Lagern und Aufbewahren eines Betäubungsmittels unter Strafe stellt, ohne dass ein Unterschied zwischen diesen Tathandlungen gesehen wird; *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 44, 67 (der allerdings ein „Lagern" auch ohne Gewahrsam für möglich hält); *A. Schütz* Strafbestimmungen 111, 123.

[94]) *Aicher-Hadler* WK^2 §§ 181b, c Rz 9; *Fabrizy* StGB^8 § 181b Rz 2; *Leukauf/Steininger* StGB^3 § 181b Rz 4; *Mayerhofer* StGB^5 § 181b Rz 14; *Triffterer* SbgK § 181b Rz 14; BGHSt 36, 255; *Iburg* NJW 1988, 2340; *Lackner/Kühl* StGB^{25} § 326 Rz 7b; *Sack* JR 1991, 525; *Steindorf* LK^{11} § 326 Rz 100; *S/S-Lenckner/Heine* StGB^{26} § 326 Rz 10a; *Tröndle/Fischer* StGB^{52} § 326 Rz 7a.

[95]) *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 2^8 § 58 Rz 70; *Sack* JR 1991, 525; *Steindorf* LK^{11} § 326 Rz 100.

[96]) *S/S-Lenckner/Heine* StGB^{26} § 326 Rz 10a („nur ganz vorübergehendes Lagern" als nicht ausreichend).

[97]) OLG Köln JR 1991, 523; *Iburg* NJW 1988, 2340 ff; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 2^8 § 58 Rz 72; *Rogall* NStZ 1992, 562; *Sack* Umweltschutz-Strafrecht^5 § 326 StGB Rz 202; *Steindorf* LK^{11} § 326 Rz 105. Weitere Nachweise bei *Clausen* Abfallbeseitigung 22 FN 28. Vgl auch *Aicher-Hadler* WK^2 §§ 181b, c Rz 9.

Der Vergleich mit der Tathandlung des *Ab*lagerns zeigt wieder die besondere Problematik der Besitzdelikte. Während die Verjährung beim *Ab*lagern bereits mit dem Abschluss des Niederlegens des Abfalls beginnt, macht beim Lagern die Vorstellung des Gewahrsamsinhabers, die Lagerung sei nicht von endgültiger Dauer, das Delikt zu einem Dauerdelikt, das solange nicht zu verjähren beginnen kann, als der Besitz besteht[98]).

§ 328 Abs 3 dStGB stellt unter bestimmten Bedingungen das Lagern von radioaktiven Stoffen oder Gefahrstoffen unter Strafe. Dieses wird in Anlehnung an § 3 Abs 3 dGefahrstoffverordnung als Aufbewahren zur späteren Verwendung oder zur Abgabe an andere interpretiert[99]). Eine „Aufbewahrung für längere Zeit" soll das Lagern nach dem dLMBG bedeuten[100]).

3. Feilhalten, Vorrätighalten, Bereithalten

Die Tathandlungen des Feil-, Vorrätig- und Bereithaltens erfassen regelmäßig den Besitz eines Gegenstands in einer bestimmten Absicht[101]). Die mit dem Besitz verfolgte Zweckrichtung ergibt sich beim *Feilhalten* aus dieser Tathandlung selbst. Der aus dem Althochdeutschen stammende Ausdruck „feil" bedeutet „verkäuflich"[102]). Das Feilhalten erfordert daher eine Verkaufsabsicht des Besitzers[103]). Diese Absicht muss zudem nach außen hin erkennbar sein. Das ist zB der Fall, wenn sich der Gegenstand in einem Schaufenster oder Verkaufsregal befindet. Weiters kann sich die Verkaufsabsicht im Zusenden von Prospekten, in einem mündlichen Angebot oder in der Aufnahme eines Lebensmittels in die Speisekarte objektivieren. In diesen Fällen kann sich die Ware auch in den Kunden unzugänglichen Räumlichkeiten befinden, sofern sie griffbereit gehalten wird, dh jederzeit ohne großen Aufwand dem Verkauf zugeführt werden kann[104]).

---

[98]) Gegen die Auslegung als Dauerdelikt *Horn* SK[6] § 326 Rz 23 f, der den Deliktserfolg als eingetreten sieht, sobald sich der gefährliche Abfall in einem „ordnungswidrigen Zustand" befindet. Durch ein anschließendes Unterlassen werde kein neuer tatbestandsmäßiger Erfolg herbeigeführt. Kritisch auch BGHSt 36, 255. Eingehend *Clausen* Abfallbeseitigung.

[99]) *Eckstein* Besitz 64; *Steindorf* LK[11] § 328 Rz 27.

[100]) *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 22. *Eckstein* sieht den Unterschied zwischen „Lagern" und „Aufbewahren" generell darin, dass das Lagern ein auf längere Zeit ausgerichteter Vorgang sei (Besitz 122).

[101]) Eine Ausnahme bildet § 8 Abs 2 Z 2 ArtenhandelsG, der das Vorrätighalten *ohne* das Erfordernis einer überschießenden Innentendenz unter Strafe stellt.

[102]) BGHSt 23, 286.

[103]) Für viele *Horn* SK[7] § 314 Rz 19. Der BGH tendiert allerdings dazu, es ausreichen zu lassen, wenn der Gewahrsamsinhaber dolus eventualis dahin gehend aufweist, die Gegenstände könnten verkauft werden; BGHSt 23, 286; im Anschluss daran auch *Gretenkordt* Herstellen 69.

[104]) *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 12; *Gretenkordt* Herstellen 68; *Landry* Inverkehrbringen 22; vgl auch BGHSt 12, 54.

Häufig wird das Feilhalten allerdings nicht als „zum Verkauf bereithalten“[105]) oder als „Besitz oder Gewahrsam in Verkaufs- oder Abgabeabsicht“[106]) umschrieben, sondern als das „äußerlich erkennbare Bereit*stellen* zum Zwecke des Verkaufs“[107]). Mit dem Ausdruck „Bereitstellen“ ist aber nicht nur das Aufstellen des Gegenstands an einem entsprechenden Ort gemeint. Vielmehr wird aus verschiedentlichen Äußerungen deutlich, dass auch der Zeitraum nach dem Aufstellen des Tatobjekts ein Feilhalten darstellen soll; etwa wenn es heißt, dass die Gegenstände „so bereitgestellt sein“ müssen, dass eben auf eine Verkaufsabsicht geschlossen werden kann, oder wenn das Liegenlassen von verdorbenen Lebensmitteln im Verkaufsraum als Feilhalten bewertet wird[108]). Damit erfüllt das Feilhalten die hier an ein Besitzdelikt gestellten Voraussetzungen: Es kann prima vista bereits bei Bestehen (bestimmt gearteten) eigenen Gewahrsams am Tatobjekt verwirklicht sein[109]).

Beim Vorrätig- und Bereithalten ist der mit dem Besitz zu verfolgende Zweck im Tatbestand ausgewiesen. Anhand des erweiterten Vorsatzes lassen sich jene Tatbestände, die das *Vorrätighalten* unter Strafe stellen, zwei Gruppen zuordnen: Die erste Gruppe ist durch die Absicht gekennzeichnet, den Tatgegenstand zu verbreiten oder einem anderen zugänglich zu machen. Auf die Verbreitung zB von Pornographie oder rechtsstaatsgefährdenden Propagandamitteln[110]) kommt es dem Besitzer an, wenn er diese einem größeren Personenkreis zugänglich machen will[111]). In der zweiten Gruppe muss der Besitz – zB von bestimmten Arznei- oder Lebensmitteln[112]) – „zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe“ erfolgen. Dabei stellt das Vorrätighalten zu Verkaufszwecken eine Vorstufe des Feilhaltens dar, von dem es sich dadurch unterscheidet, dass die Verkaufsabsicht noch nicht nach außen hin zu erkennen ist. Die Sache kann auch noch weiter von potentiellen Käufern entfernt sein als beim Feilhalten[113]).

---

[105]) So aber OGH SSt 11/30; *Barfuß* ua LMR^2 Komm zu § 1 Abs 2 FN 4; *Brustbauer/Mraz* Weingesetz 13, 16; BGHSt 23, 286; *Landry* Inverkehrbringen 21 f; *Puppe* NK § 148 Rz 28.

[106]) So aber *Geerds* FS Tröndle 251; *Horn* NJW 1977, 2331.

[107]) *E/K-Pelchen* ArzneimittelG § 4 Rz 22; *E/K-Volk* WeinG § 2 Rz 106; *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 12; *Gretenkordt* Herstellen 67; *Herzog* NK § 314 Rz 7; *Körner* BtMG^5 AMG Vorbem Rz 92; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 2^8 § 67 Rz 37; *Rudolphi* SK^6 § 148 Rz 5; *S/S-Stree/Sternberg-Lieben* StGB^{26} § 148 Rz 13; *Tröndle/Fischer* StGB^{52} § 314 Rz 8; *Wolff* LK^{11} § 319 Rz 9.

[108]) *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 12 f.

[109]) Gegen die Einordnung als Besitzdelikt jedoch *Eckstein* Besitz 22, 30, da das Feilhalten als äußerlich erkennbares Bereitstellen zum Verkauf ans Publikum über das bloße Haben hinausgehe.

[110]) § 1 Abs 1 lit a PornG; § 184a Z 3, § 184b Abs 1 Z 3, § 86 Abs 1 dStGB.

[111]) ZB *Lackner/Kühl* StGB^{25} § 74d Rz 5.

[112]) § 4 Abs 17 dArzneimittelG; § 7 Abs 1 dLMBG; § 48 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Z 18 dWeinG; vgl auch § 84a Abs 1 Z 1 u 3 iVm § 2 Abs 1 Z 11 ArzneimittelG: Vorrätighalten „zu Dopingzwecken im Sport“.

[113]) Vgl *E/K-Pelchen* ArzneimittelG § 4 Rz 21; *E/K-Volk* WeinG § 2 Rz 105; *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 10 u 15.

Obwohl von einem Vorrat nur bei Vorhandensein mehrerer Gegenstände derselben Art gesprochen werden kann, genügt nach hM der Besitz eines einzigen Stücks in der genannten Absicht, selbst wenn der Besitzer nicht plant, dieses eine Stück um weitere Gegenstände dieser Art zu ergänzen[114]).

Das *Bereithalten* erfordert einen auf den jeweiligen Tatgegenstand zugeschnittenen erweiterten Vorsatz. So ist in § 3a Z 4 VerbotsG das Bereithalten von Kampfmitteln, Verkehrsmitteln oder Einrichtungen zur Nachrichtenübermittlung unter Strafe gestellt, wenn es *für eine gesetzlich aufgelöste nationalsozialistische Organisation oder Verbindung* erfolgt. Hormone, Antibiotika, Chemotherapeutika und ähnliche Stoffe dürfen gem § 58 Abs 2 LMG nicht *für die Verabreichung an Tieren* bereitgehalten werden. Die dazu spezielle Regelung in § 11 Abs 1 Z 4 TierarzneimittelkontrollG bedroht denjenigen mit Strafe, der, ohne zur Herstellung oder Abgabe von Arzneimitteln befugt zu sein, bestimmte besonders gefährliche Tierarzneimittel in großer Menge *zur Anwendung* bereithält[115]).

Im Gegensatz zu anderen Besitzdelikten bereitet die Beurteilung der Strafbarkeit wegen des Feil-, Vorrätig- oder Bereithaltens keine Schwierigkeiten, wenn der Besitzer den Tatgegenstand vernichten oder an die Behörde übergeben will oder wenn er sich über seine Verwendung noch nicht im Klaren ist. In diesen Konstellationen ist der Besitzer eindeutig straflos, weil ihm der geforderte erweiterte Vorsatz fehlt[116]).

4. (Bei-sich-, Mit-sich-)Führen, Tragen

Das Hauptanwendungsgebiet der Tathandlungen des Führens und des Tragens sind Waffen aller Art. Die überkommenen Begriffe, die besser für die früher verwendeten Waffen, wie Lanzen, Schwerter oder Schilde, gepasst haben, bringen das Erfordernis einer räumlichen Nahebeziehung zur Waffe zum Ausdruck[117]). In § 7 WaffG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass ein Führen mit dem „Bei-sich-Haben" der Waffe vorliegt, außer dieses erfolgt „innerhalb von Wohn- oder Betriebsräumen oder eingefriedeten Liegenschaften mit Zustimmung des zu ihrer Benützung Berechtigten" oder zum Zweck des Transports einer Waffe, die ungeladen ist und sich in einem geschlossenen Behältnis befindet. Ganz ähnlich wird das gesetzlich nicht definierte Waffentragen

---

[114]) OGH 12 Os 106/74; *W. Freund* Strafbarkeit 52 f; RGSt 62, 396; RGSt 42, 209; *E/K-Liesching* JugendschutzG § 15 Rz 27; *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 10; *Laufhütte* LK[11] § 86 Rz 17, der allerdings darauf hinweist, dass beim Besitz eines einzigen Stücks der Verbreitungsvorsatz nur sehr schwer nachzuweisen sein wird; *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 46; *S/S-Stree/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 86a Rz 9b; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 184 Rz 21.

[115]) Zu Ausnahmen von der Strafbarkeit siehe § 5 Abs 1 TierarzneimittelkontrollG.

[116]) Vgl *Horn* NJW 1977, 2331; *Wolters/Horn* SK[8] § 184 Rz 69. Eine Ausnahme bildet wieder die in FN 101 genannte Strafvorschrift, die keinen erweiterten Vorsatz voraussetzt.

[117]) Vgl *Lesch* GA 1999, 380 f.

in der Schweiz umschrieben[118]). Dem dWaffG zufolge ist das Führen einer Waffe das Ausüben der tatsächlichen Gewalt über die Waffe außerhalb der eigenen Wohnung, Geschäftsräume oder des eigenen befriedeten Besitztums[119]).

Das Führen einer Waffe bezeichnet demnach eine qualifizierte Form des Waffenbesitzes[120]). Vom sonstigen strafbaren Besitz unterscheidet es sich zunächst durch die räumlich negative Begrenzung: Die Waffe muss außerhalb der genannten Räumlichkeiten besessen werden. Zusätzlich ist ein besonderes, über die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit hinausgehendes räumliches Naheverhältnis des Besitzers zur Waffe erforderlich[121]). Wenn jemand eine Waffe an einem Ort versteckt hat, der nicht zu den ausgenommenen Bereichen gehört, sich selbst aber ganz woanders, vielleicht sogar innerhalb eines ausgenommenen Bereichs befindet, kann nicht davon gesprochen werden, dass er die Waffe außerhalb dieses Bereichs *bei sich* hat.

Allenfalls nach der Definition im dWaffG könnte ein Führen auch dann angenommen werden, wenn der Täter sich nicht in unmittelbarer Nähe der Waffe aufhält, weil ein *Bei-sich*-Haben der Waffe nicht vorausgesetzt ist. Der einzige Unterschied zum sonstigen strafbaren Waffenbesitz bestünde dann darin, dass sich die Waffe außerhalb der beschriebenen Räumlichkeiten befinden muss. Überlegungen zur Strafwürdigkeit sprechen jedoch gegen eine weitere Auslegung des Waffenführens nach dem dWaffG. Das Führen einer Waffe lässt sich nämlich nur dann als „besonders intensives Ausüben der tatsächlichen Gewalt über die Waffe" bezeichnen[122]), wenn der Täter die Waffe in einem solchen räumlichen Naheverhältnis hat, dass er sie jederzeit zum Einsatz bringen kann. Nur in diesem Fall besteht eine gegenüber dem bloßen Besitz erhöhte Gefahr, dass der Besitzer von der Waffe Gebrauch macht[123]). Dagegen begründet der Umstand, dass sich die Waffe *außerhalb* der häuslichen Privatsphäre des Täters befindet, noch keine besondere Gefährlichkeit, zumal Straftaten unter Waffeneinsatz oft gerade im häuslichen Bereich begangen werden. Besonders gefährlich erscheint das Waffenführen vielmehr wegen der räumlichen Nähe des Täters zur Waffe, die für den bloßen Waffenbesitz nicht vorausgesetzt ist. Die Ausnahme der eigenen Räumlichkeiten des Waffenbesitzers ist damit zu erklären, dass zu einer dort aufbewahrten Waffe oft zufäl-

---

[118]) BGE 103 Ia 95: „Waffentragen ... bedeutet das ‚Beisichhaben' (Tragen, Mitführen) einer Waffe ausserhalb seiner Wohnung, seiner Geschäftsräumlichkeiten, seines Besitztums." Vgl auch *Häberling* Waffenhandel 211 ff, der allerdings zusätzlich die Absicht des Trägers verlangt, die Waffe nötigenfalls einzusetzen (214).

[119]) Anlage 1 Abschnitt 2 zum dWaffG. – Hat man die Waffe in den Räumlichkeiten eines anderen inne, handelt es sich nach dem dWaffG zwar um ein „Führen" der Waffe, es besteht aber keine Waffenscheinpflicht. Gleiches gilt bei einem sicheren Transport der Waffe; § 12 Abs 3 Z 1 u 2 dWaffG.

[120]) Vgl EB RV WaffG 1996, 457 BlgNR 20. GP, 42; BGE 103 Ia 95.

[121]) Vgl EB RV WaffG 1996, 457 BlgNR 20. GP, 42; *Häberling* Waffenhandel 191 f für das Betreten eines Jagd- oder Schutzgebiets *mit* einer Schusswaffe ohne ausreichenden Grund gem Art 17 Abs 1 lit e, Art 18 Abs 1 lit b schwJagdG.

[122]) OLG Hamm StV 1986, 241; *E/K-Steindorf* WaffG § 52a Rz 6, § 53 Rz 34 (131. ErgLfg) („besonders gefährliche Manifestation des Willens zum Waffenbesitz").

[123]) Vgl *Hauer/Keplinger* Waffengesetz 33.

lig, allein aufgrund der örtlichen Gegebenheiten, ein räumliches Naheverhältnis hergestellt wird, ohne dass daraus auf eine besondere Gefahr ihres Gebrauchs zu schließen ist. Eine Waffe in den Räumlichkeiten *eines anderen* mit dessen Zustimmung bei sich zu haben, ist wiederum deshalb straflos, weil der Berechtigte mit seiner Einwilligung auf den Schutz durch das Waffenrecht verzichtet[124]). Schließt man sich diesen Überlegungen an, handelt es sich auch nach dem dWaffG nicht mehr um ein Führen der Waffe, wenn sie der Täter im Fahrzeug zurücklässt[125]).

Ein räumliches Naheverhältnis des Täters zur Waffe, zum „gefährlichen Werkzeug" oder „anderen Mittel" wird auch in jenen Tatbeständen vorausgesetzt, die zB einen Raub oder Diebstahl mit höherer Strafe bedrohen, wenn der Täter bei dessen Begehung einen derartigen Gegenstand *bei sich* oder *mit sich führt*[126]). Die Waffe muss so nahe beim Täter sein, dass er sie jederzeit „ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten" zum Einsatz bringen kann[127]). Anschaulich wird formuliert, der Täter müsse die Waffe „zwar nicht in der, aber ‚zur Hand' haben"[128]). Dieses Naheverhältnis kann auch dadurch hergestellt werden, dass sich der Täter zur am Tatort von ihm selbst bereitgelegten Waffe begibt[129]). Findet der Täter erst am Tatort eine Waffe vor, handelt es sich nach hM solange nicht um ein Mit-sich-Führen, als er keine Aktivität im Hinblick auf das Bei-sich-Haben der Waffe entfaltet[130]). Denkbar erscheint aber auch ein Mit-sich-Führen ohne darauf bezogenes Verhalten, etwa wenn der Täter erst im Zuge der Begehung eines Diebstahls bemerkt, dass ihm ein Beteiligter heimlich eine Waffe zugesteckt hat[131]). Im Teilakt des Mit-sich-Führens erfüllen diese Delikte daher die hier an ein Besitzdelikt gestellten Anforderungen.

Im Unterschied zum Führen von Waffen iS der Waffengesetze spielt es keine Rolle, an welchem Ort das räumliche Naheverhältnis besteht. Selbst in der eigenen Wohnung kann eine Waffe „mit sich geführt" werden[132]), etwa wenn der Wohnungsinhaber sich eine Waffe zurechtgelegt hat, um sie bei der Begehung des geplanten Diebstahls an einem Gast notfalls zum Einsatz zu bringen.

---

[124]) Vgl EB RV WaffG 1996, 457 BlgNR 20. GP, 42.

[125]) AA OLG Braunschweig GA 1978, 245 und *E/K-Steindorf* WaffG § 4 Rz 24, § 53 Rz 44 (131. ErgLfg), die ein Führen auch dann annehmen, wenn eine Waffe im versperrten PKW auf fremdem Firmengelände zurückgelassen wird.

[126]) § 129 Z 4 StGB; §§ 244, 250 dStGB; Art 139 Z 3, 140 Z 2 schwStGB.

[127]) BGH JZ 1983, 216; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 1[9] § 33 Rz 121; *Ruß* LK[11] § 244 Rz 5; vgl auch *Lewisch* BT I[2] 168; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 129 Rz 90 f; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 129 Rz 37; *E/K-Senge* AO § 373 Rz 10; *Günther* SK[5] § 250 Rz 12; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 244 Rz 2; *S/S-Eser* StGB[26] § 244 Rz 7.

[128]) *Paeffgen* NK § 113 Rz 84 (zum Regelbeispiel des § 113 Abs 2 Z 1 dStGB).

[129]) Vgl *Herdegen* LK[11] § 250 Rz 10; *Kindhäuser* NK § 244 Rz 10; *S/S-Eser* StGB[26] § 244 Rz 7. AA *Lesch* GA 1999, 381 FN 81, der darin eine Überschreitung der Wortlautgrenze sieht.

[130]) *Hoyer* SK[6] § 244 Rz 20; vgl auch *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 129 Rz 92; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 129 Rz 37; *S/S-Eser* StGB[26] § 244 Rz 7.

[131]) Vgl *Hoyer* SK[6] § 244 Rz 24.

[132]) Vgl BGH NStZ 2000, 433.

Das deliktsqualifizierende Bei-sich- oder Mit-sich-Führen einer Waffe erfasst allerdings nur den Besitz während eines beschränkten Zeitraums, nämlich „bei" der Begehung des Delikts[133]). Es stellt nicht den ersten Teilakt dieses Delikts dar[134]). Vielmehr ist das Bei-sich-Haben der Waffe erst dann tatbestandsmäßig, wenn der Täter hinsichtlich des Grundtatbestands ins Versuchsstadium gelangt ist. Mit der Vollendung des Grundtatbestands endet gleichzeitig die Strafbarkeit des Mit-sich-Führens der Waffe nach der Deliktsqualifikation[135]). Die Qualifikation erfüllt also nur ein Täter, der die Waffe zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Vollendung des Grundtatbestands bei sich hat[136]).

Soweit sich die Tathandlungen des (Mit-sich-)Führens oder Tragens auf andere Tatobjekte beziehen, werden sie oft abweichend interpretiert. Unter dem Mit-sich-Führen von Stoffen, die man bei der Herstellung von Tierarzneimitteln nicht verwenden darf, wird eine „nicht auf Übertragung der Verfügungsgewalt gerichtete Verkehrsform" verstanden[137]). Für das unbefugte Führen einer Flagge auf einem Seeschiff oder das unbefugte Tragen bestimmter Uniformen oder Abzeichen ist maßgebend, dass sie in der vorgesehenen Form angebracht sind[138]). In diesen Fällen wird zwar meist ein aktives Tun vorliegen. Denkbar ist aber auch ein Führen oder Tragen ohne zugrunde liegendes Verhalten, zB wenn der Kapitän eines Seeschiffs entdeckt, dass eine fremde Nationalflagge am Schiff befestigt worden ist, oder wenn ein Versammlungsteilnehmer bemerkt, dass ihm im Gedränge ein rechtsstaatswidriges Kennzeichen angeheftet worden ist. Auch diese Tathandlungen könnten also bereits mit dem Vorliegen des spezifischen Gewahrsams verwirklicht sein und sind daher den Besitzdelikten zuzuordnen[139]).

B. Tatobjekte

Die Skizzierung der Tathandlungen lässt bereits erahnen, wie verschiedenartig die Gegenstände sind, deren Besitz für strafbar erklärt ist. Die Tatobjekte der Besitzdelikte reichen von Waffen über Kinderpornographie bis hin zu Vermögensbestandteilen, die aus Straftaten stammen. In gewissem Maße lassen sich die Tatobjekte aber über die mit den Delikten verfolgten Schutz-

---

[133]) Deutlich etwa § 129 Z 4 StGB, § 244 Abs 1 Z 1 dStGB.

[134]) Vgl RG JW 1923, 1029; *Herdegen* LK[11] § 250 Rz 8.

[135]) Vgl zB *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 129 Rz 91 u 100. In Deutschland ist allerdings umstritten, ob nicht auch die Phase von der Vollendung bis zur Beendigung des Delikts einzubeziehen ist; Nachweise bei *Lackner/Kühl* StGB[25] § 244 Rz 2.

[136]) Nicht nachvollziehbar ist die Ansicht von *Scholderer* StV 1988, 432, dass der Begriff des Bei-sich-Führens auch ein intentionales Element – das Führen zu einem bestimmten Zweck – enthalte.

[137]) *E/K-Pelchen* ArzneimittelG § 96 Rz 45.

[138]) Zu diesen Tathandlungen *v Bubnoff* LK[11] § 132a Rz 22; *Düring* Amtsanmaßung 117 f; *E/K-Stöckel* FlaggenrechtsG § 15 Rz 2; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 132a Rz 8; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 132a Rz 18; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 132a Rz 22.

[139]) AA *Eckstein* Besitz 22, 49.

zwecke kategorisieren. Denn da das Besitzen selbst eine neutrale Handlung ist, wird der Schutzzweck eines Besitzdelikts ganz entscheidend durch das Tatobjekt geprägt.

Im Folgenden ist keine abschließende Aufzählung der Rechtsgüter bezweckt, die durch ein Besitzdelikt geschützt werden. Auch ließen sich manche Tatobjekte durchaus mehreren der hier gewählten Kategorien zuordnen. Um Mehrfachnennungen zu vermeiden, wird die Zuordnung unter jenem Aspekt vorgenommen, der vorrangig erscheint. Dabei wird sich zeigen, dass es oft derart vieler Begründungsschritte bedarf, um zum Schutzgut durchzudringen, dass die Legitimation der Strafvorschrift letztlich zweifelhaft erscheint.

Wenn hier die Tatobjekte als „für ein Rechtsgut gefährlich" bezeichnet werden, ist das nicht ganz präzise. Viele Tatobjekte führen erst dann zu einer Gefahr für das Rechtsgut, wenn sie in bestimmter Weise verwendet werden. Erst wenn mit einer Schusswaffe auf eine Weise umgegangen wird, die zur Verletzung oder Tötung eines Menschen führen kann, ist sie für Leib oder Leben gefährlich[140]). Von selbst, ohne äußere Einwirkung, kann sich aus der Waffe kein Schuss lösen. Auch Darstellungen von grausamen Gewalttätigkeiten gegen Menschen, deren Besitz in Deutschland und der Schweiz mit Strafe bedroht ist, sind an sich ungefährlich. Man befürchtet aber, sie könnten den Betrachter zu Gewalttätigkeiten anreizen[141]). Die für die Pönalisierung ausschlaggebende Gefahr geht also ebenfalls erst von einem Verhalten des Besitzers oder eines Dritten aus. Exakter als die hier für Waffen gewählte Bezeichnung als ein „für Leib oder Leben gefährlicher Gegenstand" wäre daher die Bezeichnung als ein „zur Herbeiführung einer Körperverletzung oder des Todes geeigneter Gegenstand". Gewaltdarstellungen ließen sich entsprechend als Gegenstände umschreiben, „die zu einem Angriff auf Leib oder Leben anreizen können".

Abgesehen von der Schwerfälligkeit dieser Umschreibungen trifft es jedoch nicht auf alle Tatobjekte der Besitzdelikte zu, dass ihr Gefährdungspotential erst durch eine darauf bezogene Handlung ausgelöst wird. Manche Tatgegenstände, wie radioaktive Stoffe oder Krankheitserreger, sind bereits aufgrund ihrer Existenz für das geschützte Rechtsgut gefährlich, ohne dass es eines gefahrenauslösenden Verhaltens bedarf. Der Einfachheit halber sollen aber alle Tatobjekte, auch die für sich allein ungefährlichen, als für das jeweilige Rechtsgut gefährlich bezeichnet werden.

Um Missverständnisse zu vermeiden, sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der Besitz eines Tatobjekts nur in den seltensten Fällen generell mit Strafe bedroht ist. Die überwiegende Mehrzahl der Besitztatbestände richtet sich nur gegen eine bestimmte Art und Weise des Besitzes. Sehr häufig ist zB nur ein „unbefugter" Besitz unter Strafe gestellt oder ein Besitz, der mit einem bestimmten erweiterten Vorsatz erfolgt. Um die Flüssigkeit des Textes nicht zu stören und den Anmerkungsapparat möglichst klein zu halten, werden diese und andere Einschränkungen der Besitzstrafbarkeit unter C. zusammenfassend dargestellt.

---

[140]) Vgl *Lesch* GA 1999, 366.

[141]) Näher unter 1.d).

1. Für Leib oder Leben gefährliche Gegenstände

Viele Besitzdelikte lassen sich auf den Schutz der körperlichen Integrität oder des menschlichen Lebens zurückführen. Ihre Tatobjekte sind entweder spezifisch dazu bestimmt, in einer für Leib oder Leben gefährlichen Weise eingesetzt zu werden, wie das auf Schusswaffen und Anti-Personen-Minen zutrifft. Oder sie werden normalerweise für neutral oder sogar positiv bewertete Zwecke genutzt, können daneben aber auch gezielt zu einer Körperverletzung oder Tötung verwendet werden. Als Beispiele hierfür sind Jagd- und Sportwaffen, Sprengstoffe, radioaktive Stoffe und Krankheitserreger zu nennen. Als für Leib oder Leben gefährlich stellen sich weiters jene Tatobjekte dar, die kaum jemals gezielt zu einer Körperverletzung oder Tötung eingesetzt werden, deren Gefährlichkeit für Leib oder Leben aber eine unerwünschte Begleiterscheinung ist. Zu denken ist dabei an Suchtmittel, verdorbene Lebensmittel oder gefährliche Abfälle. Von anderen Gegenständen, wie von Gewaltdarstellungen, soll schließlich die Gefahr ausgehen, dass das Gezeigte nachgeahmt und auf diesem Weg andere am Körper verletzt oder sogar getötet werden.

a) Waffen und ähnliche Gegenstände

Gem § 1 WaffG ist eine Waffe ein Gegenstand, der aufgrund seiner Konstruktion und Beschaffenheit dazu bestimmt ist, „die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen durch unmittelbare Einwirkung zu beseitigen oder herabzusetzen oder bei der Jagd oder beim Schießsport zur Abgabe von Schüssen verwendet zu werden". Diese objektive Zweckbestimmung weisen neben Schusswaffen vor allem Hieb-, Stich- und Stoßwaffen, wie Stilette, Springmesser oder Gummiknüppel, auf; aber auch Tränengassprühdosen erfüllen die Definition[142]). Ähnliche Begriffsbestimmungen finden sich im deutschen und im schweizerischen Waffenrecht (§ 1 iVm Anlage 1 dWaffG; Art 4 schwWaffG).

Auf diese Waffen „im technischen Sinn" wird für die Auslegung des Waffenbegriffs in jenen Delikten Bezug genommen, die durch das Bei-sich- oder Mit-sich-Führen einer Waffe qualifiziert sind[143]). Nach diesen Delikten wirkt es meist ebenso qualifizierend, ein „gefährliches Werkzeug" oder ein „anderes Mittel" mit sich zu führen[144]). Dabei handelt es sich um Gegenstän-

---

[142]) Siehe zu diesen Beispielen *Czeppan* ua Waffengesetz 84 f; *Hauer/Keplinger* Waffengesetz 20, 22.

[143]) ZB *Fabrizy* StGB[8] § 109 Rz 3; *S/S-Eser* StGB[26] § 244 Rz 3.

[144]) § 109 Abs 3 Z 2, § 129 Z 4 StGB; § 38 Abs 1 lit c FinStrG; § 244 Abs 1 Z 1 lit a, § 250 Abs 1 Z 1 lit a dStGB. Vgl auch § 9a iVm § 19a VersammlungsG (Gegenstände, „die geeignet sind und den Umständen nach nur dazu dienen, Gewalt gegen Menschen ... auszuüben"); § 27 Abs 1 u 2 Z 3 lit a dVersG („sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen ... geeignet ... sind"); § 60 Abs 1 Z 8 iVm § 27 Abs 4 Z 1 dLuftverkehrsG („Sprühgeräte, die zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken verwendet werden können").

Nicht hierher gehört das Bei-sich-Führen eines „sonstigen Werkzeugs oder Mittels" gem § 244 Abs 1 Z 1 lit b, § 250 Abs 1 Z 1 lit b dStGB, für das es nicht auf eine objektive Gefährlichkeit ankommt; siehe nur *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 244 Rz 10.

de, die keine Waffen im technischen Sinn darstellen, weil sie nicht zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken hergestellt wurden, sondern für andere Zwecke gedacht sind. Sie können aber konkret wie eine Waffe als Angriffs- oder Verteidigungsmittel gebraucht werden, was etwa auf ein Küchenmesser, einen Hammer oder eine Injektionsspritze zutrifft[145]).

Oft mit schwererer Strafe bedroht ist der Besitz von besonders gefährlichen Waffen, wie von ABC-Waffen, die zur Massenvernichtung bestimmt und geeignet sind, von Kriegswaffen, Anti-Personen-Minen oder blindmachenden Laserwaffen[146]).

b) Gefahrstoffe und ähnliche Gegenstände

Andere für Leib oder Leben gefährliche Sachen, die Gegenstand eines strafrechtlichen Besitzverbots sind, lassen sich untechnisch unter dem Begriff der Gefahrstoffe zusammenfassen. Gemeinsam ist ihnen, dass sie bereits bei Unterbleiben der gebotenen Sicherungsmaßnahmen zu Gefahren für das Leben oder die körperliche Integrität führen können. Schon eine unsorgfältige Lagerung kann ohne zusätzliche menschliche Handlung schwerwiegende Folgen haben. Zu diesen Stoffen gehören (gefährliche) Abfälle, Krankheitserreger, gentechnisch veränderte Organismen, Gefahrstoffe iS des deutschen und schweizerischen ChemikalienG, radioaktive Stoffe, Sprengstoffe, giftige Gase, Munition sowie pyrotechnische Gegenstände[147]).

Hier ist auch das unbefugte Innehaben einer betriebsbereiten oder stillgelegten kerntechnischen Anlage gem § 327 dStGB anzuführen, von der Gefahren durch radioaktive Strahlung ausgehen.

Im österreichischen und im schweizerischen Strafrecht findet sich jeweils ein Delikt, das sogar den Besitz von Vorrichtungen oder Stoffen verbietet, mit denen Gefahrstoffe *hergestellt* werden können: § 175 StGB betrifft den Besitz einer Vorrichtung zur Herstellung eines Kernbrennstoffs, radioaktiven Stoffs oder Sprengstoffs, Art 226 Abs 2 schwStGB das Aufbewahren von Stoffen, die zur Herstellung von Sprengstoffen oder giftigen Gasen geeignet sind. Nach beiden Vorbereitungsdelikten greift die Strafbarkeit bereits zu einem

---

[145]) Näher zum umstrittenen Begriff des gefährlichen Werkzeugs zB *Lackner/Kühl* StGB[25] § 244 Rz 3; *Schlothauer/Sättele* StV 1998, 505 ff. Zum „anderen Mittel" zB *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 109 Rz 43; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 129 Rz 36.

[146]) § 177a StGB; § 5 iVm § 2 BG über das Verbot von Anti-Personen-Minen; § 3 iVm § 2 Abs 1 BG über das Verbot von blindmachenden Laserwaffen; §§ 19 f, 20a Abs 1 Z 1, 22a Abs 1 Z 6 dKriegswaffenkontrollG; § 17 Abs 1 Z 1 dAusführungsG zum Chemiewaffenübereinkommen; Art 34 schwKriegsmaterialG.

[147]) §§ 175, 177b, 181b f, 280 StGB; § 50 Abs 1 Z 3–4 iVm § 5 WaffG; §§ 310, 316c Abs 4, 326, 328 dStGB; § 27 Abs 1 Z 1 u 2 iVm § 3 Z 10 dChemikalienG; § 75 Abs 1 Z 3 dInfektionsschutzG; § 52 dWaffG; § 22a Abs 1 Z 6 dKriegswaffenkontrollG iVm der Kriegswaffenliste; § 60 Abs 1 Z 6 iVm § 27 Abs 2 dLuftverkehrsG; § 40 dSprengstoffG; Art 226 Abs 2, Art 226[ter] Abs 2 schwStGB; Art 49 Abs 3 lit b u g, Art 50 Abs 1 lit b, jeweils iVm Art 4 Abs 1 lit j schwChemikalienG; Art 35 Abs 1 iVm Art 5 Abs 4 schwGentechnikG; Art 37 schwSprengstoffG; Art 33 f schwWaffG; Art 88 Abs 1 lit c, Art 89 Abs 1 lit a, jeweils iVm Art 3 lit j schwKernenergieG.

Zeitpunkt ein, in dem die gefährlichen Stoffe noch gar nicht existieren, was eine sehr weit gehende Vorverlagerung der Strafbarkeit darstellt. Die in den §§ 310, 316c Abs 4 dStGB normierten Vorbereitungsdelikte hingegen sind ausschließlich der *Ausführung* bestimmter für Leib oder Leben gefährlicher Aktivitäten vorgeschaltet. Strafbar ist danach das Verwahren von Vorrichtungen, die zur Ausführung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens erforderlich oder zur Herbeiführung einer Explosion oder eines Brandes bestimmt sind.

c) Zum Konsum bestimmte Erzeugnisse

Erst bei Konsumation entfaltet sich das Gefährdungspotential von Sucht- bzw Betäubungsmitteln, gesundheitsschädlichen Lebensmitteln und Weinen, bedenklichen Arzneimitteln, Dopingmitteln sowie von Gegenständen, die zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt und mit gesundheitsschädlichen Stoffen vermischt sind[148]). Selbst falls sie unsorgfältig gelagert werden, gehen von diesen Erzeugnissen für gewöhnlich keine direkten Gefahren für Leib oder Leben aus. Vielmehr werden sie erst dann für den Menschen gefährlich, wenn sie konsumiert oder am Menschen angewandt werden, was voraussetzt, dass sie an den Verbraucher gelangt sind. Mit Ausnahme von Suchtmitteln und Dopingmitteln, die meist im Bewusstsein ihrer Gefahren und damit eigenverantwortlich konsumiert werden[149]), handelt es sich um das Risiko unbewusster, nicht eigenverantwortlicher Selbstgefährdung. Für den Konsumenten sind diese Erzeugnisse gerade deswegen gefährlich, weil er im Regelfall nicht erkennen kann, dass sie gesundheitsschädlich sind. Die betreffenden Besitzverbote stehen ganz im Zeichen des Verbraucherschutzes[150]).

Im Vorfeld des Besitzes von Suchtmitteln ist in § 32 Abs 1 SMG auch der Besitz von Vorläuferstoffen untersagt. Es handelt sich dabei um Chemikalien, die häufig zur unerlaubten Herstellung von Suchtstoffen oder von psychotropen Substanzen verwendet werden (näher § 4 SMG). Diese Strafnorm erweist sich als besonders bedenklich, denn damit eine Gefährdung durch den Konsum von Suchtmitteln eintritt, müssen die Suchtmittel erst hergestellt und an den Verbraucher abgegeben werden. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt bloß dritter Stufe.

Ähnlich problematische Vorschriften richten sich gegen den Besitz von bestimmten Tierarzneimitteln, von Futtermitteln, die tierische Erzeugnisse beeinträchtigen können, sowie von Stoffen, die für die Verwendung an Tieren

---

[148]) §§ 27 ff SMG; §§ 56 ff LMG; § 49 FleischuntersuchungsG; § 62 WeinG; § 84a Abs 1 Z 1 u 3 ArzneimittelG; §§ 29 f dBtMG; §§ 51 f dLMBG; § 4 Z 2 dBlei- und zinkhaltige Gegenstände-Gesetz; § 12 Z 1 dFarbenverwendungsG; § 48 Abs 1 Z 1 dWeinG; §§ 95 f dArzneimittelG; § 314 dStGB; Art 19 Z 1 schwBtMG; Art 47 f schwLMG.

[149]) Zur Frage der Eigenverantwortlichkeit des Konsums von Suchtmitteln näher *Nestler* Grundlagen § 11 Rz 124 ff.

[150]) Vgl *Vogel* GA 1990, 243; *Gretenkordt* Herstellen 100, 107; BGE 124 IV 297.

nicht zugelassen sind[151]). Zur Realisierung des maßgeblichen Risikos müssen sich gleich mehrere aufeinander aufbauende Gefahren verwirklichen: Die Stoffe müssen tatsächlich eingesetzt werden, dies muss dazu führen, dass die tierischen Erzeugnisse für die Gesundheit von Menschen gefährlich sind, und schließlich müssen die tierischen Erzeugnisse an den Verbraucher gelangen. Die weit reichende Vorverlagerung der Strafbarkeit wird aber teilweise durch die Tatbestandsausgestaltung wieder entschärft: Nach § 1 Abs 2 LMG ist der Besitz nicht strafbar, wenn sichergestellt wurde, „daß die Ware in ihrer dem Gesetz nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt". Nach § 20 dFuttermittelG muss der Besitz sogar zu einer konkreten Gefährdung der Gesundheit von Menschen führen.

d) Zu Gewalttätigkeiten anreizende Gegenstände

Auf eine Gefahr für Leib oder Leben lassen sich auch jene Gegenstände zurückführen, deren Besitz für strafbar erklärt wurde, weil man befürchtete, sie könnten zu Gewalttaten anreizen. Prototyp dieser Tatobjekte sind die sogenannten *Gewaltdarstellungen*. Es handelt sich dabei vor allem um Darstellungen von grausamen Gewalttätigkeiten gegen Menschen, deren Besitz von § 131 Abs 1 Z 4 dStGB und Art 135 schwStGB erfasst wird. Obwohl wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die Auswirkungen von Gewaltdarstellungen fehlen, ging man bei der Gesetzwerdung davon aus, solche Darstellungen könnten zu Gewalttätigkeiten stimulieren und seien deshalb für das Leben oder die körperliche Integrität potentieller Opfer gefährlich[152]).

Gegenüber diesen Rechtsgütern kommt der übergreifend genannten Funktion, den öffentlichen Frieden zu schützen[153]), keine eigenständige Bedeutung zu. Denn die Gefahr für den öffentlichen Frieden beruht ebenfalls auf dem Wecken oder Aktivieren von Aggressionsbereitschaft und damit letztlich auf der Gefahr für Leib oder Leben Dritter[154]). Der daneben oder vorrangig angenommene Jugendschutz[155]) ist schon mit dem Tatbestandswortlaut nur schwer zu vereinbaren, der – mit Ausnahme von § 131 Abs 1 Z 3 dStGB – keine Altersgrenze für die prospektiven Empfänger der Gewaltdarstellungen vorsieht[156]). Darüber hinaus erwachsene Konsumenten in den Schutzbereich

---

[151]) § 11 Abs 1 Z 4 TierarzneimittelkontrollG; § 96 Z 16 u 18 dArzneimittelG; § 58 Abs 1 Z 1 LMG; § 20 dFuttermittelG. Art 236 schwStGB, der das Lagern und Feilhalten von gesundheitsschädlichem Futter mit Strafe bedroht, soll hingegen eine Strafvorschrift zum Schutz des Vermögens der Halter von Haus- und Nutztieren darstellen; *Ackermann* BK Art 236 Rz 3.

[152]) BT-Drucks 6/3521, 6; vgl auch *v Bubnoff* LK[11] § 131 Rz 7 ff; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 131 Rz 1; *S/S-Lenckner* StGB[26] § 131 Rz 1; *Aebersold* BK Art 135 Rz 4; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 55; *Riklin* Sinn 406 f, 419 f; *Schultz* ZStR 1991, 413; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 4 Rz 91; *Trechsel* StGB[2] Art 135 Rz 2.

[153]) *v Bubnoff* LK[11] § 131 Rz 9; vgl auch *Lackner/Kühl* StGB[25] § 131 Rz 1; *S/S-Lenckner* StGB[26] § 131 Rz 1.

[154]) Näher zum Rechtsgut „öffentlicher Frieden" sogleich bei FN 164.

[155]) BT-Drucks 6/3521, 6; *v Bubnoff* LK[11] § 131 Rz 9; *Trechsel* StGB[2] Art 135 Rz 2.

[156]) Vgl auch unten vor FN 161.

einzubeziehen, wie dies teilweise vorgeschlagen wird[157]), erscheint von vornherein verfehlt. Denn „Menschen durch entsprechende Herstellungs- und Verbreitungsverbote vor sich und um ihrer selbst willen zu schützen, kann bei Erwachsenen nicht Aufgabe des Strafrechts sein"[158]). Als vorrangiger Zweck der Strafbestimmung verbleibt damit der Schutz von Leib oder Leben potentieller Opfer der Konsumenten von Gewaltdarstellungen.

Auch die Strafbarkeit des Besitzes von *Gewaltpornographie*[159]) versucht man teils mit der Gefahr zu legitimieren, junge Menschen könnten zu aggressivem Verhalten angeregt werden[160]). Das Schutzobjekt ist bei dieser Argumentation jene Person, die zu dem aggressiven Verhalten animiert wird, nicht dagegen jene, gegen die sich dieses Verhalten richtet, also das Opfer eines künftigen sexuellen Gewaltakts. Selbst wenn es um den Schutz Jugendlicher geht, erscheint diese Sichtweise bedenklich[161]). Bei pornographischen Darstellungen steht aber ohnedies ein anderer Aspekt im Vordergrund: Da die sexuelle und allgemeine psychische Entwicklung von Jugendlichen typischerweise noch nicht abgeschlossen ist, besteht die Gefahr, dass sie durch die Wahrnehmung von Pornographie nachteilig beeinflusst werden. Das Verbot von Gewaltpornographie dient vorrangig dem Entwicklungsschutz von nicht erwachsenen Personen[162]) und wird unter diesem Gesichtspunkt behandelt[163]).

Der Strafgrund des Vorrätighaltens von *volksverhetzenden Schriften* gem § 130 Abs 2 Z 1 lit d dStGB wird herkömmlich im Schutz des öffentlichen Friedens und der Menschenwürde des Einzelnen gesehen[164]). Die Bezugnahme auf den öffentlichen Frieden überzeugt indes nur für Straftatbestände mit offener Schutzrichtung, wie sie etwa die §§ 282, 286, 287 StGB darstellen, die das Auffordern zu einer Straftat sowie ihr Gutheißen, das Unterlassen, eine strafbare Handlung zu verhindern, und die Begehung einer Straftat im Vollrausch unter Strafe stellen. Nach diesen Straftatbeständen steht noch nicht fest, gegen welches Rechtsgut sich die konkrete Straftat richten wird, zu der zB im Fernsehen aufgefordert, die nicht verhindert oder die im Vollrausch begangen werden wird. Die Tatbestände dienen dem Schutz *jedes* Rechtsguts, zu dessen Gunsten entsprechende Strafbestimmungen existieren. Für solche Straftatbestände erscheint es legitim, gleichsam zusammenfassend das Rechtsgut als öffentlichen Frieden zu bezeichnen. Würde man hingegen auch für Straftatbestände mit *spezifischer* Schutzrichtung den öffentlichen Frieden

---

[157]) Siehe die Argumentation in BT-Drucks 6/3521, 6; weiters *v Bubnoff* LK[11] § 131 Rz 9 und *Lackner/Kühl* StGB[25] § 131 Rz 1 (Der Einzelne solle vor Fehleinstellungen und Fehlentwicklungen bewahrt werden.).

[158]) *S/S-Lenckner* StGB[26] § 131 Rz 1; vgl auch *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 131 Rz 2.

[159]) § 184a Z 3 dStGB; Art 197 Z 3bis schwStGB. Vgl § 1 Abs 1 lit a PornG; der Anwendungsbereich von § 1 PornG wird von der Rsp seit OGH EvBl 1977/186 auf „harte" Pornographie beschränkt.

[160]) *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 2; vgl auch *Schneider* FS Lenckner 854 f.

[161]) Kritisch auch zB *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201 ff Rz 74.

[162]) ZB *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 3; BGE 124 IV 106. Vgl auch *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201 ff Rz 67.

[163]) Unten 2.

[164]) ZB *v Bubnoff* LK[11] § 130 Rz 32.

bemühen, so hätte dies keinen eigenständigen Aussagewert, weil letztlich das gesamte Strafrecht der „allgemeinen Rechtssicherheit, dem friedlichen Zusammenleben der Bürger sowie dem Sicherheitsgefühl der Bevölkerung" dient, die zusammen den öffentlichen Frieden ausmachen sollen[165]).

Das Vorrätighalten von volksverhetzenden Schriften ist nicht für Rechtsgüter mit unterschiedlicher Schutzrichtung offen. Sein Rechtsgut kann deshalb nicht der öffentliche Friede sein. Die gesetzliche Konkretisierung der Schriften als solche, die „zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern", lässt vielmehr darauf schließen, dass es wieder um die Gefahr einer Anreizwirkung zu Gewalttaten geht. Das gilt auch für jene Schriften, welche die Menschenwürde eines anderen angreifen. Sie können auf lange Sicht ebenfalls zu Übergriffen auf Leib oder Leben der betroffenen Personen führen. Schutzobjekt des § 130 Abs 2 Z 1 lit d dStGB sind daher allgemein Leib oder Leben der Opfer von Übergriffen, zu denen die volksverhetzenden Schriften anreizen.

Eine weitere Strafvorschrift, die bereits einem Anreiz zu Gewalttätigkeiten vorbeugen soll, enthält § 27 Abs 2 Z 1 dVersG. Danach dürfen *Schutzwaffen* und als solche geeignete und bestimmte Gegenstände bei öffentlichen Versammlungen oder auf dem Weg dorthin nicht mit sich geführt werden. Gemeint sind Gegenstände, die den Träger vor polizeilichen Zwangsmaßnahmen schützen sollen, wie Schutzschilde, Gasmasken oder Stahlhelme[166]). Das Verbot bezweckt, „gewalttätigen Ausschreitungen und den damit verbundenen ernsthaften Störungen des Gemeinschaftsfriedens nachhaltig entgegenzuwirken und zugleich sicherzustellen, daß andere ungehindert von ihren Grundrechten auf freie Meinungsäußerung und friedliche Versammlung Gebrauch machen können"[167]). Im Hintergrund steht offenbar die Vorstellung, die Träger von Schutzwaffen würden verstärkt zu Gewalttaten neigen, weil sie sich für polizeiliches Eingreifen gewappnet fühlen. Über die Annahme einer zu Tätlichkeiten gegen andere Personen motivierenden Wirkung lassen sich also sogar solche Gegenstände, die den Träger vor Verletzungen schützen sollen, als für Leib oder Leben gefährlich begreifen.

Auf der Annahme einer anreizenden Wirkung beruht auch das *Vermummungsverbot* nach dem dVersG. Gem § 27 Abs 2 Z 2 dVersG ist es strafbar, „in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern," an öffentlichen Versammlungen teilzunehmen oder den Weg zu einer derartigen Veranstaltung in einer solchen Aufmachung zurückzulegen. Diese sehr weitgehende und entsprechend kritisierte Vorschrift[168]) erfasst zB das Tragen einer Wollmaske mit Sehschlitzen bei sommerlichen Temperaturen oder „einer übergroßen Sonnenbrille bei bedecktem Himmel"[169]). Der Gesetzgeber sah in solchen Verhaltens-

---

[165]) Vgl *S/S-Lenckner* StGB[26] § 126 Rz 1.
[166]) *E/K-Wache* VersG § 17a Rz 3 f.
[167]) BT-Drucks 11/2834, 7.
[168]) ZB *Jahn* JZ 1988, 545 ff.
[169]) *E/K-Wache* VersG § 17a Rz 6 f.

weisen eine regelmäßige „Vorstufe zum Gewaltausbruch". Vermummte bildeten „in der Regel den Kern der Gewalttäter" und bestärkten darüber hinaus Dritte in ihrer Gewaltbereitschaft. Auf diese Weise würden sie zum Umschlagen friedlicher Versammlungen in unfriedliche beitragen[170]). Es wird also befürchtet, dass ein vermummter Versammlungsteilnehmer im Schutz der Anonymität Gewalttaten verübt und durch seine Aufmachung andere Versammlungsteilnehmer zu gewalttätigen Ausschreitungen veranlasst. Vernachlässigt wird, dass eine Vermummung ebenso aus anderen Gründen erfolgen kann, zB weil der Vermummte bei Bekanntwerden seiner Teilnahme an der Demonstration berufliche oder persönliche Repressalien zu befürchten hat[171]).

Mit BGBl I 2002/127 hat auch der österreichische Gesetzgeber ein strafbewehrtes Vermummungsverbot eingeführt. Gerichtlich strafbar macht sich ein vermummter Versammlungsteilnehmer gem § 19a VersammlungsG allerdings nur dann, wenn er gleichzeitig bewaffnet ist oder sonst einen Gegenstand zur Ausübung von Gewalt gegen Menschen oder Sachen bei sich hat. Mit der Bewaffnung ist immerhin *ein* wirkliches Indiz für Gewaltbereitschaft gefordert. Andererseits ist es kein Strafbarkeitserfordernis, dass der (bewaffnete) Versammlungsteilnehmer tatsächlich vermummt ist. Es genügt, dass er Gegenstände mit sich führt, mit denen er sich vermummen könnte[172]). Eine „anreizende" Wirkung der Aufmachung ist in diesem Fall von vornherein auszuschließen. Insoweit könnte daher nur mit der Gefahr argumentiert werden, dass sich der Versammlungsteilnehmer im Laufe der Versammlung doch noch vermummt. Die Verbindung zwischen dem verbotenen Verhalten und dem geschützten Rechtsgut ist dabei aber noch dünner als bei einer wirklichen Vermummung.

e) Sonstige

Der Gefährlichkeit von Tieren für Leib oder Leben trägt § 81 Abs 1 Z 3 StGB Rechnung, der das unbefugte Verwahren oder Führen eines gefährlichen Tieres mit (qualifizierter) Strafe bedroht, wenn dieses zu einer konkreten Gefährdung, (fahrlässigen) Körperverletzung oder Tötung führt[173]).

Über eine nur mittelbare Gefährdung lässt sich die Strafbarkeit des Mitsich-Führens von Gegenständen in einem Luftfahrzeug, die bloß den *Anschein* von Waffen, Munition oder explosionsgefährlichen Stoffen erwecken[174]), ebenfalls mit dem Schutz von Leib oder Leben erklären: Falls diese Gegenstände zur Nötigung des Führers des Luftfahrzeugs eingesetzt werden, besteht die Gefahr, dass sie für echt gehalten werden, dem Ansinnen des Täters Folge geleistet wird und die Sicherheit des Luftverkehrs und damit Leib oder Leben von Menschen beeinträchtigt werden.

---

[170]) BT-Drucks 11/2834, 7, 12.
[171]) *Jahn* JZ 1988, 547.
[172]) § 9 Abs 1 Z 2 iVm § 19a VersammlungsG.
[173]) § 89, § 88 Abs 3 u 4, § 80, jeweils iVm § 81 Abs 1 Z 3 StGB.
[174]) § 60 Abs 1 Z 8 iVm § 27 Abs 4 Z 3 dLuftverkehrsG.

2. Für die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen gefährliche Gegenstände

Im Zeichen des Kinder- und Jugendschutzes stehen die Verbote des Besitzes von (Kinder-)Pornographie und von jugendgefährdenden Trägermedien[175]). Bei der Ausprägung des Schutzes ist zu unterscheiden: Die Straftatbestände gegen Pornographie, die keine Kinderpornographie ist, und die Straftatbestände gegen jugendgefährdende Trägermedien sollen Kinder und Jugendliche vor einer *Konfrontation* mit solchen Gegenständen bewahren. Es soll verhindert werden, dass die Gegenstände in ihre Hände gelangen und dass sie dadurch in ihrer sexuellen und psychischen Entwicklung negativ beeinflusst werden[176]).

Demgegenüber soll das Verbot von (realer) Kinderpornographie Kinder in erster Linie davor schützen, als *Darsteller* für derartige Erzeugnisse missbraucht zu werden[177]), wodurch ihre Entwicklung noch stärker beeinträchtigt werden kann als durch die bloße Konfrontation mit Pornographie[178]). Einigen Begründungsaufwand erfordert es allerdings, gerade den *Besitz* von Kinderpornographie auf diese Gefahr zurückzuführen. Hier stehen zwei Erklärungsmodelle einander gegenüber: ein retrospektives Haftungsmodell und ein auf ein zukünftiges Missbrauchsgeschehen bezogenes. Beide Modelle stellen die Verbindung zwischen dem Besitz und dem sexuellen Missbrauch über die Nachfrage von Kinderpornographie her.

Der retrospektive Ansatz fingiert, jeder Besitzer von Kinderpornographie habe zumindest eine Nachfragehandlung gesetzt. Angenommen wird, wer Kinderpornographie besitzt, habe „sie entweder selbst hergestellt oder aber von einem anderen übernommen und damit mittelbar den Kindesmißbrauch gefördert"[179]). Wie aber kann ein bereits abgeschlossenes Missbrauchsgesche-

---

[175]) § 1 Abs 1 lit a PornG; § 207a Abs 3 StGB; § 184 Abs 1 Z 8, § 184a Z 3, § 184b Abs 1 Z 3 u Abs 4 dStGB; § 27 Abs 1 Z 2 dJugendschutzG; Art 197 Z 3bis schwStGB. Der zusätzlich angenommene Schutz von Erwachsenen vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie kann, soweit es um die Strafbarkeit des bloßen Besitzes geht, vernachlässigt werden. Zum Sonderfall der Gewaltpornographie siehe auch oben bei FN 159.

[176]) *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201 ff Rz 67; *Lackner/Kühl* StGB^{25} § 184 Rz 1; *S/S-Lenckner/Perron* StGB^{26} § 184 Rz 3; Botschaft des schweizerischen Bundesrates vom 10. 5. 2000, BBl 2000, 2947. Vgl auch *E/K-Liesching* JugendschutzG Vorbem Rz 2.

[177]) ZB JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 2; *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201 ff Rz 67, § 207a Rz 4 f; *Schick* FS Geerds 191; BT-Drucks 12/3001, 6; *Laufhütte* LK^{11} § 184 Rz 2; *S/S-Lenckner/Perron* StGB^{26} § 184 Rz 63; *Schroeder* ZRP 1990, 299 ff; *ders* NJW 1993, 2582. Mit dem Schutz potentieller Darsteller wird übrigens auch das Verbot von Gewaltpornographie begründet; zB *Kienapfel/Schmoller* BT III Vorbem §§ 201 ff Rz 67; *S/S-Lenckner/Perron* StGB^{26} § 184 Rz 3; ablehnend *Schroeder* ZRP 1990, 301.

[178]) Vgl *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 206–207 Rz 3.

[179]) *Schroeder* ZRP 1990, 300; so auch BT-Drucks 12/3001, 6; *Laufhütte* LK^{11} § 184 Rz 2; vgl weiters *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 1^{9} § 23 Rz 23; *dies* BT 2^{8} § 92 Rz 8. Die Position von *Schroeder* zu den beiden Erklärungsmodellen ist aller-

hen nachträglich gefördert werden? Eine wichtige Rolle bei der Argumentation spielt der Umstand, dass kinderpornographische Produkte keine gewöhnlichen Massenprodukte sind. Die Erzeugnisse können nur in verschwiegenen Kreisen abgesetzt werden und werden deshalb meist nur in kleinen Auflagen hergestellt. Daraus wird auf eine „sehr viel stärkere Verantwortlichkeit des Abgebers und des Erwerbers für die Herstellung als bei den normalen Massenprodukten" geschlossen. Vergleichbar mit der Hehlerei soll die Nachfrage von Kinderpornographie den sexuellen Missbrauch dadurch nachträglich fördern, dass sie die Erwartung des Produzenten erfüllt, Abnehmer für sein Produkt zu finden[180]). Genau diese Erwartungshaltung veranlasste den Produzenten zur Herstellung der Kinderpornographie, womit die Verbindung zum konkret stattgefundenen sexuellen Missbrauch hergestellt sei[181]). Selbst wenn es sich nur um fiktive Kinderpornographie handelt, bestehe die Gefahr, dass ein tatsächliches Missbrauchsgeschehen gefördert wird. Es sei nämlich auch bei ausdrücklicher Nachfrage von pädophiler Pornographie, die kein tatsächliches Geschehen wiedergibt, nicht auszuschließen, dass man doch echte Kinderpornographie erhält[182]).

Bedenken erweckt bereits die Ausgangsthese des retrospektiven Ansatzes, der Besitzer von pädophiler Pornographie habe diese selbst hergestellt oder von einem anderen übernommen. Sie vernachlässigt, dass man auch ungewollt in den Besitz einer kinderpornographischen Darstellung gelangen kann, sei es, dass man die Darstellung bei ihrer Übernahme nicht als pädophil erkannt hat, sei es, dass sie einem von einem anderen untergeschoben wurde. Das retrospektive Haftungsmodell steht und fällt deshalb mit dem Nachweis, dass der Besitzer die Darstellung vorsätzlich von einem anderen übernommen hat[183]).

Darüber hinaus kann das Modell nicht erklären, weshalb auch der an die Besitzerlangung anschließende Besitz mit Strafe bedroht ist. Würde der Kindesmissbrauch tatsächlich durch den *Erwerb* der Darstellung nachträglich gefördert, dürfte der anschließende Besitz gerade nicht mehr strafbar sein. Schließlich ist die Förderungswirkung spätestens mit der Erlangung des Besitzes an der kinderpornographischen Darstellung abgeschlossen.

Ohnedies überzeugt es nicht, eine rückwirkende Förderung der Produktion durch eine Nachfragehandlung anzunehmen:

Zum einen ist nicht jede Nachfrage markterheblich. Insbesondere wenn man sich an eine Person wendet, die selbst Konsument ist, wirkt sich die Nachfrage nicht auf die Herstellung von Kinderpornographie aus. Eine solche Nachfragehandlung kann im Gegenteil sogar den Interessen eines wirtschaft-

---

dings nicht eindeutig, weil er zugleich den *Erwerb* von Kinderpornographie wegen der Schaffung eines Anreizes für die Herstellung *neuer* Kinderpornographie für strafwürdig hält (ZRP 1990, 300; JZ 1999, 831).

[180]) *Schroeder* NJW 1993, 2582; *ders* ZRP 1990, 300.

[181]) Vgl *Eckstein* Besitz 68 f.

[182]) *Eckstein* Besitz 69.

[183]) Bei gutgläubigem Erwerb kann auch nach *Eckstein* die Strafbarkeit nicht mit der Förderung des sexuellen Missbrauchsgeschehens begründet werden (Besitz 258).

lich denkenden Produzenten zuwiderlaufen, etwa wenn ein Konsument um eine Kopie der kinderpornographischen Darstellung gebeten wird.

Zum anderen widerspricht die Annahme einer rückwirkenden Haftung dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass man nur für *künftige* Auswirkungen seines Handelns zur Verantwortung gezogen werden darf. Ob das kinderpornographische Erzeugnis nachgefragt wird oder nicht, ändert nichts mehr am geschehenen sexuellen Missbrauch. Auch wenn man den Nachfrager von Kinderpornographie nicht wegen Beteiligung am sexuellen Missbrauch, sondern „nur" wegen des weniger strengen Besitztatbestands haften lässt, bleibt ungeklärt, wie eine Verantwortlichkeit für den *konkret* geschehenen sexuellen Missbrauch außerhalb des Kausalitätsschemas hergestellt werden soll. Man müsste unterstellen, dass die Nachfragehandlung bereits im Zeitpunkt der Produktion als sicher vorhersehbar war. Diese Sicherheit hat der Produzent aber nur, wenn er schon vor der Herstellung eine Übereinkunft mit einem Abnehmer getroffen hat. In der Zusicherung der Abnahme liegt dann ohnehin ein Beitrag zum sexuellen Missbrauch selbst.

Gewiss ist es richtig, dass es nur in geringem Ausmaß zur Herstellung von Kinderpornographie kommen würde, wenn Kinderpornographie nicht nachgefragt würde. Der Nachfrager ist allgemein mitverantwortlich für die Herstellung von Kinderpornographie, weil seine Nachfrage mitursächlich ist für das Vorhandensein eines Marktes für Kinderpornographie. Dabei kann es sich aber nur um eine Verantwortlichkeit für *künftige* Produktionen handeln[184]). Wenn überhaupt[185]), kann nur ein auf ein künftiges Geschehen bezogenes Begründungsmodell überzeugen.

Da der Besitz selbst keine Nachfragehandlung darstellt, lässt sich eine Verbindung zur Produktion weiterer Kinderpornographie nur über die *Gefahr* herstellen, dass der Besitzer oder eine andere Person, welche die Darstellung zu sehen bekommt, (weitere) kinderpornographische Darstellungen besitzen will, der Besitz also zur Nachfrage motiviert[186]). Dieses Risiko besteht auch dann, wenn jemand unvorsätzlich in den Besitz einer solchen Darstellung gelangt ist. Zur eigentlichen Gefahr für die psycho-sexuelle Entwicklung der unmündigen Darsteller kommt man aber erst über die Vorschaltung zweier vorgelagerter Gefahren: jener, dass der Besitz zur Nachfrage von Kinderpornographie veranlasst, und der darauf aufbauenden Gefahr, dass gerade auch aufgrund dieser Nachfrage zusätzliche kinderpornographische Erzeugnisse hergestellt werden.

Als weiterer Schutzzweck wird angeführt, Heranwachsende und junge Erwachsene sollten davor bewahrt werden, durch die Betrachtung von Kinderpornographie in ihrer seelischen Entwicklung und sozialen Orientierung beeinträchtigt zu werden[187]). Fragwürdig ist bereits die Annahme, nur *junge*

---

[184]) Deutlich *Duttge/Hörnle/Renzikowski* NJW 2004, 1070.

[185]) So fragt sich, ob die Pönalisierung der bloßen Empfänger gefährlicher Gegenstände mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu vereinbaren ist; siehe dazu *Gropp* Deliktstypen 208 ff; *ders* AT[2] § 10 Rz 166 ff, der für eine Beschränkung der Strafbarkeit auf die Distributoren eintritt.

[186]) So auch *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 65.

[187]) BT-Drucks 12/3001, 6; *Eckstein* Besitz 72, 258.

Erwachsene könnten entsprechend negativ beeinflusst werden. Würde diese Annahme tatsächlich zutreffen, wäre der Besitz durch ältere Erwachsene nur wegen des Risikos strafwürdig, dass die Kinderpornographie an junge Erwachsene oder Heranwachsende gelangt. Der Besitz durch jüngere Personen selbst hingegen müsste straflos sein, da es sich bei ihnen um das durch die Strafvorschrift geschützte Objekt handelte. Ein Schutz der „seelischen Entwicklung und sozialen Orientierung" erscheint bei Erwachsenen aber überhaupt sehr problematisch.

Der Strafgrund des Besitzes von Kinderpornographie könnte allenfalls – analog zu den Gewaltdarstellungen – auch in der Gefahr gesehen werden, dass der Besitz zu eigenen Missbrauchshandlungen anreizt[188]). Diese Annahme ist jedoch im Bereich von Kinderpornographie genauso problematisch wie bei Gewaltdarstellungen. Es ist nämlich umgekehrt nicht auszuschließen, dass die Betrachtung der Gegenstände gerade als Ventil für einschlägige Neigungen dienen kann und damit realen Übergriffen vorbeugt[189]).

Eine Sonderstellung nimmt der österreichische Straftatbestand ein, der seit dem StRÄG 2004[190]) auch pornographische Darstellungen *Jugendlicher* erfasst. Diese Tatbestandserweiterung, die in Umsetzung internationaler Vorgaben, insbesondere eines Rahmenbeschlusses der EU[191]), erfolgte, passt nicht ins österreichische Sexualstrafrecht, das Jugendliche nur in besonderen Fällen vor sexuellen Handlungen schützt. Straflos ist es beispielsweise, einen Jugendlichen zur Vornahme einer sexuellen Handlung an sich selbst zu verleiten (wenn dabei kein Autoritätsverhältnis ausgenützt wird). Die Strafbarkeit des Filmens einer solchen sexuellen Handlung oder des Besitzes einer Aufnahme davon[192]) lässt sich daher nicht mit dem Anliegen des Darstellerschutzes erklären. Die Gesetzesmaterialien sehen durch die „Fixierung" des sexuellen Geschehens auf Bildmaterial die „Würde" des Jugendlichen als verletzt an[193]). Dabei handelt es sich aber um ein nur schwer konkretisierbares Rechtsgut, das die – im Vergleich zu Kinderpornographie noch erheblicheren – Zweifel an der Strafwürdigkeit des Besitzes von einschlägigem pornographischen Material nicht beseitigt.

3. Für die Privatsphäre gefährliche Gegenstände

Nach Art 179bis und Art 179^{quater} schwStGB ist es strafbar, bestimmte widerrechtlich zustande gekommene Aufnahmen aus dem Privatbereich eines anderen aufzubewahren. Erfasst sind Aufnahmen eines fremden nichtöffent-

---

[188]) Vgl BT-Drucks 12/3001, 6; *Lenckner* FS Baumann 138 FN 21.

[189]) Vgl *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 2; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 10 Rz 16.

[190]) BGBl I 2004/15.

[191]) Art 3 Abs 1 lit d Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 22. 12. 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, ABl EG Nr L 013 (Jan 2004), 44.

[192]) Gem § 207a Abs 4 Z 3 lit a StGB muss es sich dabei um eine „reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste" Abbildung handeln, „die der sexuellen Erregung des Betrachters dient".

[193]) EB RV StRÄG 2004, 294 BlgNR 22. GP, 23.

lichen Gesprächs, das ohne Zustimmung aller Gesprächsteilnehmer auf einem Tonträger festgehalten wurde, sowie Bildaufnahmen einer Tatsache aus dem Geheim- oder Privatbereich, die ohne Einwilligung des Betroffenen zustande gekommen sind. Diesen Strafvorschriften dürfte die Befürchtung zugrunde liegen, die Aufnahmen könnten gegen den Betroffenen verwendet oder auf sonstige Weise einem Dritten zugänglich werden. Dadurch würde die Privatsphäre der aufgenommenen Person ein weiteres Mal verletzt[194]).

Um bereits ein widerrechtliches Abhören oder eine widerrechtliche Ton- oder Bildaufnahme zu verhindern, ist auch das Lagern oder Besitzen von entsprechenden technischen Geräten unter Strafe gestellt (Art 179[sexies] schwStGB)[195]). Ein ähnliches strafbewehrtes Besitzverbot findet sich in § 148 Abs 1 Z 2 lit a dTelekommunikationsG. Dieser Straftatbestand erstreckt sich auf täuschungsgeeignete Sendeanlagen, die zu unbemerkten Bild- oder Tonaufnahmen besonders geeignet sind. Auch das österreichische Strafrecht weist ein Besitzdelikt zum Schutz der Privatsphäre auf: § 126c StGB erfasst unter anderem den Besitz von Computerprogrammen oder Zugangsdaten zur Begehung bestimmter Eingriffe in die Privatsphäre.

4. Für fremdes Vermögen gefährliche Gegenstände

Sogar zum Schutz des Vermögens wurden Besitzdelikte geschaffen. Um den Vermögensschutz geht es bei der Warenfälschung gem Art 155 Z 1 schwStGB[196]) sowie bei einzelnen Besitzdelikten des Lebensmittelrechts, die den Verbraucher vor Täuschung schützen sollen[197]). Es handelt sich um Delikte im Vorfeld des Betrugstatbestands, die ein frühzeitiges Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden ermöglichen, bevor eine Täuschung überhaupt versucht wurde. Auf dieser Linie liegt auch das nach § 132a Abs 1 Z 4 dStGB strafbare unbefugte Tragen von Uniformen oder Amtsabzeichen, das mit dem Schutz der Allgemeinheit vor Hochstaplern begründet wird[198]).

Dem Gläubigerschutz dienen Art 324 Z 3 und Z 4 schwStGB. Sie pönalisieren den Besitz von Sachen des Schuldners durch einen Pfandgläubiger, der

---

[194]) Vgl *von Ins/Wyder* BK Art 179bis Rz 30; *Noll* BT I 90, 95; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 12 Rz 37. Da nach Art 179ter schwStGB die Aufnahme durch einen der Gesprächsteilnehmer selbst erfolgt sein muss, schützt dieser Tatbestand nicht die Privatsphäre; zu diesem Tatbestand unten bei FN 220.

[195]) Zur gebotenen Einschränkung des zu weit geratenen Gesetzeswortlauts auf Geräte, die „nach allgemeiner Lebenserfahrung nur zu Missbrauch dienen", siehe *Trechsel* StGB[2] Art 179[sexies] Rz 2; *Noll* BT I 96.

[196]) Strafbar ist danach das Lagern einer Ware, die einen höheren als ihren wirklichen Verkehrswert vorspiegelt, zwecks Täuschung im Rechtsverkehr. Zum Schutzgut siehe *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 212 f; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 16 Rz 79; *Trechsel* StGB[2] Art 155 Rz 1.

[197]) ZB § 63 Abs 1 Z 2 LMG; § 52 Abs 1 Z 9 u 10 dLMBG; § 49 Z 4–6 dWeinG. Zum Rechtsgut *Dannecker* Entsanktionierung 24 f.

[198]) ZB *Lackner/Kühl* StGB[25] § 132a Rz 1; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 132a Rz 3.

diese dem Konkursamt binnen der Eingabefrist nicht zur Verfügung stellt oder den Liquidatoren nach Ablauf der Verwertungsfrist nicht abliefert.

Nach § 27 Abs 1 dVersG ist es strafbar, Gegenstände, die zur Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, bei öffentlichen Versammlungen mit sich zu führen. Diese Strafvorschrift soll vandalistische Ausschreitungen im Zuge öffentlicher Versammlungen verhindern und dient damit dem Schutz fremder Vermögenswerte[199]).

Auf das Rechtsgut Vermögen sind auch jene Besitzverbote zurückzuführen, die im Bereich des Patent-, Marken-, Muster-, Modell- und Sortenschutzes geschaffen wurden. Sie sollen dem Rechtsinhaber die exklusive finanzielle Verwertung seines Rechts sichern. Deshalb ist es strafbar, ohne seine Zustimmung bzw entgegen seinem Verbot entsprechende Erzeugnisse zu Zwecken des Anbietens, Inverkehrbringens usw zu besitzen[200]).

Das UrhG enthält eine vergleichbare Strafvorschrift speziell zum Schutz von Computerprogrammen[201]). Nach ihr macht sich strafbar, wer zu Erwerbszwecken Mittel besitzt, die ausschließlich dazu bestimmt sind, die Beseitigung oder Umgehung technischer Schutzmechanismen von Computerprogrammen zu erleichtern. Die Strafvorschrift soll eine finanzielle Schädigung des Urhebers durch unerlaubtes Kopieren und Weiterverkaufen von Computerprogrammen verhindern.

In diesen Zusammenhang gehört auch das in § 10 Abs 2 ZugangskontrollG normierte Besitzdelikt zum Schutz der Anbieter von gewissen „Pay-Diensten". Um die Vergütung des Diensteanbieters sicherzustellen[202]), ist der Besitz von „Umgehungsvorrichtungen" unter Strafandrohung gestellt. Es handelt sich dabei um Geräte oder Computerprogramme, die einen unerlaubten Zugang zu einer Fernsehsendung, einer Radiosendung oder einem Dienst der Informationsgesellschaft ermöglichen, die nur gegen Entgelt und unter einer Zugangskontrolle erbracht werden. Darunter fallen zB gefälschte Smartcards, mit deren Hilfe Pay-TV-Sendungen empfangen werden können, ohne das vorgesehene Entgelt zu entrichten[203]).

---

[199]) Vgl BT-Drucks 11/2834, 12 (zu § 27 Abs 2 Z 3 lit a dVersG). Vgl auch § 9a iVm § 19a VersammlungsG, der zusätzlich eine Vermummung (bzw das Mit-sich-Führen eines Vermummungsgegenstands) voraussetzt.

[200]) Für Details siehe § 159 Abs 1 iVm § 22 Abs 1 PatentG; § 60 Abs 1 iVm §§ 10, 10a Z 2 MarkenschutzG; § 42 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 GebrauchsmusterG; § 35 Abs 1 iVm § 4 MusterschutzG; § 25 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 Z 7 SortenschutzG; § 142 Abs 1 Z 1 dPatentG; § 143 Abs 1 Z 3 dMarkenG; § 25 Abs 1 Z 1 dGebrauchsmusterG; § 51 Abs 1 iVm § 38 Abs 1 dGeschmacksmusterG; § 39 Abs 1 dSortenschutzG; Art 41 Abs 1 lit a iVm Art 9 schwDesignG; Art 81 iVm Art 66 lit a u Art 8 Abs 2 schwPatentG. Vgl auch § 91 Abs 1 iVm § 90c Abs 1 Z 2 UrhG: Strafbarkeit des kommerziellen Besitzes von Mitteln zur Umgehung technischer Maßnahmen zum Schutz eines Ausschließungsrechts.

[201]) § 91 Abs 1 iVm § 90b UrhG.

[202]) Vgl EB RV ZugangskontrollG, 99 BlgNR 21. GP, 11; *Reindl* E-Commerce 174.

[203]) Näher dazu *Reindl* E-Commerce 173.

Ein Vorbereitungsdelikt zum Schutz des Vermögens stellt weiters § 126c StGB dar, soweit die Computerprogramme oder Zugangsdaten gerade zur Begehung einer vermögensspezifischen Computerstraftat besessen werden. Die ähnliche Strafvorschrift in § 263a Abs 3 dStGB hat einen eingeschränkteren Anwendungsbereich: Sie bezieht sich auf das Feilhalten oder Verwahren eines Computerprogramms, das der Begehung eines Computerbetrugs dient.

Nach § 241f StGB ist es strafbar, ein entfremdetes unbares Zahlungsmittel – zB eine einem anderen entwendete Bankomatkarte – mit dem Vorsatz, sich durch dessen Verwendung unrechtmäßig zu bereichern, zu besitzen. Die Gesetzesmaterialien sehen in diesem Tatbestand ein hehlereiähnliches Delikt[204]). Dieser Vergleich passt jedoch nicht, weil auch die Vortat des § 241f StGB – die Entfremdung unbarer Zahlungsmittel gem § 241c StGB – ihren Unrechtsgehalt erst aus der Gefahr der späteren Verwendung des Zahlungsmittels zu Bereicherungszwecken bezieht. Beide Delikte stellen folglich sich ergänzende Vorbereitungsdelikte zum späteren Vermögensdelikt dar. Dass ein Täter, der ein unbares Zahlungsmittel entfremdet hat, nicht zusätzlich wegen des Besitzes dieses Zahlungsmittels zu bestrafen ist, folgt aus der Auffangfunktion des § 2451 f StGB, nicht aus einer Ähnlichkeit zur Hehlerei.

5. Für den Rechtsstaat gefährliche Gegenstände

Einzelne Besitzdelikte sollen hauptsächlich einem Umsturz des demokratischen Rechtsstaates in eine Diktatur oder dem Verlust der staatlichen Souveränität vorbeugen[205]). Sie betreffen Kampfmittel, Verkehrsmittel und Einrichtungen zur Nachrichtenübermittlung, die für eine nationalsozialistische Organisation oder Verbindung bereitgehalten werden, besondere militärische Güter sowie Güter, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendbar sind[206]). Als für den demokratischen Rechtsstaat gefährlich ist in § 87 Abs 1 Z 3 dStGB auch das Verwahren von Sabotagemitteln[207]) unter Strafe gestellt.

Weitere Straftatbestände sollen die Ausbreitung rechtsstaatsgefährdender Organisationen verhindern. So ist es in Österreich bei Strafe verboten, Uniformen der deutschen Wehrmacht zu tragen. Der entsprechende deutsche Straftatbestand geht darüber noch hinaus und verbietet es generell, Uniformen, Uniformteile oder gleichartige Kleidungsstücke öffentlich oder in einer Versammlung als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung zu tragen. Weiters ist es untersagt, rechtsstaatsgefährdende Propagandamittel oder Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen vorrätig zu halten[208]).

---

[204]) EB RV StRÄG 2004, 309 BlgNR 22. GP, 12.

[205]) Näher zum Schutzgut des demokratischen Rechtsstaats *Laufhütte* LK[11] Vor § 80 Rz 20.

[206]) § 3a Z 4 VerbotsG; Art 14 Abs 1 lit a iVm Art 2 Abs 2 schwGüterkontrollG.

[207]) Zu diesen Gegenständen *Laufhütte* LK[11] § 87 Rz 11.

[208]) §§ 1 f Uniform-VerbotsG; § 28 iVm § 3 Abs 1 dVersG; § 86 Abs 1, § 86a Abs 1 Z 2 dStGB.

6. Für den Rechtsverkehr gefährliche Gegenstände

Einige Tatbestände stellen den Besitz von Falsifikaten – falschem Geld, falschen unbaren Zahlungsmitteln, falschen besonders geschützten Urkunden bzw falschen amtlichen Ausweisen, Wertzeichen, aufenthaltsrechtlichen Papieren oder Fahrzeugpapieren – unter Strafe[209]). Diese Strafvorschriften sollen den Rechtsverkehr in einer bestimmten Ausprägung schützen, nämlich die „Sicherheit des Geldverkehrs"[210]), die „Sicherheit des Rechts- und Zahlungsverkehrs mit unbaren Zahlungsmitteln"[211]), die „Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit amtlichen Wertzeichen"[212]) oder die Sicherheit des Rechtsverkehrs mit besonders geschützten Urkunden. Soweit die Falsifikate Zahlungszwecken dienen, stellen sie überdies eine Gefahr für fremdes Vermögen dar. Wiederum gilt, dass der Besitz des Tatobjekts für sich allein ungefährlich ist. Erst wenn das Falsifikat in den Verkehr gelangt, wenn der Besitzer selbst oder ein anderer über die Echtheit oder Unverfälschtheit täuscht, kann es zu einer Gefährdung des Rechtsverkehrs kommen. Denn bei einer Häufung solcher Vorfälle würde dem jeweiligen Gewährschaftsträger nicht mehr das Vertrauen entgegengebracht, das für seine normative Funktion notwendig ist.

Eine noch weitergehende Vorverlagerung der Strafbarkeit wird durch jene Tatbestände bewirkt, die den Besitz von Fälschungsmitteln und -werkzeugen pönalisieren, die spezifisch zur Fälschung von Geld, unbaren Zahlungsmitteln, Wertzeichen oder öffentlichen Urkunden bestimmt sind[213]). Nur aus der Gefahr der Erzeugung eines Falsifikats und seiner anschließenden missbräuchlichen Verwendung ergibt sich eine Gefahr für den Rechtsverkehr.

7. Sonstige

Zu erwähnen bleiben einige Besitzdelikte, die sich nicht mit einem der zuvor genannten Schutzzwecke erklären lassen. Umstritten ist das Schutzgut der Geldwäscherei, deren Tatobjekt Vermögensbestandteile sind, die aus einer bestimmten Straftat herrühren oder die zum Vermögen einer kriminellen oder terroristischen Organisation gehören[214]). Meist wird versucht, dieses Delikt

---

[209]) § 233 Abs 1 Z 1, auch iVm § 237, § 241b, § 224a StGB; § 146 Abs 1 Z 2, auch iVm § 151, § 148 Abs 1 Z 3, § 152a Abs 1 Z 2, § 152b Abs 1, § 276 Abs 1 Z 2, auch iVm § 276a dStGB; Art 244 schwStGB.

[210]) *Trechsel* StGB[2] Art 240 Rz 1; vgl auch *Oshidari* SbgK § 233 Rz 6.

[211]) EB RV StRÄG 2004, 309 BlgNR 22. GP, 10; *S/S-Stree/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 152a Rz 1.

[212]) *S/S-Stree/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 148 Rz 1.

[213]) §§ 239, 241c, 227 StGB; §§ 149, 275, 276a dStGB. Siehe auch § 241f StGB (Besitz eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels zu Fälschungszwecken).

[214]) Besitztatbestände in § 165 Abs 2 u 5 StGB, § 261 Abs 2 Z 2 dStGB. Vgl den noch weitergehenden Art 305ter schwStGB, wonach es strafbar ist, berufsmäßig fremde Vermögenswerte – die nicht einmal aus einer Straftat stammen müssen – aufzubewahren, wenn es unterlassen wird, „mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen".

zweispurig zu begründen: Einesteils gehe es um den Schutz der Rechtspflege vor einer Störung der Einziehung illegaler Gewinne[215]). Anderenteils beeinträchtige die Geldwäscherei die durch die Vortat verletzten Rechtsgüter[216]), womit wohl ein präventiver Rechtsgüterschutz, also die Gefahr der Begehung *weiterer* Straftaten, gemeint ist[217]). Wegen der Offenheit dieses Schutzzwecks für alle Rechtsgüter, die einer Vortat zugrunde liegen können, ist das geschützte Rechtsgut insoweit im öffentlichen Frieden zu sehen[218]).

Fraglich erscheint allerdings, inwiefern das bloße *Verwahren* der Vermögensbestandteile diese Schutzgüter berührt. Was die Rechtspflege anlangt, lässt sich auf die Schwierigkeit, die Vermögenswerte aufzufinden, verweisen, wenn sie sich nicht mehr beim Vortäter selbst, sondern bei einer anderen Person befinden. Im Fall einer „Kettengeldwäscherei", wenn also zuvor bereits ein anderer Geldwäscher den Vermögensbestandteil in Händen hatte, liegt eine Erschwerung der Strafverfolgung darin, dass die Spur zur Auffindung des Vermögensbestandteils verlängert ist.

Hinsichtlich des öffentlichen Friedens könnte wiederum von einer Anreizwirkung des Besitzes ausgegangen werden, weil der Vortäter damit rechnen kann, auch künftige Verbrechensgewinne in Verwahrung geben und auf diese Weise das Entdeckungsrisiko minimieren zu können. Diese Begründung passt allerdings nicht auf den Fall, dass der Geldwäscher die Vermögensbestandteile nicht für den Vortäter, sondern für einen anderen oder für sich selbst verwahrt. Damit ist nicht das Risiko verbunden, dass der Vortäter (der um die Verwahrung nicht einmal zu wissen braucht) zur Begehung weiterer Straftaten angeregt wird.

In Deutschland qualifiziert das Bei-sich-Führen einer Scheinwaffe oder eines sonstigen Nötigungsmittels, das keine Leibesgefahr schafft (zB eines zur Fesselung verwendbaren Kabelstücks), einen Diebstahl oder einen Raub zu einem schweren Delikt (§ 244 Abs 1 Z 1 lit b, § 250 Abs 1 Z 1 lit b dStGB). Im Gegensatz zum Bei-sich-Führen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs geht es hier nicht um eine Gefahr für Leib oder Leben, sondern um die stärkere Beeinträchtigung der Willensbildungs- und -betätigungsfreiheit des Opfers, falls das Nötigungsmittel als solches zum Einsatz gelangt[219]).

---

[215]) *Leip* Geldwäsche[2] 56; vgl auch *Klippl* Geldwäscherei 70 f; *Rosbaud* SbgK § 165 Abs 5 Rz 4; *Neuheuser* MK-StGB § 261 Rz 7 f; *S/S-Stree* StGB[26] § 261 Rz 1. Abw *Kienapfel* BT II[3] § 165 Rz 5 sowie *Schittenhelm* FS Lenckner 528 (Schutz des „legalen Finanz- und Wirtschaftskreislaufs"). Siehe zum Streitstand auch die Nachweise bei *Lackner/Kühl* StGB[25] § 261 Rz 1.

[216]) *Rosbaud* SbgK § 165 Abs 5 Rz 4; *Leip* Geldwäsche[2] 54 ff; *Neuheuser* MK-StGB § 261 Rz 12; *S/S-Stree* StGB[26] § 261 Rz 1; vgl auch *Klippl* Geldwäscherei 69 f.

[217]) Näher *Leip* Geldwäsche[2] 54 ff. So wohl auch *Eckstein* Besitz 69 f, wenn er formuliert, durch § 261 dStGB „sollen die einschlägigen Vortaten mittelbar eingedämmt werden". Bereits abgeschlossene Taten können nämlich nicht mehr eingedämmt werden.

[218]) Vgl dazu oben nach FN 164.

[219]) Vgl *Lackner/Kühl* StGB[25] § 244 Rz 4.

Vor einer „exakten akustischen Reproduktion der eigenen Stimme“[220]) soll Art 179ter schwStGB schützen, der das Aufbewahren einer Aufnahme eines nichtöffentlichen Gesprächs für strafbar erklärt, wenn nicht alle Gesprächsteilnehmer in die Aufzeichnung eingewilligt haben. Da die Aufzeichnung durch einen Gesprächsteilnehmer selbst erfolgt sein muss, wird die Privatsphäre der anderen Gesprächsteilnehmer nicht berührt. Verwiesen wird auf mögliche Nachteile, die sich für den Gesprächsteilnehmer ergeben können, falls die Wiedergabe seines Gesprächsbeitrags aus dem Zusammenhang gerissen wird[221]). An welche Art von Nachteilen zu denken ist, bleibt jedoch offen.

Weitere Besitztatbestände betreffen die Flaggenführung auf Seeschiffen[222]), das unbefugte Tragen von Uniformen des schweizerischen Heeres (Art 331 schwStGB)[223]) sowie den unerlaubten Besitz von Sachen, die in Art 141 Abs 1 schwSeeschiffahrtsG völlig unbestimmt als „insbesondere gefährliche oder verbotene“ bezeichnet werden, an Bord eines schweizerischen Seeschiffs. Aus Gründen des Artenschutzes ist das Vorrätighalten von Tieren oder Pflanzen der besonders geschützten Arten strafbar[224]). Der Besitztatbestand im dForstvermehrungsgutG dient wiederum der Erhaltung der genetischen Vielfalt des Waldes[225]).

C. Relative Besitzverbote

Nur in seltenen Fällen ist der Besitz einer bestimmten Sache ausnahmslos strafbar. Die meisten Besitzverbote sind nur relativer Natur, sodass es möglich ist, das Tatobjekt zu besitzen, ohne sich gerichtlich strafbar zu machen. Wegen der zusätzlichen Anforderungen an die Strafbarkeit erscheinen manche dieser Besitzdelikte weniger bedenklich als die schlichten Besitzdelikte. Als Verletzungs- oder ausdrückliche Gefährdungsdelikte weisen sie nämlich einen stärkeren Bezug zum geschützten Rechtsgut auf als ein Delikt, das den Besitz unabhängig davon mit Strafe bedroht, ob die konkrete Art und Weise des Besitzes überhaupt geeignet ist, zu einer Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts zu führen. Wird ein weiteres Verhalten des Täters oder ein darauf gerichteter Vorsatz vorausgesetzt, ist zumindest ein Bezug zu einem Täterverhalten gegeben, auch wenn der Besitz selbst kein Verhalten darstellen sollte.

---

[220]) *Noll* BT I 93.

[221]) *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 12 Rz 42; *von Ins/Wyder* BK Art 179ter Rz 2.

[222]) § 15 Abs 1 u 2 dFlaggenrechtsG. Nach *Eckstein* Besitz 73 wird durch das unbefugte Flaggenführen die Publizitätsfunktion der Flagge verletzt.

[223]) Dieser Tatbestand schützt die Landesverteidigung; *Omlin* BK Art 331 Rz 1.

[224]) § 8 Abs 2 Z 2 ArtenhandelsG; § 66 iVm § 65 Abs 1 Z 3 bzw Abs 3 Z 3 dBundesnaturschutzG, nach § 66 Abs 1 leg cit allerdings nur bei gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Begehung. Zum Schutzgut siehe *E/K-Stöckel* BundesnaturschutzG § 66 Rz 10.

[225]) § 22 iVm § 2 Z 9 lit b dForstvermehrungsgutG. Zum Gesetzeszweck siehe § 1 leg cit.

Delikte, welche die *Herbeiführung einer abstrakten oder konkreten Gefahr* durch den Besitz unter Strafe stellen, sind allerdings selten, sieht man von entsprechenden Qualifikationen der schlichten Besitzdelikte ab[226]). Öfters findet sich die Wendung, strafbar sei, wer die Sache „so lagert, dass" es zu einer bestimmten Gefahr kommen kann. Bei dieser Deliktsfassung ist von vornherein nur ein abstrakt gefährlicher Besitz tatbestandsmäßig und nicht auch ein Besitz, für den sichergestellt wurde, dass keine Gefahr eintritt. Beispiele bilden das Lagern von Abfall nach den §§ 181b f StGB, mit dem die abstrakte Gefahr einer Umweltbeeinträchtigung verbunden sein muss, und Art 47 Abs 1 lit a schwLMG, wonach es strafbar ist, Nahrungsmittel so zu lagern, „dass sie bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit gefährden"[227]).

Einige strukturell recht komplizierte Besitzdelikte haben ihren Ausgangspunkt in § 81 Abs 1 Z 3 StGB. Dieser Tatbestand bedroht denjenigen mit qualifizierter Strafe, der durch verwaltungsrechtswidriges Verwahren oder Führen eines gefährlichen Tieres fahrlässig den Tod eines anderen herbeiführt. § 88 Abs 3 und 4 StGB sehen entsprechende Qualifikationen im Fall einer fahrlässigen Körperverletzung vor. Gem § 89 StGB macht sich der Verwahrer oder Führer des Tieres auch bei konkreter Gefährdung eines anderen strafbar. Eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften setzt ein sorgfaltswidriges Verhalten des Verwahrers oder Führers des Tieres voraus. Er bringt zB das gefährliche Tier in einem unzureichend gesicherten Verschlag unter oder führt den Kampfhund ohne Leine und Beißkorb aus. Dieses Verhalten muss eine konkrete Gefährdung, Körperverletzung oder Tötung bewirken. Der verwaltungsrechtswidrige Besitz des gefährlichen Tieres ist also *mit einer weiteren Tathandlung und mit einem Erfolg* kombiniert. Falls allerdings eine Verwaltungsnorm existiert, die dem Verwahrer oder Führer den Besitz des Tieres überhaupt verbietet[228]), begründet der Besitz als solcher die objektive Sorgfaltswidrigkeit hinsichtlich der Tötung, Körperverletzung oder konkreten Gefährdung, ohne dass es eines zusätzlichen Verhaltens bedarf.

Nur *in Verbindung mit einem aktiven Tun* ist der Besitz in jenen Fällen tatbestandsmäßig, in denen ein Delikt durch das Mit-sich-Führen einer Waffe, eines gefährlichen Gegenstands oder eines sonstigen Mittels qualifiziert ist[229]).

---

[226]) ZB § 177b Abs 3 StGB; § 56 Abs 2 LMG; § 19 Abs 2 Z 2 dKriegswaffenkontrollG; § 40 Abs 3 dSprengstoffG.

[227]) Vgl weiters § 328 Abs 3 Z 1 dStGB; § 51 Abs 1 Z 1, 3 u 5 iVm § 8 Z 1 u 3, § 24 Z 1 bzw § 30 Z 1 sowie § 7 Abs 1 dLMBG; Art 47 Abs 1 lit b u c schwLMG; Art 60 Abs 1 lit d u f, Art 61 Abs 1 lit e iVm Art 7 Abs 6ter schwUmweltschutzG; Art 35 Abs 1 lit a iVm Art 5 Abs 4 u Art 6 schwGentechnikG; ferner § 20 Abs 1 Z 1 dFuttermittelG, wonach die abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von tierischen Erzeugnissen zu einer konkreten Gefährdung der Gesundheit von Menschen führen muss.

[228]) Die Erlassung einschlägiger Vorschriften ist Sache der Bundesländer. Die gerichtliche Strafbarkeit kann daher je nach Bundesland verschieden ausfallen; zu Recht kritisch dazu *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 81 Rz 2, 106.

[229]) § 109 Abs 3 Z 2, § 129 Z 4, § 138 Z 3 StGB; § 38 Abs 1 lit c FinStrG; § 244 Abs 1 Z 1, § 250 Abs 1 Z 1 lit a u b dStGB; § 373 Abs 2 Z 1 u 2 dAO; Art 139 Z 3, Art 140 Z 2 schwStGB.

Zusätzlich zu einem räumlich engen Besitzverhältnis muss der Täter das qualifizierte Delikt zumindest versucht haben, diesbezüglich also aktiv tätig geworden sein[230]). Ein weiteres Beispiel für eine Kombination von Besitzen mit einem aktiven Tun bilden Art 17 Abs 1 lit e und Art 18 Abs 1 lit b schwJagdG. Nach diesen Vorschriften ist es strafbar, ohne ausreichenden Grund ein Schutz- oder Jagdgebiet mit einer Schusswaffe zu betreten. Neben dem Mit-sich-Führen der Schusswaffe ist also eine entsprechende Aktivität gefordert.

Ein *mit einem bestimmten Unterlassen kombiniertes Besitzdelikt* ist in § 326 Abs 3 dStGB geregelt. Danach ist strafbar, wer unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten radioaktive Abfälle nicht abliefert. Wie sich aus § 9a Abs 2 dAtomG ergibt, trifft die Pflicht zur Ablieferung nur den Besitzer der Abfälle. Wenn er keine Ausnahmegenehmigung hat, muss er die radioaktiven Abfälle nach Besitzerlangung in einem Zwischen- oder Endlager abgeben, sonst wird er strafrechtlich verantwortlich[231]). § 326 Abs 3 dStGB ist damit ein Beispiel für ein Delikt, das neben dem Besitz eines Gegenstands ein bestimmtes Unterlassen voraussetzt[232]).

Selbst Delikte, die auf den ersten Blick als schlichte Besitzdelikte ausgestaltet sind, können Besitz-Unterlassungs-Kombinationen enthalten. Im WaffG gibt es etwa eine Sonderregelung für die Besitzerlangung durch Fund. Der Finder einer Schusswaffe oder einer verbotenen Waffe hat den Fund „unverzüglich, spätestens aber binnen zwei Tagen, einer Sicherheitsbehörde oder Sicherheitsdienststelle anzuzeigen und ihr den Fund abzuliefern. Der Besitz der gefundenen Waffe ist innerhalb dieser Frist ohne behördliche Bewilligung erlaubt" (§ 42 Abs 2 WaffG). Wegen dieser Vorschrift macht sich der Finder nur dann wegen unerlaubten Waffenbesitzes strafbar, wenn er die rechtzeitige Anzeige und Ablieferung der Waffe unterlässt.

Nach anderen mit einem Unterlassen kombinierten Besitzdelikten hat der Besitzer nicht den Besitz an der Sache aufzugeben, sondern ist zu einem anderen Tun verpflichtet. Kommt er der Handlungspflicht rechtzeitig nach, darf er die Sache weiter besitzen, ohne dass ihm eine Strafbarkeit droht. Der Besitz ist hier nur ein die Handlungspflicht auslösendes Faktum. Eine solche Regelung findet sich wieder im WaffG: Falls zum Nachlass eines Verstorbenen genehmigungspflichtige Schusswaffen oder verbotene Waffen gehören, hat dies gem § 43 Abs 1 WaffG derjenige, in dessen Obhut sich die Waffen im Erbfall befinden, unverzüglich der Behörde anzuzeigen. Eine Pflicht zur Ablieferung der Waffen besteht nur dann, wenn die Behörde die Sicherstellung oder vorläufige Beschlagnahme veranlasst. Eine vergleichbare Anzeigepflicht ist in § 22a Abs 1 Z 6 lit b dKriegswaffenkontrollG für den Fall vorgesehen, dass die tatsächliche Gewalt über eine Kriegswaffe von Todes wegen, durch Fund

---

[230]) Vgl oben bei FN 134.

[231]) Vgl *Lackner/Kühl* StGB[25] § 326 Rz 9.

[232]) Siehe ferner § 328 Abs 2 Z 1 dStGB; Art 324 Z 3 u 4 schwStGB. Kein Besitzdelikt stellt dagegen Art 44 Abs 1 lit e schwStrahlenschutzG dar, weil die darin normierte Pflicht zur Ablieferung radioaktiver Abfälle gem Art 27 Abs 1 leg cit nur den *Verursacher* trifft.

oder in ähnlicher Weise erlangt wird. Dieser Umstand ist unverzüglich der zuständigen Überwachungsbehörde oder einer öffentlichen Sicherheitsbehörde zur Kenntnis zu bringen. Nur bei Unterlassen der Anzeige greift eine Strafbarkeit wegen des Besitzes ein. In diesen Zusammenhang gehört auch die in Art 34 Abs 1 lit h iVm Art 27 schwWaffG normierte Strafvorschrift, die das öffentliche Waffentragen kriminalisiert, wenn man die Waffentragbewilligung nicht mit sich führt.

Wieder andere den Besitzer treffende Handlungspflichten haben die Ergreifung von Sicherungsmaßnahmen zum Gegenstand: Nach Art 35 Abs 1 lit f iVm Art 2 Abs 4 schwEpidemienG ist es strafbar, beim Lagern von Erregern, die man weder im Laborversuch freisetzen noch in Verkehr bringen darf, die notwendigen Einschließungsmaßnahmen zu unterlassen. Eine ähnliche Regelung findet sich im schwGentechnikG[233]). Weniger offensichtlich ist die Kombination mit einem strafbaren Unterlassen bei Art 33 Abs 1 lit e und Art 34 Abs 1 lit e schwWaffG. Tatbestandsmäßig handelt hiernach, wer als Inhaber einer Waffenhandelsbewilligung oder als Privatperson Waffen oder Munition „nicht sicher" bzw „nicht sorgfältig aufbewahrt". Die Strafbarkeit des Waffenbesitzes ist also auf das Unterbleiben der notwendigen Sicherheitsvorkehrungen beschränkt. Das bedeutet eine wesentliche Reduktion der Strafbarkeit gegenüber dem österreichischen und dem deutschen Waffengesetz, die den unerlaubten Waffenbesitz als solchen unter Strafe stellen, unabhängig davon, wie sicher die Waffe aufbewahrt wird. Nach der schweizerischen Regelung macht sich allerdings jeder Besitzer strafbar, der die Waffe nicht sicher verwahrt, nicht nur der unbefugte Besitzer.

Um „versteckte" Unterlassungsdelikte handelt es sich auch bei den Besitztatbeständen des LMG, die in der Tathandlung „Inverkehrbringen" (§ 1 Abs 2 LMG) enthalten sind. Nach dem letzten Satz dieser Bestimmung liegt nämlich ein Inkehrverbringen nicht vor, „wenn sichergestellt ist, daß die Ware in ihrer dem Gesetz nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt". Strafbar ist der Besitz in Form des Lagerns oder Feilhaltens also nur, wenn der Täter diese Sicherstellung unterlassen hat. Damit ist der eigentliche Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit nicht der Besitz, sondern ein Unterlassen des Besitzers, zB dass er als Händler es unterlassen hat, verdorbene Ware getrennt von unbedenklicher Ware zu lagern und innerbetrieblich sicherzustellen, dass die Ware nicht verkauft wird[234]).

In den bisher genannten Fällen entsteht die Handlungspflicht erst nach der Besitzerlangung. Anders ist das bei der Strafbestimmung des Art 305ter schwStGB („Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht"), die im Rahmen der Geldwäschegesetzgebung geschaffen wurde. Die Pflicht, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, muss danach bereits *vor* Aufbewahrung der fremden Vermögenswerte erfüllt werden. Allerdings ist umstritten, ob es sich bei Art 305ter schwStGB überhaupt um die Strafbarkeit

---

[233]) Art 35 Abs 1 lit b iVm Art 5 Abs 4 schwGentechnikG.

[234]) Vgl *Barfuß* ua LMR^2 Komm zu § 1, 11. Zu den weiteren Einschränkungen der Strafbarkeit auf der subjektiven Tatseite siehe bei FN 242. – Eine entsprechende Regelung enthält auch § 2 Abs 1 Z 11 ArzneimittelG.

eines Unterlassens handelt oder ob nicht ein reines Tätigkeitsdelikt vorliegt, das durch die Vornahme einer rechtsgeschäftlichen Handlung mit einem Nicht-Identifizierten verwirklicht wird[235]).

Bei etlichen Besitzdelikten wird ein Bezug zu einer weiteren Tathandlung über den *erweiterten Vorsatz* hergestellt. Der Besitzer muss das Tatobjekt mit dem Vorsatz innehaben, er selbst oder ein Dritter werde es auf bestimmte Weise verwenden. Dass das Feilhalten schon begrifflich einen solchen Vorsatz – in Form der Verkaufsabsicht – voraussetzt, wurde bereits erörtert[236]). Ebenso erfordert das Verwahren des Tatobjekts der Geldwäscherei gem § 261 Abs 2 Z 2 dStGB den Vorsatz, damit etwas zu tun, wenn man es als das In-Gewahrsam-Nehmen oder -Halten der Sache interpretiert, „um sie für einen Dritten oder für eigene spätere Verwendung zu erhalten"[237]). Der Besitzer muss diesfalls die Absicht haben, die Sache einem Dritten auszufolgen oder sie selbst zu verwenden. Auch das Vorrätig- oder Bereithalten hat – von Ausnahmefällen abgesehen – mit einem auf ein bestimmtes Tun gerichteten Vorsatz zu erfolgen[238]). Das Bei-sich-Führen einer Waffe oder eines anderen Mittels wirkt regelmäßig nur dann qualifizierend, wenn es in der Absicht geschieht, damit den Widerstand einer Person zu überwinden oder zu verhindern[239]).

Eine Reihe von Besitzdelikten setzt gezielt den Vorsatz voraus, durch den Besitz der Sache die Begehung einer Straftat zu ermöglichen. Bei der Vorbereitung einer Geld-, Wertpapier- oder Wertzeichenfälschung (§ 239 StGB; § 149 Abs 1 iVm § 151 dStGB) hat der Besitz des Fälschungsmittels oder -werkzeugs mit dem Vorsatz zu erfolgen, sich oder einem anderen die Begehung einer solchen Fälschung zu ermöglichen[240]). Auch sonst ist die Verwirklichung des erweiterten Vorsatzes meist gesondert strafbar. Das gilt beispielsweise für das Inverkehrsetzen von Suchtgift oder psychotropen Stoffen in einer großen Menge gem § 28 Abs 2 und § 31 Abs 2 SMG. Auf diese

---

[235]) Nachweise bei *Trechsel* StGB² Art 305ter Rz 6 f.

[236]) Bei FN 102.

[237]) ZB *Lackner/Kühl* StGB²⁵ § 261 Rz 8.

[238]) Neben den in FN 110 und 112 sowie den nach FN 114 genannten Delikten gilt dies etwa auch für § 58 Abs 2 LMG; § 86a Abs 1 Z 2, § 130 Abs 2 Z 1 lit d, § 131 Abs 1 Z 4 dStGB; § 2b Abs 1 Z 6 dFuttermittelG; § 66 iVm § 65 Abs 1 Z 3 u Abs 3 Z 3 dBundesnaturschutzG; § 27 Abs 1 dVersG.

[239]) § 109 Abs 3 Z 2, § 129 Z 4 StGB; § 38 Abs 1 lit c FinStrG; § 244 Abs 1 Z 1 lit b, § 250 Abs 1 Z 1 lit b dStGB; § 373 Abs 2 Z 2 dAO; vgl Art 139 Z 3, Art 140 Z 2 schwStGB (Mit-sich-Führen einer Schusswaffe oder anderen gefährlichen Waffe „zum Zweck des Diebstahls oder Raubes", wofür bedingter Vorsatz, die Waffe gegenüber einem Menschen zu gebrauchen, genügen soll; *Trechsel* StGB² Art 139 Rz 21). Keinen erweiterten Vorsatz erfordert aber das Bei-sich-Führen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs bei Diebstahl und Raub gem § 244 Abs 1 Z 1 lit a, § 250 Abs 1 Z 1 lit a dStGB.

[240]) Vgl weiters zB § 126c, § 175, § 227, § 241c, § 241f StGB; § 310 Abs 1, § 316c Abs 4 dStGB; Art 226ter Abs 2 schwStGB. In § 149 Abs 1 und § 275 Abs 1 dStGB ist zwar das Erfordernis der Vorbereitung einer Fälschung objektiv formuliert („wer eine Fälschung ... vorbereitet, indem er ..."), es soll aber ebenfalls nur als erweiterter Vorsatz zu prüfen sein; *Lackner/Kühl* StGB²⁵ § 149 Rz 5.

Handlung muss sich nach Abs 1 der genannten Vorschriften der Vorsatz des Täters erstrecken, wenn er solche Stoffe in einer großen Menge besitzt. Auch für die Verwendung eines Falsifikats zur Täuschung[241]) existieren eigene Strafvorschriften; darüber hinaus ist an eine Strafbarkeit wegen Betrugs zu denken.

Nach § 1 Abs 2 LMG und § 2 Abs 1 WeinG muss das Inverkehrbringen „zu Erwerbszwecken oder für Zwecke der Gemeinschaftsversorgung" erfolgen[242]). Diese Begriffe werden weit ausgelegt. Eine Strafbarkeit soll nur in jenen Fällen entfallen, in denen das Herstellen, Behandeln, Lagern usw einem rein privaten Bedürfnis dient. Demnach setze ein Handeln „zu Erwerbszwecken" nicht voraus, dass der Täter die Sache gegen Entgelt abgeben will. Ausreichend sei vielmehr die Vorstellung, die Ware werde durch ihn selbst oder einen Dritten dem Verbraucher näher gebracht[243]). „Für Zwecke der Gemeinschaftsversorgung" soll die Tätigkeit erfolgen, wenn der Täter in der Absicht handelt, die Ware an andere gemeinschaftlich abzugeben, etwa in einer Werksküche oder in der Küche eines Krankenhauses[244]). Da diese subjektiven Tatbestandsmerkmale somit einen Vorsatz auf Abgabe bezeichnen, stellen sie ebenfalls eine auf ein weiteres Verhalten gerichtete überschießende Innentendenz dar.

Nach anderen Tatbeständen ist nur ein *gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger* Besitz strafbar[245]). Bloß relative Besitzverbote begründen weiters die Tathandlungen des Tragens, (Mit-sich-)Führens und Feilhaltens, weil sie – wie oben dargestellt[246]) – nur *bestimmte Modalitäten des Besitzes* erfassen.

Häufig ist die Besitzstrafbarkeit auf einen *verwaltungsrechtswidrigen* Besitz beschränkt. Typische Beispiele sind die Straftatbestände gegen den Besitz von Waffen und von Sucht- bzw Betäubungsmitteln. Der Besitz dieser Sachen ist nur dann tatbestandsmäßig, wenn er „unbefugt", „obwohl dem Besitzer der Besitz verboten wurde", „den bestehenden Vorschriften zuwider", „ohne die erforderliche Erlaubnis (zum Erwerb)" oder „ohne Berechtigung" erfolgt[247]). Die Strafbarkeit des Besitzes ist also durch einen Verstoß gegen Verwaltungsrecht bzw durch das Fehlen einer behördlichen Genehmigung bedingt. Ausnahmen vom Verbot, Suchtmittel zu besitzen, sind nach dem SMG insbesondere für wissenschaftliche Institute und Apotheken möglich (§ 6 Abs 1 Z 2, § 7 Abs 2 SMG). Der Besitz einer genehmigungspflichtigen Schusswaffe ist gem § 21 Abs 1 WaffG „verläßlichen EWR-Bürgern, die das

---

[241]) Einen darauf gerichteten Vorsatz verlangen zB § 233 Abs 1 Z 1, § 241b StGB; § 152a Abs 1 Z 2, § 276 Abs 1 Z 2 dStGB, Art 155, 244 schwStGB; siehe auch Art 62 Abs 3 schwMarkenschutzG.

[242]) Siehe auch § 91 Abs 1 iVm § 90b u § 90c Abs 1 Z 2 UrhG.

[243]) Vgl *Feil* LMG[4] § 1 Rz 3.

[244]) Vgl *Feil* LMG[4] § 1 Rz 4.

[245]) ZB § 22 iVm § 2 Z 9 lit b dForstvermehrungsgutG; § 66 Abs 1 dBundesnaturschutzG.

[246]) A.3. und 4.

[247]) § 50 Abs 1 Z 1–4 WaffG; § 27 Abs 1, § 28 Abs 1, § 30 Abs 1, § 31 Abs 1 SMG; §§ 51 f dWaffG; § 29 Abs 1 Z 3, § 29a Abs 1 Z 2 dBtMG; Art 33 Abs 1 lit a schwWaffG (Waffentragen); Art 19 Z 1 schwBtMG.

21. Lebensjahr vollendet haben und für den Besitz einer genehmigungspflichtigen Schußwaffe eine Rechtfertigung anführen können", zu erlauben.

Auch bei *Einwilligung eines Privaten* kann der Besitz eines Tatobjekts straflos sein. Ein Beispiel sind die Besitztatbestände im Bereich des Immaterialgüterrechts, die sich nur gegen einen Besitz ohne Zustimmung des Rechtsinhabers richten[248]).

Vereinzelte Besitztatbestände kommen nur *auf bestimmte Personengruppen* zur Anwendung. Das in § 62 Abs 1 Z 7 WeinG normierte Verbot, Wein aufzubewahren, „der nicht von gesunder Beschaffenheit ist", etwa trifft nur den Erzeuger oder Händler. Andere Personen haben wegen des Besitzes von solchem Wein keine strafrechtlichen Konsequenzen zu befürchten. Ein weiteres Beispiel für ein personell beschränktes Besitzverbot bildet das an Tierhalter gerichtete Verbot, ein Arzneimittel in Besitz zu haben, das nur durch den Tierarzt selbst angewendet werden darf (§ 96 Z 16 iVm § 57 Abs 1a Satz 1 dArzneimittelG). Der entsprechende Straftatbestand im TierarzneimittelkontrollG erstreckt sich hingegen auf alle Personen, die zur Herstellung oder Abgabe von Arzneimitteln nicht berechtigt sind[249]).

Manchmal ist der Besitz eines Tatobjekts *ausdrücklich für straflos erklärt*, wenn er bestimmten positiv bewerteten Zwecken dient. Solch eine Regelung findet sich zB in § 86 Abs 3 dStGB für den Besitz von Propagandamitteln zum Zweck der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Kunst, Forschung, Lehre oder Berichterstattung. Der entsprechende Straflosigkeitsgrund in § 184b Abs 5 dStGB kommt dann zum Tragen, wenn der Besitz von Kinderpornographie ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dient. In Österreich ist der Besitz von Anti-Personen-Minen straflos gestellt, wenn er zur umgehenden Delaborierung oder anderweitigen Vernichtung oder zu Ausbildungszwecken im Bundesheer, Entminungs- oder Entschärfungsdienst erfolgt[250]). Eine vergleichbare Regelung ist in § 19 Abs 6 dKriegswaffenkontrollG und in Art 7 Abs 2 schwKriegsmaterialG für ABC-Waffen vorgesehen.

Absolut verboten ist aber der Besitz von zur Massenvernichtung bestimmten und geeigneten ABC-Waffen gem § 177a StGB, von blindmachenden Laserwaffen gem § 3 iVm § 2 Abs 1 BG über das Verbot von blindmachenden Laserwaffen sowie von Kinderpornographie gem § 207a Abs 3 StGB[251]). Freilich kann der Besitz auch dieser Gegenstände im Einzelfall gerechtfertigt sein, insbesondere durch prozessuale Regelungen über die Einziehung, Beschlagnahme oder Beweisaufnahme[252]).

---

[248]) Nachweise in FN 200.

[249]) Eine gerichtliche Strafbarkeit greift allerdings nur dann ein, wenn ein Tierarzneimittel in großer Menge zur Anwendung bereitgehalten wird; für weitere Einzelheiten siehe § 11 Abs 1 Z 4 iVm § 5 Abs 1 TierarzneimittelkontrollG.

[250]) § 3 BG über das Verbot von Anti-Personen-Minen. Ähnlich Art 8 Abs 2 schwKriegsmaterialG. Vgl auch § 18a Abs 3 dKriegswaffenkontrollG.

[251]) Für den Besitz pornographischer Darstellungen Jugendlicher siehe dagegen § 207a Abs 5 StGB.

[252]) *Kienapfel/Schmoller* BT III § 207a Rz 22. Der JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3 nimmt darüber hinaus für den Besitz von Kinderpornographie zum

D. Strafbarkeit bloßer Fahrlässigkeit

In einigen Tatbeständen ist auch der fahrlässige Besitz mit Strafe bedroht. In allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen gibt es Fahrlässigkeitsdelikte für den Besitz von Waffen, Abfällen und Lebensmitteln[253]). Weitere Fahrlässigkeitsdelikte im deutschen und schweizerischen Strafrecht betreffen den Besitz einer betriebsbereiten oder stillgelegten kerntechnischen Anlage, von bestimmten Gefahrstoffen, Arzneimitteln, (Krankheits-)Erregern, gentechnisch veränderten Organismen, schädlichen Futtermitteln, Anscheinswaffen auf einem Luftfahrzeug, besonderen militärischen Gütern, streng geschützten Tieren und Pflanzen[254]). Gem Art 19 Z 3 iVm Z 1 schwBtMG ist es ferner strafbar, fahrlässig Betäubungsmittel unbefugt zu besitzen.

Soweit es sich bei den angeführten Tatbeständen um schlichte Besitzdelikte handelt, gibt es zwei Möglichkeiten der fahrlässigen Begehung:

Erstens kann dem Besitzer der Vorsatz darauf fehlen, dass sich die Sache in seinem Gewahrsam befindet. Dafür sind verschiedene Gründe vorstellbar. Die Sache kann zB ohne sein Wissen in seiner Wohnung versteckt worden sein oder er denkt beim Wegfahren mit dem Auto nicht daran, dass er vergessen hat, die Sportwaffe nach Rückkehr vom Schießstand aus dem Auto zu räumen[255]). Fahrlässigkeit fällt dem Besitzer dann zur Last, wenn er bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können, dass sich der Tatgegenstand in seinem Besitz bzw noch in seinem Auto befindet.

Ein bloß fahrlässiges Besitzen löst allerdings keine Strafbarkeit aus, wenn die Vorsatzvariante des Tatbestands einen erweiterten Vorsatz voraussetzt. Indem auch die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt wird, wird nämlich kein reines Fahrlässigkeitsdelikt geschaffen. Das lässt sich gut am Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe aufzeigen: Nach § 95 Abs 1 Z 1 dArzneimittelG macht sich strafbar, wer bedenkliche Arzneimittel, bei denen ein begründeter Verdacht auf schädliche Wirkungen besteht, in den Verkehr bringt. Darunter fällt gem § 4 Abs 17 dArzneimittelG auch das Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe. Für fahrlässiges Handeln

---

Zweck der Forschung oder journalistischen Berichterstattung einen Rechtfertigungsgrund an; so auch *Bertel/Schwaighofer* BT II[6] § 207a Rz 13; *Hinterhofer* BT II[3] 97.

[253]) § 50 Abs 1 Z 1–4 WaffG; § 5 BG Verbot von Anti-Personen-Minen; § 3 BG Verbot von blindmachenden Laserwaffen; § 181c StGB; §§ 57, 59, 62, 64 LMG; § 49 Abs 2 FleischuntersuchungsG; § 62 Abs 3 WeinG; § 51 Abs 4, § 52 Abs 4 dWaffG; § 19 Abs 4, § 20 Abs 3, § 20a Abs 4, § 22a Abs 4 dKriegswaffenkontrollG; § 17 Abs 3 dAusführungsG zum Chemiewaffenübereinkommen; § 60 Abs 2 dLuftverkehrsG; § 326 Abs 5 dStGB; § 51 Abs 4 dLMBG; § 48 Abs 2 dWeinG; Art 33 Abs 2 schwWaffG; Art 34 Abs 3, Art 35 Abs 3 schwKriegsmaterialG; Art 17 Abs 2, Art 18 Abs 3 schwJagdG; Art 60 Abs 2, Art 61 Abs 2 schwUmweltschutzG; Art 88 Abs 3, Art 89 Abs 3 schwKernenergieG; Art 47 Abs 3, Art 48 Abs 1 lit g schwLMG.

[254]) § 327 Abs 3, § 328 Abs 5 dStGB; § 40 Abs 4 dSprengstoffG; § 95 Abs 4 dArzneimittelG; § 20 Abs 4 dFuttermittelG; § 75 Abs 4 dInfektionsschutzG; § 60 Abs 2 dLuftverkehrsG; § 66 Abs 4 dBundesnaturschutzG; Art 49 Abs 5, Art 50 Abs 2 schwChemikalienG; Art 35 Abs 3 schwGentechnikG; Art 236 schwStGB; Art 14 Abs 3 schwGüterkontrollG. Vgl auch Art 35 Abs 1 lit f schwEpidemienG.

[255]) Vgl Art 28 Abs 1 lit a iVm Art 33 Abs 1 lit a schwWaffG.

ist in § 95 Abs 4 des Gesetzes eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe angedroht. Ein fahrlässiges „Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe" erfordert aber ebenfalls die Absicht, die Sache zu verkaufen oder abzugeben. Denn wer es nur fahrlässig geschehen lässt, dass das Arzneimittel in den Verkauf gelangt, besitzt es nicht zum Zweck des Verkaufs[256]). Eine Verkaufsabsicht kann wiederum nur ein Besitzer aufweisen, der es zumindest ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, die Sache zu besitzen.

Für diese Delikte kommt daher nur die zweite Möglichkeit einer fahrlässigen Begehung eines Besitzdelikts in Betracht: Der Besitzer weiß um den Besitz des konkreten Gegenstands, er unterliegt aber einem Tatbildirrtum, weil er über eine das Besitzverbot begründende Eigenschaft der Sache irrt. Ein Apotheker erkennt zB sorgfaltswidrig nicht, dass beim vorrätig gehaltenen Arzneimittel begründeter Verdacht auf schädliche Wirkungen besteht[257]).

Ein weiteres Beispiel für ein Besitzdelikt, für das in Bezug auf das Tatobjekt Fahrlässigkeit ausreicht, bildet die Geldwäsche gem § 261 Abs 5 dStGB. Dieser Straftatbestand kann auch von jemandem verwirklicht werden, der *leichtfertig* die deliktische Herkunft des Vermögensgegenstands nicht erkennt. Es genügt insoweit grobe Fahrlässigkeit, während die übrigen Tatbestandsmerkmale vom Vorsatz umfasst sein müssen[258]).

E. Möglichkeit einer strafbefreienden tätigen Reue

In Österreich und Deutschland ist für manche Besitzdelikte die Möglichkeit vorgesehen, durch tätige Reue Straffreiheit zu erlangen. Das schweizerische Strafrecht kennt diesen Strafaufhebungsgrund nicht. Bis auf wenige Ausnahmen[259]) sind die Regelungen zur tätigen Reue auf die Besitzdelikte des Strafgesetzbuches beschränkt. Bei Normierung der Besitzdelikte im Nebenstrafrecht scheint man an die Möglichkeit einer derartigen Regelung nicht gedacht zu haben. Während die Erfüllung der Voraussetzungen der tätigen Reue in Österreich zwingend zur Strafaufhebung führt, liegt es nach den deutschen Regelungen oft im Ermessen des Gerichts, von einer Bestrafung abzusehen[260]).

---

[256]) Unentschieden BGHSt 23, 286 (292 f). Allgemein dazu, dass trotz einer Strafandrohung auch für fahrlässiges Handeln für einzelne Tatbestandsmerkmale Vorsatz nötig sein kann, RGSt 48, 321.

[257]) Beispiel bei *Horn* NJW 1977, 2331 FN 27; vgl auch *Eckstein* Besitz 118. Zur noch weiter eingeschränkten Möglichkeit einer fahrlässigen Begehung des § 30a Abs 4 BundesnaturschutzG *Pfohl* wistra 1999, 164 f.

[258]) Die in den Art 179bis ff, Art 226 Abs 2 schwStGB gebrauchte Wendung, dass der Täter „weiss oder annehmen muss", dass die Aufnahme durch eine strafbare Handlung hergestellt wurde bzw dass die Stoffe zu verbrecherischem Gebrauch bestimmt sind, soll dagegen entweder nur die Strafbarkeit eventualvorsätzlichen Verhaltens sicherstellen oder eine Beweisregel für das Vorliegen von dolus eventualis enthalten; zB *Vest* Vorsatznachweis 147 f; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 12 Rz 36, § 20 Rz 19.

[259]) § 50 Abs 3 WaffG; § 3c VerbotsG.

[260]) ZB § 87 Abs 3, § 330b dStGB.

Um in den Genuss von tätiger Reue zu kommen, muss der Besitzer jeweils freiwillig und rechtzeitig – nach den österreichischen Reuevorschriften meist bevor eine Strafverfolgungsbehörde von seinem Verschulden erfahren hat – in bestimmter Weise tätig werden. Welche Aktivität zu entfalten ist, hängt von der Art des inkriminierten Gegenstands ab. Wo die Gefahr besteht, dass dieser zu deliktischen Zwecken verwendet wird, ist die Beseitigung dieser Gefahr vorausgesetzt. Der Täter hat den Gegenstand zu vernichten oder dauerhaft unbrauchbar zu machen, bei der Behörde abzuliefern oder sein Vorhandensein der Behörde anzuzeigen, damit diese des Gegenstands habhaft werden kann[261]). Einige Reue-Vorschriften sind auch für eine Gefahrenbeseitigung auf sonstige Weise offen[262]).

Bei anderen Tatgegenständen ist eine tätige Reue *ausschließlich* durch die Veranlassung einer behördlichen Sicherstellung möglich. Wer sich wegen Geldwäscherei strafbar gemacht hat, muss durch Mitteilung an die Behörde oder auf andere Weise die Sicherstellung der Vermögenswerte bewirken[263]). Andere Formen der Besitzaufgabe befreien nicht von Strafe, weil alleine bei behördlicher Sicherstellung die Einziehung der Vermögenswerte gewährleistet ist. Auch die Strafbarkeit wegen unbefugten Waffenbesitzes wird gem § 50 Abs 3 WaffG nur durch die Ablieferung der Waffe bei der Behörde aufgehoben. Allerdings leuchtet nicht ein, weshalb nicht auch durch dauerhaftes Unbrauchbarmachen der Waffe tätige Reue geübt werden kann, wie das nach § 280 Abs 2 StGB bei Besitz von Waffen, Munition oder anderen Kampfmitteln möglich ist. Durch ein dauerhaftes Unbrauchbarmachen oder Vernichten der Waffe würde doch die Gefahr eines kriminellen Gebrauchs noch zuverlässiger beseitigt als bei Ausfolgung der Waffe an die Behörde.

Nach den bisher erwähnten Vorschriften kann der Täter die Anforderungen der tätigen Reue alleine dadurch erfüllen, dass er den Besitz am Tatobjekt aufgibt oder das Tatobjekt auf Dauer unbrauchbar macht. Für die tätige Reue wegen eines Diebstahls mit Waffen gem § 129 Z 4 StGB oder wegen eines schweren Eingriffs in fremdes Jagd- oder Fischereirecht gem § 138 Z 3 StGB ist das nicht notwendig. Der Täter kann die Waffe oder das andere Mittel weiterhin in Besitz haben und dennoch Straffreiheit erlangen. Voraussetzung ist, dass er den gesamten aus der Tat entstandenen Vermögensschaden gutmacht (§ 167 StGB). Unbeschadet bleibt eine allfällige Strafbarkeit nach dem WaffG. Auch bei der tätigen Reue nach § 3c VerbotsG können die Tatobjekte – es handelt sich um Kampfmittel, Verkehrsmittel oder Einrichtungen zur Nachrichtenübermittlung – im Besitz des Täters verbleiben. Die Strafbarkeit erlischt bereits dann, wenn der Täter „alles, was ihm von der Organisation oder Verbindung und ihren Plänen bekannt ist, zu einer Zeit, da es noch geheim war und ein Schaden verhütet werden konnte, der Behörde entdeckt".

---

[261]) § 175 Abs 2, § 227 Abs 2, § 240, § 241d, § 280 Abs 2 StGB; § 149 Abs 2, auch iVm § 152a Abs 5 u § 275 Abs 3, § 263a Abs 4 dStGB.

[262]) § 175 Abs 2, § 227 Abs 2, § 241d StGB; vgl § 87 Abs 3 dStGB, wonach der Täter das Verwahren von Sabotagemitteln freiwillig aufgeben und sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbaren muss, dass die ihm bekannten Sabotagehandlungen noch verhindert werden können.

[263]) § 165a StGB; § 261 Abs 9 dStGB.

Nach einigen Reue-Regelungen im dStGB kann der Besitzer schon dadurch Straflosigkeit erlangen, dass er sein deliktisches Vorhaben aufgibt. Das gilt für den Besitz von radioaktiven Stoffen oder Sprengstoffen zur Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens gem § 310 dStGB, für den Besitz gewisser Gegenstände zur Herbeiführung einer Explosion oder eines Brandes, um einen Angriff auf den Luft- oder Seeverkehr vorzubereiten (§ 316c Abs 4 dStGB), und für das Feilhalten von Gegenständen, die mit gesundheitsschädlichen Stoffen vermischt und zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt sind (§ 314 Abs 1 dStGB). Der Täter darf diese Gegenstände weiterhin besitzen, er braucht sie weder abzuliefern oder zu vernichten noch sonst tätig zu werden[264]). Bereits die bloße Aufgabe der Absicht, dass der Gegenstand zu den genannten Zwecken benutzt wird, wirkt strafbefreiend[265]). Um *tätige* Reue im eigentlichen Sinn handelt es sich dabei aber nicht mehr, denn diese setzt ein aktives Tätigwerden des Delinquenten voraus[266]).

Reuefähig sind schließlich auch die Besitzdelikte im Bereich der Straftaten gegen die Umwelt, solange es nicht zu einer Schädigung eines Menschen oder des Tier- oder Pflanzenbestands bzw zu einem „erheblichen Schaden" gekommen ist. Voraussetzung für die Strafaufhebung ist die Beseitigung der herbeigeführten Gefahren oder des verursachten Zustands[267]).

F. Resümee

Die Anzahl der Besitzdelikte ist in allen drei hier untersuchten Rechtsordnungen beträchtlich. Zusätzlich zu zahlreichen Vorschriften in den Strafgesetzbüchern sind Besitztatbestände in bis zu 26 Nebengesetzen (Deutschland) zu finden[268]).

Dabei erweisen sich die Besitzdelikte als eine äußerst vielgestaltige Deliktsgruppe. Bereits die verwendeten Tathandlungen können unterschiedliche Akzentuierungen zum Ausdruck bringen. Einige Tathandlungen erfassen nur bestimmte Modalitäten des Besitzens, wie das Feilhalten einen Besitz mit nach außen hin erkennbarer Verkaufsabsicht. Manchen Tathandlungen wird ein tatbestandsspezifischer Bedeutungsgehalt beigelegt, etwa dem „Lagern" einer Sache: Das Lagern von harter Pornographie gem Art 197 Z 3 schwStGB soll beispielsweise einen Besitz bezeichnen, der nicht nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt ist. Das Lagern von Abfall gem § 181b StGB, § 326 Abs 1 dStGB wird dagegen als Zwischenlagern vor der endgültigen Beseitigung oder Wiederverwertung des Abfalls interpretiert.

---

[264]) Vgl *S/S-Cramer/Heine* StGB[26] § 314a Rz 4.

[265]) § 314a Abs 2 Z 1 u Abs 3 Z 2, § 320 Abs 3 Z 2 dStGB. Siehe auch *Blöcker* Reue 83.

[266]) Vgl *Blöcker* Reue 82 ff.

[267]) § 183b StGB; § 330b dStGB.

[268]) In den Überblick einbezogen wurden 20 Paragraphen des StGB, 27 Paragraphen des dStGB und 16 Artikel des schwStGB. Ferner wurden 22 österreichische, 26 deutsche und 18 schweizerische strafrechtliche Nebengesetze ausgewertet.

Entsprechend der Ausgangsdefinition[269]) besteht der gemeinsame Kern der Besitzdelikte darin, dass für ihre Auslegung auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff zurückgegriffen wird und alle Tathandlungen ihrem Wortlaut nach bereits mit dem Vorliegen (bestimmt gearteten) eigenen Gewahrsams an einer körperlichen Sache verwirklicht sein könnten.

Auch die Tatgegenstände der Besitzverbote sind überaus vielfältig. Sie lassen sich nach den Rechtsgütern unterteilen, für die sie gefährlich erscheinen. Der Besitz der meisten Tatobjekte wurde unter Strafe gestellt, weil er sich als für Leib oder Leben gefährlich erweist. Das gilt zB für den Besitz von Waffen, gefährlichen Abfällen, radioaktiven Stoffen, Krankheitserregern, Suchtmitteln, gesundheitsschädlichen Lebensmitteln, bedenklichen Arzneimitteln und von Gewaltdarstellungen. Bei den Besitzverboten betreffend Pornographie, jugendgefährdenden Trägermedien und Kinderpornographie steht der Schutz der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen im Vordergrund. Weitere Tatobjekte der Besitzdelikte erscheinen als gefährlich für die Privatsphäre, für fremdes Vermögen, für den Rechtsstaat oder den Rechtsverkehr, ohne dass die mit Besitzdelikten verfolgten Anliegen damit erschöpfend aufgezählt sind. Bemerkenswert ist, dass die Besitzdelikte nicht etwa auf den Schutz von essentiellen Rechtsgütern beschränkt sind, sondern auch dem Schutz von weniger bedeutenden Rechtsgütern, wie dem Vermögen, dienen.

Zur Rückführung des Besitzes auf das geschützte Rechtsgut sind im Wesentlichen drei Begründungswege festzustellen:

1. Viele Tatobjekte werden erst im Fall ihrer *Verwendung* für das Schutzgut gefährlich. Das gilt etwa für Waffen, für bedenkliche Arzneimittel oder für falsche amtliche Ausweise.

2. Andere Tatobjekte, wie gefährliche Abfälle, Krankheitserreger, radioaktive Stoffe oder Sprengstoffe, sind bereits aufgrund ihrer *bloßen Existenz* gefährlich. Allerdings lässt sich ihr Gefahrenpotential durch Sicherungsmaßnahmen auf ein sozial erträgliches Maß reduzieren. Neben der teilweise gegebenen Missbrauchsgefahr kann ihr Besitz auch wegen des Risikos als strafwürdig angesehen werden, dass der Besitzer die gebotene Sicherung unterlässt.

3. In jüngerer Zeit wurden etliche Besitzdelikte geschaffen, die einer zu unerwünschtem Verhalten *anreizenden Wirkung* des Tatobjekts vorbeugen sollen. Wichtigste Beispiele sind der strafbare Besitz von Kinderpornographie und der in Deutschland und der Schweiz mit Strafe bedrohte Besitz von Gewaltdarstellungen. Vom Besitz dieser Gegenstände soll die Gefahr ausgehen, dass das Gezeigte zu Gewalttätigkeiten stimuliert oder – so die Argumentation bei Kinderpornographie – der Besitz zur Nachfrage weiterer solcher Gegenstände anreizt, was zur Herstellung von neuer Kinderpornographie führen kann.

Stets muss dem Besitzer ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zur Last fallen, damit sich die Gefahr für das Rechtsgut realisiert: Er muss die Sache zu kriminellen Zwecken gebrauchen, die gebotenen Sicherungsmaßnahmen

[269]) Oben S 6.

unterlassen, das Gezeigte nachahmen oder weitere Sachen dieser Art nachfragen. Die Vornahme oder das Unterlassen des weiteren Verhaltens ist aber nicht mehr Tatbestandsmerkmal der Besitzdelikte. Die Besitzstrafbarkeit greift vielmehr schon vorher ein, um einen umfassenden Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Besonders bedenklich erscheint die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch jene Besitzdelikte, die den „eigentlichen" Besitzdelikten vorgeschaltet sind. Sie pönalisieren bereits den Besitz von Gegenständen, mit denen Sachen hergestellt werden können, die ihrerseits nicht besessen werden dürfen[270]).

[270]) § 175 StGB; § 58 Abs 1 Z 1 LMG; § 32 Abs 1 SMG; §§ 149, 275, 276a dStGB; § 96 Z 16 u 18 dArzneimittelG; § 20 dFuttermittelG; Art 226 schwStGB.

III. Besitz als Tathandlung

A. Allgemeines

In der Strafrechtswissenschaft besteht seit langem Einigkeit darüber, dass nur ein menschliches Verhalten für strafbar erklärt werden darf[271]). Die gesamte Strafrechtsdogmatik baut auf einem Verhalten des Delinquenten auf, was bereits in den zentralen strafrechtlichen Begriffen der Straf*tat,* des *Täters* und des *Tat*bestands zum Ausdruck kommt. Auch im ersten Abschnitt zum Allgemeinen Teil des StGB findet sich kaum eine Vorschrift, die sich nicht auf ein Verhalten bezieht. Besonders deutlich ist die Verhaltensbezogenheit in § 1 Abs 1 StGB ausgeprägt, wo es heißt: „Eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme darf nur wegen einer *Tat* verhängt werden, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt ...", und in § 4 StGB, wonach strafbar nur ist, „wer schuldhaft *handelt*"[272]).

Verhalten kann man sich auf zweierlei Weise: indem man etwas tut oder indem man etwas zu tun unterlässt. Eine weitere Verhaltensmöglichkeit gibt es nicht. Die Zweiteilung der Delikte in Begehungs- und Unterlassungsdelikte ist daher abschließend. Kann dem Täter weder ein aktives Tun noch ein Nicht-Tun zum Vorwurf gemacht werden, fehlt es an einem vorwerfbaren Verhalten insgesamt[273]).

Jeder strafrechtliche Tatbestand muss sich deshalb nach traditioneller Ansicht einer der beiden Kategorien – Begehungs- oder Unterlassungsdelikt – zuordnen lassen. Überschneidungen sind möglich. Während in manchen Tatbeständen ausschließlich ein Tun oder Unterlassen unter Strafe gestellt wird, sind andere Tathandlungen ihrem Wortlaut nach doppeldeutig[274]). Sie erfassen bereits begrifflich beide Verhaltensweisen, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 2 StGB bedarf, der die Strafbarkeit auf ein Unterlassen ausdehnt. Ein Beispiel ist das „gröbliche Vernachlässigen" der Sorgepflicht gem § 199 StGB. Um eine solche Vernachlässigung handelt es sich sowohl dann, wenn der Sorgepflichtige selbst dem Minderjährigen Alkohol verabreicht, als auch, wenn er gegen den Alkoholkonsum des Minderjährigen nicht einschreitet[275]).

Der Besitz einer körperlichen Sache ist an sich kein Verhalten. Wörtlich genommen bedeutet eine Sache zu besitzen, die Sache zu haben. „Besitzen"

---

[271]) ZB *Armin Kaufmann* Normentheorie 102 ff; *v Liszt/Schmidt* Lehrbuch[26] 154, 175; für die heute hM siehe *Fuchs* AT I[6] 6/7 ff; *Triffterer* AT[2] 7/3; *Freund* AT § 2 Rz 39; *Hirsch* FS Lüderssen 253 ff; *Jescheck/Weigend* AT[5] 8; *Kühl* AT[4] § 2 Rz 2; *Rehberg* Strafrecht I[6] 1, 44 ff; *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht AT I[2] § 3 Rz 14 f.

[272]) Zu entsprechenden Regelungen im dStGB siehe *Struensee* FS Grünwald 714.

[273]) Siehe dazu zB *Struensee* FS Grünwald 715.

[274]) Vgl *Schöne* Erfolgsabwendungen 176.

[275]) *Kienapfel/Schmoller* BT III § 199 Rz 7 f.

drückt eine Beziehung zwischen einem Subjekt und einem Gegenstand, eine „Zuteilungsrelation" aus[276]), die unabhängig von einem Tun oder Unterlassen des Besitzers ist. In anderen Rechtsgebieten, die ebenfalls einen Besitz kennen, wie im Zivil- oder Verwaltungsrecht, beschränkt sich der Besitzbegriff tatsächlich auf eine Sachbeziehung[277]). Die Begriffsbildung im Strafrecht ist jedoch grundsätzlich eigenständig. Wo die Übernahme des Begriffsinhalts aus einem anderen Rechtsgebiet mit strafrechtlichen Prinzipien kollidieren würde, hat eine eigenständige Begriffsbildung den Vorrang vor einer Harmonisierung der Rechtsordnung. Es ist deshalb durchaus möglich, dass dem Besitz als Tathandlung eines gerichtlichen Straftatbestands ein engerer Bedeutungsgehalt zukommt als in anderen Rechtsgebieten und er nicht mit einer Sachbeziehung gleichzusetzen ist.

Für die Rückführung des Besitzes auf ein Verhalten werden gegenwärtig drei, teils sich überschneidende Lösungswege vorgeschlagen. Ein Vorschlag sieht in den Besitzdelikten *reine Unterlassungsdelikte* und deutet „Besitzen" als ein Unterlassen, sich der Sache ordnungsgemäß zu entledigen. Mit dem Besitz von Kinderpornographie wird dem Sachinhaber danach zum Vorwurf gemacht, die Gegenstände nicht vernichtet oder bei einer Behörde abgeliefert zu haben, mit der Innehabung einer kerntechnischen Anlage, sich ihrer nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entledigt zu haben[278]).

Die Auslegung von „Besitzen" als reines Unterlassen geht anderen Autoren nicht weit genug. Sie wollen zumindest in den Tatbestand des Waffenbesitzes auch die *aktive Benutzung* der Schusswaffe einbeziehen[279]). Eine wichtige Rolle bei der Argumentation spielt der Schutzzweck des Waffenbesitzdelikts, die Verwendung der Waffe zu Rechtsgutsverletzungen zu verhindern: Das geschützte Rechtsgut werde durch die tatsächliche Benutzung einer Waffe in weit höherem Ausmaß tangiert als durch die bloße Nichtbeendigung des Waffenbesitzes, also müsse auch der Waffengebrauch vom Besitzen erfasst sein[280]).

Auch die in Deutschland hM führt den strafbaren Besitz nicht nur auf passives, sondern auch auf aktives Verhalten zurück. Wenngleich der Besitz dem vermögensstrafrechtlichen Gewahrsamsbegriff entspreche, werde nicht

---

[276]) *Armin Kaufmann* Normentheorie 265.

[277]) Vgl *Joost* MK-BGB[4] § 854 Rz 3: „von einem natürlichen Besitzwillen getragene tatsächliche Machtbeziehung einer Person zu einer Sache"; *Fritzsche* in *Bamberger/Roth* BGB § 854 Rz 14; zum Besitz im öffentlichen Recht in Deutschland *Lepsius* Besitz 224; weitere Nachweise bei *Eckstein* Besitzdelikte 89 ff.

[278]) *Horn* SK[6] § 327 Rz 4; *Horn/Wolters* SK[8] § 184b Rz 13. Abw aber *Horn* NJW 1977, 2331 FN 25 (Vorrätighalten als Ursächlichwerden für den Besitz eines entsprechenden Gegenstands oder als Unterlassen, sich des Sachbesitzes zu entledigen) sowie *ders* SK[7] § 310 Rz 5 („Das Verwahren [Innehaben des Gewahrsams] ist keine Handlung; vielmehr gilt ein entsprechender Befund als unwiderleglicher Beweis dafür, daß der Verwahrer den betreffenden Gegenstand sich zuvor verschafft hat.").

[279]) *Cording* Strafklageverbrauch 105; *Grünwald* StV 1986, 245; *Mitsch* NStZ 1987, 457 f; *ders* MDR 1988, 1007 f; *Puppe* JR 1986, 206; vgl auch OGH NRsp 1993/199; OLG Hamm StV 1986, 241.

[280]) *Mitsch* MDR 1988, 1007 f.

der Zustand des Gewahrsams als solcher unter Strafe gestellt, sondern ein „kausales Verhalten, nämlich die *Herbeiführung oder Aufrechterhaltung dieses Zustandes*“[281]). Nach dieser Ansicht stellt also bereits die Begründung von Gewahrsam ein Besitzen dar. Das Besitzen kann danach aber auch durch das Aufrechterhalten von Gewahrsam in Form eines bloßen Unterlassens erfolgen. Wenn allerdings bisweilen formuliert wird, im Innehaben der Sache selbst liege ein Aufrechterhalten des Gewahrsams[282]), wird der Besitz doch wieder mit dem Gewahrsam gleichgesetzt. Um ein Verhalten zu bezeichnen, ist zumindest ein Unterlassen des Gewahrsamsinhabers zu fordern.

Nach der Gegenposition lässt sich „Besitzen“ in keiner Weise als Verhalten begreifen. *Lagodny* begründet dies mit systematischen Überlegungen und mit Beweisschwierigkeiten: Die Besitzverschaffung sei dem Besitzen nicht subsumierbar, weil sie durch eine eigene Tathandlung erfasst werde. Würde man im Besitzen ein unechtes Unterlassungsdelikt sehen, müsste dem Besitzer eine Garantenstellung und damit die Besitzbegründung nachgewiesen werden – ein Nachweis, den der Gesetzgeber gerade vermeiden wollte. Als echtes Unterlassungsdelikt wäre der Besitz erst dann strafbar, wenn der Besitzer die Möglichkeit hatte, sich der Sache zu entledigen. Es müsste also sichergestellt werden, dass der Besitz nicht erst unmittelbar vor dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane entstanden ist. Dann aber verlören die Besitzdelikte ihre Auffangfunktion gegenüber der Tathandlung der Besitzverschaffung, die vom Gesetzgeber intendierte Beweiserleichterung würde verfehlt. Als „*bloße Sachbeziehungsdelikte*“ seien die Besitzdelikte – mit Ausnahme jener Delikte, die eine bestimmte Zweckrichtung des Besitzes erfordern und auf diese Weise wenigstens einen Bezug zu einer anderen Verhaltensvorschrift herstellen – verfassungswidrig[283]). Auch *Struensee* sieht in den Besitzdelikten einen „legislatorischen Fehltritt“. Er hält die Auslegung von „Besitzen“ als Verhalten bereits begrifflich für unmöglich, weil dieses ausschließlich eine Beziehung zwischen einer Sache und einer Person bezeichne[284]).

Eckstein ist ebenfalls der Ansicht, dass die Auffangfunktion der Besitzdelikte nur durch eine Interpretation gewahrt wird, welche die Strafbarkeit wegen Besitzes nicht von einem Verhalten abhängig macht. Er zieht daraus aber nicht den Schluss, dass die Besitzdelikte unzulässig seien, sondern versucht im Gegenteil gerade eine verhaltensunabhängige Zustandshaftung zu etablieren. Zunächst weist er nach, dass „Besitzen“ in weitem Umfang als ein

---

[281]) BT-Drucks 6/1877, 9; im Anschluss daran zB auch BGHSt 27, 380; OLG Frankfurt StV 1989, 20; KG Berlin StV 1985, 18; *E/K-Pelchen* BtMG § 29 Rz 20; *Franke/Wienroeder* BtMG[2] § 29 Rz 135; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1069; *Laufhütte* LK[11] § 184 Rz 48; *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 65; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 184b Rz 22; *Weber* BtMG[2] § 29 Rz 831; vgl auch BVerfG NJW 1995, 248; NJW 1994, 2412. IdS bereits *Grüninger* Besitz 76 f. Für die Schweiz BGE 119 IV 266; *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 63; *A. Schütz* Strafbestimmungen 123.

[282]) ZB BGHSt 27, 380; *E/K-Pelchen* BtMG § 29 Rz 20; *Franke/Wienroeder* BtMG[2] § 29 Rz 135.

[283]) *Lagodny* Strafrecht 325 ff.

[284]) FS Grünwald 713 ff, insb 717 ff.

Verhalten bestimmt werden kann, nämlich als Herbeiführung und Aufrechterhaltung von tatsächlicher Sachherrschaft[285]). Es verblieben jedoch einzelne Konstellationen, in denen jemand Besitz an einer Sache hat, ohne dass ihm ein Verhalten vorgeworfen werden kann, die „bei unbefangener Anwendung des Gesetzes als Besitz strafbar wären" und deren Ausklammerung dem Anliegen des Gesetzgebers widerspräche, mit Hilfe der Besitzdelikte die Strafverfolgung zu erleichtern[286]). *Eckstein* plädiert deshalb für die Aufgabe der Prämisse, dass gerichtliche Strafbarkeit ein menschliches Verhalten voraussetzt. Neben den Begehungs- und Unterlassungsdelikten seien die „*Zustandsdelikte*" als dritte Kategorie anzuerkennen, deren Strafdrohung sich auf einen Zustand als solchen erstreckt[287]). Die Zustandshaftung solle dabei die Verhaltenshaftung lediglich erweitern und nicht vollständig ersetzen: „Zustandsdelikte sind Begehungs- und echte Unterlassungsdelikte plus x"[288]).

Von den genannten Lösungsvorschlägen hat die Deutung als Herbeiführung oder Aufrechterhaltung von Gewahrsam den Vorzug, aktive und passive Verhaltensweisen in einem dogmatischen Modell zu integrieren, ohne den Boden der Verhaltensverantwortlichkeit zu verlassen. Die anderen Lösungsvorschläge bauen entweder überhaupt auf diesem Modell auf oder sprechen Teilaspekte davon an. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass auf den anerkannten Typus des Erfolgs-Dauerdelikts Bezug genommen werden kann, wie es die Freiheitsentziehung darstellt. Die Eignung dieser Interpretation soll daher hier als erstes untersucht und mit den weiteren Lösungsvorschlägen – Auslegung als reines Unterlassungsdelikt, Einbeziehung der Benutzung der Sache – verglichen werden. Erst nachdem sich gezeigt hat, ob eine Rückführung des Besitzes auf ein Verhalten möglich ist, soll zu dem Vorschlag von *Eckstein* Stellung genommen werden, die Besitzdelikte daneben auch als „Zustandsdelikte" im Sinne einer Haftung für einen bloßen Zustand zu begreifen.

Wegen der Vielzahl und der Verschiedenartigkeit der Besitzdelikte ist es dabei nicht möglich, zu jedem einzelnen Besitzdelikt Stellung zu nehmen. Es kann durchaus sein, dass für ein Besitzdelikt eine andere Auslegung geboten ist, als sie hier vorgeschlagen wird. Insbesondere ist es möglich, den zu verhindernden Besitzzustand im Einzelfall abweichend zu bestimmen[289]). In diesem Sinne sind die weiteren Ausführungen nur als Auslegungsrichtlinie zu verstehen, die sich auf viele Besitzdelikte übertragen lassen, für einzelne Besitzdelikte aber vielleicht einer Modifizierung bedürfen.

---

[285]) Besitz 141 ff.

[286]) Besitz 220, 226, 186 f.

[287]) Besitz 226 ff.

[288]) Besitz 170. Weitgehend zustimmend *Lampe* ZStW 2001, 892 ff, der für diese Fälle an die Stelle der – für die Verhaltensdelikte maßgeblichen – „personalen Steuerungsfähigkeit" das Zurechnungskriterium der „personalen Beherrschbarkeit" des Zustands setzen will. Worin dieses Zurechnungskriterium genau bestehen soll, bleibt freilich unklar. Skeptisch gegenüber einer Zustandshaftung dagegen *Deiters* GA 2004, 58 ff.

[289]) Vgl unten bei FN 322.

B. Das Erfolgs-Dauerdelikt als dogmatisches Vorbild

Die Deutung des strafbaren Besitzes als Herbeiführung oder Aufrechterhaltung von Gewahrsam knüpft an die dogmatische Kategorie des Erfolgs-Dauerdelikts an. Um beurteilen zu können, ob es sich dabei um eine für die Besitzdelikte geeignete Kategorie handelt, bedarf es zunächst einer allgemeinen Klärung der Voraussetzungen eines Dauerdelikts.

1. Begriff und Struktur des Dauerdelikts

Als Dauerdelikt bezeichnet man einen Straftatbestand, der nach seiner erstmaligen Vollendung durch ein anschließendes, ebenfalls noch tatbestandsmäßiges Verhalten des Täters in der Vollendung fortgeführt werden kann. Der Täter verwirklicht durch sein Verhalten den Tatbestand gleichsam immer wieder von neuem. Über die Figur des Dauerdelikts werden die mehrfachen Tatbestandsverwirklichungen zu einer einzigen Tatbestandsverwirklichung zusammengefasst. Typisches Beispiel eines Dauerdelikts ist die Freiheitsentziehung. Ihr Tatbestand erfasst nicht nur den erstmaligen Entzug der Fortbewegungsfreiheit des Opfers, sondern auch die Aufrechterhaltung dieses Deliktserfolgs durch ein weiteres Verhalten, das für das Andauern des Freiheitsentzugs kausal wird[290]).

Durch welche Verhaltensweise ein Dauerdelikt fortlaufend verwirklicht werden kann, ob durch ein Tun oder Unterlassen, richtet sich nach dem jeweiligen Tatbestand. Eine Freiheitsentziehung wird üblicherweise durch aktives Tun herbeigeführt, zB durch Einsperren des Opfers in einem Raum, und durch das Unterlassen, das Opfer zu befreien, aufrechterhalten. Das Delikt setzt sich in diesem Fall aus einem Begehungs- und einem Unterlassungsteil zusammen. Andere Dauerdelikte werden meist ausschließlich durch aktives Tun begangen, wie § 136 StGB durch Losfahren und anschließendes Ingebrauchhalten des Fahrzeugs[291]). Eine andauernde Deliktsverwirklichung durch aktives Tun ist freilich auch bei der Freiheitsentziehung möglich, beispielsweise wenn das Opfer eine halbe Stunde lang an den Armen festgehalten wird. Ein reines Unterlassungs-Dauerdelikt stellt die Verletzung der Unterhaltspflicht gem § 198 StGB dar. Der Unterhaltspflichtige verwirklicht den Tatbestand solange, als er keine Unterhaltungsleistungen erbringt und dadurch die Gefahr für Unterhalt oder Erziehung des Unterhaltsberechtigten aufrechterhält[292]). Auch eine Freiheitsentziehung kann als reines Unterlassungs-Dauerdelikt begangen werden, wenn der Täter Garant für die Fortbewegungsfreiheit des Opfers ist[293]). Eine entsprechende Garantenstellung kommt zB Eltern gegenüber ihren Kindern zu. Wenn ein Elternteil nicht verhindert, dass

---

[290]) Zum Dauerdelikt siehe zB *Fuchs* AT I[6] 10/63 f; *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 9 Rz 28 f; *Triffterer* AT[2] 3/94; *Kühl* AT[4] § 14 Rz 22; *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht AT I[2] § 12 Rz 10.

[291]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 136 Rz 16; *Triffterer* SbgK § 136 Rz 6.

[292]) *Kienapfel/Schmoller* BT III § 198 Rz 43.

[293]) ZB *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 99 Rz 20.

das Kind in einen Schacht klettert, aus dem es ohne fremde Hilfe nicht mehr heraus kann, und ihm auch anschließend nicht hilft, verwirklicht das Untätigbleiben des Elternteils §§ 2, 99 StGB als Dauerstraftat.

Dauerdelikte können in Form von schlichten Tätigkeits- oder Unterlassungsdelikten oder in Form von Erfolgsdelikten auftreten. Bei einem Erfolgs-Dauerdelikt, wie es die Freiheitsentziehung darstellt, werden die mehrfachen Tatbestandsverwirklichungen durch den fortwährenden Deliktserfolg zu einer einzigen Deliktsverwirklichung verklammert.

In zeitlicher Hinsicht richtet sich die Begehung eines Dauerdelikts, wie die Begehung jedes anderen Delikts, nach dem tatbestandsmäßigen *Verhalten*. Wenn verbreitet formuliert wird, die Begehung eines Dauerdelikts dauere bis zur Aufhebung des rechtswidrigen Zustands an, eine Freiheitsentziehung also bis zur Freilassung oder Befreiung des Opfers[294]), so ist das ungenau[295]). Von der Aufhebung des rechtswidrigen Zustands hängt nur das Aufhören des tatbestandsmäßigen *Erfolgs* ab, der bei der Freiheitsentziehung im Entzug der Fortbewegungsfreiheit liegt. Das tatbestandsmäßige Verhalten kann hingegen bereits vor dem Aufhören des Erfolgs abgeschlossen sein. Es sind sogar Konstellationen denkbar, in denen das Verhalten beendet ist, bevor der Erfolg überhaupt eingetreten ist. Der Täter manipuliert zB eine Türklinke auf eine Weise, die dem Eingetretenen das spätere Verlassen des Raumes unmöglich macht, und erleidet unmittelbar darauf, noch bevor das Opfer den Raum betritt, einen schweren Verkehrsunfall.

Würde hingegen, wie es in der Lehrbuch- und Kommentarliteratur vielfach anklingt, für die weitere *Begehung* eines Dauerdelikts das bloße Fortbestehen des Erfolgs ausreichen, der einmal durch ein tatbestandsmäßiges Verhalten herbeigeführt wurde, so bildeten die Dauerdelikte eine dritte Kategorie neben den Begehungs- und Unterlassungsdelikten, die teilweise von einem Verhalten unabhängig wäre. Diese Konsequenz wird jedoch von niemandem gezogen[296]). Der entscheidende Einwand gegen die Gleichsetzung der Verhaltens- mit der Erfolgsbeendigung bei den Dauerdelikten liegt darin, dass nach ihr der Täter die Freiheitsentziehung selbst dann noch beginge, wenn er mit der Freilassung des Opfers beginnt. Die Vornahme der gebotenen Handlung kann aber gerade nicht mehr die Begehung einer strafbaren Handlung sein. Wenngleich der Erfolg der Freiheitsentziehung noch andauert, bis die Freilas-

---

[294]) ZB *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 99 Rz 33; *Baumann/Weber/Mitsch* AT[11] § 8 Rz 56; *Roxin* AT I[3] § 10 Rz 105; *Tröndle/Fischer* StGB[52] Vor § 52 Rz 35. Zutreffend dagegen *Jakobs* AT[2] 6/81 f, der insoweit zwischen einem Dauerdelikt ieS und einem solchen iwS unterscheidet; *Kienapfel* JBl 1991, 437; *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 9 Rz 28 f; *Schmoller* SbgK § 99 Rz 16; *Schwaighofer* WK[2] § 99 Rz 25.

[295]) *Schmoller* aaO.

[296]) In der Bemerkung von *Puppe* JR 1986, 207, dass den Unterlassungsdelikten *und* den Dauerdelikten eine Körperbewegung nicht wesentlich sei, soll nach *Struensee* die Ansicht zum Ausdruck kommen, dass die Dauerdelikte eine eigenständige Verhaltensform neben dem aktiven Tun und dem Unterlassen darstellten (FS Grünwald 715). Diese Deutung erscheint indes nicht zwingend, zumal die meisten Dauerdelikte tatsächlich auch ohne eine Körperbewegung, eben durch ein bloßes Unterlassen, begangen werden können.

sung gelingt, und dem Täter über sein *zuvor* gesetztes Verhalten auch zurechenbar ist, verhält sich der Täter bei der Freilassung nicht mehr tatbestandsmäßig.

Eine klare Abgrenzung der Verhaltens- von der Erfolgsbeendigung ist deshalb wichtig, weil an die Verhaltensbeendigung eigenständige strafrechtliche Konsequenzen geknüpft sind. Insbesondere beginnt die Verjährungsfrist gem den §§ 57 f StGB mit dem Aufhören des strafbaren Verhaltens zu laufen, auch wenn der Erfolg noch andauert[297]).

2. Abgrenzung vom Nicht-Dauerdelikt

Die Möglichkeit, das Delikt in der Vollendung fortzuführen, ist freilich keine Besonderheit der Dauerdelikte. Selbst ein typisches Nicht-Dauerdelikt[298]), wie die Körperverletzung, kann im Einzelfall als Dauerstraftat begangen werden, beispielsweise wenn die Hände des Opfers auf eine sehr schmerzhafte Weise gefesselt werden[299]). Solange der Täter die Fesselung aufrechterhält, handelt er tatbestandsmäßig, obwohl die Körperverletzung mit dem Auftreten der ersten intensiven Schmerzen (erstmals) vollendet ist[300]).

Von einem Nicht-Dauerdelikt unterscheidet sich ein Dauerdelikt nur darin, dass *jede* konkrete Begehung eines Dauerdelikts zur Dauerstraftat werden kann. Im Einzelfall kann auch die Begehung eines Dauerdelikts mit der erstmaligen Vollendung abgeschlossen sein, wie umgekehrt ein Nicht-Dauerde-

---

[297]) Unzutreffend ist die verbreitete Ansicht, die Verjährungsfrist gem § 57 Abs 2 StGB beginne bei Dauerdelikten erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustandes; zB OGH JBl 1984, 210; *Foregger* WK² § 57 Rz 3; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 57 Rz 16. Die genannte Regelung stellt nämlich ausdrücklich auf den Abschluss der strafbaren *Tätigkeit* bzw auf das Aufhören des strafbaren *Verhaltens* ab, und § 58 StGB, der die Verjährung befristet hinausschiebt, wenn der Deliktserfolg erst nach diesem Zeitpunkt eintritt, ist schon seinem Wortlaut nach nicht anwendbar, wenn der bereits eingetretene Erfolg eines Dauerdelikts nur mehr aufrechterhalten wird.

[298]) Diese Bezeichnung wird hier anstelle der üblichen, wenig geglückten Bezeichnung als Zustandsdelikt verwendet: Der Begriff „Zustandsdelikt" soll zum Ausdruck bringen, dass sich der Unrechtsgehalt eines Nicht-Dauerdelikts in der *Herbeiführung* des rechtswidrigen Zustands erschöpft (vgl *Triffterer* AT² 3/93). Mit dem Begriff würde man jedoch gerade ein Delikt verbinden, das auch die *Aufrechterhaltung* des rechtswidrigen Zustands erfasst. Demgemäß verwendet *Eckstein* den Begriff für die von ihm befürwortete strafrechtliche Zustandshaftung (Besitz 226 ff).

Besser geeignet für die Bezeichnung eines Nicht-Dauerdelikts wäre der Ausdruck „Herbeiführungsdelikt" (vgl *Triffterer* aaO). Dieser Ausdruck passt jedoch wiederum nicht auf die schlichten Tätigkeits- und Unterlassungsdelikte, bei denen kein Erfolg herbeigeführt wird. Auch die von *Hruschka* GA 1968, 201 vorgeschlagene Bezeichnung als Augenblicksdelikt überzeugt nicht, weil die Begehung eines Nicht-Dauerdelikts sich über einen längeren Zeitraum erstrecken kann, zB wenn erst mehrere Schläge zu einer Verletzung des Opfers führen. In Ermangelung eines besseren Begriffs soll daher hier ein Tatbestand, der kein Dauerdelikt ist, als Nicht-Dauerdelikt bezeichnet werden.

[299]) Beispiel bei *Hruschka* GA 1968, 199.

[300]) Vgl *S/S-Eser* StGB²⁶ § 223 Rz 5.

likt immer von neuem vollendet werden kann. Während jedoch ein Nicht-Dauerdelikt nur unter besonderen Umständen als Dauerstraftat begangen werden kann[301]), ist diese Möglichkeit in *jeder* Verwirklichung eines Dauerdelikts angelegt. Der Täter könnte es sich immer noch anders überlegen und die Freiheitsentziehung über einen längeren Zeitraum aufrechterhalten oder es könnte ein Hindernis wegfallen, das es dem Täter unmöglich machte, das Opfer zu befreien. In der Möglichkeit, dass jede denkbare Begehungsweise eines Dauerdelikts zur Dauerstraftat wird, liegt also der Unterschied zum Nicht-Dauerdelikt[302]).

Wichtiger als die Einordnung als Dauerdelikt oder Nicht-Dauerdelikt ist daher die Abgrenzung zwischen Dauerstraftat und Nicht-Dauerstraftat, mit anderen Worten: die Feststellung, unter welchen Voraussetzungen ein Delikt nach der (erstmaligen) Vollendung weiter verwirklicht wird.

3. Kriterien für das Vorliegen einer Dauerstraftat

Unter welchen Bedingungen ein Delikt in der Vollendung fortgeführt werden kann, ist nicht abschließend geklärt. Die Abgrenzung von einer Deliktsbegehung, die mit der erstmaligen Vollendung abgeschlossen ist, erweist sich als schwierig. Es handelt sich um eine Frage der Tatbestandsauslegung, für die sich nur schwer allgemein gültige Kriterien angeben lassen. Jeder Versuch einer Abgrenzung muss sich an zwei Delikten messen lassen, die nach allgemeiner Überzeugung eindeutig der jeweils gegensätzlichen Gruppe zuzuordnen sind: am Diebstahl als Delikt aus jener Gruppe, die niemals in der Vollendung fortgeführt werden kann, sowie an der Freiheitsentziehung als Paradebeispiel einer Dauerstraftat.

a) Willentliches Aufrechterhalten des herbeigeführten Zustands?

Nach einer Ansicht handelt es sich um eine Dauerstraftat, wenn die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands vom Willen des Täters abhängt[303]).

Dieses Abgrenzungskriterium ist allerdings bereits von *Hruschka* überzeugend widerlegt worden. Nach dieser Grenzziehung wäre auch ein Diebstahl als Dauerstraftat begehbar, weil es ebenfalls vom Willen des Täters abhängt, ob er die Beute zurückgibt oder die Vermögensverschiebung bestehen lässt. Obwohl das Behalten der Beute ein willentliches Aufrechterhalten des durch die Wegnahme herbeigeführten Zustands ist, verwirklicht es aber nicht mehr den Tatbestand des Diebstahls[304]).

---

[301]) Manche Nicht-Dauerdelikte können überhaupt nie als Dauerstraftat verwirklicht werden; dazu unten 3.c).

[302]) Diesen Unterschied hat erstmals *Eckstein* aufgezeigt; Besitz 185 f.

[303]) *Jescheck/Weigend* AT[5] 263; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2[7] § 54 Rz 55; *Rissing-van Saan* LK[11] Vor §§ 52 ff Rz 22, 35; *Roxin* AT I[3] § 10 Rz 105; *S/S-Stree* StGB[26] Vorbem §§ 52 ff Rz 81.

[304]) *Hruschka* GA 1968, 193; vgl weiters *Clausen* Abfallbeseitigung 155 f; *Eckstein* Besitz 173 f.

b) Bloßes Unterlassen der Wiedergutmachung versus Schadensvermehrung?

Einem anderen Abgrenzungsvorschlag zufolge ist das Aufrechterhalten des Deliktserfolgs nicht mehr tatbestandsmäßig, wenn es bloß dem Unterlassen, den eingetretenen Schaden wiedergutzumachen, gleichkommt. Da es Aufgabe des Strafrechts sei, präventiv Schädigungen zu verhüten, nicht aber bereits eingetretene Schäden zu beseitigen, handle es sich nur dann um eine Dauerstraftat, wenn die Aufrechterhaltung des Deliktserfolgs den Schaden für das geschützte Rechtsgut vermehrt oder steigert, ihn also nicht bloß bestehen lässt[305]).

Mit Hilfe dieser Abgrenzung lässt sich immerhin erklären, weshalb ein Diebstahl nicht als Dauerstraftat begangen werden kann. Da nämlich dem Täter schon mit der Wegnahme der gesamte Vermögensschaden angelastet wird[306]), bedeutet es lediglich ein Unterlassen der Wiedergutmachung, wenn er die Sache nicht zurückgibt. Außerhalb des Vermögensstrafrechts ist allerdings nicht einmal klar, in welchem Verhalten ein Wiedergutmachen zu sehen sein soll. So könnte bei der Freiheitsentziehung auch die Freilassung des Opfers als Wiedergutmachung gewertet werden, kann doch das Opfer nach der Freilassung ebenso wieder über seine Fortbewegungsfreiheit verfügen wie der Bestohlene über die zurückerhaltene Sache. Stuft man dagegen nur einen Schadensausgleich in Geld als Wiedergutmachung ein, müsste es im Umkehrschluss als tatbestandsmäßig angesehen werden, wenn zB der Verursacher einer Körperverletzung es unterlässt, das Opfer zum Arzt zu bringen. Denn dieses Unterlassen, das die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität länger andauern lässt, wäre dann ja mehr als ein bloßes Unterlassen der Wiedergutmachung. Das Abgrenzungskriterium der Wiedergutmachung versagt demnach außerhalb des Vermögensstrafrechts[307]).

---

[305]) *Hau* Beendigung 71 f; *Hruschka* GA 1968, 198; *Kühl* Beendigung 66 f; *Scheufele* Vollendung 6; vgl auch *Eckstein* Besitz 177 ff; *Jakobs* AT² 6/83, 29/8.

[306]) Genau besehen beruht der Vermögensschaden des Eigentümers darin, dass er seine Verfügungsbefugnis über die Sache nicht mehr ausüben kann (vgl *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 7). Deshalb ist der Vermögensschaden insgesamt betrachtet geringer, wenn der Eigentümer die weggenommene Sache noch am selben Tag zurückerhält, als wenn die Rückgabe erst nach einigen Wochen erfolgt. – Dass die Höhe des Vermögensschadens mit der Dauer der Sachverschiebung korreliert, wird übrigens durch jene Auffassung bestätigt, die den Strafgrund der Hehlerei in der Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage sieht (*Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 164 Rz 5 f mwN). Denn wenn beim Diebstahl der gesamte Vermögensschaden bereits mit der Wegnahme der Sache eingetreten wäre, könnte die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Vermögenslage durch den Hehler das Vermögen des Eigentümers nicht mehr beeinträchtigen. – Wie die Wertqualifikationen des § 128 Abs 1 Z 4 u Abs 2 StGB zeigen, wird jedoch dem Täter trotz dieser Sachlage sofort mit Vollendung der Wegnahme ein Vermögensschaden in Höhe des gesamten Zeitwerts der Sache angelastet.

[307]) Vgl auch die Kritik an dieser Grenzziehung bei *Clausen* Abfallbeseitigung 156 f.

c) Negative Abgrenzungsfunktion des Tatbestandswortlauts

Immerhin lässt sich manchmal aufgrund der Formulierung der Tathandlung eindeutig sagen, dass das Delikt *nicht* als Dauerstraftat begangen werden kann. Das ist etwa bei § 192 StGB der Fall, der das Schließen einer zusätzlichen Ehe unter Strafsanktion stellt. Wer mehrfach verheiratet bleibt, wer es also unterlässt, den Zustand der Mehrehe zu beseitigen, setzt nicht mehr ein Verhalten, das sich als das Schließen einer Ehe bezeichnen ließe. Obwohl die Rechtsgutsbeeinträchtigung weiter anhält – gleichgültig, ob man das geschützte Rechtsgut in der Institution der monogamen Ehe oder in der Stellung als „erster" Ehepartner sieht[308]) –, lässt sich nur das Eingehen der zusätzlichen Ehe dem Tatbestand subsumieren. Es handelt sich daher nicht um ein Dauerdelikt[309]). Welche Rolle die Formulierung der Tathandlung bei der Auslegung spielt, wird deutlich, wenn man die Tathandlung anders formuliert. Wäre mit Strafe bedroht, „wer in mehrfacher Ehe lebt", könnte der Straftatbestand nur als Dauerdelikt verstanden werden[310]).

Auch andere Tatbestandsmerkmale können einer Begehung als Dauerstraftat entgegenstehen. Die Tötung eines Menschen oder die Sachbeschädigung in der Variante der Zerstörung einer Sache kann schon deswegen nicht als Dauerstraftat erfolgen, weil nach der Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs das Tatobjekt nicht mehr vorhanden ist. Ein „Aufrechterhalten" des Erfolgs verwirklicht aus diesem Grund nicht mehr den Tatbestand.

Sind bestimmte Tatmodalitäten vorausgesetzt, muss die an die Vollendung anschließende Deliktsverwirklichung auch diese erfüllen. Bei § 109 StGB müsste demnach das weitere „Eindringen" in die geschützte Räumlichkeit mittels Gewalt oder Drohung mit Gewalt durchgesetzt werden, wenn man der Auslegung als Dauerdelikt folgt[311]).

Wie beim als Hausfriedensbruch strafbaren Eindringen in eine geschützte Räumlichkeit ist es allerdings oft zweifelhaft, ob der Wortlaut der Tathandlung auch das an die erstmalige Vollendung anschließende Verhalten umfasst[312]). Es muss dann auf die anderen Auslegungsmethoden zurückgegriffen werden, um die Reichweite des Tatbestands zu ermitteln.

d) Ergebnis

Allgemein gültige Kriterien für das Vorliegen einer Dauerstraftat sind bislang nicht gefunden worden. Nur für das einzelne Delikt kann festgestellt werden, ob auch das an die Vollendung anschließende Verhalten den Tatbe-

---

[308]) Zum Rechtsgut *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 192–193 Rz 2; *Markel* WK² § 192 Rz 1.

[309]) HM; siehe die Nachweise bei *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 192–193 Rz 11.

[310]) Die Bedeutung der Tathandlung für die Abgrenzung vom Nicht-Dauerdelikt betont auch der OGH; JBl 1991, 461.

[311]) Vgl *Schmoller* SbgK § 109 Rz 34.

[312]) *Schmoller* SbgK § 109 Rz 34.

stand erfüllt[313]). Ob das Besitzen Tathandlung eines Dauerdelikts ist, ist somit mittels der allgemeinen Auslegungsmethoden zu entscheiden.

4. Besitz als Erfolgs-Dauerdelikt

a) Die Tatbestandsmäßigkeit fortdauernden Besitzes

Bereits die Wortlautinterpretation spricht für die tatbestandliche Relevanz fortdauernden Besitzens. Da eine Sache zu besitzen wörtlich genommen das Haben der Sache, also den Zustand des Besitzes in seiner gesamten Dauer, meint, wäre es umgekehrt schwierig, das Aufrechterhalten des Besitzes nicht mehr dem Tatbestand zu subsumieren. Damit weist schon die Formulierung der Tathandlung auf ein Dauerdelikt hin.

Auch systematische Erwägungen stützen diese Auslegung: In der Mehrzahl der Fälle ist der Besitzerwerb eigens mit Strafe bedroht. Eine Beschränkung von „Besitzen" auf das erstmalige Ursächlichwerden für den Zustand des Besitzes, welche die Interpretation als Nicht-Dauerdelikt mit sich brächte, würde die Besitztatbestände weitgehend überflüssig machen, weil dieses Verhalten vorrangig als Erwerben, Sich-Verschaffen, An-sich-Bringen oder Beziehen des Tatobjekts zu bestrafen wäre.

Zum selben Ergebnis kommt eine historische Interpretation der Besitzdelikte. Der Gesetzgeber hat diese Delikte gerade zu dem Zweck geschaffen, die Strafverfolgung wegen der Besitzverschaffung zu erleichtern[314]). Diese Zielsetzung lässt sich nur durch eine Interpretation von „Besitzen" erreichen, die auch die Aufrechterhaltung des Besitzes als mit Strafe bedroht ansieht, weil sich „Besitzen" sonst mit jener Handlung deckte, deren Nachweis gerade erleichtert werden sollte.

Aus diesen Gründen erscheint es sachgerecht, „Besitzen" als Dauerdelikt zu betrachten, das auch ein fortdauerndes Besitzen umfasst.

b) Besitz als Zustand, Besitz als strafbares Verhalten

Überträgt man das dogmatische Modell des Dauerdelikts auf den strafbaren Besitz, entspricht dieser am ehesten einem Erfolgs-Dauerdelikt, wie es die Freiheitsentziehung darstellt. Der Erfolg eines Besitzdelikts ist in jenem Zustand zu sehen, den das Besitzen einer Sache wörtlich genommen ausmacht, also im Haben der Sache.

Dieser Deliktserfolg wird im Folgenden in Übereinstimmung mit der hM als Gewahrsam bezeichnet. Für diesen Zweck eignet sich der Begriff „Gewahrsam" in besonderem Maße, weil dieser Begriff in der Strafrechtsdogmatik einen festen Platz hat und dabei gerade einen Zustand, eine tatsächliche

---

[313]) Ähnlich negativ fällt die Stellungnahme von *Clausen* Abfallbeseitigung 158 aus. Sein Vorschlag, nur solche Delikte als Dauerdelikte zu betrachten, deren Tatbestand einen so eindeutigen Hinweis auf ein Dauerdelikt enthält wie die Freiheitsentziehung die Qualifikation der Dauer (aaO 158 f), erscheint jedoch als zu restriktiv.

[314]) Vgl oben bei FN 3.

Beziehung einer Person zu einer Sache, bezeichnet[315]). Sein Vorliegen ist, wie das bei einem Deliktserfolg sein sollte, unabhängig von einem Handeln oder Unterlassen des Gewahrsamsinhabers zu bestimmen. Wie zu zeigen ist, stimmt der Gewahrsam im Rahmen der Besitzdelikte auch weitgehend mit dem vermögensstrafrechtlichen Gewahrsam überein. Nur einzelne Nuancen sind anzupassen, die aber gar nicht den Kernbereich des Gewahrsams betreffen, sondern Konstellationen, über deren Behandlung auch im Vermögensstrafrecht oft Uneinigkeit besteht. Jene Fallgestaltungen, die man üblicherweise mit dem Begriff „Gewahrsam" verbindet, stellen auch den tatbestandsmäßigen Erfolg der Besitzdelikte her[316]). Deshalb wäre es nicht zweckmäßig, für den Besitz als Zustand einen neuen Begriff einzuführen. Wegen der Zweideutigkeit des Ausdrucks „Besitz" bei den Besitzdelikten, mit dem sowohl der Zustand des Besitzes als auch das strafbare Verhalten gemeint sein kann, ist die Bezeichnung des tatbestandsmäßigen Erfolgs als Gewahrsam insbesondere auch der Bezeichnung als Besitz (im weiteren Sinne)[317]) vorzuziehen. Zwar gibt es auch andere Delikte, bei denen *ein* Begriff sowohl den Deliktserfolg als auch das tatbestandsmäßige Verhalten bezeichnet; entsprechend doppeldeutig sind etwa die Begriffe „Freiheitsentziehung", „Körperverletzung" und „Sachbeschädigung". Beim Besitz ist die Doppeldeutigkeit jedoch noch stärker ausgeprägt als bei diesen Delikten, weil „Besitz" sich auf einen Erfolg beim Täter selbst bezieht. Während etwa die Aussage: „A verletzt den B am Körper" eindeutig auf eine Verhaltensweise des A Bezug nimmt, kann sich die Aussage: „A besitzt 5 Gramm Heroin" nicht nur auf ein (für den Besitzzustand kausales) Verhalten des A, sondern auch bloß auf den Erfolg (den Besitzzustand als solchen) beziehen. Umso wichtiger ist es, für diesen Erfolg einen vom Verhalten deutlich abgrenzbaren Begriff zu verwenden.

Der vorgeschlagene Sprachgebrauch – „Gewahrsam" für den Besitz als Zustand, „Besitz" für den Besitz als strafbares Verhalten – erleichtert die Unterscheidung des Deliktserfolgs vom strafbaren Verhalten. Gleichzeitig wird verdeutlicht, dass nicht jedes Vorliegen von Besitz als Zustand zu einer Strafbarkeit wegen Besitzes führt. Mit dem Gewahrsam ist vielmehr erst der tatbestandsmäßige Erfolg eines Besitzdelikts festgestellt. Aussagen des Inhalts, eine Sache besitzt, wer daran Gewahrsam hat[318]), sind missverständlich, wenn man den strafbaren Besitz als Verhalten begreifen will. Sie setzen verkürzend den Besitz als Verhalten mit dem Besitz als Zustand gleich. Der Besitz als Zustand kann jedoch, soll dem Täter ein Verhalten vorgeworfen werden, ebenso wie der Entzug der Fortbewegungsfreiheit bei der Freiheitsentziehung nur der tatbestandsmäßige Erfolg sein.

Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht bei einem Besitzdelikt dann darin, dass Gewahrsam an einem Tatobjekt herbeigeführt oder aufrechterhalten wird. Als reines Verursachungsdelikt kommt dafür jedes objektiv sorgfaltswidrige Verhalten in Betracht, das für das Entstehen oder Aufrechterhal-

---

[315]) Vgl *Rehberg/Schmid* BT III[7] 109; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 13 Rz 71.

[316]) Zu möglichen Ausnahmen siehe unten FN 322.

[317]) Diesen Ausdruck verwendet *Eckstein* Besitz 97.

[318]) ZB *Foregger/Litzka/Matzka* SMG 69; *Hinterhofer* BT II[3] 96.

ten von Gewahrsam kausal wird. Wie der Gewahrsam bei den Besitzdelikten ausgestaltet ist und durch welche Verhaltensformen er herbeigeführt oder aufrechterhalten werden kann, ist im Anschluss näher zu untersuchen.

C. Der tatbestandsmäßige Erfolg: Gewahrsam

Trotz der unterschiedlichen Funktionen der Besitzdelikte[319]) sollte der zu verhindernde Besitzzustand möglichst einheitlich bestimmt werden. Wie der rechtsvergleichende Überblick gezeigt hat, definieren Rsp und Schrifttum den Besitzzustand regelmäßig als Gewahrsam iS der Vermögensdelikte. Diese Auslegung lässt sich bereits in Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts vor 100 Jahren nachweisen[320]). Sie erscheint zwar auf den ersten Blick als überraschend, weil es bei den Besitzdelikten im Unterschied zum Vermögensstrafrecht nicht um den Schutz des Besitzers, sondern gerade um seine Strafbarkeit geht[321]). Diese Lösung hat jedoch den Vorteil, dass auf einen Begriff zurückgegriffen wird, dessen Reichweite weitgehend geklärt ist, und das Rechtssystem neben den bereits vorhandenen Besitzbegriffen nicht mit einem weiteren Besitzbegriff belastet wird. Die nachfolgende Auseinandersetzung mit dem zu verhindernden Besitzzustand wird zudem zeigen, dass die Gleichsetzung mit dem Gewahrsam auch der Sache nach überzeugt. Lediglich in Randbereichen sind Nuancierungen erforderlich, die aus einer von der hM abweichenden Erklärung des Gewahrsams resultieren. Von der Bestimmung des zu verhindernden Besitzzustands als Gewahrsam sollte im Interesse der Rechtssicherheit nur dann abgewichen werden, wenn dies der Schutzzweck eines Besitzdelikts unbedingt erfordert[322]).

1. Der Grundgedanke des Gewahrsams

Während in den Ergebnissen weitgehende Übereinstimmung erzielt wird, ist die theoretische Herleitung des Gewahrsamsbegriffs im Vermögensstraf-

---

[319]) Vgl oben II.B.

[320]) ZB RG GA 1907, 291; RGSt 12, 256.

[321]) Vgl bereits oben bei FN 48.

[322]) So soll es für das unbefugte Lagern gefährlicher Abfälle gem § 326 dStGB auf das Vorliegen von öffentlich-rechtlichem Besitz ankommen; *S/S-Heine* StGB[26] § 326 Rz 11 mwN. Während im österreichischen öffentlichen Recht die Begriffe „Besitzer" und „Inhaber" zivilrechtsakzessorisch ausgelegt werden (VwGH 27. 5. 1997, 94/05/0087; VwGH 21. 9. 1977, 1823/76), wird im deutschen öffentlichen Recht unter Besitz ein „Mindestmaß an tatsächlicher Sachherrschaft" verstanden, das es dem Besitzer ermöglicht, durch Einwirkung auf die Sache Gefahren abzuwenden; auf einen Besitzbegründungswillen komme es dabei nicht an (BVerwGE 67, 8; BVerwG NJW 1998, 1004; *Lepsius* Besitz 322). Dieser Besitzbegriff ist etwas anders akzentuiert, dürfte aber weitgehend dem hier befürworteten Gewahrsamsbegriff entsprechen. Sollte es aber doch eine relevante Abweichung geben, ist es mit der hier gewählten Interpretation der Besitzdelikte vereinbar, bei § 326 dStGB den zu verhindernden Besitzzustand statt in Gewahrsam in öffentlich-rechtlichem Besitz zu sehen.

recht umstritten[323]). Die als Gewahrsam bewerteten Sachverhaltskonstellationen sind auch so vielgestaltig, dass sie sich nur schwer abstrakt umschreiben lassen. Im Grundsatz wird Gewahrsam in folgenden Fällen angenommen[324]): Gewahrsam soll zunächst an allen Sachen bestehen, die jemand an seinem Körper, in seiner Kleidung, in seiner Tasche oder sonst mit sich trägt. Weiters wird von Gewahrsam an denjenigen Sachen ausgegangen, die sich im Haus, in der Wohnung, in den Geschäftsräumlichkeiten, im Auto oder im Garten einer Person befinden, unabhängig davon, ob sie aktuell auf die Sachen zugreifen kann oder ob ihr das nicht möglich ist, weil sie sich zB gerade im Urlaub oder im Krankenhaus befindet. Von ihrem Gewahrsam sollen allerdings diejenigen Sachen ausgenommen sein, an denen einem anderen räumlich engerer Gewahrsam zukommt. In besonders gelagerten Konstellationen wird schließlich Gewahrsam auch an Gegenständen außerhalb eines generell beherrschten Raums angenommen, wie an einem Auto, das auf einem öffentlichen Parkplatz abgestellt wurde oder das nach einem Unfall im Graben liegen blieb.

Der herrschende *faktische Gewahrsamsbegriff* führt den Gewahrsam in diesen Fällen auf die tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft des Gewahrsamsinhabers zurück[325]). Seine Vertreter halten die physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache für entscheidend. Da aber auch in Fällen Gewahrsam angenommen wird, in denen der Gewahrsamsinhaber in Wahrheit nicht die Möglichkeit hat, über die Sache tatsächlich zu verfügen, wie das Beispiel des im Urlaub oder im Krankenhaus befindlichen Wohnungsinhabers zeigt, und umgekehrt nicht jedem, der auf eine Sache ungehindert einwirken kann, Gewahrsam zukommen soll, entscheidet letztlich die Verkehrsanschauung über das Vorhandensein von Gewahrsam. Wer zB in der Wohnung eines anderen einen Ring unter dem Sofa entdeckt, während der Gastgeber sich kurz in einem anderen Raum aufhält, erlangt nach der Verkehrsanschauung erst durch das Einstecken des Ringes die tatsächliche Sachherrschaft. Bis dahin ist der Wohnungsinhaber als Gewahrsamsinhaber anzusehen, obwohl infolge seiner Abwesenheit nicht er, sondern allein der Besucher ungehindert auf den Ring einwirken kann.

Wegen der Inkonsequenzen, die mit der Abgrenzung nach der tatsächlichen Sachherrschaft verbunden sind, stellen die Befürworter des *sozialen Gewahrsamsbegriffs* von vornherein nur darauf ab, ob „die Zuordnung der Sache zur Herrschaft einer Person als eine sozial-normativ gesicherte Übereinkunft erscheint"[326]). Auf das Vorhandensein einer solchen Übereinkunft

---

[323]) *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 54; vgl auch *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 24.

[324]) Vgl zum Folgenden zB *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 67 ff; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 23 ff; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 110 f.

[325]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 63 ff; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 127 Rz 21 ff; *Lewisch* BT I[2] 148; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 242 Rz 8a ff; *Ruß* LK[11] § 242 Rz 18 ff; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 23 ff; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 242 Rz 11 ff; BGE 119 IV 266; *Noll* BT I 133 f; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 109 ff; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 13 Rz 70 ff; *Trechsel* StGB[2] Art 139 Rz 3 ff.

[326]) *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 71 ff; weiters *Roeder* ÖJZ 1966, 374 ff; *Bittner* Gewahrsamsbegriff 153 ff; *Kindhäuser* NK § 242 Rz 31 ff; *Welzel* GA 1960, 264 ff; *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 56.

schließen sie aus der sozialen Unauffälligkeit des Zugriffs auf die Sache[327]). Kennzeichnend für den sozialen Gewahrsamsbegriff ist die Einteilung der Umwelt eines Menschen in Gewahrsamssphären: Die engste Gewahrsamssphäre umfasse alle Gegenstände, die man in seiner Kleidung oder sonst bei sich trägt. Räumlich weitere Gewahrsamssphären bildeten das Haus, die Wohnung oder das Geschäftslokal einer Person. Wenn Dritte auf eine Sache zugreifen, die sich in einer Gewahrsamssphäre befindet, erscheine das als rechtfertigungsbedürftige Störung[328]).

Ein weiterer Vorschlag will den Gewahrsam als „*Eingliederung der Sache in ein persönliches Nutzungsreservat*" erklären[329]). Die Besonderheit dieses Vorschlags besteht darin, dass neben einer Gewahrsamsbegründung durch faktische Okkupation der Sache auch ein allein rechtlich begründeter Gewahrsam anerkannt wird. Wenn aber die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse diesem widersprechen, habe die faktische Situation den Vorrang, zB wenn ein allgemein zugängliches, verpachtetes Grundstück von einem Dritten für seine Zwecke okkupiert wird[330]).

Unabhängig davon, welchem Gewahrsamsbegriff man für das Vermögensstrafrecht den Vorzug gibt, erscheint für die Besitzdelikte folgender Gesichtspunkt maßgebend: Betrachtet man den Kernbereich des Gewahrsams – Gewahrsam wird angenommen an allen Sachen im Haus, in der Wohnung, in den Geschäftsräumlichkeiten, im Auto oder im Garten einer Person sowie an den Gegenständen, die sie an ihrem Körper, in ihrer Kleidung oder sonst mit sich trägt, – so fällt auf, dass alle diese Bereiche zu ihrer *Privatsphäre* gehören, also zu der Schutzzone, die um ihr Privat- und Familienleben gezogen ist[331]). Das Haus, die Wohnung, geschäftlich genutzte Räumlichkeiten und die dazu gehörenden umfriedeten Bereiche unterfallen dem Hausrecht, das eine spezielle Ausprägung der Privatsphäre darstellt. Darin befindliche Sachen gehören zum privaten Lebensbereich des Rauminhabers[332]). Ein Auto unterliegt zwar für gewöhnlich nicht dem Schutz des Hausrechts. Es können sich aber auch darin persönliche Gegenstände befinden, sodass auch am Inneren eines Autos eine private Sphäre begründet werden kann[333]). Noch stärker berührt es die Privatsphäre, welche Gegenstände man in seinem unmittelbaren körperlichen Nahbereich hat.

Der gemeinsame Bezug zur Privatsphäre einer Person erklärt, weshalb sich die Gewahrsamssphären weitgehend mit dem Schutzbereich des Hausfriedensbruchs und des Einbruchsdiebstahls decken. Der Straftatbestand des Hausfriedensbruchs gem § 109 StGB erstreckt sich auf das Haus, die Woh-

---

[327]) *Kindhäuser* NK § 242 Rz 31.

[328]) *Kindhäuser* NK § 242 Rz 31; *Welzel* GA 1960, 264 f; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 78 f. Zum Ganzen *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 27 ff.

[329]) *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 32 ff.

[330]) *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 37.

[331]) Vgl die Definition der Privatsphäre bei *Kienapfel* Privatsphäre 23.

[332]) Vgl die EB zum Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes über das Recht auf Achtung des privaten Lebensbereiches in: Bundeskanzleramt Verfassungsdienst (Hrsg) Recht 60.

[333]) Wie FN 332.

nung, abgeschlossene Räume, die zum öffentlichen Dienst oder zur Berufsausübung bestimmt sind, sowie auf umfriedete Räume, die unmittelbar zu einem Haus gehören[334]). Das durch diesen Tatbestand geschützte Rechtsgut eines „baulich abgegrenzten Freiraums des Einzelnen" ist der Privatsphäre zuzuordnen[335]). Auch der Straftatbestand des Einbruchsdiebstahls soll neben dem Vermögen als hauptsächlichem Schutzgut die Privatsphäre vor unbefugtem Eindringen anderer Personen sichern[336]). Sein Schutzbereich erstreckt sich neben Gebäuden und Wohnstätten auf Transportmittel, Lagerplätze und Behältnisse. An den Sachen in diesen räumlichen Bereichen hat jene Person, deren Privatsphäre der Bereich bildet, auch den Gewahrsam[337]).

Eine weitere Gemeinsamkeit mit den Gewahrsamssphären besteht darin, dass auch für die Privatsphäre die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend sind. Ebenso wie es für den Gewahrsam nicht auf ein Recht auf die Sache ankommt[338]), ist die Zuordnung eines räumlich abgrenzbaren Bereichs zur Privatsphäre einer Person nicht von ihrem Recht auf Benutzung des Bereichs abhängig. Den Schutz des Hausrechts genießt jeder, der sich in einer Wohnung eingerichtet hat, gleichgültig, ob er der Eigentümer oder Mieter der Wohnung oder überhaupt nicht nutzungsbefugt ist[339]). Indem er sich in der Wohnung eingerichtet hat, hat er die Wohnung faktisch zu seiner Privatsphäre gemacht. Gleichzeitig hat er den Gewahrsam an den darin befindlichen Gegenständen erlangt.

Die Gemeinsamkeiten zwischen den Gewahrsamssphären und der Privatsphäre legen es nahe, Gewahrsam in seinem Kern an allen Gegenständen anzunehmen, die der Privatsphäre einer Person zuzuordnen sind. Diese Annahme erscheint für die Besitzdelikte auch sachlich berechtigt: Die zur Privatsphäre gehörigen räumlichen Bereiche dienen bestimmungsgemäß dazu, Dinge einem unerwünschten Einblick und Zugriff Dritter zu entziehen. Meist sind sie durch bauliche Abgrenzungen, räumliche Umschließungen oder Sichtsperren vor fremdem Zugriff und Einblick gesichert. Bei Gegenständen im unmittelbaren körperlichen Nahbereich besteht eine gewisse Zugriffssicherung vielfach darin, dass sie am Körper verborgen sind, oder der Gewahrsamsinhaber selbst stellt eine wenigstens psychologische Zugriffsschranke dar, die von einem Dritten erst zu überwinden ist. Aufgrund dieser Gegebenheiten ist die Privatsphäre in ihrer räumlichen Ausprägung besonders geeignet, die Existenz eines Gegenstands zu verbergen.

Die Abschirmung des privaten Bereichs gegen unerwünschtes Eindringen von außen wird auch von der Rechtsordnung respektiert, die dem Einzelnen einen besonderen Schutz vor Eingriffen in seine Privatsphäre gewährt. Dritte Personen haben eine für sie fremde Privatsphäre zu achten. Nur unter

---

[334]) Ähnlich § 123 dStGB; Art 186 schwStGB.

[335]) *Schmoller* SbgK § 109 Rz 7, 11; vgl auch *Rudolphi/Stein* SK[7] § 123 Rz 3.

[336]) *Schmoller* SbgK § 109 Rz 17; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 129 Rz 4.

[337]) Näher zum Gewahrsam am Inhalt verschlossener Behältnisse unten 4.a).

[338]) HM; zB *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 68; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 242 Rz 11; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 109.

[339]) Vgl *Berka* Grundrechte Rz 489.

den Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds ist ihnen ein Eindringen gestattet. Auch die staatlichen Organe dürfen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen in die Privatsphäre des Bürgers eindringen. Unter welchen Voraussetzungen sie eine Personen- oder Hausdurchsuchung, eine Telefonüberwachung oder sonstige Bild- oder Tonaufzeichnungen von privatem Geschehen vornehmen dürfen, ist gesetzlich genau geregelt. Dieser besondere rechtliche Schutz bietet Gewähr dafür, dass der Einzelne in seinem privaten Bereich seine Persönlichkeit frei entfalten kann ohne ständige Furcht, dass von außen eingedrungen wird[340]).

Die faktische und rechtliche Schrankenwirkung gegenüber außen, welche die Privatsphäre entfaltet, lässt es – zumindest auf den ersten Blick – als gerechtfertigt erscheinen, den Einzelnen für die Existenz von gefährlichen Sachen in diesem Bereich besonders in die Pflicht zu nehmen, gleichsam als Ausgleich für die ihm gewährte Entfaltungsfreiheit. Bei den Besitzdelikten erscheint daher die Zugehörigkeit einer Sache zur Privatsphäre einer Person als der den Gewahrsam tragende Gedanke. Dieser kann freilich nur den Kernbereich des Gewahrsams erklären und nicht auch den in gewissem Umfang ebenso möglichen Gewahrsam an Sachen außerhalb einer Privatsphäre[341]).

Ein ähnlicher Gedanke klingt bereits bei *Welzel* an, wenn er den Gewahrsam auf die „tatsächliche Friedenslage" zurückführt. Der Begriff des Gewahrsams bringe zum Ausdruck,

> „daß schon die tatsächliche Friedenslage ein schutzwürdiger Zustand ist, so daß Selbsthilfe zur Änderung dieses faktischen ‚Status quo' – mag er entstanden sein, wie er wolle – grundsätzlich unzulässig ist. [...] Um den einzelnen ist ein Kreis des besonderen Friedens gezogen, der in erster Linie seine Wohnung, seine Person selbst und das, was diese an sich trägt, in sich einschließt. Es ist dies ein urtümlicher Rechtsgedanke, der auch an anderer Stelle der Rechtsordnung durchbricht, so zB in § 102 StPO, der selbst bei einem Verdächtigen die Durchsuchung seiner Wohnung, seiner Person und der in seinem Gewahrsam stehenden Sachen nur unter besonderen Voraussetzungen für zulässig erklärt. Besitz und Gewahrsam müssen in ihrem Kerne von dieser faktischen Friedenssphäre aus verstanden werden."[342])

Auch *Gössel* will den Gewahrsam mit Hilfe des rechtlich-sozialen Merkmals der „Persönlichkeitssphäre" näher präzisieren und kommt damit der hier vertretenen Auffassung recht nahe. Allerdings hält er weiterhin am Erfordernis einer äußeren Sachherrschaft und eines Herrschaftswillens fest: Gewahrsam sei „ein willensgetragenes Sachherrschaftsverhältnis, das sozial manifest innerhalb der Persönlichkeitssphäre vor fremdem Zugriff geschützt ist"[343]).

Überhaupt weist die Abgrenzung des Gewahrsams nach der Zugehörigkeit zur Privatsphäre einer Person ein starkes Naheverhältnis zum sozialen

---

[340]) Vgl *Berka* Grundrechte Rz 486.

[341]) Dazu unten 6.

[342]) GA 1960, 264. Vgl auch *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 54; *Trechsel* StGB² Art 139 Rz 1.

[343]) ZStW 1973, 617 ff, insb 639 f. Vgl auch *Bittner* Gewahrsamsbegriff 174, 178.

Gewahrsamsbegriff auf. Denn als „rechtfertigungsbedürftige Störung" stellen sich gerade Eingriffe in die Privatsphäre einer Person dar. Es überrascht daher nicht, dass die Gewahrsamssphären bildenden Tabubereiche des sozialen Gewahrsamsbegriffs weitgehend der Privatsphäre einer Person entsprechen. In Einzelfällen führt aber das Abstellen auf die Privatsphäre für die Besitzdelikte zu schlüssigeren Ergebnissen als der soziale Gewahrsamsbegriff[344]), obwohl zuzugeben ist, dass auch die Abgrenzung der Privatsphäre nicht immer einfach ist. Vor allem beim Wechsel einer Sache in die Privatsphäre einer anderen Person lässt sich die Abgrenzung nicht schlicht nach räumlichen Gesichtspunkten vornehmen, sondern es sind die weiteren Umstände miteinzubeziehen. Wenn etwa ein Kaufinteressent eine Waffe vom Verkäufer entgegennimmt, um ihre Zielgenauigkeit zu testen, entscheidet nicht allein die engere räumliche Nähe zur Waffe darüber, zu wessen Privatsphäre die Waffe gehört. Um feststellen zu können, ob das Tatobjekt bereits die Privatsphäre des Verkäufers verlassen hat und der Privatsphäre des Kunden zuzuordnen ist, muss vielmehr auch die stillschweigende Übereinkunft berücksichtigt werden, dass die Waffe nur dann behalten werden soll, wenn sie tatsächlich gekauft wird. Solange sich der Kaufinteressent nicht erkennbar vereinbarungswidrig verhält, hat er die Waffe noch nicht seiner Privatsphäre zugeführt, weil sein Vorhaben noch ganz im Internen bleibt. Damit ist ein allgemeines Erfordernis des Gewahrsams angesprochen: Die Zugehörigkeit der Sache zur Privatsphäre einer Person muss für einen Außenstehenden erkennbar sein. Solange für einen objektiven Dritten unklar ist, ob die Sache zur Privatsphäre der betreffenden Person gehört, hat diese keinen Gewahrsam daran[345]).

Im Übrigen ist es für die Zuordnung einer Sache zur Privatsphäre einer Person und damit für das Vorliegen von Gewahrsam gleichgültig, ob der Gewahrsamsinhaber die Möglichkeit hat, tatsächlich auf die Sache einzuwirken. Eine entsprechende Unfähigkeit ist bei den Besitzdelikten im Rahmen der Handlungsfähigkeit zu berücksichtigen. Für das Vorliegen von Gewahrsam ist sie bedeutungslos, solange nur die Sache sich in der Sphäre des Gewahrsamsinhabers befindet. Gewahrsam an einem in der Kleidung verborgenen Päckchen Suchtgift besteht daher auch, während einem die Hände nach hinten gedrückt werden, sodass man auf das Suchtgift nicht einwirken kann. Ebenso wenig wie auf eine *aktuelle* Einwirkungsmöglichkeit kommt es darauf an, ob der Gewahrsamsinhaber *jemals* auf die Sache wird einwirken können. Selbst ein irreversibel Bewusstloser kann an einer Sache Gewahrsam erlangen, wie an einem Brief, der in seinen Postkasten geworfen wird[346]).

Schließlich ist auch die Dauer des Gewahrsams bedeutungslos[347]). Der Gewahrsam braucht nicht einmal auf längere Zeit *angelegt* zu sein[348]). Wer die

---

[344]) Nämlich bezüglich des Inhalts verschlossener Behältnisse (4.a) und des Gewahrsams innerhalb von Weisungsverhältnissen (4.c).

[345]) Die Notwendigkeit der Erkennbarkeit des Gewahrsams für einen Dritten betonen auch *Gössel* ZStW 1973, 636 und *Roeder* ÖJZ 1966, 375; weiters zB OGH JBl 1982, 385; EvBl 1981/174.

[346]) Vgl *Kindhäuser* NK § 242 Rz 40.

[347]) Ebenso *Baae* NStZ 1987, 214; *Bittner* Gewahrsamsbegriff 165.

[348]) AA *Eckstein* Besitz 99, 103 f; *Weber* BtMG² § 29 Rz 862, 871.

eben erst erworbene Waffe kurz darauf seinem Vorhaben gemäß an einen anderen weitergibt, hatte dennoch Gewahrsam daran, solange er sie bei sich hatte.

Dass die Zugehörigkeit zur Privatsphäre der entscheidende Gesichtspunkt für das Vorliegen von Gewahrsam ist, beweist das Beispiel des hilfsbereiten Nachbarn, der den Schlüssel zu einer Wohnung erhält, um während der Abwesenheit des Wohnungsinhabers die Blumen zu gießen. Selbst wenn es sich um den einzigen Schlüssel zur Wohnung handelt, hat der Nachbar keinen Gewahrsam an den Sachen in der Wohnung[349]). Der Grund dafür liegt darin, dass es sich um eine für ihn fremde Privatsphäre handelt.

2. Gegenstände im unmittelbaren körperlichen Nahbereich

Räumlich engster Gewahrsam besteht im Prinzip an allen Sachen, die man am Körper oder – gerade in den Fällen des Besitzes von Suchtmitteln aktuell – im Körper, ferner in der Kleidung oder auf sonstige Weise mit sich trägt. Ein Zugriff auf diese Sachen durch Dritte dringt tief in die Privatsphäre des Betroffenen ein. Typischerweise, jedoch nicht notwendig, kommt dem Gewahrsamsinhaber in diesen Fällen die Fähigkeit zu, auf die Sache ungehindert einzuwirken.

Diese engste Form von Gewahrsam rund um den Körper des Gewahrsamsinhabers schließt im Regelfall den Gewahrsam anderer Personen aus[350]). Wenn jemand in einer fremden Wohnung eigenmächtig ein herumliegendes Heroinbriefchen an sich nimmt und in seine Hemdtasche steckt, begründet er daran eigenen Gewahrsam, der den Gewahrsam des Wohnungsinhabers aufhebt. Denn um das Suchtmittel zurückzuholen, müsste der Wohnungsinhaber in die Privatsphäre seines Besuchers eindringen. Von dem Umstand, dass ein solches Eindringen uU gerechtfertigt erfolgte, ist dabei zu abstrahieren.

Während ein Gegenstand, der im unmittelbaren körperlichen Nahbereich *verborgen* ist, meist eindeutig der privaten Sphäre zuzuordnen ist, kann die Zuordnung in anderen Fällen eines unmittelbaren körperlichen Naheverhältnisses fraglich sein. Das gilt zunächst in Bezug auf solche Gegenstände, die sich aufgrund ihrer Größe nicht am Körper verbergen lassen. Ihre eigenmächtige An-sich-Nahme begründet erst dann neuen Gewahrsam, wenn nach der Einschätzung eines objektiven Dritten, der das Geschehen beobachtet, die Sache nicht mehr freiwillig herausgegeben würde. Das ist spätestens bei Verlassen der fremden Wohnung mit dem Gegenstand der Fall.

Überhaupt führt nicht jedes Ergreifen eines Gegenstands zu eigenem Gewahrsam. Wer eine Sache *im Beisein und mit dem Einverständnis* des bisherigen Gewahrsamsinhabers kurzfristig an sich nimmt, erlangt an ihr noch keinen Gewahrsam. Zwar müsste der bisherige Sachinhaber in eine fremde Privatsphäre eindringen, *falls* die Sache nicht zurückgegeben wird. Bis sich der

---

[349]) Vgl *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 67; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 92 (die von allenfalls nachgeordnetem Mitgewahrsam des Schlüsselinhabers ausgehen).

[350]) Vgl zB *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 79.

Wille, die Sache nicht mehr herauszugeben, objektiv manifestiert, ist jedoch ein vereinbarungsgemäßes Verhalten anzunehmen. Solange gehört die Sache noch zum Privatbereich des bisherigen Sachinhabers, unabhängig von seinen faktischen Zugriffsmöglichkeiten auf die Sache[351]). Setzt hingegen der neue Sachinhaber ein Verhalten, das seinen Unwillen, die Sache zurückzugeben, deutlich zum Ausdruck bringt, hat sich der Wechsel in seine Privatsphäre für einen objektiven Dritten erkennbar vollzogen. Ab diesem Zeitpunkt stellt der neue Sachinhaber objektiv betrachtet eine Zugriffsschranke gegenüber dem bisherigen Gewahrsamsinhaber dar; er hat die Sache nunmehr seiner Privatsphäre einverleibt. In dem vom BGH entschiedenen Fall eines kurzfristigen Betäubungsmittel-Transports über eine Strecke von 20 Metern und im Beisein des bisherigen Gewahrsamsinhabers behielt dieser daher den alleinigen Gewahrsam an den Betäubungsmitteln[352]). Auch wenn der Transporteur von vornherein entschlossen gewesen wäre, die Betäubungsmittel nicht mehr herauszugeben, wäre ihm eigener Gewahrsam erst dann zugekommen, wenn er seinen Entschluss äußerlich erkennbar betätigt hätte. Hierher gehört auch das bereits erwähnte Beispiel[353]) eines Kaufinteressenten, der im Beisein des Verkäufers eine Waffe ausprobiert. Allein indem er die Waffe in die Hand nimmt und testet, übernimmt er sie noch nicht in seine Privatsphäre. Probiert er zB fünf Waffen aus und entscheidet sich schließlich für eine davon, kann er nur wegen Besitzes dieser einen Waffe belangt werden[354]).

Wird ein Gegenstand bloß *in die Hand genommen*, ist dies ganz unabhängig davon, ob es im Beisein des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt, nicht als Gewahrsam zu bewerten, wenn es für einen objektiven Dritten nicht erkennen lässt, ob der Gegenstand schon in die Privatsphäre des Ergreifers gewechselt ist. Es hängt deshalb von den näheren Umständen ab, ob jemand, der ein Bild mit einer kinderpornographischen Darstellung ergreift, an diesem Gewahrsam erlangt[355]). Nimmt er es nur zu dem Zweck in die Hand, es näher zu betrachten, begründet er noch keinen Gewahrsam am Bild. Auch wenn jemand auf der Straße ein Päckchen findet und aufhebt, ist er erst dann Gewahrsamsinhaber, wenn er sich erkennbar anschickt, dieses seiner Privatsphäre zuzuführen, zB indem er sich mit dem Päckchen in der Hand vom Fundort entfernt.

---

[351]) Für den Fortbestand des bisherigen Gewahrsams innerhalb von „Kommunikationsbeziehungen" auch zB *Kindhäuser* NK § 242 Rz 42; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 26; *Welzel* GA 1960, 268; *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 66.

[352]) So auch BGHSt 26, 117; vgl weiters BGHSt 28, 294: kein Gewahrsam an einer Waffe, die einem ausgehändigt wird, um sie sogleich an Ort und Stelle an einen anderen weiterzugeben. Gewahrsam des Transporteurs wurde aber in einem Fall bejaht, in dem dieser die Betäubungsmittel alleine über eine Strecke von mehr als 100 m transportierte; BGH NStZ-RR 1998, 148.

[353]) Oben vor FN 345.

[354]) Dass dem Begriff „Innehaben" iS des § 6 WaffG ein weiterer Bedeutungsgehalt zukommt, der keinen Gewahrsam voraussetzt, ist nach den Gesetzesmaterialien (FN 79) nicht anzunehmen.

[355]) Generell für eine Strafbarkeit wegen Besitzes in dieser Konstellation dagegen *Bertel/Schwaighofer* BT II[6] § 207a Rz 10.

Im Übergangsbereich einer Sache in eine andere Privatsphäre gehen einzelne Befürworter des faktischen Gewahrsamsbegriffs von „nachgeordnetem Mitgewahrsam" desjenigen aus, der die Sache in Händen hat[356]). Dadurch wird verdeckt, dass die ungehinderte faktische Verfügungsmacht hier in Wahrheit nicht dem eigentlichen Gewahrsamsinhaber zukommt. Ein „nachgeordneter Mitgewahrsam" zieht aber nicht einmal im Vermögensstrafrecht Konsequenzen nach sich. Vielmehr wird der Inhaber eines solchen Gewahrsams genauso behandelt wie jemand, der keinen Gewahrsam hat[357]). Umso weniger kann ein nachgeordneter Mitgewahrsam als Gewahrsam im Sinne der Besitzdelikte gewertet werden. Eine solche durch den Gewahrsam eines anderen abgeschwächte Personen-Sach-Beziehung ist vielmehr als Nicht-Gewahrsam zu behandeln[358]).

Kein Gewahrsam entsteht auch, wenn eine Sache ergriffen und *uno actu* vernichtet oder weggeworfen wird[359]), weil die Sache nicht in die Privatsphäre übernommen wird. Es macht sich also nicht wegen unerlaubten Besitzes von Suchtmitteln strafbar, wer in der Wohnung eines Angehörigen eine Plastiktüte mit Haschisch entdeckt und sie bei Eintreffen der Polizei ergreift und in den Hof wirft; denn er hatte zu keinem Zeitpunkt Gewahrsam an dem Suchtmittel[360]). Gleiches gilt, wenn eine Tränengassprühdose sofort nach ihrem Auffinden entleert wird[361]). Gewahrsam wird aber begründet, wenn zwischen der An-sich-Nahme des Gegenstands und seiner Vernichtung weitere Zwischenakte liegen, wie in dem Fall der Frau, die von ihrem Sohn gestohlene, in der Wohnung versteckte Waffen an sich nahm, wegbrachte und in einen Fluss warf[362]).

Zu klären bleiben die Gewahrsamsverhältnisse in den Fällen *sofortigen Konsums von Suchtmitteln*, die sich zuvor noch nicht in der Privatsphäre des Konsumenten befanden. Fehlt es dabei – wie in Deutschland vertreten – bereits am Gewahrsam und somit am tatbestandsmäßigen Erfolg eines Besitzdelikts? Jedenfalls besteht an einem konsumierten Suchtmittel kein Gewahrsam mehr. Im Gegensatz zu einem Suchtmittel, das zB in einem Kondom verpackt verschluckt wird, ist es nicht mehr als solches vorhanden. Damit ist auch die Lösung für den Zeitraum zwischen der An-Sich-Nahme und dem sofortigen Konsum des Suchtmittels vorgegeben: Wer das Suchtmittel noch an Ort und Stelle verbraucht, führt es ohne weitere Zwischenschritte der „Vernichtung"

---

[356]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 72 u 84 ff.

[357]) Vgl *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 85; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 32.

[358]) Vgl *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 45; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 242 Rz 13; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 84.

[359]) OGH EvBl 1975/140 (obiter dictum).

[360]) Im Ergebnis ebenso OLG Zweibrücken NStZ 1986, 558; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1094; vgl auch OLG Frankfurt StV 1987, 443. Für Besitz dagegen *Baae* NStZ 1987, 214; *Eckstein* Besitz 106 FN 544.

[361]) OGH 15 Os 20/96. Der Besitz einer Tränengas-Selbstverteidigungswaffe ist seit dem WaffG 1996 allerdings nur mehr im Fall eines individuellen Waffenverbots strafbar (§ 12 iVm § 50 Abs 1 Z 3 WaffG).

[362]) OGH EvBl 1975/139. Vgl auch den BGE 117 IV 58 zugrunde liegenden Sachverhalt.

zu. Die Ergreifung eines Tatobjekts zur Vernichtung in einem Zug aber gliedert dieses nicht in die eigene Privatsphäre ein, es entsteht kein Gewahrsam daran[363]). An der Überführung in die eigene Privatsphäre fehlt es auch bei Mitrauchen von Haschisch in der Runde. Dieses kommt einem kurzfristigen In-den-Händen-Halten einer Sache im Beisein und mit Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers gleich. Der Konsument stellt erst dann eine Zugriffsschranke dar, wenn er zu erkennen gibt, das Suchtmittel nicht weitergeben zu wollen. Damit erlangt er den Gewahrsam an der gesamten Suchtmittelmenge (es sei denn, er konsumiert diese noch an Ort und Stelle). Im Normalfall kommt dem Konsumenten aber kein Gewahrsam zu, wenn das Suchtmittel in der Runde verbraucht wird. Im Ergebnis ist also der in Deutschland hM zu folgen, wonach bei sofortigem Betäubungsmittelkonsum eine Strafbarkeit wegen Besitzes bereits mangels Gewahrsams ausscheidet[364]).

3. Gegenstände innerhalb einer räumlich weiteren Privatsphäre

Gewahrsam besteht weiters an allen Gegenständen, die sich in einem räumlich abgrenzbaren Bereich befinden, der zur Privatsphäre gehört, also an allen Sachen im Haus, in der Wohnung, im Büro, in den Geschäftsräumlichkeiten, im Lager, im Garten oder im Auto einer Person. Von Eingriffen in diesen Bereich ist der Gewahrsamsinhaber weniger intensiv betroffen als von Eingriffen in den direkten körperlichen Nahbereich. Ein räumlich engerer Gewahrsam bricht deshalb einen räumlich weiteren Gewahrsam.

Auch in diesen Fällen von Gewahrsam kommt es auf eine aktuelle oder wenigstens potentielle Zugriffsmöglichkeit auf die Sache nicht an. Gewahrsam ist daher auch am Schlagring gegeben, der im Handschuhfach des Autos liegt, das auf einem weit entfernten Parkplatz abgestellt ist[365]). Wer sich außer Landes aufhält und über die Gegenstände in seinem Haus höchstens über einen Dritten verfügen könnte, behält den Gewahrsam daran, und zwar solange, bis ein anderer an einzelnen Sachen eigenen Gewahrsam begründet oder sich überhaupt zum Inhaber des Hauses macht, indem er sich darin niederlässt.

Bei Grundstücken, die nicht unmittelbar zu einem Haus gehören, ist ein Bezug zur Privatsphäre nur mehr schwach ausgeprägt oder überhaupt nicht vorhanden. Wo er fehlt, wie bei einem frei zugänglichen Grundstück, das nicht für jedermann erkennbar in engem räumlichen Zusammenhang mit einem Haus steht, sollte das Grundstück nicht zu den Gewahrsam begründenden räumlichen Sphären gezählt werden. Bei umfriedeten Grundstücken, die durch eine räumliche Abgrenzung vor unbefugtem Betreten gesichert sind, ist

---

[363]) Vgl oben bei FN 359.

[364]) Nachweise in FN 75. Hinzuweisen ist darauf, dass bei sofortigem Konsum von Suchtmitteln auch keine Strafbarkeit wegen *Erwerbs* eingreifen kann, weil diese Tatvariante die Erlangung von Gewahrsam am Suchtmittel voraussetzt; zB *Foregger/Litzka/Matzka* SMG § 27 IV.1.

[365]) Vgl OGH 10 Os 122/78.

immerhin ein gewisser Bezug zur Privatsphäre vorhanden. Darauf befindliche Sachen fallen in den Gewahrsam derjenigen Person, die den Bereich beherrscht[366]).

4. Sonderfälle

a) Verschlossene Behältnisse

Die Gewahrsamsverhältnisse am Inhalt verschlossener Behältnisse werden für den Fall diskutiert, dass derjenige, für den das Behältnis verwahrt wird, den einzigen Schlüssel dazu besitzt. Die hM differenziert danach, ob es sich um ein kleines, leicht bewegliches Behältnis handelt oder um ein mit einem Gebäude fest verbundenes oder sonst nur schwer fortzuschaffendes Behältnis. Im ersten Fall sei von Alleingewahrsam des Verwahrers auszugehen, im zweiten Fall komme dem Schlüsselinhaber der Alleingewahrsam am Behältnisinhalt zu[367]).

Orientiert man den Gewahrsam an der Privatsphäre, ergibt sich folgendes Bild: Das Innere eines Behältnisses bildet einen abgeschlossenen räumlichen Bereich, der einem Einblick von außen entzogen ist. Die Persönlichkeit eines Menschen kann sich darin – abgestuft nach der Größe und der Art des Behältnisses – eigenständig äußern, vergleichbar mit einer Wohnung, in der sich, obschon in viel größerem Rahmen, ebenfalls die Persönlichkeit des Inhabers ausdrücken kann. Das Behältnisinnere begründet also einen besonderen räumlich abgegrenzten Privatbereich. Solange der Verwahrer des Behältnisses sich nicht dessen Inhalt zu eigen macht, indem er zB das Behältnis aufbricht, ist das Innere des Behältnisses der Privatsphäre des Schlüsselinhabers zuzuordnen. Unabhängig von der Größe und Beweglichkeit des Behältnisses hat er alleine den Gewahrsam am Inhalt[368]).

b) Gegenstände in einer gemeinschaftlichen Privatsphäre

Ein Gegenstand kann sich auch im privaten Bereich mehrerer Personen befinden, wie in einer von mehreren Personen gemeinsam benutzten Wohnung. Für die Frage, wem der Gewahrsam an den Sachen darinnen zukommt,

---

[366]) Für Gewahrsam an umfriedeten oder umzäunten Grundstücken auch *Ruß* LK[11] § 242 Rz 20; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 79 („befriedetes Besitztum"). Abw – Gewahrsam auch an allgemein zugänglichen Grundstücken – *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 37.

[367]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 93 ff. Vgl auch *Kindhäuser* NK § 242 Rz 41; weiters *Ruß* LK[11] § 242 Rz 31; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 34, denen zufolge der Schlüsselinhaber im zuletzt genannten Fall „jedenfalls Mitgewahrsam" behält.

[368]) Im Ergebnis ebenso *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 42; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1096. Differenzierend *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 96 (Alleingewahrsam des Schlüsselinhabers, wenn er an den Inhalt jederzeit ungehindert gelangen kann. Benötigt er dazu die Zustimmung oder Mitwirkung des Verwahrers, handle es sich um gleichrangigen Mitgewahrsam.).

ist zu berücksichtigen, dass es innerhalb eines gemeinsamen privaten Bereichs auch eigenständige private Bereiche der einzelnen Mitbewohner geben kann. So kommt an den Sachen in einem Zimmer, das nur von einem Mitbewohner benutzt wird, diesem alleine der Gewahrsam zu.

Aber auch außerhalb räumlich abgrenzbarer Bereiche ist von Alleingewahrsam an denjenigen Sachen auszugehen, die nicht für die Nutzung durch alle bestimmt sind, solange dieser Nutzungsvorbehalt respektiert wird. Die Zugehörigkeit einer Sache allein zum persönlichen Bereich eines Einzelnen beruht hier weniger auf der räumlichen Lage als auf der Anerkennung einer exklusiven Verfügungsmöglichkeit, die wiederum Ausfluss der Privatsphäre ist. Keinen Gewahrsam hat deshalb die Ehefrau an den Marihuanapflanzen, die ihr Mann in der ehelichen Wohnung anbaut[369]).

Gewahrsam aller Bewohner eines räumlich abgrenzbaren Bereichs besteht aber an den gemeinschaftlichen Sachen, etwa bei gemeinsamer Lagerhaltung von Rauschgift[370]). Zu einer gemeinschaftlichen Sache kann auch eine vorher im Alleingewahrsam gewesene Sache werden, etwa wenn der bisherige Alleingewahrsamsinhaber eine Mitverfügungsmacht einräumt. In einem vom deutschen Reichsgericht entschiedenen Fall beauftragte ein Bergmann seine Frau mit der Wegschaffung von Dynamitpatronen, die er zu einem früheren Zeitpunkt mit nach Hause genommen hatte. Durch die Annahme des Auftrags erlangte die Frau Mitgewahrsam an den vorher im Alleingewahrsam ihres Mannes befindlichen Patronen[371]).

c) Gewahrsam im Rahmen von Weisungsverhältnissen

An Sachen, die für einen anderen im Rahmen von Arbeits- und sonstigen Weisungsverhältnissen innegehabt werden, soll der Weisungsunterworfene nach der Lehre vom Gewahrsam als faktischer Verfügungsmacht nur nachgeordneten Mitgewahrsam haben[372]). Teilweise wird aber bei fehlender dauernder Kontrollmöglichkeit durch eine Aufsichtsperson Alleingewahrsam des Untergeordneten angenommen[373]).

Wenn man statt auf die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sache auf ihre Zugehörigkeit zu einer Privatsphäre abstellt, spielt es keine Rolle, ob der

---

[369]) OLG Celle StV 2000, 624; vgl auch KG Berlin StV 1985, 18, das einen Gewahrsam der Ehefrau mit der Begründung verneinte, dass „der Wille des einen Ehepartners zur alleinigen Sachherrschaft ... einem tatsächlichen Herrschaftsverhältnis beider Eheleute über diese Sache entgegen" gestanden sei; so auch *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1089; *Weber* BtMG[2] § 29 Rz 847 f; siehe ferner BGH StV 2000, 67; OLG Frankfurt StV 1987, 443; OLG Stuttgart MDR 1978, 595; LG Freiburg StV 1984, 250.

[370]) BGH StV 2000, 67; für Mitgewahrsam an den gemeinsam genutzten Sachen zB auch *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 86.

[371]) Vgl RGSt 12, 256.

[372]) IdS insbesondere die Rsp in Deutschland; Nachweise bei *Lackner/Kühl* StGB[25] § 242 Rz 13. Ferner *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 13 Rz 76.

[373]) *Bertel/Schwaighofer* BT I[8] § 127 Rz 16; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 87 ff; *Wegscheider/Sautner* RZ 2001, 15.

Umgang mit der Sache auf Weisung oder unter Aufsicht erfolgt. Einzig maßgebend ist, zu wessen Privatsphäre die Sache gehört:

An den Sachen innerhalb von Betriebsräumlichkeiten kommt grundsätzlich dem Inhaber der Räumlichkeiten der alleinige Gewahrsam zu, also derjenigen Person, die in letzter Hinsicht darüber entscheidet, was in den Räumlichkeiten geschieht, welche Gegenstände produziert und gelagert werden, wer Zugang zu den Räumlichkeiten hat usw. Ein Eindringen Dritter verletzt ihr Hausrecht und damit ihre Privatsphäre. Werden in einem Unternehmen Kernbrennstoffe aufbewahrt, ist daher im Regelfall der Inhaber der Betriebsräumlichkeiten der alleinige Gewahrsamsträger. Selbst der Inhaber eines Großunternehmens unterliegt dem Schutz des Hausrechts, sodass sich auch insoweit von einer Privatsphäre sprechen lässt. Handelt es sich bei dem Unternehmen um eine juristische Person, wird die Privatsphäre durch ihre Organe vermittelt, die dann Gewahrsam an den im Unternehmen befindlichen Sachen haben, falls nicht jemand anderem ein räumlich engerer Gewahrsam zukommt[374]).

Die bloße Benutzung eines Betriebsgebäudes als Arbeitsplatz, zB einer Werkstätte durch einen Mechaniker, begründet noch keine eigene private Sphäre an den Räumlichkeiten. Das zeigt sich auch darin, dass sich ein Dienstnehmer von einer behördlichen Durchsuchung der Betriebsräumlichkeiten nicht persönlich betroffen fühlen würde. Auch das Hantieren mit Werkzeugen, betrieblichen Erzeugnissen oder Abfällen innerhalb des Betriebsgeländes macht den Dienstnehmer noch nicht zu ihrem Gewahrsamsinhaber. Diese Vorgänge erfolgen erkennbar in betrieblichem Zusammenhang. Der Dienstnehmer führt die Gegenstände durch ihr Ergreifen nicht seiner Privatsphäre zu. Eine eigene Privatsphäre des Dienstnehmers besteht aber an einem räumlich abgegrenzten Arbeitsbereich, in dem er sich gleichsam „häuslich" eingerichtet hat[375]). Dieser private Bereich ist in gewissem Umfang auch vom Dienstgeber zu respektieren, der nicht ohne begründeten Anlass zB den Schreibtisch des Dienstnehmers durchsuchen darf. An einer in seinem Schreibtisch aufbewahrten Schusswaffe hat daher der Dienstnehmer alleine den Gewahrsam inne[376]).

Dem Dienstnehmer kommt weiters alleiniger Gewahrsam an jenen Gegenständen des Dienstgebers zu, die er außerhalb des Betriebsbereichs bei sich hat oder zB in seinem Haus aufbewahrt. Der Umstand, dass er die Sachen *für* den Dienstgeber *auf dessen Weisung* in seiner Privatsphäre hat, steht dem nicht entgegen. Vielmehr stellt auch die Besitzdienerschaft im zivilrechtlichen Sinn den Tatbestandserfolg der Besitzdelikte her. Bei den Delikten, die ein Besitzen in einer bestimmten Absicht erfordern, hängt die Strafbarkeit des Gewahrsamsträgers allerdings davon ab, dass er selbst die geforderte Absicht aufweist. Dabei braucht es ihm nicht darauf anzukommen, das beabsichtigte Verhalten *in eigener Person* vorzunehmen, also zB den vorrätig gehaltenen pornographischen Gegenstand selbst zu verbreiten. Es genügt seine Absicht,

---

[374]) Vgl dazu *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 29.

[375]) Vgl *Schmoller* SbgK § 109 Rz 44.

[376]) Für Gewahrsam einer Person an den Sachen „in ihrem Pult am Arbeitsplatz" auch *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 110.

dass ein anderer dieses Verhalten setzt[377]). Eine derartige Absicht eines Weisungsunterworfenen wird sich zwar nur selten feststellen lassen, ist aber auch nicht auszuschließen.

Im Gegensatz dazu wird von einzelnen Autoren vertreten, ein Besitzdiener könne sich überhaupt nicht wegen Besitzens in Form des Vorrätighaltens eines Tatobjekts strafbar machen. Nach dieser abzulehnenden Ansicht muss dem Täter eigene Verfügungsmacht in dem Sinne zukommen, dass er „über die beabsichtigte Verwendung zumindest mitbestimmen kann". Eine Person, die *für einen anderen* pornographische Schriften verwahrt, halte diese mangels eigener Verfügungsmacht nicht vorrätig[378]).

Entgegen dieser Ansicht ist es durchaus vorstellbar, dass im Einzelfall ein Weisungsunterworfener über die Verwendung der Sache mitentscheiden kann, zB wenn ihm ein maßgeblicher Einfluss auf den Hinterleger zukommt. Ausschlaggebend aber erscheint, dass – wenn man die Ansicht konsequent weiterdenkt – weder der Untergeordnete noch derjenige, für den er die Sache innehat, Gewahrsam hätte. Der Hinterleger wäre also nicht einmal nach dem österreichischen Einheitstätersystem als Beteiligter (am Gewahrsam des Untergeordneten) strafbar. Und das allein deshalb, weil der Untergeordnete die Sache nicht für sich selbst, sondern für einen anderen in seiner Sphäre hat. Nur deswegen das Vorliegen von Gewahrsam zu verneinen, ist nicht begründbar.

Ebenso wenig beeinflussen verwaltungsrechtliche Genehmigungspflichten die Tatbestandsmäßigkeit eines weisungsabhängigen Gewahrsams. Gewiss ist der weisungsunterworfene Gewahrsamsinhaber nicht verpflichtet, selbst die Genehmigung zB für das Sammeln gefährlicher Abfälle in der Zweigniederlassung einzuholen. Diese Pflicht trifft alleine den Geschäftsführer des Abfallverwertungsunternehmens, wobei eine ihm erteilte Genehmigung dann auch für den Weisungsunterworfenen wirkt. Aus dem Umstand, dass der Weisungsunterworfene nicht der Adressat der Genehmigungspflicht ist, kann jedoch nicht geschlossen werden, sein Gewahrsam unterfalle von vornherein nicht dem Tatbestand[379]). In der Praxis wird eine Strafbarkeit des Untergeordneten häufig daran scheitern, dass er irrtümlich meint, eine Genehmigung sei vorhanden, oder dass er gar keine Kenntnis von der Genehmigungspflicht hat. Wenn sich aber sein Vorsatz auf das Fehlen einer Genehmigung bezieht, dann ist die Situation nicht anders, als wenn ein Angestellter im Auftrag seines Dienstgebers vorsätzlich unerlaubt gefährliche Abwässer ablässt. Auch hier ändert es nichts an der *Tatbestandsmäßigkeit* des Verhaltens, dass der Angestellte die Genehmigung nicht selbst einzuholen hatte. Allenfalls handelt er gerechtfertigt oder entschuldigt. Für einen genehmigungspflichtigen Besitz kann insoweit nichts anderes gelten, sonst wäre die Ausgestaltung der Besitzverhältnisse als weisungsgebundener Gewahrsam ein bequemer Ausweg zur Vermeidung einer Besitzstrafbarkeit. Die Besitzdienerschaft im zivilrechtlichen Sinn stellt somit generell den tatbestandsmäßigen Erfolg der Besitzdelikte her.

---

[377]) Vgl RGSt 35, 317.

[378]) *Eckstein* Besitz 117; *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 46.

[379]) In diese Richtung aber *Eckstein* Besitz 120 f.

5. Erfordernis eines subjektiven Gewahrsamselements?

Überwiegend wird ein Herrschaftswille als unabdingbar für das Vorliegen von Gewahrsam gehalten[380]). Allerdings seien an diesen „keine hohen Anforderungen" zu stellen. Der Gewahrsamsinhaber brauche sich nicht ständig seiner Herrschaft über die Sache bewusst zu sein, es müsse ihm nicht einmal mitbewusst sein, dass sich die konkrete Sache in seinem Herrschaftsbereich befindet. Ausreichend sei ein „genereller Herrschaftswille", der sich auf alle Gegenstände in seinem Haus, seiner Wohnung, seiner Handtasche oder seinem Auto erstreckt, gleichgültig, ob sich die Gegenstände bereits dort befinden oder ob sie erst künftig dorthin gelangen[381]). Das Vorhandensein eines „generellen Herrschaftswillens" wird dabei anhand der Verkehrsauffassung festgestellt. Es wird also nicht geprüft, ob der betreffende Wohnungsinhaber tatsächlich alle in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände beherrschen will, sondern ein solcher Wille wird einfach unterstellt. Nicht einmal ein ausdrücklich entgegenstehender Wille würde danach den Gewahrsam des Wohnungsinhabers ausschließen[382]).

Allerdings soll sich der „generelle Herrschaftswille" nicht auf solche Sachen beziehen, die ungewollt in den eigenen Herrschaftsbereich gelangt sind und die man unter normalen Umständen nicht haben will[383]) – ein Aspekt, der auf die meisten Tatobjekte der Besitzdelikte zutrifft, deren Besitz ein rechtstreuer Bürger lieber von vornherein vermeidet. Zum Gewahrsam komme es in diesen Fällen erst dann, wenn der Beherrscher der Sphäre erfährt, dass sich die Sache in seinem Herrschaftsbereich befindet. Wiederum ist nicht der tatsächliche Wille des Rauminhabers festzustellen, sondern auch das Fehlen eines Herrschaftswillens wird präsumiert[384]). Sogar ein Waffennarr, der bereits eine Reihe von Waffen unerlaubt besitzt, würde danach erst mit der Entdeckung der Waffe, die ein anderer in seinen Garten geworfen hat, zum Gewahrsamsinhaber, mag er ein solches Ereignis auch erhofft haben.

Teilweise wird aber für den Gewahrsam an ungewollt erlangten Sachen mehr verlangt als deren Entdeckung im eigenen Herrschaftsbereich; erst ein

---

[380]) ZB OGH RZ 1997/50; EvBl 1996/53; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 127 Rz 21, 24; *Lewisch* BT I[2] 148; BGH GA 1962, 78; OLG Zweibrücken NStZ 1986, 558; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 242 Rz 10; *Ruß* LK[11] § 242 Rz 21; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 29; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 242 Rz 13; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 75 ff; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 112; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 13 Rz 77. Dagegen halten einen Herrschaftswillen für überflüssig: RGSt 56, 207; *Bertel* WK[2] § 127 Rz 10 ff; *Bittner* Gewahrsam 142 ff; *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 26; *Ostheimer* Gewahrsam 40 ff; *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 56. Nach *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 75 hat der Herrschaftswille „zumindest in Grenzfällen eine Bedeutung als ergänzendes Korrektiv".

[381]) *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 30; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 75 u 77; BGE 119 IV 266.

[382]) Vgl *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 30; aA aber *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 75; *Noll* BT I 134.

[383]) Vgl *Ruß* LK[11] § 242 Rz 23; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 77; *Trechsel* StGB[2] Art 139 Rz 5.

[384]) Siehe nur *Ruß* LK[11] § 242 Rz 23.

wirklicher Herrschaftswille soll diese Situation zum Gewahrsam machen[385]). *Eckstein* umschreibt den hiernach erforderlichen Herrschaftswillen negativ: Der Sachinhaber weise diesen Willen auf, wenn er *nicht* beabsichtigt, sich der ungewollt erlangten Sache alsbald zu entledigen. Wer ungewollt an Betäubungsmittel gelangt ist und gleich nach ihrer Entdeckung beschließt, sie alsbald zu vernichten oder bei der Polizei abzuliefern, habe mangels Herrschaftswillens solange keine Sachherrschaft, bis der Zeitraum verstrichen ist, in dem er sich der Betäubungsmittel noch „alsbald" entledigen könnte. Mit dem Verstreichen dieses Zeitraums erwerbe er die tatsächliche Sachherrschaft über die Betäubungsmittel und die Absicht, sich des Betäubungsmittels unverzüglich zu entledigen, nütze ihm nichts mehr. Wer eine solche Absicht überhaupt nicht oder erst später fasst, dem komme dagegen bereits ab Entdeckung der Betäubungsmittel die Sachherrschaft zu[386]).

Nach diesem Verständnis des Herrschaftswillens ist die Sachherrschaft von einem Unterlassen abhängig, falls nach der Sachentdeckung eine entsprechende Absicht gefasst wird. Das dem Entschluss nachfolgende Unterlassen, die Absicht in die Tat umzusetzen, ist dann Teil des tatbestandsmäßigen Erfolgs, das erst die Innehabung der ungewollt erlangten Sache zur tatsächlichen Sachherrschaft macht. Hintergrund dieser Konzeption ist der Versuch, die Besitzdelikte als „Zustandsdelikte" iS einer Haftung für einen bloßen Zustand zu etablieren. Durch die teilweise Einbeziehung eines Unterlassens in den Tatbestandserfolg wird jedoch die dogmatische Struktur der Besitzdelikte unnötig verkompliziert. Der tatbestandsmäßige Erfolg eines Deliktes sollte unabhängig von einem Tun oder Unterlassen des Täters feststellbar und klar vom tatbestandsmäßigen Verhalten unterschieden sein.

Der Konzeption der Sachherrschaft als teilweises Unterlassen und den Fiktionen eines Herrschaftswillens ist es vorzuziehen, bei Gegenständen innerhalb einer Privatsphäre auf ein subjektives Gewahrsamselement zu verzichten und die Zuordnung allein nach den objektiven Gegebenheiten vorzunehmen[387]). Auch an ungewollt erlangten Sachen hat man Gewahrsam, sobald sie in die eigene Privatsphäre gelangt sind. Die fehlende Kenntnis dieses Umstands ändert nichts daran, dass sich die Sachen in der eigenen Privatsphäre befinden.

Der Verzicht auf einen Herrschaftswillen hat den Vorteil, dass die aus diesem Erfordernis resultierenden Unstimmigkeiten wegfallen. Es ist nämlich schwer zu erklären, weshalb eine äußerlich gleiche Situation, wie das Vorhandensein einer verbotenen Sache in einem Raum, einmal ganz unabhängig von der Kenntnis des Rauminhabers als Gewahrsam zu beurteilen sein soll, nämlich wenn der Rauminhaber mittlerweile auf ihre Existenz vergessen

---

[385]) *Eckstein* Besitz 103 ff; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 30 aE, der einen Entschluss, die Sache zu beherrschen, fordert; vgl auch KG Berlin StV 1985, 18; *Baae* NStZ 1987, 215; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1102.

[386]) Besitz 104 ff. Vgl auch *Baae* NStZ 1987, 215; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1102.

[387]) Für den in Ausnahmefällen möglichen Gewahrsam an Gegenständen *außerhalb* einer Privatsphäre kommt dagegen den subjektiven Gegebenheiten eine wichtige Einschränkungsfunktion zu; unten 6.

hat[388]), während an einer ohne sein Zutun hineingelangten Sache Gewahrsam erst mit ihrer Entdeckung entstehen soll. Der Gewahrsam ist ein Zustand, für den es keinen Unterschied machen kann, ob der Wohnungsinhaber selbst dafür kausal geworden ist oder ob es zu diesem Zustand ohne sein Zutun gekommen ist. Von der Art der Entstehung der Sachherrschaft sollte der Gewahrsam jedenfalls nicht abhängig gemacht werden.

Nicht schlüssig erscheint ferner, dass es nach jener Ansicht, die einen Herrschaftswillen verlangt, gleichgültig ist, falls der Wohnungsinhaber die *ungewollt* erlangte Sache bald nach ihrer Entdeckung wieder vergisst. Er hätte nun dennoch Gewahrsam an ihr kraft eines „generellen Herrschaftswillens", während vor der Entdeckung der Sache kein Gewahrsam bestehen soll. Das ist nicht konsequent, weil sich die Situation in subjektiver Hinsicht kaum unterscheidet. Hinzu kommt, dass ja auch an Sachen, die ein anderer in einem fremden Herrschaftsbereich verliert, aufgrund eines „generellen Herrschaftswillens" Gewahrsam entstehen soll[389]). Für diesen sogenannten subsidiären Gewahrsam soll es offenbar weder auf die Entdeckung des Gegenstands durch den neuen Gewahrsamsinhaber noch auf die Art des Gegenstands ankommen. Die Annahme von Gewahrsam kann aber wohl nicht danach differieren, ob die Schusswaffe vom anderen in der fremden Wohnung *vergessen* wurde oder ob er sie *bewusst* zurückgelassen hat.

Für den Gewahrsam an Gegenständen innerhalb einer Privatsphäre erweist sich ein subjektives Element somit als entbehrlich. Daher hat der Rauminhaber sofortigen Gewahrsam auch an jenen Gegenständen, die von einem anderen heimlich in seinem privaten Bereich versteckt wurden[390]). Selbst wenn der andere gegen ein ausdrückliches Verbot verstoßen hat, die Sache in der Wohnung zu hinterlassen, wirkt sich das nicht auf die Gewahrsamslage aus[391]).

Zur Vermeidung von Missverständnissen ist erneut zu betonen, dass mit der Bejahung von Gewahrsam noch nicht über die Strafbarkeit des Gewahrsamsinhabers entschieden ist. Seine Strafbarkeit hängt insbesondere davon ab, ob er sich tatbestandsmäßig verhält und ob sich sein Vorsatz (oder seine Fahrlässigkeit) auf den Gewahrsam am konkreten Gegenstand bezieht.

---

[388]) AA allerdings *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 13 Rz 72 (Für Gewahrsam an der im eigenen Bereich vergessenen Sache müsse sich der Gewahrsamsinhaber zumindest „alsbald mit Bestimmtheit erinnern können, wo sich die Sache befindet".).

[389]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 78 f; *Ruß* LK[11] § 242 Rz 20; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 28; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 111; *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 68; vgl auch *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 13 Rz 73.

[390]) Im Ergebnis ebenso *Roeder* ÖJZ 1966, 376; *Hoyer* SK[6] § 242 Rz 36; *Kindhäuser* NK § 242 Rz 44; *Schubarth/Albrecht* BT 2 Art 137 Rz 65. Dagegen für Alleingewahrsam *des Täters* bei ungehinderter Zugangsmöglichkeit zum Versteck: *Ruß* LK[11] § 242 Rz 20; *S/S-Eser* StGB[26] § 242 Rz 24 u 26. Generell gegen einen Gewahrsam des Inhabers des Herrschaftsbereichs: *Noll* BT I 133; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 110.

[391]) AA *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 75.

6. Gewahrsam außerhalb einer Privatsphäre

In besonderen Konstellationen ist Gewahrsam auch an Sachen möglich, die sich in niemandes Privatsphäre befinden. Für den Gewahrsam an einer Sache außerhalb einer Privatsphäre kommt es zunächst auf den objektiven Erklärungswert des Vorhandenseins der Sache am jeweiligen Ort an. Der funktionale Zusammenhang zwischen der Art der Sache und ihrem Standort[392]) muss darauf schließen lassen, dass derjenige, der die Sache dorthin gebracht hat oder für den dies geschehen ist, über die Sache möglicherweise noch verfügen wird. Es handelt sich deshalb nicht um Gewahrsam, wenn die Sache für einen objektiven Dritten als verloren oder als derelinquiert erscheint, wie bei einem am Straßenrand liegenden Päckchen oder bei wilden Müllablagerungen auf einem der Allgemeinheit frei zugänglichen Grundstück. Dagegen ist bei einem am Straßenrand abgestellten Auto idR von fortbestehendem Gewahrsam auszugehen. Eine Rolle spielt freilich auch, ob das Auto versperrt, noch mit einer Kennzeichentafel versehen ist usw[393]).

Zum Gewahrsam wird diese Situation aber erst durch das Hinzutreten eines subjektiven Gewahrsamselements: Dem Gewahrsamsinhaber muss bewusst sein, wo sich die Sache befindet[394]). Nur solange ihm der Standort der Sache zumindest latent bewusst ist, erfolgt die Annahme, er werde über die Sache vielleicht noch eine Verfügung treffen, zu Recht.

Aber auch darüber hinaus wirken sich die subjektiven Gegebenheiten auf das Vorhandensein von Gewahrsam außerhalb der Privatsphäre aus: Der Entschluss, die Sache nicht mehr haben zu wollen, beseitigt den Gewahrsam für gewöhnlich noch nicht. Bei einer Sache *innerhalb* der Privatsphäre muss sich der Preisgabewille vielmehr in einer Handlung manifestieren, durch welche die Sache aus dem eigenen Bereich verbracht wird. Erst damit endet der Gewahrsam[395]). Anders ist das bei einer Sache *außerhalb* der Privatsphäre. Bei dieser erscheint eine objektive Manifestation des Preisgabewillens als entbehrlich, weil sich die Sache ohnehin bereits außerhalb des eigenen Bereichs befindet.

Man könnte allerdings daran denken, zumindest solange von einem fortbestehenden Gewahrsam auszugehen, als der bisherige Gewahrsamsinhaber den Standort der Sache kennt. Dagegen spricht jedoch, dass der Fortbestand von Gewahrsam nicht von der Gedächtnisleistung abhängen sollte. Mit dem Entschluss, die Sache preiszugeben, hat der Gewahrsamsinhaber seine Beziehung zur Sache innerlich gelöst, er sieht sich für sie nicht mehr als „zuständig" an. Diese Loslösung braucht er äußerlich nicht nachzuvollziehen, weil die Lage der Sache alleine mit ihm nicht in Verbindung gebracht werden kann. Es kann sogar sein, dass sich die Lage der Sache gar nicht verändern lässt. Auch in diesem Fall muss es möglich sein, die Sache preiszugeben, was

---

[392]) Vgl *Noll* BT I 133; *Trechsel* StGB[2] Art 139 Rz 4.

[393]) Vgl *Ruß* LK[11] § 242 Rz 19; *Wessels/Hillenkamp* BT 2[27] § 2 Rz 80; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 111.

[394]) So auch *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 75 u 80; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 110.

[395]) Vgl RGSt 56, 207; OLG Braunschweig GA 1978, 245; *Ruß* LK[11] § 242 Rz 22.

eben nur durch einen entsprechenden Entschluss geschehen kann. Die Preisgabe des Gewahrsams ist schließlich von der *Dereliktion* einer Sache zu unterscheiden. An die Dereliktion als Aufgabe des *Eigentums* sind strengere Anforderungen zu stellen. Sie bedarf auf jeden Fall eines äußeren Verhaltens, das den Preisgabewillen nach außen kundgibt[396]). Für die Preisgabe des Gewahrsams genügt hingegen der Wille, den Gewahrsam aufzugeben. Er beseitigt die lose faktische Verbindung einer Person zu einer Sache außerhalb ihres Herrschaftsbereichs[397]).

Für den Gewahrsam an Sachen außerhalb einer Privatsphäre sind damit subjektive Elemente in zweifacher Hinsicht relevant: Dem Gewahrsamsinhaber muss der Standort der Sache zumindest mitbewusst sein. Sein Wille, die Sache nicht mehr haben zu wollen, beseitigt den bis dahin bestehenden Gewahrsam. Aufgrund des letztgenannten Erfordernisses gibt es an Sachen außerhalb der Privatsphäre keinen aufgedrängten Gewahrsam.

Die Maßgeblichkeit subjektiver Elemente für den objektiven Tatbestand ist übrigens dem Strafrecht auch sonst nicht fremd. Sie spielt beispielsweise dort eine Rolle, wo sich die Bedeutung eines Verhaltens erst aus den subjektiven Gegebenheiten auf Seiten des Täters erschließt. Ein einprägsames Beispiel ist die Tathandlung „dem Wild nachstellen" bei der Jagdwilderei. Sie umfasst „alle Handlungen, die darauf gerichtet sind, das Töten, Verletzen oder Zueignen von Wild ... zu ermöglichen"[398]). Ob ein Umherfahren im Revier oder das freie Laufenlassen eines Hundes einem dieser Zwecke dient, lässt sich aufgrund der äußeren Umstände häufig nicht mit hinreichender Sicherheit sagen. Es muss dann bereits zur Feststellung der Tathandlung auf den Vorsatz des Täters rekurriert werden. Aus ihm erst ergibt sich der äußere Handlungssinn[399]).

Solche subjektiven Elemente im objektiven Tatbestand führen nicht zu einer „Vorsatzverdoppelung" auf der subjektiven Tatseite[400]). Es sind lediglich Teile des Tatvorsatzes mehrfach relevant, eben für den objektiven und den subjektiven Tatbestand. Wenn jemand auf freiem Feld einen verbotenen Gegenstand vergraben hat, hängt das Vorliegen von Gewahrsam davon ab, dass er das Versteck noch kennt und sich nicht dazu entschlossen hat, die Sache aufzugeben. Die Kenntnis des Verstecks sowie des Umstands, dass er selbst die Sache dort vergraben hat, begründet zugleich seinen Vorsatz auf den Gewahrsam. Ein entsprechender Preisgabewille würde sowohl seinen Gewahrsam als auch seinen Vorsatz bezüglich des Gewahrsams ausschließen.

---

[396]) ZB *Spielbüchler* in *Rummel* ABGB 1³ § 385 Rz 2 f.

[397]) IdS auch *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 127 Rz 75.

[398]) *Kienapfel* BT II³ § 137 Rz 15.

[399]) Vgl RGSt 48, 321 zur früheren Tathandlung des „Schießens" in § 367 Z 8 dStGB aF. Allgemein zur Unmöglichkeit einer strikten Trennung von objektivem und subjektivem Tatbestand *Mir Puig* GS Armin Kaufmann 265 ff mit weiteren Beispielen.

[400]) AA *Eckstein* Besitz 109, der den Herrschaftswillen ebenfalls als Gegenstand des Vorsatzes ansieht.

7. Zusätzliche Anforderungen beim Feilhalten, Führen und Tragen

Wie unter II. dargestellt[401]), erfassen einzelne Tathandlungen nicht den Besitz schlechthin, sondern sind auf eine bestimmte Modalität des Besitzens beschränkt. Insbesondere beim Feilhalten, Führen und Tragen begründet nicht jede Form von Gewahrsam den tatbestandsmäßigen Erfolg, vielmehr muss der Gewahrsam auf spezifische Weise ausgestaltet sein.

Das Feilhalten als äußerlich erkennbares Bereithalten der Sache zu Verkaufszwecken erfordert, dass sich die Verkaufsabsicht des Täters nach außen hin dokumentiert. Es handelt sich dabei um ein zusätzliches Tatbestandserfordernis, das sich entweder aus dem Standort der Ware ergeben kann – sie ist in dem Publikum zugänglichen Verkaufsräumen, in einem Schaufenster oder in einer Verkaufsvitrine ausgestellt – oder aus einem mündlichen oder schriftlichen Verkaufsangebot an das Publikum[402]). Im letzten Fall wird ein Teil des tatbestandsmäßigen Erfolgs, die äußerliche Erkennbarkeit der Verkaufsabsicht, durch eine weitere Tathandlung, das Stellen eines entsprechenden Angebots, herbeigeführt.

Die Definitionen des Waffenführens bzw -tragens nehmen das Bei-sich-Haben einer Waffe innerhalb der eigenen privaten Räumlichkeiten aus[403]). Der Deliktserfolg besteht daher im Gewahrsam an einer Waffe außerhalb der aufgezählten Bereiche. Da der Täter die Waffe „bei sich" haben muss, verwirklicht nur ein räumlich enges Naheverhältnis zur Waffe den Tatbestandserfolg. Darunter fällt auch das Mitführen der Waffe im Handschuhfach oder auf der Rückbank des Autos[404]), weil der Täter auf eine dort befindliche Waffe ohne größeren Zeitaufwand greifen kann, solange er sich im Auto oder in dessen Nähe befindet.

Bei den durch das Bei-sich- oder Mit-sich-Führen einer Waffe qualifizierten Delikten ist auch ein Gewahrsam innerhalb der eigenen häuslichen Privatsphäre des Täters tatbestandsmäßig. Der räumlich enge Gewahrsam muss *bei* Begehung des qualifizierten Delikts, dh im Zeitraum zwischen dem Versuch und der Vollendung dieses Delikts, vorliegen[405]).

Das nach § 60 Abs 1 Z 6 dLuftverkehrsG strafbare An-sich-Tragen bestimmter gefährlicher Güter erfordert einen räumlich engen Gewahrsam an einem solchen Gut an Bord eines Luftfahrzeugs. Erst wenn sich der Täter mit dem in seinen körperlichen Nahbereich gebrachten Gegenstand an Bord befindet, ist der Deliktserfolg hergestellt[406]).

---

[401]) A.3. und 4.

[402]) Vgl *E/K-Freytag* LMBG § 7 Rz 12.

[403]) Nach § 7 Abs 2 WaffG ist auch das Bei-sich-Haben der Waffe im privaten Lebensbereich *eines anderen* kein Führen, wenn dieser damit einverstanden ist. In Deutschland ist für diesen Fall eine Ausnahme von der Waffenscheinpflicht vorgesehen; § 12 Abs 3 Z 1 dWaffG.

[404]) *Scholzen* BM 1989, 63.

[405]) Näher bei FN 133.

[406]) Ausdrücklich unter Strafe gestellt ist auch das Mit-sich-Führen im Handgepäck; § 60 Abs 1 Z 6 dLuftverkehrsG; siehe auch Z 8 leg cit.

Nur eine ganz spezifische Gewahrsamskonstellation, nämlich das Anhaben der Uniform bzw das An-sich-Haben des Amtsabzeichens in der vorgesehenen Form, wird vom unbefugten Tragen einer inländischen oder ausländischen Uniform oder eines Amtsabzeichens gem § 132a Abs 1 Z 4 dStGB erfasst. Das Gewahrsamsverhältnis muss darüber hinaus in der Öffentlichkeit bestehen und geeignet sein, die Allgemeinheit über die Trageberechtigung zu täuschen. An dieser Eignung fehlt es, wenn das Tragen erkennbar zur Maskerade erfolgt[407]). Mangels Täuschungseignung wäre es auch nicht tatbestandsmäßig, die Uniform in einem Koffer zu tragen oder das Amtsabzeichen in der Hand zu halten.

Um ein unbefugtes Führen der deutschen Bundesflagge oder einer Dienstflagge durch den Führer eines Seeschiffs (§ 15 Abs 2 dFlaggenrechtsG) handelt es sich schließlich nur dann, wenn die Flagge nach außen sichtbar und in der vorgesehenen Form am Seeschiff angebracht ist.

D. Die Herbeiführung von Gewahrsam durch aktives Tun

1. Allgemeines

Der früheste Zeitpunkt, zu dem die Besitzstrafbarkeit eingreifen kann, ist die Herbeiführung von Gewahrsam am Tatobjekt. Wenn bereits die Gewahrsamserlangung ein Besitzen darstellt, handelt der Täter tatbestandsmäßig, sobald er eine Handlung vornimmt, die unmittelbar darauf gerichtet ist, Gewahrsam am Tatobjekt zu begründen. Mit dem Vorliegen von Gewahrsam ist das Besitzdelikt vollendet, bis dahin nur versucht.

Diese Interpretation liegt noch innerhalb der Wortlautgrenze von „Besitzen". Zwar meint „Besitzen" wörtlich genommen nur den Zustand des Besitzes als solchen, das Haben einer Sache. Soweit „Besitzen" als Tathandlung fungiert, muss jedoch versucht werden, den Zustand des Besitzes, den das Besitzen dem Wortlaut nach bezeichnet, auf ein Verhalten des Täters zurückzuführen. Zieht man dafür bereits jene Handlung heran, durch die der Täter das Haben der Sache bewirkt, wird die Wortlautgrenze nicht überschritten, denn auch danach liegt ein *vollendetes* Besitzen erst in dem Zeitpunkt vor, in dem das Gewahrsamsverhältnis hergestellt ist. Für sich genommen ist die Besitzbegründungshandlung nur der Versuch, die Sache zu haben. Ob dieser Versuch strafbar ist, wenn es nicht zum Erfolgseintritt kommt, richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Versuchsstrafbarkeit[408]). Als ein Gesamtes lässt sich aber die Herbeiführung des Zustands des Besitzes als „Besitzen" bezeichnen.

Aber auch mit dem Wortlaut jener Tathandlungen, die einen speziell ausgestalteten Gewahrsam erfordern, ist diese Auslegung vereinbar. Wenn man die Besonderheiten des Deliktserfolgs beachtet[409]), lässt sich auch den Tathand-

---

[407]) ZB *Lackner/Kühl* StGB[25] § 132a Rz 8; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 132a Rz 18.

[408]) Nicht zutreffend ist die Aussage im JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3, dass ein strafbarer Versuch des Besitzens begrifflich nicht möglich sei.

[409]) Oben C.7.

lungen „Feilhalten", „Führen" und „Tragen" die Herbeiführung von Gewahrsam subsumieren. Ein Feilhalten ist bereits darin zu sehen, dass der Täter den Gegenstand auf eine Weise aufstellt, die seine Verkaufsabsicht nach außen hin zu erkennen gibt, also in der Begründung eines entsprechend publiken Gewahrsams. Als Tragen eines Amtsabzeichens ist schon das Anbringen des Zeichens an der eigenen Kleidung in der Öffentlichkeit oder das Verlassen der privaten Räumlichkeiten mit dem zuvor befestigten Zeichen zu qualifizieren. Auch eine Waffe wird geführt, sobald mit ihr das Haus (einschließlich einer bestehenden Einfriedung) verlassen wird[410]); durch dieses Tun wird der räumlich enge Gewahrsam an der Waffe außerhalb der eigenen Räumlichkeiten begründet.

Gegen die Einbeziehung der Gewahrsamsbegründung wird allerdings eingewendet, sie sei aus systematischen Gründen nicht möglich, weil die Besitzverschaffung jeweils durch eine eigene Tathandlung erfasst werde[411]).

Eine Durchsicht der Besitzdelikte zeigt, dass bereits die Annahme, die Besitzverschaffung sei stets eigens mit Strafe bedroht, nicht zutrifft[412]). Zwar sehen die meisten Tatbestände eine gesonderte Tathandlung für die Besitzverschaffung vor. Ausdrücklich mit Strafe bedroht ist danach auch, wer den inkriminierten Gegenstand „an sich bringt", „erwirbt", „bezieht", „übernimmt" oder „sich verschafft". Diese Tatbestandsfassung ist aber nicht durchgängig. Beispielsweise ist nach § 177b Abs 1 StGB zu bestrafen, wer unerlaubt Kernmaterial oder radioaktive Stoffe von gewisser Gefährlichkeit „aufbewahrt, befördert, bearbeitet, verarbeitet oder sonst verwendet, in das Inland einführt, aus dem Inland ausführt oder durch das Inland durchführt"[413]). Eine eigene Tathandlung für den unerlaubten Erwerb findet sich nicht darunter. Gegen die Einbeziehung der Gewahrsamsbegründung in das Aufbewahren lässt sich also nicht einwenden, das entsprechende Tun sei bereits anderweitig unter Strafe gestellt. Ein weiteres Beispiel für einen Tatbestand, der keine eigene Tathandlung für die Besitzbegründung kennt, ist § 50 WaffG. Nach diesem Tatbestand ist es strafbar, unbefugt bestimmte Waffen zu besitzen oder zu führen. Nur wenn es sich um Kriegsmaterial handelt, ist der Erwerb gesondert pönalisiert (§ 50 Abs 1 Z 4 WaffG). Würde man das Gewahrsam begründende Tun nicht dem Besitzen subsumieren, wäre derjenige, der sich unerlaubt eine „Pumpgun", einen „Totschläger" oder eine andere verbotene Waffe beschafft, erst wegen des anschließenden Unterlassens, den Besitz aufzugeben, strafbar.

Aber selbst bei der Mehrzahl der Tatbestände mit eigener Tathandlung für die Besitzbegründung ergibt sich aus dieser kein zwingendes Gegenargument. Manche dieser Tathandlungen erfassen gar nicht alle Fälle der Gewahrsamsbegründung, sondern sind auf eine Gewahrsamsbegründung im Einverständnis mit dem vorherigen Gewahrsamsinhaber beschränkt[414]). Eine einseiti-

---

[410]) So auch *Eckstein* Besitz 215.

[411]) *Struensee* FS Grünwald 717 mVa *Lagodny* Strafrecht 325, der dies in dieser Allgemeinheit allerdings nicht ausdrücklich behauptet.

[412]) Vgl dazu auch *Eckstein* Besitz 212 f.

[413]) Nahezu wortgleich § 328 Abs 1 dStGB.

[414]) ZB *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 184 Rz 59 iVm Rz 44 für das „Beziehen" von harter Pornographie.

ge Gewahrsamsbegründung, etwa durch Diebstahl oder Fund, lässt sich bei diesen Tatbeständen allenfalls über die Besitz-Tathandlung erfassen. Selbst wenn es zu einer Überschneidung kommt, handelt es sich nicht um ein Problem, das schon auf der Tatbestandsebene zu lösen wäre. Eine doppelte Anlastung desselben Unrechts, einmal zB als Erwerben oder Sich-Verschaffen des Tatobjekts und das andere Mal als Besitzen, ist vielmehr mit Hilfe der Konkurrenzlehre zu vermeiden[415]). Häufig wird dabei von einem Vorrang der Besitz-Begründungshandlung ausgegangen, weil das Besitzen nur ein Auffangtatbestand ist[416]). Wie man das Konkurrenzverhältnis letztlich auch löst, wesentlich ist, dem Täter die Besitzbegründung nicht zweimal – unter dem Aspekt des Erwerbs und jenem des Besitzes – zum Vorwurf zu machen. Berücksichtigt man diese Grundregel der Konkurrenzlehre, spricht nichts dagegen, bereits in der Begründung von Gewahrsam ein Besitzen zu sehen[417]).

Für diese Interpretation lassen sich auch gute Gründe anführen. Der erste Grund ist, dass die Gewahrsamsbegründung durch aktives Tun den Normalfall des Besitzbeginns darstellt. Trotz der Möglichkeit, ungewollt in den Gewahrsam einer Sache zu geraten, ist es meist der Besitzer selbst, der den Gewahrsam an der Sache bewirkt hat. Da er durch die Gewahrsamsbegründung für die gesamte Dauer seines Gewahrsams ursächlich wird, liegt es nahe, das tatbestandsmäßige Verhalten bereits darin, nicht allein im Unterlassen der Gewahrsamsaufgabe zu sehen. Denn diese Handlung löst die mögliche Strafbarkeit wegen Unterlassens überhaupt erst aus.

Der zweite Grund ist kriminalpolitischer Natur: Es wäre schwer verständlich, könnte derjenige, der Gewahrsam am Tatobjekt begründet, erst wegen des Unterlassens der Gewahrsamsaufgabe belangt werden, wie der erwähnte Erwerber einer verbotenen Waffe, der noch beim Kauf gestellt wird. Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens greift ja nicht stets sofort mit dem Vorliegen von Gewahrsam ein. Vielmehr muss es dem Gewahrsamsinhaber möglich und zumutbar gewesen sein, den Gewahrsam zu beenden. Ist der Versuch des Besitzdelikts nicht unter Strafe gestellt, schiebt sich der Beginn der Unterlassensstrafbarkeit noch weiter hinaus. Dann macht sich der Gewahrsamsinhaber erst strafbar, wenn die Vornahme der gebotenen Handlung den Gewahrsam beendet hätte, weil sein Unterlassen erst in diesem Zeitpunkt für die Fortdauer seines Gewahrsams kausal geworden ist[418]). Wenn Strafverfolgungsorgane den Gewahrsamsinhaber bereits beim Kauf eines Tatobjekts beobachten, müssten sie also mit einem Einschreiten zuwarten, bis die Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit vorliegen. Das wäre nicht plausibel.

Eine weitere Stütze findet diese Argumentation in jenen Tatbeständen, in denen der Besitz in Kombination mit einem bestimmten Unterlassen für straf-

---

[415]) Vgl *Eckstein* Besitz 212 f.

[416]) ZB *Kienapfel/Schmoller* BT III § 207a Rz 29; *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1148 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp; *Weber* BtMG[2] § 29 Rz 904; *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 143. AA – für echte Konkurrenz – zB *Triffterer* SbgK § 177a Rz 65; BGHSt 29, 184.

[417]) Für die Möglichkeit einer Überschneidung von Erwerb und Besitz von Betäubungsmitteln auch OLG Hamburg NJW 1975, 1472.

[418]) Siehe dazu auch unten bei FN 633.

bar erklärt ist[419]). Diese Tatbestände haben nicht nur die Funktion zu präzisieren, *welche* Handlung vorgenommen werden muss, um sich nicht wegen Besitzes strafbar zu machen. Aus einer solchen Tatbestandsfassung folgt auch, dass der Gesetzgeber die Besitzbegründung selbst straflos lassen wollte. Wer zB eine Schusswaffe oder eine verbotene Waffe findet, begründet schon durch das Einstecken der Waffe Gewahrsam daran. Gem § 42 Abs 2 WaffG darf er aber die Waffe bis zu zwei Tage lang, und zwar bis zur unverzüglichen Anzeige und Ablieferung des Fundes bei der Behörde, besitzen. Die An-sich-Nahme der Waffe ist folglich noch nicht strafbar. Aus solchen Tatbeständen lässt sich der – freilich nicht zwingende – Umkehrschluss ziehen, dass die *nicht* ausdrücklich als Unterlassungsdelikte ausgestalteten Besitztatbestände auch die Gewahrsamsbegründung umfassen.

2. Ausnahme bei Gewahrsamsbegründung zur Gefahrenbeseitigung?

Immer wieder liegen den Gerichten Fälle zur Entscheidung vor, in denen Gewahrsam an einem Tatobjekt gerade zu dem Zweck begründet wurde, dieses sobald wie möglich zu vernichten oder der Behörde zu übergeben. Oft sind die Täter Angehörige des vormaligen Besitzers. Zufällig oder aufgrund gezielter Suche entdecken sie bei ihm Suchtmittel oder Waffen und nehmen sie an sich, um sie zu beseitigen. Auf diese Weise wollen sie ihrem Angehörigen helfen, von seiner Sucht loszukommen, oder ein Auffinden der Sachen durch die Polizei verhindern. Besitz an Suchtmitteln wurde aber auch schon begründet, um sie der Polizei zuzuspielen oder um die Behörde auf den Heroinhandel in einer Justizvollzugsanstalt aufmerksam zu machen[420]).

Da bei sofortiger Vernichtung des Tatobjekts, etwa von Suchtgift durch Hinterspülen im WC[421]), kein eigener Gewahrsam entsteht[422]), kann eine Strafbarkeit wegen Besitzes nur dann eingreifen, wenn eine sofortige Vernichtung nicht durchführbar ist oder aus sonstigen Gründen die Beseitigung der Sache erst später erfolgen soll. Dabei geht es vorrangig um eine Strafbarkeit wegen eines schlichten Besitzdelikts. Nach einem kombinierten Besitzdelikt wird sich derjenige, der den Tatgegenstand ehest möglich beseitigen will, kaum jemals strafbar machen, denn er weist den erweiterten Vorsatz nicht auf bzw bewirkt keine abstrakte oder konkrete Gefahr. Keine Probleme wirft die Besitzbegründung auch in den seltenen Fällen auf, in denen der Besitz zum Zweck der Vernichtung ausdrücklich erlaubt ist, wie in § 3 Abs 2 BG über das Verbot von Anti-Personen-Minen für den Besitz von Anti-Personen-Minen „zur umgehenden Delaborierung oder anderweitigen Vernichtung" vorgesehen[423]).

---

[419]) II.C.

[420]) Siehe BGH StV 1988, 432; LG Berlin NStZ 1987, 233.

[421]) Vgl den Sachverhalt in OGH 11 Os 134/90.

[422]) Dazu bereits oben bei FN 359; zur möglichen Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung unten E.3.c).

[423]) Vgl auch § 19 Abs 6 dKriegswaffenkontrollG.

a) Fehlender Herrschaftswille?

Eine in Deutschland verbreitete Rsp will diese Fälle mit Hilfe des Kriteriums eines Herrschaftswillens[424]) aus dem Strafbarkeitsbereich ausnehmen. Sie bewertet den Gewahrsam an einem Tatobjekt nur dann als tatbestandsmäßig, wenn sich der Täter die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache erhalten will. Wer die Sache einem Angehörigen wegnimmt, um sie baldmöglichst zu vernichten, weise einen solchen Willen nicht auf und sei daher nicht wegen Besitzes zu bestrafen[425]). Mit „Herrschaftswillen" soll aber jener Strafgefangener gehandelt haben, der Heroin erwarb, um es dem Justizsenator zum Beweis des Heroinhandels in der Vollzugsanstalt zu senden[426]), sowie jener Gewahrsamsinhaber, der das erworbene Betäubungsmittel von vornherein der Polizei zukommen lassen wollte[427]). Warum der Herrschaftswille bei diesen Tätern anders zu handhaben ist – auch sie wollten sich die ungehinderte Verfügungsmöglichkeit über die Sache gerade nicht erhalten –, geht aus den Entscheidungen nicht hervor.

Die inkonsequente Handhabung erweist den Herrschaftswillen als ein beliebiges Kriterium, mit dem eben das Ergebnis begründet werden soll, das man erreichen will. Vergebens sucht man Ausführungen dazu, was bei länger andauerndem Gewahrsam zu gelten hat, wenn der Täter an seinem Willen, die Sache zu vernichten, festhält oder wenn er sich erst nach der Gewahrsamsbegründung zur sofortigen Beseitigung der Sache entschließt. Folgerichtig angewandt müsste auch in diesen Fällen ein Herrschaftswille und damit ein (fortdauerndes) strafbares Besitzen verneint werden.

Der eigentliche Grund für die Verneinung eines Herrschaftswillens in gewissen Fällen liegt wohl darin, dass es sich um eine Besitzbegründung durch Angehörige handelte. Wenn es aber letztlich die Stellung als Angehöriger ist, welche die Gewahrsamsbegründung als nicht strafwürdig erscheinen lässt, dann muss sich die Straflosigkeit aus einem anderen Grund ergeben als wegen des fehlenden Willens, sich die Verfügungsmöglichkeit über die Sache zu erhalten. Die Einführung eines Herrschaftswillens hilft zur Lösung dieser Fälle nicht weiter.

---

[424]) In gleicher Bedeutung wird von einem „Besitzwillen" gesprochen; zB BGH NStZ 2005, 155.

[425]) OLG Hamm StV 2000, 624; OLG Stuttgart MDR 1978, 595; noch weitergehend LG Freiburg StV 1984, 250, das einen Herrschaftswillen auch in einem Fall verneinte, in dem einem süchtigen Familienangehörigen aus Gründen der Fürsorge Betäubungsmittel abgenommen wurden, ohne dass Überlegungen dazu angestellt wurden, wie mit dem Stoff verfahren werden soll. Vgl auch BGH NStZ 2005, 155; *Franke/Wienroeder* BtMG² § 29 Rz 135; *Körner* BtMG⁵ § 29 Rz 1102; *Weber* BtMG² § 29 Rz 859. Offen gelassen bei Besitzbegründung *zur Vernichtung* von BGH StV 1988, 432 sowie *Eckstein* Besitz 106, 103 (Beispiel 2), die bei *vorsätzlicher* Besitzbegründung sonst immer einen Herrschaftswillen bejahen.

P. Albrecht BtMG Art 19 Rz 65 u 90 f verlangt für den Besitz von Betäubungsmitteln sogar eine „Absicht der Inverkehrsetzung". Auf die Nachweisbarkeit einer solchen Absicht wollte jedoch der Gesetzgeber die Besitzstrafbarkeit gerade nicht beschränken. Gegen dieses Erfordernis spricht zudem, dass es nicht auf den Besitz von Objekten übertragbar ist, bei denen andere Gefahren im Vordergrund stehen (zB Waffen).

[426]) LG Berlin NStZ 1987, 233; *Weber* BtMG² § 29 Rz 861.

[427]) BGH StV 1988, 432; *Franke/Wienroeder* BtMG² § 29 Rz 140.

b) Erlaubtes Risiko?

Das schweizerische Bundesgericht hatte über folgenden Fall zu entscheiden: Nach der Verhaftung ihres Freundes infolge von Verstößen gegen das schwBtMG entschloss sich die Angeklagte, mit Hilfe von zwei weiteren Personen das in der Wohnung ihres Freundes befindliche Kokain zu beseitigen, dessen Versteck ihr bekannt war. Zu diesem Zweck holten sie das verschlossene Drogenbehältnis aus dem Versteck, fuhren damit zur Wohnung eines der Beteiligten und brachen es auf. Anschließend leerten sie das Kokain an einer Straße in einen Abwasserschacht.

Das Bundesgericht sah mit dem Transport des Betäubungsmittels das Risiko verbunden, Dritte hätten davon erfahren, das Betäubungsmittel während des Transports entwenden und sodann weiterveräußern können. Es habe sich dabei aber um ein erlaubtes Risiko gehandelt, weil „unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles" der Nutzen des „praktisch sicheren Unschädlichmachens des Betäubungsmittels" dieses nur ganz entfernte Risiko überwog. Das Bundesgericht bestätigte daher den Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf eines Verstoßes gegen das schwBtMG[428]). Die Entscheidung erging zwar zur Tathandlung des Beförderns nach Art 19 Z 1 schwBtMG, ließe sich aber genauso auf das Besitzen übertragen. Auch bei der Gewahrsamsbegründung zur Gefahrenbeseitigung könnte es sich um einen Anwendungsfall des erlaubten Risikos handeln.

Das erlaubte Risiko ist seiner Reichweite und seiner systematischen Stellung nach wenig geklärt[429]). Überwiegend wird es als ein die objektive Zurechnung ausschließendes Element eingeordnet. Nach anderer Meinung bildet es einen Rechtfertigungsgrund, schließt die Schuld aus oder hat nur für die Fahrlässigkeitsdelikte Bedeutung[430]). Das schweizerische Bundesgericht schließt sich den Ausführungen von *Stratenwerth* an, der im erlaubten Risiko ein Merkmal der objektiven Zurechnung sieht[431]). Im Rahmen der objektiven Zurechnung ist ein an sich riskantes Verhalten erlaubt, wenn es sich als *generell* erlaubt darstellt, wie die Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr[432]). Die generelle Erlaubnis eines Verhaltens folgt dabei aus einer „Kosten-Nutzen-Abwägung". Der Nutzen des Verhaltens muss die damit verbundenen Risiken überwiegen[433]), wie die Erweiterung der Fortbewegungsmöglichkeiten durch die Inbetriebnahme eines Autos das nie auszuschließende Risiko eines Unfalls trotz Einhaltung der Verkehrsregeln überwiegt. Diese Abwägung hat

---

[428]) BGE 117 IV 58. Für die Straflosigkeit eines Täters, der dem unbefugten Besitzer Betäubungsmittel wegnimmt und unverzüglich der Polizei übergibt oder vernichtet – sie also „gewissermassen privat beschlagnahmt" –, auch BGE 122 IV 179, allerdings ohne dogmatische Begründung.

[429]) Siehe nur *Roxin* AT I³ § 11 Rz 59.

[430]) Nachweise bei *Jakobs* AT² 7/40 FN 67.

[431]) Schweizerisches Strafrecht AT I² § 9 Rz 34 f.

[432]) ZB *Roxin* AT I³ § 11 Rz 60; *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht AT I² § 9 Rz 34 f.

[433]) *Jakobs* AT² 7/35, 41; *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht AT I² § 9 Rz 34 f.

generell, unabhängig vom Einzelfall, zu erfolgen. Für die konkrete Handlung ist es dann unerheblich, zu welchen individuellen Zwecken sie vorgenommen wird[434]). Sie löst selbst dann keine Strafbarkeit aus, wenn sie gerade ihres Risikos wegen gesetzt wird, wie im bekannten Erbonkel-Fall, in dem der Neffe seinem Onkel ein Flugticket in der Hoffnung schenkt, es werde zum Absturz des Flugzeugs kommen.

Die Entscheidungsgründe des schweizerischen Bundesgerichts zeigen, dass die Gewahrsamsbegründung zur Gefahrenbeseitigung in Wahrheit kein Anwendungsfall des erlaubten Risikos ist. Das Gericht nimmt eine Kosten-Nutzen-Abwägung vor, die sich ganz am konkreten Einzelfall orientiert. Es bezieht in die Abwägung die Absicht der Angeklagten ein, die Betäubungsmittel zu vernichten, und prüft die Risken des erfolgten Transports. Nur aufgrund des konkreten Handlungszusammenhangs beurteilt das Gericht das Geschehen als ein erlaubtes. Das weist darauf hin, dass es in Wahrheit um eine Frage der Rechtfertigung geht.

c) Lösung: Rechtfertigung im Einzelfall

Da eine Lösung über den Herrschaftswillen oder das erlaubte Risiko nicht möglich ist, ist jener Ansicht zu folgen, nach der die Gewahrsamsbegründung allenfalls durch Notstand gerechtfertigt ist[435]). Die dafür maßgebenden Gesichtspunkte seien im Folgenden anhand von typischen Fallkonstellationen skizziert.

aa) Gewahrsamsbegründung durch die Eltern eines Minderjährigen

In einem besonderen Interessenkonflikt befinden sich die Eltern eines minderjährigen Kindes, wenn sie entdecken, dass es einen inkriminierten Gegenstand, zB eine Schusswaffe, innehat. Einerseits ist es ihre Pflicht, dem Kind den Gegenstand wegzunehmen. Diese Handlungspflicht resultiert aus der Garantenstellung der Eltern in zwei Richtungen: Als *Obhutsgaranten* haben sie das Kind vor den Gefahren zu schützen, die vom inkriminierten Gegenstand ausgehen. Tun sie das nicht, haften sie im Fall einer Verletzung des Kindes. Zusätzlich sind sie als *Sicherungsgaranten* verpflichtet, fremde Rechtsgüter vor einer Gefährdung durch das Kind zu bewahren. Sie haben daher Straftaten ihres Kindes zu verhindern und machen sich selbst als Beteiligte strafbar, wenn sie nichts gegen den Besitz des Kindes unternehmen[436]). Auf der anderen Seite ist es den Eltern ebenso wie jedermann verboten, den betreffenden Gegenstand zu besitzen. Nehmen sie ihn an sich, um ihn – wenngleich

---

[434]) Deutlich *Jakobs* AT^2 7/41.

[435]) BGH StV 1988, 432; LG Berlin NStZ 1987, 233; LG Heilbronn StV 1988, 304; *Eckstein* Besitz 229; *Körner* BtMG^5 § 4 Rz 11, § 29 Rz 1056; vgl auch *Baae* NStZ 1987, 214; *A. Schütz* Strafbestimmungen 124.

[436]) Zur Garantenstellung der Eltern zB *Fuchs* AT I^6 37/47, 63; *Kienapfel* JBl 1975, 18 f; *Triffterer* AT^2 14/33. Die Sicherungsgarantenstellung endet mit der Volljährigkeit des Kindes; *Fuchs* AT I^6 37/63; *Jakobs* AT^2 29/62; *S/S-Stree* StGB^{26} § 13 Rz 52; BGE 79 IV 145.

nicht *uno actu*, so doch bei nächster Gelegenheit – zu beseitigen, verwirklichen sie den Tatbestand des Besitzdelikts. Wie sich ein Elternteil in einer solchen Situation auch verhält, ob es untätig bleibt oder die Sache dem Kind wegnimmt, stets könnte eine Strafbarkeit wegen des Besitzdelikts eingreifen.

Ein derartiges Zusammentreffen einander widersprechender Pflichten bezeichnet man als Pflichtenkollision. Da die Rechtsordnung vom Normadressaten nichts Unmögliches verlangen darf – niemand kann zugleich dasselbe Verhalten vornehmen und unterlassen –, muss es zulässig sein, eine der Pflichten zu erfüllen und die andere Pflicht zu verletzen. Welche der Pflichten befolgt werden muss, richtet sich bei Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands: Ist eine der Pflichten eindeutig höherwertig, muss ihr entsprochen werden. Bei Gleichwertigkeit der Handlungs- und Unterlassungspflicht hat man untätig zu bleiben, weil ein aktiver Eingriff in fremde Rechtsgüter nur zugunsten eines überwiegenden Interesses zulässig ist[437]).

Es ist also zunächst festzustellen, ob es sich um gleichwertige Pflichten handelt oder ob eine der Pflichten überwiegt. Die Pflicht, dem Kind zB die Schusswaffe wegzunehmen, dient sowohl dem Schutz des Kindes vor einer Selbstgefährdung durch den Umgang mit der Waffe als auch dem Schutz Dritter davor, dass das Kind sie mit der Waffe verletzt. Das Verbot des Waffenbesitzes soll ebenfalls eine Gefährdung von Leib oder Leben noch nicht näher bestimmter Personen verhindern. Bei beiden Pflichten geht es sohin um den Schutz von Rechtsgütern noch nicht näher konkretisierter Personen, bei der Handlungspflicht ist auch das Kind selbst Rechtsgutsträger.

Eine Abwägung dieser Pflichten lässt die Handlungspflicht als höherwertiger erscheinen, weil der Besitz der Waffe durch den Minderjährigen gefährlicher erscheint als der kurzfristige Besitz durch die Eltern. Diese begründen ja eigenen Gewahrsam gerade zur Beseitigung der Gefährlichkeit der Waffe, sodass die Gefahr, dass sie die Waffe riskant verwenden, als sehr gering einzustufen ist. Es besteht im Wesentlichen nur das – zeitlich eng begrenzte – Risiko, dass Dritte an die Waffe gelangen[438]). Diese Gefahr hat während des Besitzes durch das Kind genauso bestanden. Bei dessen Besitz tritt noch das – wohl nie ganz auszuschließende – Risiko einer gefährlichen Verwendung der Waffe durch das Kind selbst hinzu. Insgesamt gesehen verringert daher die Gewahrsamsbegründung durch die Eltern das Risikopotential, die Handlungspflicht überwiegt die Unterlassungspflicht eindeutig.

Festgestellt ist damit freilich erst eine Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands, das eindeutige Überwiegen des Nachteils bei Untätigbleiben der Eltern. Rechtfertigender Notstand setzt weiters eine gewisse Imminenz

---

[437]) HM; eingehend *Küper* Grund- und Grenzfragen 29 ff; weiters zB *Fuchs* AT I[6] 18/4 f; *Triffterer* AT[2] 11/143 ff; *Gropp* AT[2] § 6 Rz 157 f, 160 f; *Roxin* AT I[3] § 16 Rz 103.

[438]) Nur angedeutet sei, dass ein eigenständiges und eigenverantwortliches Handeln Dritter allerdings wohl auch im Rahmen der Rechtfertigungsgründe nicht zurechenbar ist. Ansätze für eine Berücksichtigung des Eigenverantwortlichkeitsprinzips im Rahmen der Rechtfertigung bei *Küper* Staat 125.

des Nachteils voraus. Dieser muss „unmittelbar drohen"[439]). Dafür genügt das Bestehen einer Dauergefahr, die jederzeit in einen Schaden umschlagen kann[440]), auch ein erst für die Zukunft zu erwartender Schaden, der später nicht mehr verlässlich abwendbar ist[441]). Bei Besitz eines inkriminierten Tatobjekts durch ein Kind wird man von einer jederzeit realisierbaren Dauergefahr ausgehen können[442]).

Der Nachteil darf schließlich nicht anders als durch das eingesetzte Mittel abwendbar sein. Es kommt hierfür auf die konkreten Fallumstände an. Wenn die Sache aufgrund ihrer Art oder der örtlichen Gegebenheiten nicht in einem Zug vernichtet werden kann und staatliche Hilfe zu spät käme, ist die Gewahrsamsbegründung gerechtfertigt. Sie ist dann die einzige Möglichkeit, eine Selbstgefährdung des Kindes verlässlich zu verhindern und die abstrakte Gefahr für dritte Personen zu verringern.

Könnten diese Gefahren hingegen ebenso rasch durch Einschalten der Polizei abgewendet werden, ist die Interessenlage noch komplizierter, weil ein weiteres rechtlich anerkanntes Interesse hinzutritt: das Interesse, einen Angehörigen nicht einer Straftat verdächtigen zu müssen. Dieses findet in den Zeugnisverweigerungsrechten und den Ausnahmeregelungen für Angehörige zB bei der falschen Beweisaussage (§ 290 Abs 1 StGB), der Begünstigung (§ 299 Abs 3 und 4 StGB) und der Unterlassung der Verhinderung einer Straftat (§ 286 Abs 2 Z 1 StGB) seinen Ausdruck. Danach soll grundsätzlich niemand gezwungen sein, einen Angehörigen vor den Strafverfolgungsorganen zu belasten. Die Ungestörtheit der familiären Beziehung hat Vorrang vor dem Strafverfolgungsinteresse[443]). Nur falls Interessen Dritter mit im Spiel sind, welche die aus der Strafverfolgung drohenden Nachteile überwiegen, tritt dieses familiäre Interesse zurück[444]). Um überwiegende Drittinteressen handelt es sich aber nicht, denn ein kurzfristiger Besitz durch die Eltern bedeutet lediglich eine abstrakte Gefahr für dritte Personen, im Vergleich zu der

---

[439]) ZB *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 12 Rz 5. Die ausdrückliche Regelung dieses Rechtfertigungsgrunds in § 34 dStGB spricht von einer „gegenwärtigen Gefahr", Art 34 schwStGB verlangt eine „unmittelbare Gefahr". Inhaltlich dürfte dasselbe gemeint sein.

[440]) *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 12 Rz 13; *Hirsch* LK[11] § 34 Rz 36; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 34 Rz 2; *Roxin* AT I[3] § 16 Rz 18; *Seelmann* BK Art 34 Rz 6; *Trechsel* StGB[2] Art 34 Rz 5.

[441]) *Hirsch* LK[11] § 34 Rz 37; *Roxin* AT I[3] § 16 Rz 17; *S/S-Lenckner/Perron* StGB[26] § 34 Rz 17; *Seelmann* BK Art 34 Rz 6.

[442]) Fraglich erscheint das Vorliegen einer aktuellen Dauergefahr etwa dann, wenn die Eltern Suchtmittel im Zimmer ihres Kindes entdecken, während das Kind auf Ferienlager ist. Was in einem solchen Fall zu gelten hat, ob die Eltern mit der Wegnahme bis kurz vor Rückkehr des Kindes zuwarten müssen oder ob sie die Suchtmittel sogleich wegnehmen dürfen, ist offen. Rechtfertigender Notstand greift bei sofortiger Wegnahme mangels imminenter Gefahrenlage nicht ein. Am sinnvollsten erscheint eine Erweiterung des Rechtfertigungsgrunds der Pflichtenkollision auch auf Konstellationen, in denen keine der widerstreitenden Pflichten einen unmittelbar drohenden Nachteil befürchten lässt.

[443]) Vgl *Schmoller* JBl 1992, 86.

[444]) Vgl unten nach FN 547.

die Nachteile aus der Strafverfolgung des Kindes schwerer wiegen. Die Verständigung der Polizei scheidet deshalb als Mittel zur Abwehr der mit dem Besitz des Kindes verbundenen Nachteile aus und die Begründung von kurzfristigem Gewahrsam durch die Eltern ist auch in diesem Fall durch Notstand gerechtfertigt[445]). Wegen der gem § 2 JGG möglichen familien- und jugendwohlfahrtsrechtlichen Verfügungen greift dieser Rechtfertigungsgrund auch bei Unmündigkeit des Kindes ein.

bb) Gewahrsamsbegründung durch andere Personen

Nicht erziehungsberechtigte Angehörige und Personen, die keine Angehörigen sind, trifft für gewöhnlich nicht die Pflicht, den Besitz des Inhabers eines Tatobjekts zu beenden. Auch die Eltern eines volljährigen, eigenverantwortlichen Gewahrsamsinhabers sind hierzu nicht verpflichtet. Wenn diese Personen eigenen Gewahrsam an dem Tatobjekt begründen, so tun sie das von sich aus, ohne rechtliche Verpflichtung hierzu. Kann die Begründung von kurzfristigem Gewahrsam zur Gefahrenbeseitigung dennoch gerechtfertigt sein?

Für die Beantwortung dieser Frage kommt es zunächst darauf an, aus welchem Beweggrund eigener Gewahrsam begründet wird. Daraus ergibt sich, welche Gefahren abgewendet werden sollen. Ein mögliches Motiv ist die Verhinderung weiteren Suchtmittelkonsums, also die Abwendung eines Nachteils für die Gesundheit des Besitzers. Dabei ist zu beachten, dass sich ein eigenverantwortlicher Erwachsener diesem Gesundheitsrisiko im Regelfall freiwillig und bewusst aussetzt. Auch wenn er von Suchtmitteln abhängig ist, wird man ihm die Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung über seine Gesundheit nicht absprechen können[446]). Eigenverantwortliche Selbstgefährdungen und -verletzungen aber werden von der Rechtsordnung hingenommen, wie sich darin zeigt, dass eine Mitwirkung an diesen bewusst straflos gelassen wurde[447]). Das in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommende Autonomieprinzip muss auch auf die Rechtfertigungsgründe durchschlagen, sonst könnte eine eigenverantwortliche Person letztlich doch nicht selbst bestimmen, welchen Gefahren sie sich aussetzt. Die Gefahr einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung begründet deshalb keine Notstandslage[448]). Rechtfertigender Notstand zur Verhinderung einer Selbstgefährdung kommt nur dann in Frage, wenn es sich nicht um eine eigenverantwortliche Entscheidung zur Selbstgefährdung handelt, beispielsweise weil der Besitzer nicht erkennen kann, dass das Suchtmittel besonders gefährlich ist.

---

[445]) Generell für eine Rechtfertigung durch Notstand bei Wegnahme von Betäubungsmitteln, um eine Person, für die man verantwortlich ist, vor Drogenabhängigkeit zu bewahren, *Eckstein* Besitz 229.

[446]) Eingehend *Nestler* Grundlagen § 11 Rz 129 ff.

[447]) Anderes gilt im österreichischen Strafrecht nur für die vorsätzliche Mitwirkung an einer Selbsttötung; siehe § 78 StGB. Zum Eigenverantwortlichkeitsprinzip zB *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 80 Rz 64 ff.

[448]) Vgl *Neumann* NK § 34 Rz 31.

Wie im vom schweizerischen Bundesgericht entschiedenen Fall[449]) kann es dem Täter auch darum gehen zu verhindern, dass der inkriminierte Gegenstand von den Strafverfolgungsbehörden aufgefunden wird. Auf diese Weise möchte er die Verhaftung oder Verurteilung des vormaligen Besitzers abwenden oder für ihn eine mildere Strafe erreichen, als wenn auch der Besitz der weggenommenen Sache nachweisbar wäre. Wenngleich eine Festnahme oder Verurteilung bedeutende Nachteile für die Freiheit oder das Vermögen darstellen, greift eine Rechtfertigung nicht ein. Denn die Rechtsordnung würde unglaubwürdig, wenn sie es erlaubte, dass ihre rechtmäßigen repressiven Maßnahmen auf andere als die gesetzlich vorgesehene Weise bekämpft werden. Sie kann „nicht positiv ... die Verhinderung dessen werten, was sie herbeiführen will und soll: nämlich die Beeinträchtigung gewisser Rechtsgüter eines Straftäters"[450]). Positiv-rechtlichen Ausdruck findet dieser Gedanke in § 269 Abs 4 StGB, der das Notwehrrecht auf *strafgesetzwidrige* Amtshandlungen einschränkt[451]). Ein zu Recht bestehender staatlicher Strafanspruch begründet nicht einmal einen „Nachteil" iS des entschuldigenden Notstands[452]); auch eine Entschuldigung scheidet daher aus.

Schließlich könnte die Besitzbegründung auch im Interesse der Allgemeinheit erfolgen zur Abwendung der Gefahren, die durch den Besitz des Vorgängers drohen. Dass der neue Besitz denselben Rechtsgutsträger betrifft, steht einer Rechtfertigung nicht grundsätzlich entgegen[453]). Ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Realisierung der mit dem Besitz des Vorgängers verbundenen Gefahren fehlt es jedoch an der nötigen Gefahrenimminenz. Eine abstrakte Gefahr, wie sie ganz allgemein mit dem Besitz einer inkriminierten Sache verbunden ist, reicht nicht aus, um ein „unmittelbares Drohen" des betreffenden Nachteils anzunehmen, weil es sich um noch ganz unbestimmte Risiken handelt, von denen völlig ungewiss ist, ob und wie sie sich realisieren werden[454]). Aus diesem Grund scheidet auch entschuldigender Notstand aus. Kurzfristiger eigener Besitz darf nur dann begründet werden, wenn die Gefahr bereits hinreichend konkret ist, wie bei Heroinhandel in einer Schule. Auch in diesem Fall besteht freilich eine vorrangige Pflicht zur Inanspruchnahme behördlicher Hilfe. Nur wenn diese zu spät käme, ist die Gewahrsamsbegründung gerechtfertigt[455]).

---

[449]) Oben b).

[450]) *Ulsenheimer* GA 1972, 24.

[451]) *Hochmayr/Schmoller* SbgK § 269 Rz 66 ff, insb Rz 72.

[452]) OGH ZVR 1996/15; EvBl 1977/221; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 10 Rz 10; vgl auch *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 20 Rz 13. Abw *Höpfel* WK[2] § 10 Rz 22, der im Ergebnis eine Entschuldigung aber ebenfalls ablehnt.

[453]) *Hirsch* LK[11] § 34 Rz 41, 59, 61 mwN. Dagegen ist nach *Fuchs* AT I[6] 16/40 bei Eingriffen zugunsten desselben Rechtsgutsträgers eine Rechtfertigung ausschließlich über eine (mutmaßliche) Einwilligung möglich.

[454]) Auch nach *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1100 fehlt es bei der Wegnahme von Betäubungsmitteln zumeist an einer gegenwärtigen Gefahrenlage. Vgl weiters *Hirsch* LK[11] § 34 Rz 23; *Neumann* NK § 34 Rz 31.

[455]) Vgl OLG München NJW 1972, 2275; LG Berlin NStZ 1987, 233.

In der Mehrzahl der Fälle kommt daher nur eine Strafausschließung nach § 42 StGB in Betracht, deren Voraussetzungen großzügig gehandhabt werden sollten. Wenn der Täter seinem Vorhaben gemäß das Tatobjekt sobald wie möglich beseitigt, tut er schließlich genau das, was man durch die Besitzstrafbarkeit erreichen will: Er wirkt weiteren Gefährdungen durch den Gegenstand – sogar endgültig – entgegen.

E. Die Aufrechterhaltung von Gewahrsam durch Unterlassen

Die zweite Möglichkeit, ein Tatobjekt in strafbarer Weise zu besitzen, besteht darin, einen bereits vorhandenen Gewahrsam aufrechtzuerhalten. Mit der Formulierung „Aufrechterhaltung von Gewahrsam" assoziiert man vor allem aktive Verhaltensweisen, wie die Abwendung eines drohenden Verlusts der Sache durch eine den Gewahrsam verteidigende Handlung. Ebenso wie es für die Aufrechterhaltung einer Freiheitsentziehung genügt, das Opfer nicht wieder freizulassen, ist aber auch ein Aufrechterhalten von Gewahrsam schon darin zu sehen, dass der Täter seinen Gewahrsam am Tatobjekt bestehen lässt.

Dieses Unterlassen macht sogar den Schwerpunkt der Besitzstrafbarkeit aus, wenn man das Besitzen als Erfolgs-Dauerdelikt begreift. Denn erst in dieser Form erfüllt das Besitzen seine Auffangfunktion gegenüber jenen Tathandlungen, welche die Gewahrsamsbegründung eigens erfassen, und ermöglicht eine Bestrafung auch dann, wenn nicht beweisbar ist, dass der Gewahrsamsinhaber sich die Sache selbst verschafft hat.

Während es umstritten ist, ob das Besitzen *auch* durch aktives Tun begangen werden kann, besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass eine Strafbarkeit schon bei bloßem Untätigbleiben eingreift[456]). Der vereinzelt vorgebrachte Einwand, die Auslegung von „Besitzen" als Unterlassen sei vom Wortlaut nicht gedeckt, beruht auf der Gleichsetzung von „Besitzen" mit dem Zustand des Besitzes als solchem. Das zeigt sich deutlich am Argument, „Besitzen" meine kein Verhalten, „sondern die Beziehung zwischen einer Sache und einer Person, wobei es als selbstverständlich vorausgesetzt ist, daß die Person sich der Sache nicht entledigt hat. Besitzen läßt sich daher inhaltlich nicht als Unterlassen der Besitzaufgabe begreifen."[457]) Wenn man dagegen, wie aufgezeigt, in der Sachbeziehung – dem Gewahrsam – den tatbestandsmäßigen Erfolg des Besitzens sieht[458]), dann eröffnet sich der Terminus „Besitzen" dafür, ihm jedes Kausalwerden für die Sachbeziehung zu subsumieren. Analog zur Freiheitsentziehung kann dann „Besitzen" auch als das Unterlassen, den Gewahrsam zu beenden, bestimmt werden. Denn dieses Unterlassen ist in gleicher Weise für die Fortdauer des Gewahrsams ursächlich, wie es die Nichtbefreiung des Opfers für den weiteren Entzug der Fortbewegungsfreiheit ist. Im Vergleich zu einer Gleichsetzung von „Besitzen" mit dem Besitz als Zustand bedeutet diese Auslegung eine Einschränkung, der mögliche Wort-

---

[456]) Nachweise oben FN 278 bis 281.
[457]) *Struensee* FS Grünwald 719 f.
[458]) Oben B.4.b).

sinn wird nicht überschritten[459]). Darüber hinaus trägt diese Deutung dem Willen des Gesetzgebers Rechnung, bei aufgedrängtem Gewahrsam eine Strafbarkeit gerade bei Unterlassen der Gewahrsamsaufgabe eingreifen zu lassen. So heißt es in den Gesetzesmaterialien zum Straftatbestand gegen Kinderpornographie: „Wer ungewollt in den Besitz pornographischer Darstellungen mit Unmündigen gelangt, wird sie vernichten oder sich ihrer sonst entledigen müssen, um sich nicht strafbar zu machen."[460])

Allerdings wirft das Besitzen in Form des Unterlassens eine Reihe schwieriger dogmatischer Fragen auf[461]): Unsicher ist einmal, ob sich jeder Gewahrsamsinhaber wegen der Nichtaufgabe des Gewahrsams strafbar machen kann oder nur derjenige, dem eine Garantenstellung zukommt. An einer Garantenstellung könnte es gerade bei aufgedrängtem Gewahrsam fehlen. Für den ungewollt in den Gewahrsam Gelangten ist sodann von Bedeutung, ob ihm eine Handlungsfrist zusteht oder ob er den Gewahrsam sogleich nach Entdeckung aufzugeben hat. Da das gebotene Tun nicht näher bezeichnet ist, bleibt weiters zu klären, auf welche Weise der Gewahrsam zu beenden ist. Ist jede Form der Gewahrsamsbeendigung hinreichend, also etwa auch das „Entsorgen" der unbefugt besessenen Waffe auf einer Wiese, oder muss es sich um eine bestimmte Art der Gewahrsamsbeendigung handeln? Ferner ist zu prüfen, welche Anforderungen an die subjektive Tatseite zu stellen sind, insbesondere was zu gelten hat, wenn der Gewahrsamsinhaber an die Möglichkeit, seinen Gewahrsam aufzugeben, gar nicht denkt. Ein weiteres Problem stellen die immer wiederkehrenden Phasen der Handlungsunfähigkeit dar, durch die das strafbare Unterlassen bei einem länger andauernden Gewahrsam durchbrochen wird. Während der Gewahrsamsinhaber schläft oder vom Tatobjekt weit entfernt ist, hat er keine Möglichkeit, sich der Sache zu entledigen. Wie wirken sich diese unausweichlichen Phasen der Handlungsunfähigkeit auf die Strafbarkeit aus? Nur wenn alle diese Fragen einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt werden können, ist die in sprachlicher Hinsicht mögliche Auslegung des Besitzens als Unterlassen, den Gewahrsam aufzugeben, zu befürworten.

1. Echtes oder unechtes Unterlassungsdelikt?

Eine für die Reichweite der Besitzstrafbarkeit zentrale Frage ist, ob die Besitzdelikte in ihrem Unterlassungsteil echte oder unechte Unterlassungsde-

---

[459]) Zu konzedieren ist *Struensee* FS Grünwald 719 f, dass es sprachlich schwer zu vereinbaren ist, das *Ausüben der tatsächlichen Gewalt* über eine Waffe als das Nichtaufgeben der tatsächlichen Gewalt zu definieren. Nach den Gesetzesmaterialien sollte indessen auch für diese Tathandlung die eigene Verfügungsgewalt über die Waffe maßgebend sein (zitiert bei BGHSt 26, 12).

[460]) JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3. So auch BT-Drucks 12/3001, 6 („Wer unvorsätzlich in den Besitz dieser Erzeugnisse gelangt ist, hat die Möglichkeit, sich durch Vernichtung oder Ablieferung bei einer Behörde von ihnen zu trennen, wenn er den kinderpornographischen Inhalt erkennt.").

[461]) Dazu auch *Lagodny* Strafrecht 326 ff; *Struensee* FS Grünwald 720.

likte darstellen. Als unechtes Unterlassungsdelikt könnte nämlich ein Besitzdelikt nur von einem Gewahrsamsinhaber verwirklicht werden, der Garant zur Beendigung seines Gewahrsams ist.

Unter einem *echten* Unterlassungsdelikt wird hier ein Straftatbestand verstanden, der eine vollständige Regelung der Unterlassungsstrafbarkeit enthält. Seine Auslegung ergibt, dass er durch Unterlassen begangen werden kann, ohne dass es eines Rückgriffs auf die Regelung der Unterlassungsstrafbarkeit im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches bedarf (§ 2 StGB[462])). Dabei kann ausdrücklich ein Unterlassen für strafbar erklärt sein, wie bei der Unterlassung der Hilfeleistung gem § 95 StGB oder beim Hausfriedensbruch gem § 123 zweiter Fall dStGB. Die Unterlassungsstrafbarkeit kann aber auch in einer Tathandlung zum Ausdruck kommen, die dem ersten Anschein nach eine aktive Verhaltensweise bezeichnet. Ein Beispiel bildet der Hausfriedensbruch gem Art 186 schwStGB, dessen zweite Alternative im unbefugten „Verweilen" besteht, jedoch dasselbe meint wie der entsprechende deutsche Straftatbestand mit „Sich-nicht-Entfernen". Im Gegensatz dazu handelt es sich um ein *unechtes* Unterlassungsdelikt, wenn der Straftatbestand nur unter den Voraussetzungen jener Vorschrift durch Unterlassen begehbar ist, welche die Unterlassungsstrafbarkeit im Allgemeinen regelt. Zu diesen Delikten gehört der Mord gem § 75 StGB, den nur ein Garant durch Unterlassen verwirklichen kann[463]).

Eckstein stuft die Besitzdelikte als echte Unterlassungsdelikte ein[464]). Im Übrigen sind ausdrückliche Stellungnahmen zur Einordnung der Besitzdelikte als echte oder unechte Unterlassungsdelikte selten. Mehr als Gewahrsam am Tatobjekt wird für den Unterlassenden üblicherweise nicht verlangt[465]), was auf die Annahme eines echten Unterlassungsdelikts hindeutet. Eine eindeutige Zuordnung der Stellungnahmen ist allerdings nicht möglich, weil die Garantenstellung im Gewahrsam selbst gesehen werden könnte[466]). Eine Sonderstellung nimmt das Lagern von gefährlichen Abfällen durch Unterlassen ein, für das viele ausdrücklich eine Garantenstellung fordern, also von einem unechten Unterlassungsdelikt ausgehen[467]). Vereinzelt wird auch für den Besitz von Kinderpornographie vertreten, dass sich nur ein Garant durch Unterlassen strafbar machen kann[468]).

---

[462]) § 13 dStGB. Das schwStGB enthält keine Regelung für die unechten Unterlassungsdelikte. Unechte Unterlassungsdelikte sind aber auch im schweizerischen Strafrecht anerkannt; zB *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht AT I[2] § 14 Rz 8 ff.

[463]) Zur Begriffsbildung zB *S/S-Stree* StGB[26] Vorbem §§ 13 ff Rz 134 ff. Zu weiteren Unterscheidungsmöglichkeiten *Herzberg* Unterlassung 22 ff.

[464]) Besitz 167 ff.

[465]) Vgl JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3; *Bertel/Schwaighofer* BT II[6] § 207a Rz 10; *Hinterhofer* BT II[3] 96 f; *Grünwald* StV 1986, 245; *Horn* SK[6] § 327 Rz 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT I[9] § 23 Rz 23; *Wolters/Horn* SK[8] § 184b Rz 13.

[466]) Näher unten nach FN 470. Vgl *P. Albrecht* BtMG Art 19 Rz 138 f, der einerseits von einem unechten Unterlassungsdelikt ausgeht, andererseits als Beispiel für ein Unterlassen nennt, dass jemand im Keller entdecktes Haschisch liegen lässt.

[467]) Nachweise in FN 97.

[468]) *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 10 Rz 22; idS offenbar auch *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 184b Rz 24.

In erster Linie ist an eine Lösung zu denken, die sich am dogmatischen Vorbild für die Definition von „Besitzen" als Erfolgs-Dauerdelikt orientiert: Für die Freiheitsentziehung ist man sich einig, dass sich wegen Unterlassens nur eine Person strafbar machen kann, die Garant für die Fortbewegungsfreiheit des Opfers ist, also insbesondere jene Person, die das Opfer zuvor eingesperrt hat. Dabei soll abweichend von der allgemeinen Ingerenzhaftung auch ein nicht pflichtwidriges Vorverhalten eine Garantenstellung begründen[469]).

Die Parallele zur Freiheitsentziehung legt demnach ein unechtes Unterlassungsdelikt nahe. Die Besitzdelikte erfüllen auch die in § 2 StGB normierte Mindestanforderung an ein unechtes Unterlassungsdelikt: Es ist die Herbeiführung eines Erfolgs – nämlich von eigenem Gewahrsam am Tatobjekt – mit Strafe bedroht.

Ist der Gewahrsamsinhaber aber auch Garant zur Beendigung seines Gewahrsams? Eine Garantenstellung könnte sich einmal aus der vorangegangenen Gewahrsamsbegründung ergeben. Denn sie schafft jene abstrakte Gefahr, die mit dem Gewahrsam am Tatobjekt verbunden ist, und könnte daher als „gefahrbegründendes Vorverhalten" eingestuft werden. Wie bei der Freiheitsentziehung wäre die Einbeziehung der Fälle nicht pflichtwidriger Gewahrsamsbegründung möglich. Jedenfalls wenn der Sachinhaber seinen Gewahrsam nachweislich selbst begründet hat, könnte also eine Unterlassungsstrafbarkeit eingreifen.

Im Rahmen der Besitzstrafbarkeit interessiert jedoch vorrangig die Lösung jener Fälle, in denen der Nachweis der Gewahrsamsbegründung nicht erbracht werden kann. Der Gewahrsamsinhaber ist dann nicht Garant kraft Ingerenz. Auch eine Garantenstellung aus Gesetz oder Vertrag liegt normalerweise nicht vor. Nur im Einzelfall mag sich aus gesetzlichen Vorschriften eine Garantenstellung ergeben, etwa wenn sich Umweltvorschriften an einen eingeschränkten Personenkreis wenden und diesen zur ordnungsgemäßen Beseitigung bestimmter Stoffe verpflichten[470]).

In der Garantenlehre setzt sich freilich zunehmend die Ansicht durch, dass bereits das Eigentum oder der Gewahrsam an einer gefährlichen Sache eine Garantenstellung auslösen. Diese Garantenposition wird teils aus der Freiheit, den eigenen Bereich nach Belieben zu gestalten, abgeleitet. Im Gegenzug zu dieser Freiheit soll der Einzelne auch die Gefahren zu tragen haben, die von seinen Sachen ausgehen. Als Beispiele für eine derartige Garantenposition werden genannt: der Eigentümer eines Hauses als Garant für den bausicheren Zustand des Hauses, der Halter eines Kraftfahrzeugs als Garant für die Verkehrssicherheit seines Fahrzeugs, der Hundehalter als Garant für

---

[469]) ZB *Schmoller* SbgK § 99 Rz 68; *Trechsel* StGB[2] Art 183 Rz 9. Allgemein für Dauerdelikte, welche die Herbeiführung und Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustands erfassen: *Rudolphi* SK[7] § 13 Rz 40a; *Seelmann* NK § 13 Rz 119; *S/S-Stree* StGB[26] § 13 Rz 36.

[470]) Für eine Garantenstellung des Abfallbesitzers kraft Gesetzes OLG Köln JR 1991, 523; *Iburg* NJW 1988, 2340.

die sorgfältige Verwahrung seines Tieres[471]). Unterschiedlich beantwortet wird dabei, ob der Gewahrsam schon als solcher eine Garantenstellung auslöst oder ob es eines einschränkenden Kriteriums bedarf. In Anlehnung an die Ingerenzhaftung wird insbesondere vorgeschlagen, einen willentlichen Herrschaftsantritt[472]) oder die Übernahme der Verantwortlichkeit über die Gefahrenquelle[473]) vorauszusetzen. Durch diese Koppelung an ein Verhalten des Gewahrsamsinhabers soll das Entstehen von aufgedrängten Garantenstellungen verhindert werden.

Aber selbst wenn man der am weitesten gehenden Ansicht folgt, wonach der Gewahrsam alleine eine Garantenstellung begründet, kann daraus wohl keine Verantwortlichkeit für den Gewahrsam *als solchen* abgeleitet werden. Zwar mag es im Einzelfall vorkommen, dass der Inhaber einer gefährlichen Sache seinen Sorgfaltspflichten nur durch die Aufgabe seines Gewahrsams nachkommen kann. So trifft einen Hundehalter, der selbst nicht imstande ist, Verletzungen anderer durch sein bissiges Tier zu verhindern, die Pflicht, das Tier an einen erfahrenen Hundeführer oder an ein Tierheim abzugeben, notfalls muss er es einschläfern lassen. Er haftet sonst wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen, auch wenn er wegen seiner mangelnden Fähigkeiten als Hundeführer die Verletzung, die sein Hund einem anderen zugefügt hat, nicht verhindern konnte. Dabei geht es aber um die Haftung für einen Erfolg, der über die Nichtbeendigung des Gewahrsams hinaus reicht. Es handelt sich hierbei um ein allgemeines Erfordernis eines unechten Unterlassungsdelikts: Der vom Garanten abzuwendende Erfolg kann nur in Verletzungen bestehen, die aus der zu überwachenden Gefahrenquelle oder die dem zu sichernden Objekt drohen, nicht in der Garantenstellung selbst. Denn die Konstruktion eines unechten Unterlassungsdelikts, bei dem der die Garantenstellung begründende Faktor mit dem abzuwendenden Erfolg ident ist, wäre absurd.

Bei Auslegung des Besitzens als unechtes Unterlassungsdelikt könnte demnach der Gewahrsamsinhaber nur dann wegen Unterlassens belangt werden, wenn ihm die Gewahrsamsbegründung nachzuweisen ist oder wenn ausnahmsweise aus gesetzlichen Vorschriften eine Garantenstellung zur Gewahrsamsbeendigung folgt. In dieser Form könnten jedoch die Besitzdelikte die ihnen zugedachte Auffangfunktion nicht einmal annähernd erfüllen. Die Strafbarkeit wegen Besitzes fiele mit der meist ebenfalls pönalisierten Besitzverschaffung zusammen. Im Ergebnis können die Besitzdelikte daher nur als echte Unterlassungsdelikte verstanden werden. Dafür sprechen auch teleologische Erwägungen: Der Besitz bestimmter Gegenstände ist mit Strafe bedroht, weil man damit gewisse Gefahren verbunden sieht. Dafür kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Gewahrsam mit oder ohne eigenes Zutun erlangt

---

[471]) Zum Ganzen siehe zB *Freund* Erfolgsdelikt 162 ff; *Herzberg* Unterlassung 315 ff; *Jescheck/Weigend* AT[5] 626 f; *Kühl* AT[4] § 18 Rz 106 ff; *Rudolphi* SK[7] § 13 Rz 27 ff; *S/S-Stree* StGB[26] § 13 Rz 43 ff; vgl auch *Fuchs* AT I[6] 37/58; *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 30 Rz 22a; *E. Steininger* SbgK § 2 Rz 92.

[472]) *Schünemann* Grund 292 f.

[473]) *Seelmann* NK § 13 Rz 121 ff, insb Rz 140; *Grünewald* Garantenpflichten 137 f.

wurde. Die Gefahren, die von aufgedrängtem Gewahrsam drohen, sind schließlich dieselben wie die Gefahren eines Gewahrsams, den der Gewahrsamsinhaber selbst herbeigeführt hat. Die Pflicht zur Beendigung des Gewahrsams muss daher jeden Gewahrsamsinhaber treffen[474]).

2. Die tatbestandsmäßige Unterlassungssituation

Von einem Täter, den ein strafbewehrtes Handlungsgebot trifft, wird erwartet, dass er sein Verhalten ändert. Anstatt etwas anderes oder nichts zu tun, soll er nunmehr eine bestimmte Handlung vornehmen. Der Beginn des tatbestandsmäßigen Unterlassens lässt sich dabei nur durch die äußere Lage beschreiben, welche die Handlungspflicht auslöst. Sie bildet die Zäsur zwischen tatbestandslosem und tatbestandsmäßigem Unterlassen[475]). Bei den Besitzdelikten ist die Unterlassungssituation durch eigenen Gewahrsam des Täters am Tatobjekt gekennzeichnet (unten a). Handelt es sich um aufgedrängten Gewahrsam, ist der Beginn des tatbestandsmäßigen Unterlassens aber erst nach Ablauf einer Überlegungsfrist anzusetzen (unten b).

a) Vorhandensein von Gewahrsam

Für das Besitzen durch Unterlassen ist der Gewahrsam gleich doppelt relevant. Er stellt nicht nur den tatbestandsmäßigen Erfolg des Besitzens her, sondern löst auch die Handlungspflicht aus: Eine Strafbarkeit wegen Aufrechterhaltung von Gewahrsam greift nur ein, wenn der Täter eigenen Gewahrsam am Tatobjekt hat. Wer den Gewahrsam *eines anderen* nicht beendet, der besitzt nicht[476]). Keine Rolle spielt hingegen, auf welche Weise der Gewahrsam erlangt wurde, ob mit oder ohne eigenes Zutun; auch ein aufgedrängter Gewahrsam begründet die tatbestandsmäßige Unterlassungssituation.

---

[474]) Vgl *Eckstein* Besitz 167 ff, der durch einen Vergleich der Strafwürdigkeit der Besitzbegründung mit dem Unterlassen der Besitzbeendigung ebenfalls zur Annahme eines echten Unterlassungsdelikts gelangt.

Auch die praktisch weniger bedeutsame *Herbeiführung* von Gewahrsam durch Unterlassen stellt wohl ein echtes Unterlassungsdelikt dar. Denn wer einen ihm aufgedrängten Gewahrsam an einer Sache so schnell wie möglich beenden muss, der dürfte auch dazu verpflichtet sein, im Rahmen seiner Möglichkeiten bereits die Entstehung von Gewahrsam zu verhindern. Für diese Einordnung auch *Eckstein* Besitz 167 f mit dem Beispiel eines Reisenden, der es geschehen lässt, dass ihm ein Mitreisender ein Päckchen Betäubungsmittel in die Tasche steckt; Besitz 143 f; vgl auch BVerfG NJW 1994, 2412; NJW 1995, 248.

[475]) Zur Notwendigkeit der eigenständigen Beschreibung der tatbestandsmäßigen Situation siehe *Struensee* FS Stree/Wessels 155 ff.

[476]) Das Erfordernis tätereigenen Gewahrsams verkennt *Clausen* Abfallbeseitigung 34, wenn er meint, als echtes Unterlassungsdelikt wäre das Lagern gefährlicher Abfälle gem § 326 Abs 1 dStGB schon dann erfüllt, „wenn ein Bürger bei einem Spaziergang im Wald an einem dort liegenden Farbeimer vorbeikommt und nicht dessen Entsorgung veranlaßt, sondern diesen einfach liegen läßt". Eine Strafbarkeit des Spaziergängers scheitert in Wahrheit schon daran, dass dieser keinen Gewahrsam am Farbeimer hat.

b) Einräumung einer Überlegungsfrist bei aufgedrängtem Gewahrsam

Bislang ist wenig geklärt, ob der Gewahrsamsinhaber sofort nach Entdeckung der Sache tätig zu werden hat oder ob ihm eine gewisse Überlegungsfrist zur Verfügung steht und erst nach ihrem Ablauf eine Strafbarkeit wegen Unterlassens einsetzt. Eine derartige Frist erscheint nur für *aufgedrängten* Gewahrsam diskussionswürdig. Jemandem, der den Gewahrsam selbst bewirkt hat, braucht eine solche Frist nicht eingeräumt zu werden, weil ihn die Unterlassungssituation nicht unvorbereitet trifft.

Im Gesetz ist der Beginn der Handlungspflicht nur für einige mit einem bestimmten Unterlassen kombinierte Besitzdelikte festgelegt. Dabei ist meist „unverzügliches" Tätigwerden gefordert[477]). In § 42 Abs 2 WaffG wird die Pflicht zu unverzüglichem Handeln dahin gehend präzisiert, dass die Ablieferung der gefundenen Waffe „spätestens aber binnen zwei Tagen" zu erfolgen hat. „Unverzüglich" heißt also zumindest in dieser Vorschrift nicht „sofort".

Auch in Rsp und Lehre finden sich nur vereinzelte Äußerungen zum Beginn der Besitzstrafbarkeit wegen Nichtaufgabe des Gewahrsams. Teils wird die Handlungspflicht sehr streng gehandhabt, etwa wenn es heißt, eine ungewollt erlangte kinderpornographische Darstellung sei „auf der Stelle" zu vernichten oder wegzuwerfen[478]) oder Rauschgift müsse „unmittelbar" der Polizei oder sonstigen Behörden übergeben werden[479]). Ein gewisser Handlungsspielraum wird aber eingeräumt, wenn zwar „unverzügliches" Handeln gefordert, darunter aber ein Tätigwerden „ohne schuldhaftes Zögern" verstanden wird[480]).

Allgemein diskutiert wird der Beginn der Handlungspflicht bei der Bestimmung des Versuchsbeginns eines Erfolgs-Unterlassungsdelikts. Manche Autoren halten die erste, andere wieder die letzte Erfolgsabwendungsmöglichkeit für maßgeblich[481]). Die hM orientiert sich an teleologischen Kriterien: Kann die Gefahr für das Rechtsgut nur durch sofortiges Handeln abgewendet werden, müsse unverzüglich gehandelt werden. Ist dagegen die Gefahr in gleicher Weise durch späteres Handeln abwendbar, stehe ein Handlungsspielraum zur Verfügung, bis ein Untätigbleiben die Lage des Rechtsgutsobjekts verschlechtern würde[482]).

Auf den Unterlassungsteil eines Erfolgs-*Dauer*delikts passt allerdings keiner dieser Vorschläge. Dessen Besonderheit besteht nämlich darin, dass der abzuwendende Erfolg in dem Zeitpunkt, in dem der Täter handlungspflichtig wird, schon eingetreten ist und nur mehr seine *Fortdauer* verhindert werden kann. Wer zB einen anderen versehentlich eingesperrt hat, kann nur mehr das Andauern des Freiheitsentzugs verhindern. Anders als im Fall der

---

[477]) § 42 Abs 1 iVm § 50 Abs 1 WaffG; § 328 Abs 2 dStGB; § 22a Abs 1 Z 6 lit b iVm § 12 Abs 6 Z 1 dKriegswaffenkontrollG.

[478]) *Bertel/Schwaighofer* BT II[6] § 207a Rz 10.

[479]) Vgl *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1102 aE.

[480]) OLG Köln JR 1991, 523.

[481]) Nachweise bei *Seelmann* NK § 13 Rz 83.

[482]) *S/S-Stree* StGB[26] Vorbem §§ 13 ff Rz 153; *S/S-Eser* StGB[26] § 22 Rz 47 ff mwN.

Mutter, die ihr Kind verhungern lässt, beginnt der Deliktserfolg – das Andauern der Freiheitsentziehung – sofort zu laufen.

Trotz dieses Umstands sollte dem Unterlassungstäter eine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden und der Beginn der Handlungspflicht erst nach ihrem Ablauf angesetzt werden[483]). Der Sache nach anerkannt ist eine derartige Überlegungsfrist beim Imstichlassen eines Verletzten gem § 94 StGB. Dieses Delikt weist eine gewisse Parallele zum Unterlassen der Gewahrsamsbeendigung auf, weil die Hilfsbedürftigkeit des Opfers, die durch die Hilfeleistung zumindest teilweise abgewendet wird, ebenfalls zu Beginn der Handlungspflicht schon eingetreten ist. Bei § 94 StGB ist man sich einig, dass eine kurze zeitliche Verzögerung der Hilfeleistung noch nicht tatbestandsmäßig ist[484]). Mit dem späteren Einsetzen des Strafbarkeitsbeginns trägt man einerseits der Lebenswirklichkeit Rechnung und ermöglicht es dem Unfallverursacher, den ersten Schrecken zu überwinden. Andererseits liegt die Einräumung einer Überlegungsfrist im Interesse des Hilfsbedürftigen selbst, der durch eine unüberlegte Hilfeleistung erst recht gefährdet würde[485]).

Unklar ist allerdings die dogmatische Lozierung der Überlegungsfrist. Nach einer verbreiteten Ansicht fehlt es am Unterlassungsvorsatz, der einen Entschluss zur Untätigkeit voraussetze. Solange sich der Hilfspflichtige innerhalb einer gewissen Überlegungsfrist nicht entschieden hat, ob er tätig werden soll oder nicht, sei sein Unterlassen nicht von einem entsprechenden Vorsatz getragen, eine Bestrafung wegen vorsätzlichen Unterlassens daher nicht möglich[486]).

An dieser Lösung ist nicht plausibel, dass der Unterlassungsvorsatz vom Ablauf einer Frist abhängen soll. Würde der Unterlassungsvorsatz wirklich eine bewusste Entscheidung zur Untätigkeit erfordern, könnte der Ablauf einer Überlegungsfrist diese Entscheidung nicht ersetzen. Ein entsprechender Vorsatz würde vielmehr erst ab dem Zeitpunkt vorliegen, in dem sich der Hilfspflichtige *tatsächlich* für das Untätigbleiben entschieden hat. Richtigerweise kommt es aber auf eine bewusste Entscheidung zur Unterlassung gar nicht an. Denn wer überlegt, ob er tätig werden soll oder wie er am besten dabei vorgeht, dem ist gleichzeitig *bewusst*, dass er im Moment keine der gebotenen Handlungen setzt. Er unterlässt daher *wissentlich*, das Gebotene zu tun[487]).

---

[483]) *Fuchs* AT I[6] 37/68 bezeichnet den Zeitraum bis zur vollständigen Erfassung der pflichtbegründenden Situation als „Überlegungsfrist". Dieser Zeitraum ist hier nicht gemeint, sondern die hier befürwortete Überlegungsfrist beginnt erst mit dem Erkennen, dass eine tatbestandsmäßige Unterlassungssituation vorliegt, zu laufen.

[484]) OLG Wien ZVR 1981/126; *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 94 Rz 50 f, 78 f; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 94 Rz 25; *Lewisch* BT I[2] 85 f; *Segelhuber* Hilfeleistungspflicht 136 ff; *Wegscheider* JBl 1976, 356 f; *Zartl* Hilfeleistungspflicht 107 ff.

[485]) Vgl *Segelhuber* Hilfeleistungspflicht 140 f; *Wegscheider* JBl 1976, 356 f; *Zartl* Hilfeleistungspflicht 109 f.

[486]) *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 94 Rz 50; *Nowakowski* FS Reimer 263; vgl auch *Lewisch* BT I[2] 85 f; *Segelhuber* Hilfeleistungspflicht 142 ff.

[487]) Zur Frage eines Unterlassungsentschlusses siehe auch unten 4.a).

Vorzuziehen ist es deshalb, die Überlegungsfrist dem objektiven Tatbestand zuzuordnen und erst nach ihrem Ablauf die Handlungspflicht eingreifen zu lassen[488]). Für diese Lösung spricht, dass bei Verfügbarkeit mehrerer Hilfsmöglichkeiten die Auswahl der am besten geeigneten bereits den ersten Schritt der Hilfeleistung darstellt[489]). Da aber bloße Überlegungen nicht nach außen hervortreten, kann man in einem Tat-Schuld-Strafrecht einen untätig gebliebenen Hilfspflichtigen nicht deswegen bestrafen, weil er es unterlassen hat, entsprechende Überlegungen anzustellen. Man würde ihn sonst wegen unterlassener *Gedanken*, nicht wegen einer unterlassenen Handlung zur Verantwortung ziehen. Deshalb kann der Zeitpunkt, in dem das *Handlungs*gebot eingreift und die Strafbarkeit beginnt, erst nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist angesetzt werden. So wird vermieden, den Hilfspflichtigen für unterbliebene Gedanken zu bestrafen, und zugleich der Notwendigkeit entsprechender Überlegungen Rechnung getragen.

Das mögliche spätere Einsetzen der Handlungspflicht ist nun keine Besonderheit des Imstichlassens eines Verletzten, sondern gilt für alle Unterlassungsdelikte mit vergleichbarer Sachlage[490]). Diese lässt sich allgemein als Situation beschreiben, in der die Handlungspflicht den Pflichtigen unvorbereitet trifft und es nicht offenkundig ist, welche Handlung vorzunehmen ist. Wenn beispielsweise ein aus dem Boot gefallenes Kind zu ertrinken droht, muss dessen Vater sofort die Hand des Kindes ergreifen, um sich nicht wegen fahrlässiger oder gar vorsätzlicher Tötung durch Unterlassen strafbar zu machen. Dagegen steht ihm eine kurze Überlegungsfrist zu, wenn das Kind auf einen hohen Baum geklettert ist, von dem es nicht mehr herunter kann. Erst nach Ablauf dieser Frist muss er tätig werden und eine Leiter holen oder die Feuerwehr verständigen. Die Dauer der Überlegungsfrist richtet sich jeweils nach der Schwierigkeit der zu treffenden Entscheidung und nach der Dringlichkeit des Handelns.

Auch bei aufgedrängtem Gewahrsam ist im Regelfall eine Überlegungsfrist einzuräumen, weil eine schwierige Entscheidungssituation vorliegt, auf die sich der Gewahrsamsinhaber nicht einstellen konnte. Bei vielen Tatobjekten ist es unklar, welche Beseitigungsform zu wählen ist. Sind die Suchtmittel, die kinderpornographische Darstellung oder die Waffen zu vernichten, dürfen sie zum Abfall gegeben werden oder sind sie gar der Polizei zu übergeben? Welche Art der Beseitigung ist am zweckmäßigsten und mit dem geringsten Risiko eigener strafrechtlicher Verfolgung verbunden? Solche Überlegungen hat der Gewahrsamsinhaber anzustellen und die Vor- und Nachteile der einzelnen Beseitigungsmöglichkeiten abzuwägen. Unter diesen Umständen wäre es wenig lebensnah, von ihm sofortiges Handeln zu verlangen. Es liegt gerade auch im Interesse des geschützten Rechtsguts, wenn er erst nach sorgfältiger Überlegung zum Handeln übergeht. Bei einer Pflicht zu augenblicklichem Tätigwerden bestünde nämlich die Gefahr, dass er eine Beseiti-

---

[488]) Diese Einordnung befürworten auch *Wegscheider* JBl 1976, 357; *Zartl* Hilfeleistungspflicht 108.

[489]) Vgl *Armin Kaufmann* Dogmatik 112; *Seelmann* NK § 13 Rz 76.

[490]) Vgl *Wegscheider* JBl 1976, 358 ff.

gungsform wählt, die für das geschützte Rechtsgut erst recht gefährlich ist oder die das Risiko nur unzureichend beseitigt. Beispielsweise könnte er in der ersten Panik die vorgefundenen Suchtmittel einfach vom Balkon seiner Wohnung werfen und dadurch ein viel höheres Risiko schaffen, dass Dritte an die Suchtmittel gelangen[491]).

Andererseits gibt es Situationen, in denen von vornherein feststeht, welche die gebotene Form der Gewahrsamsbeseitigung ist. Wenn zB ein Geschäftsinhaber während der Öffnungszeiten eine verdorbene Ware im Verkaufsregal entdeckt, ist klar, dass er die Ware unverzüglich aus dem Regal zu entfernen hat. In einem solchen Fall greift die Handlungspflicht sofort ein. Wo es nichts zu überlegen gibt, besteht auch keine Notwendigkeit für eine Überlegungsfrist[492]).

Nach Einsetzen der Handlungspflicht kann ein Zuwarten mit dem Tätigwerden nur noch aus *Zumutbarkeitserwägungen* straflos sein. Da die Auferlegung unzumutbarer Verhaltenspflichten unsachlich und damit gleichheitswidrig wäre[493]), sind in verfassungskonformer Auslegung alle Unterlassungsdelikte auf das Unterlassen zumutbarer Handlungen zu beschränken. Die Zumutbarkeit des gebotenen Tuns ist also auch bei jenen Unterlassungsdelikten zu prüfen, für die dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist[494]).

Der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist angesprochen, wenn ein Handeln „ohne schuldhaftes Zögern" verlangt wird[495]). Bei Prüfung der Zumutbarkeit sind die durch den Gewahrsam gefährdeten Interessen gegenüber den billigenswerten eigenen Interessen des Gewahrsamsinhabers abzuwägen. Würden seine eigenen Interessen im Verhältnis zu den erstgenannten Interessen unangemessen beeinträchtigt, ist dem Gewahrsamsinhaber sofortiges Handeln nicht zuzumuten und er bleibt – zumindest vorerst – straflos.

3. Das gebotene Tun

a) Problemstellung

Aus den Tathandlungen der Besitzdelikte geht nicht hervor, auf welche Weise der Gewahrsam aufzugeben ist. Sofern nicht das Verwaltungsrecht bestimmte Vorgaben für die Besitzentledigung enthält[496]), steht nur fest, *dass* das inkriminierte Gewahrsamsverhältnis zu beenden ist, nicht aber, *wie* dies zu geschehen hat[497]).

---

[491]) Vgl den Sachverhalt in NStZ 1986, 558 (OLG Zweibrücken), wo der Täter allerdings keinen eigenen Gewahrsam an den Betäubungsmitteln hatte.

[492]) Hingewiesen sei darauf, dass verwaltungsrechtliche Vorschriften Personen, die ein spezifisches Risiko aufweisen, in den Gewahrsam eines besonders gefährlichen Tatobjekts zu gelangen, bereits dazu verpflichten könnten, für eine solche Situation vorzusorgen. Bei einer solchen Regelung stünde ebenfalls keine Überlegungsfrist zu.

[493]) VfSlg 16.662.

[494]) ZB *Fuchs* AT I[6] 37/81; *Lackner/Kühl* StGB[25] § 13 Rz 5.

[495]) FN 480.

[496]) Siehe zB Art 107 ff schwSprengstoffverordnung (AS 2001, 334).

[497]) Anderes gilt für den Sonderfall eines mit einem bestimmten Unterlassen kombinierten Besitzdelikts (II.C.).

Das Fehlen einer konkreten Handlungsanweisung haben die Besitzdelikte mit anderen Unterlassungsdelikten gemein. Auch bei den Garanten-Unterlassungsdelikten lässt sich dem Gesetz nur das allgemeine Gebot, den Erfolgseintritt abzuwenden, entnehmen. Wie dabei vorzugehen ist, auf welche Weise etwa das eingesperrte Opfer zu befreien ist, ist nicht geregelt. Eine solch allgemeine, nur durch den abzuwendenden Erfolg konkretisierte Handlungsanweisung verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Das gebotene Tun könnte bei diesen Delikten gar nicht genauer festgelegt werden, weil die Abwendung des unrechtmäßigen Erfolgs im Vordergrund steht und es vom Einzelfall abhängt, durch welche Handlung(en) dies möglich ist. Der Normadressat muss in der Unterlassungssituation daher selbst erkennen, welches Tun geboten ist.

Bei den Besitzdelikten liegt das Schwergewicht des Unrechts ebenfalls auf dem tatbestandsmäßigen Erfolg. Entweder alle oder näher bezeichnete Personen sollen vom Gewahrsam am Tatobjekt ausgeschlossen sein. Strafbar ist deshalb nicht nur das Unterbleiben einer bestimmten Form der Gewahrsamsbeendigung, sondern jeder dem Sachinhaber möglichen Gewahrsamsbeendigung[498]).

Allerdings ist die Feststellung der gebotenen Handlung bei den Besitzdelikten oft viel schwieriger als bei den Garanten-Unterlassungsdelikten, weil viele Arten der Gewahrsamsaufgabe ihrerseits bei Strafe verboten sind. Das ist zum einen eine Folge der umfassenden Verkehrsverbote, die der Gesetzgeber für einige der Tatobjekte vorgesehen hat, zum anderen eine Folge ihres besonderen Gefahrenpotentials. Wird etwa Suchtgift auf eine Weise aufgegeben, die zum unerlaubten Besitz eines anderen führt, droht eine Strafbarkeit nach § 27 Abs 1 SMG in der Variante des Überlassens von Suchtgift oder als Beitragstäter zum unerlaubten Besitz des anderen. Falls Kinder das Suchtgift entdecken und einnehmen, kann darüber hinaus eine Strafbarkeit wegen eines Verletzungs- oder Gefährdungsdelikts eingreifen.

Um diese Risiken auszuschalten, könnte sich der Besitzer dazu entschließen, das Suchtgift zu vernichten. Diese Vorgangsweise erweist sich jedoch dann als problematisch, wenn er nicht der zivilrechtliche Eigentümer ist. In diesem Fall kann die Vernichtung mit dem Verbot der Sachbeschädigung kollidieren. Auch die Entsorgung im Abfall kann man nicht vorbehaltlos empfehlen. Da es heute üblich ist, Abfälle zu verbrennen oder mechanisch zu zerkleinern, führt diese Handlung meist ebenfalls zur Sachbeschädigung. Ferner besteht wieder das Risiko einer strafrechtlichen Haftung, wenn ein Dritter an der weggeworfenen Sache Gewahrsam begründet. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass auch verwaltungsrechtliche Vorschriften bestimmten Formen der Gewahrsamsaufgabe entgegenstehen können, wie die Abfallvorschriften oder die Vorschriften zum Gewässerschutz.

Die Lösung der Kollisionsprobleme könnte darin liegen, das Suchtgift bei einer Strafverfolgungsbehörde oder einer sonst zuständigen Behörde abzugeben. Der Besitz eines inkriminierten Gegenstands durch die behördlichen Organe ist durch die Verfahrensregelungen gerechtfertigt und deshalb straflos[499]).

---

[498]) Unbegründet sind daher die Bedenken, die *Lagodny* Strafrecht 327 im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz hegt.

[499]) Siehe auch die ausdrückliche Erlaubnis in § 6 Abs 3 SMG.

Eine einschlägige Handlungspflicht erscheint aber in anderer Hinsicht als bedenklich: Sie führt dazu, dass der Besitzer bei Strafandrohung gezwungen ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen. Der für das Strafrecht zentrale nemo-tenetur-Grundsatz jedoch besagt, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst einer Straftat zu belasten.

Vorweg ist festzuhalten, dass *jede* Form der Gewahrsamsbeendigung die Besitzstrafbarkeit beendet bzw – bei rechtzeitiger Aufgabe von aufgedrängtem Gewahrsam – erst gar nicht entstehen lässt. Eine Gewahrsamsbeendigung, die durch den Konsum des unbefugt besessenen Suchtmittels oder durch die Begehung eines Delikts erfolgt, ist zwar nicht von der Rechtsordnung geboten. Sie wendet aber dennoch eine (weitere) Strafbarkeit wegen Besitzes ab, weil die Aufgabe von Gewahrsam gerade das Gegenteil seiner Aufrechterhaltung ist. Und wenn man keinen eigenen Gewahrsam am Tatobjekt mehr hat, kann man nicht mehr besitzen.

b) Unbedenkliche Handlungsmöglichkeiten

Bei genauerem Zusehen erweist sich, dass es in vielen Fällen möglich ist, das Gewahrsamsverhältnis zu beenden, ohne ein anderes Delikt zu verwirklichen oder sich selbst des Besitzdelikts zu beschuldigen. Einzelne Möglichkeiten sind bereits im darstellenden Teil angedeutet worden[500]). So reicht es manchmal aus, bestimmte Schutzmaßnahmen durchzuführen, etwa Altöl in auslaufsichere Behältnisse umzufüllen (§ 181b f StGB) oder dafür zu sorgen, dass möglichst geringe Mengen radioaktiver Stoffe in die Umwelt gelangen (§ 177b StGB iVm § 27 StrahlenschutzG). Diese Handlungen können gem § 183b StGB überhaupt von Strafe befreien.

Bei den Besitzdelikten mit erweitertem Vorsatz endet die Strafbarkeit, sobald der Gewahrsamsinhaber von seinem Vorhaben Abstand nimmt. Dabei handelt es sich freilich um einen im Inneren bleibenden Vorgang, nicht um eine Handlung. Zu empfehlen ist, die Vorsatzaufgabe durch ein äußeres Verhalten ersichtlich zu machen. Beim Feilhalten kann das zB dadurch geschehen, dass die Sache an einen Ort verbracht wird, der nicht auf eine Verkaufsabsicht schließen lässt.

Hat der Inhaber einer genehmigungspflichtigen Schusswaffe, dem der Besitz, nicht aber das Führen der Waffe erlaubt ist, die Waffe außerhalb seiner Räumlichkeiten bei sich, besteht das gebotene Tun darin, die Waffe nach Hause zu bringen[501]). Sobald er sich in dieser Absicht auf den Weg macht, führt er die Waffe nicht mehr. Dieses Ergebnis mag zunächst befremdlich erscheinen[502]), ist aber eine zwingende Konsequenz der Auslegung als Verhaltensnorm, die bei näherer Betrachtung auch überzeugt: Wenn A erst in der Eisenbahn bemerkt, dass ihm von seiner um seine persönliche Sicherheit besorgten Ehefrau eine Waffe zugesteckt wurde, für die er nur eine Erlaubnis zum Besitz hat, und er an der nächsten Station aussteigt und die Waffe zurückbringt, ist er weder durch aktives Tun noch durch Unterlassen für das

[500]) II.C.
[501]) Vgl *Eckstein* Besitz 215 f.
[502]) *Mitsch* NStZ 1987, 458 spricht sogar von einem unsinnigen Ergebnis.

Bei-sich-Haben der Waffe außerhalb seiner Räumlichkeiten ursächlich geworden. Er hat also die Waffe zu keinem Zeitpunkt geführt, obwohl er sie auswärts bei sich hatte. Freilich muss er – in den Grenzen der Zumutbarkeit – den schnellsten Weg nach Hause nehmen. Wenn er ohne vernünftigen Grund einen Umweg macht, unterlässt er das Gebotene zu tun und macht sich wegen unerlaubten Waffenführens strafbar. Nicht ausreichend wäre es auch, die Waffe gleichsam „beiläufig" nach Hause zu bringen, sondern dies muss gerade *zweckgerichtet* erfolgen. Das Erfordernis eines zweckgerichteten Tuns gilt für alle Unterlassungsdelikte[503]) und kommt bereits in den für das gebotene Tun verwendeten Formulierungen (zB den Tod verhindern, die Waffe nach Hause bringen) zum Ausdruck. Auch die Vertreter des kausalen Handlungsbegriffs verlangen solch ein finales Handeln[504]). Sie können dies auch, ohne in Widersprüche zu geraten, tun, weil es dabei nicht um ein Erfordernis des *strafbaren* Verhaltens, sondern um ein solches des *erwarteten* Verhaltens geht. Wenn also B, die zufällig vom Fenster der Wohnung aus mitverfolgt, wie ihr Ehemann von mehreren Personen geschlagen zu werden droht, diesem nicht helfen will, weil sie der Meinung ist, dass er eine „Abreibung" verdient hat, macht sie sich bei gegebenem Vorsatz wegen §§ 2, 83 Abs 1 StGB in Form des Versuchs strafbar, falls sie die Täter nur dadurch vertreibt, dass sie versehentlich einen Blumenstock umstößt. Denn ein bloß zufälliges Abwenden des Erfolgseintritts ist nicht die Vornahme der gebotenen Handlung. Während dieses und ähnliche Beispiele[505]) eher theoretischen Charakter haben, ist das Erfordernis eines zielgerichteten Tuns beim unbefugten Führen einer Waffe von größerer Bedeutung. Es hat zur Folge, dass derjenige, der sich nur „beiläufig" nach Hause begibt – etwa ein Waffennarr, dem es nicht darum geht, das „Führen" der Waffe möglichst rasch zu beenden, sondern der bloß irgendwann wieder nach Hause geht – weiterhin das Gebotene zu tun unterlässt und daher die Waffe weiterhin „führt".

Eine weitere unproblematische Form der Besitzbeendigung ist die Übergabe an einen zum Besitz Befugten. Beispielshalber können besonders geschützte Tiere oder Pflanzen straflos an einen privaten Liebhaber verschenkt werden. Die durch eine Verwaltungsstrafe abgesicherte Anzeigepflicht in § 3 Abs 1, § 9 Abs 1 Z 3 ArtenhandelsG trifft nur den neuen Eigentümer und ist deshalb mit dem nemo-tenetur-Grundsatz vereinbar. Gem § 24 Abs 2 StrahlenschutzG dürfen radioaktive Stoffe einer Person überlassen werden, die eine Bewilligung für den Umgang mit diesen Stoffen besitzt. Die verpflichtenden Vormerke über die Abgabe sind der Behörde nur auf Verlangen vorzulegen[506]), sodass die Abgabe nicht notwendig zu einer Selbstbelastung führt. Tierarzneimittel entsprechend dem TierarzneimittelkontrollG dürfen einem Tierarzt überlassen werden. Tatobjekte, deren Besitz nur bei Vorhandensein eines erweiterten Vorsatzes strafbar ist, können jemandem ausgehändigt werden, der diesen Vorsatz nicht aufweist (zB §§ 227, 239 StGB; § 10 Abs 2 Zu-

---

[503]) Vgl *Armin Kaufmann* Dogmatik 3.
[504]) Vgl *Armin Kaufmann* Dogmatik 47 f.
[505]) Dazu *Armin Kaufmann* Dogmatik 125.
[506]) § 24 Abs 1 StrahlenschutzG.

gangskontrollG). Suchtmittel dürfen einem Unternehmen übergeben werden, dem gem den §§ 6 f SMG Erwerb und Besitz erlaubt sind. Freilich wird es schwierig sein, eine Apotheke, ein Großhandelsunternehmen oder ein wissenschaftliches Institut zu finden, die zum Erwerb und Besitz gerade jenes Suchtmittels berechtigt sind, an dem man Gewahrsam hat. Schließlich sind nicht alle Suchtmittel zum medizinischen Gebrauch zugelassen[507]). Nahezu unmöglich dürfte es sein, einen befugten Erwerber zu finden, wenn das Suchtmittel von zweifelhaftem Reinheitsgrad ist oder überhaupt in Form eines Gemisches vorliegt.

Als unbedenklich ist auch die Pflicht zur Abgabe bei einer Behörde zu bewerten, wenn diese Handlung als tätige Reue wirkt. Solche Reue-Regelungen finden sich gleich für mehrere Besitzdelikte. Hervorzuheben ist die Regelung in § 50 Abs 3 WaffG. Danach ist wegen des unbefugten Besitzens oder Führens von Waffen nicht zu bestrafen, wer die Waffe freiwillig, bevor eine Strafverfolgungsbehörde von seinem Verschulden erfahren hat, der Bundespolizeidirektion oder Bezirksverwaltungsbehörde abliefert. Die Ablieferung bewirkt hier gerade das Gegenteil einer Selbstbelastung, nämlich die völlige Straffreiheit wegen des Besitzdelikts, und verstößt daher nicht gegen das nemo-tenetur-Prinzip[508]).

Damit sei die beispielhafte Aufzählung einzelner problemloser Handlungsmöglichkeiten abgeschlossen. Da manche dieser Möglichkeiten mehr theoretischer als praktischer Natur sind und es darüber hinaus immer sein kann, dass eine der Handlungen im Einzelfall nicht durchführbar ist, ist im Folgenden zu den zweifelhaften Handlungsmöglichkeiten Stellung zu nehmen: dem Vernichten, dauerhaftem Unbrauchbarmachen oder Wegwerfen der Sache und der Besitzentledigung über die Behörde.

c) Vernichten, irreversibles Unbrauchbarmachen

Die effektivste Form der Besitzaufgabe ist es, das Tatobjekt zu vernichten oder es so zu verändern, dass sich seine Gefahrenträchtigkeit nicht mehr verwirklichen kann. Das Tatobjekt ist dann nicht mehr als solches vorhanden, die Gefahr für das geschützte Rechtsgut ist endgültig abgewehrt. Diese Handlungsweisen geraten indes mit dem Verbot der Sachbeschädigung in Konflikt, wenn das Besitzobjekt eine „fremde Sache" iS des § 125 StGB ist.

aa) Sachqualität der Besitzobjekte?

Im österreichischen Strafrecht ist die Sachbeschädigung als Vermögensdelikt konzipiert[509]). Vor nachteiliger Sacheinwirkung werden daher nur jene körperlichen Gegenstände geschützt, die einen nicht ganz unerheblichen wirt-

[507]) Vgl § 14 Z 3 SuchtgiftVO sowie die Anlagen I–III zum dBtMG.

[508]) Weitere Reuevorschriften dieser Art finden sich in § 165a, § 175 Abs 2, § 227 Abs 2, § 240, § 241d, § 241g, § 280 Abs 2 StGB.

[509]) Hingegen soll die Sachbeschädigung im deutschen Strafrecht auch die formale Rechtsposition des Eigentümers schützen. Die Tatobjekte brauchen deshalb keinen Vermögenswert zu haben; zB *S/S-Stree* StGB[26] § 303 Rz 1.

schaftlichen Gebrauchswert aufweisen. Dieser Wert schlägt sich in einem Vermögensschaden auf Seiten des Opfers nieder, falls der Gegenstand in seiner Substanz beeinträchtigt wird[510]).

Das Zerstören oder Unbrauchbarmachen eines Besitzobjekts verwirklicht folglich nur dann den Tatbestand der Sachbeschädigung, wenn das Objekt einen wirtschaftlichen Gebrauchswert hat oder – anders formuliert – wenn diese Handlungen den Eigentümer[511]) am Vermögen schädigen.

Besitzobjekte, wie verbotene Waffen, Suchtmittel oder kinderpornographische Darstellungen, haben im Regelfall einen wirtschaftlichen Wert. Gerade weil der Handel mit verbotenen Sachen besonders lukrativ ist, ist es ja so schwierig, die strafbewehrten Verbote durchzusetzen. Zu überlegen ist aber, ob auch ein wirtschaftlicher Wert, der sich in kriminellen Aktivitäten gründet, durch die Vermögensdelikte geschützt wird.

In Österreich gehen Rsp und Lehre von einem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus. Zum strafrechtlich geschützten Vermögen werden daher alle Positionen gezählt, die einen wirtschaftlichen Wert haben. Rechtliche Gesichtspunkte sollen dabei keine Rolle spielen, weshalb auch Ansprüche aus nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäften zum geschützten Vermögen gerechnet werden[512]). Wird illegal besessenes Suchtgift gestohlen, nimmt der OGH sogar einen schweren Diebstahl an, wenn der in der Suchtgiftszene übliche Verkaufspreis die Wertgrenze des § 128 Abs 1 Z 4 StGB übersteigt. Er legt der Wertberechnung also gerade jenen Wert zugrunde, den das Suchtgift im illegalen Handel hat[513]). Diese rein wirtschaftliche Sichtweise wird damit begründet, dass es im österreichischen Strafrecht kein durch Vermögensdelikte ungeschütztes Vermögen und insoweit auch keinen „strafrechtsfreien Raum unter Kriminellen" gäbe[514]).

Die Prämisse, dass auch Vermögensschädigungen unter Kriminellen strafbar sein sollen, ist für sich betrachtet gewiss zustimmungswürdig. Eine isolierte Betrachtung vernachlässigt allerdings die Wechselwirkungen, die zwischen den verschiedenen strafrechtlichen Regelungsbereichen bestehen. Als Teilbereich der Strafrechtsordnung muss das Vermögensstrafrecht so ausgelegt werden, dass es mit anderen strafrechtlichen Regelungszielen vereinbar ist. Wenn man einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde legt,

---

[510]) *Bertel* WK² § 125 Rz 8 f; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 3 ff u Rz 22 mwN.

[511]) Die Frage der Eigentumsfähigkeit der Besitzgegenstände sei vorerst ausgeklammert; dazu unten bb).

[512]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II AllgVorbem Rz 4 ff, § 146 Rz 117 ff; *Kirchbacher/Presslauer* WK² § 146 Rz 70; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 146 Rz 48; *Mayerhofer* StGB⁵ § 146 E 74 f; vgl auch OGH LSK 1983/56; SSt 54/34.

[513]) OGH EvBl 1984/79; dass es sich um illegal besessenes Suchtgift handelte, ergibt sich aus dem Volltext der Entscheidung (11 Os 34/83) (der Angeklagte hatte das Suchtgift der Monika B weggenommen). Siehe auch *Bertel* WK² § 127 Rz 6; *Fabrizy* StGB⁸ § 127 Rz 5; *Leukauf/Steininger* StGB³ § 127 Rz 7, § 128 Rz 22.

[514]) *Kienapfel* BT II³ § 146 Rz 122; im Anschluss daran auch OGH 15 Os 195/96; *Kirchbacher/Presslauer* WK² § 146 Rz 62; vgl auch *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 146 Rz 122.

ist diese Vereinbarkeit jedoch nicht gegeben. Vielmehr kommt es zu „unauflösbaren Wertungswidersprüchen" in der Strafrechtsordnung[515]), wie am Beispiel von kinderpornographischen Darstellungen zu zeigen ist:

Nach § 207a StGB ist der Besitz von Kinderpornographie absolut verboten. Auch jeder sonstige Umgang mit Kinderpornographie ist bei Strafe untersagt; insbesondere hat der Besitzer keine Möglichkeit, die Sache straflos zu verwerten. Die Nutzung der Sache für sich selbst, zB durch Betrachten, ist zwar per se keine strafbare Handlung, jedoch infolge der Sanktionierung des Besitzes insoweit verboten, als sie mit Gewahrsam an der Sache verbunden ist. Als Folge dieser strafrechtlichen Verbote sind kinderpornographische Darstellungen nach § 26 StGB ersatzlos einzuziehen.

Zu einer völlig konträren Bewertung des Besitzes durch das Strafrecht gelangt man, wenn man einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde legt. Dann schützen die Vermögensdelikte den Besitzer der Kinderpornographie vor einer Sachbeschädigung und vor vielen Formen der Sachentziehung, obwohl der wirtschaftliche Wert der Kinderpornographie ausschließlich aus strafbaren Verhaltensweisen resultiert. Wenn zB bekannt wird, dass jemandem eine kinderpornographische Darstellung entwendet wurde, müssten die Strafverfolgungsorgane einerseits gegen den früheren Besitzer tätig werden und ihm andererseits strafrechtlichen (Vermögens-)Schutz gewähren[516]). Eine Strafrechtsordnung, die bestimmte Verhaltensweisen verbietet und den Täter zugleich in wirtschaftlicher Hinsicht in Schutz nimmt, stellt jedoch ihre Wirksamkeit selbst in Frage[517]).

Nicht nur zur Harmonisierung mit strafbewehrten Umgangsverboten, auch zur Abstimmung mit dem kriminalpolitischen Anliegen, dass sich Straftaten nicht lohnen dürfen, sollte vom rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff abgegangen werden. Dabei handelt es sich nämlich um einen sehr wichtigen und erfolgsversprechenden Ansatz zur Kriminalitätsbekämpfung. Der Gesetzgeber hat dem Zusammenhang zwischen der Begehung von Straftaten und finanziellen Interessen zB durch Einführung der Strafbestimmung gegen Geldwäscherei (§ 165 StGB) und der Abschöpfung der Bereicherung (§ 20 StGB) Rechnung getragen. Dieser Schritt muss nun auch im Vermögensstrafrecht nachvollzogen werden. Denn nur wenn kriminelle Vermögenswerte ausgenommen sind, ist das Vermögen ein schutzwürdiges Rechtsgut, dh ein *positiv* zu bewertendes Interesse.

---

[515]) Vgl *S/S-Cramer* StGB[26] § 263 Rz 83.

[516]) Wenn man das Tatbestandsmerkmal „fremd" noch außer acht lässt; dazu unten bb).

[517]) Eindrücklich *S/S-Cramer* StGB[26] § 263 Rz 83, der das ausschlaggebende Argument für die Berücksichtigung juristischer Aspekte im Vermögensbegriff darin sieht, „daß es unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung zu unauflösbaren Wertungswidersprüchen im System der Gesamtrechtsordnung kommen muß, wenn das Strafrecht eine wirtschaftlich nutzbare Position als Vermögensbestandteil anerkennt, während andere Teile der Rechtsordnung deren Realisierung in jeglicher Beziehung verbieten und mißbilligen. Wenn die Rechtsordnung die Verfügung über ein Gut untersagt oder dem Inhaber dieses Guts keinen Schutz gewährt, kann es auch vom Strafrecht nicht als schützenswerter Vermögensbestandteil anerkannt werden."

Strafgesetzwidrige Verwertungs- und Gebrauchsmöglichkeiten begründen somit keinen schutzwürdigen Vermögenswert[518]). Es spricht manches dafür, dass auch zivil- und verwaltungsrechtliche Nutzungs- und Verwertungsverbote den strafrechtlichen Vermögensschutz beeinflussen und überhaupt einem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff der Vorzug zu geben ist, wie er von der hL in Deutschland und von der Rsp und Lehre in der Schweiz vertreten wird[519]). Das mag hier dahin gestellt bleiben, weil für die Besitzobjekte umfassende Verbote ohnedies schon aus dem Strafgesetz folgen.

Der um strafrechtliche Implikationen ergänzte Vermögensbegriff wirkt sich folgendermaßen auf die Sachqualität der Besitzobjekte aus:

Zunächst ist festzustellen, ob sich die Sache auch auf eine nicht strafgesetzwidrige Weise verwenden lässt. Ist ihr Besitz *absolut verboten*, kommt ihr von vornherein kein strafrechtlich geschützter Vermögenswert zu. Ein Beispiel sind die erwähnten kinderpornographischen Darstellungen, für die in Österreich ein absolutes Verkehrsverbot besteht. Diese Gegenstände haben überhaupt keinen legalen Vermögenswert. In Bezug auf jenen wirtschaftlichen Wert, den sie in pädophilen Kreisen repräsentieren, ist keine Schutzwürdigkeit gegeben. Kinderpornographische Darstellungen können deshalb straflos vernichtet werden[520]) – eine Handlungsweise, die auch in den Gesetzesmaterialien empfohlen wird[521]).

Der wirtschaftliche Wert der *nur zum Teil verbotenen* Besitzobjekte bemisst sich nach den verbleibenden legalen Verwendungsmöglichkeiten. Für unbefugt besessene Suchtmittel ist daher der wirtschaftliche Wert der Möglichkeit, das Suchtmittel an ein gem den §§ 6 f SMG legitimiertes Unternehmen zu veräußern, wertbestimmend. Dass der unbefugte Besitzer ein Unternehmen findet, das zum Erwerb und Besitz genau seines Suchtmittels befugt und auch bereit ist, dafür ein Entgelt zu leisten, ist freilich wenig wahrscheinlich. Die Chance ist im Normalfall so gering, dass ihr kein messbarer wirtschaftlicher Wert zukommt[522]). Aus diesem Grund sind Suchtmittel, die nicht

---

[518]) In Ansätzen auch – allerdings nicht konsequent genug – *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 28 f, § 127 Rz 25 f.

[519]) *S/S-Cramer* StGB[26] § 263 Rz 82 mN; BGE 122 IV 179; BGE 117 IV 139; *Rehberg/Schmid* Strafrecht III[7] 61; *Stratenwerth/Jenny* BT I[6] § 15 Rz 45.

[520]) So auch *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 28.

[521]) JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3.

[522]) Im Ergebnis auch – freilich nur für das Abgabenrecht – OGH EvBl 1976/229 unter Bezugnahme auf einen Erlass des BMJ vom 17. 2. 1976, JABl 1976/18 (abgedruckt bei *Foregger/Litzka/Matzka* SMG 412 f). Nach diesem Erlass kommt es bei der Ermittlung des Werts von verfallenem Suchtgift „nicht auf den Preis an, den das Suchtgift im unerlaubten Verkehr hat", sondern auf den Preis im erlaubten Verkehr. „Stoffe und Zubereitungen, die praktisch nicht im erlaubten Verkehr stehen, weil sie abgesehen von der Möglichkeit ihres Mißbrauches als Suchtgifte nur für Lehr-, Versuchs- oder Untersuchungszwecke ... herangezogen werden können – dies gilt zB für Haschisch, Heroin und LSD, und zwar ohne Rücksicht auf die Menge –, sind in diesem Sinne als wertlos anzusehen." Anders dagegen *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 28 f, § 127 Rz 25 f, die den legalen Verwertungsmöglichkeiten jedenfalls einen Vermögenswert zusprechen, auch wenn die Verwertung, wie bei unbefugt besessenem Heroin, kaum realistisch ist.

einem befugten Unternehmen gehören, regelmäßig keine „Sache" iS des § 125 StGB und können straflos vernichtet werden. Auch andere Vermögensdelikte, wie Diebstahl oder Raub, kommen nicht zur Anwendung. In diesem Sinne hat auch das schweizerische Bundesgericht einen Fall entschieden, in dem einem Drogenhändler Betäubungsmittel weggenommen wurden. Das Bundesgericht befürwortet einen wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff, der nur rechtlich geschützte wirtschaftliche Positionen umfasst. Da unbefugt besessene Betäubungsmittel nicht Teil des rechtlich geschützten Vermögens seien, begründe die Tat keinen Diebstahl, sondern allenfalls ein Betäubungsmitteldelikt[523]).

An einem hinreichenden legalen Vermögenswert fehlt es regelmäßig auch verbotenen Waffen oder Kriegsmaterial. Die Umgangsverbote reichen bei diesen Gegenständen so weit, dass sie, wenn einmal in unbefugten Händen, praktisch verkehrsunfähig sind. Genehmigungspflichtige Schusswaffen kann ein unbefugter Besitzer dagegen sanktionslos an einen Waffenscheininhaber veräußern[524]). Dieser Möglichkeit wird man einen relevanten Vermögenswert beizumessen haben, da der erlaubte Besitz solcher Waffen relativ weit verbreitet ist. Ebenso haben zB Tierarzneimittel einen breiten legalen Anwendungsbereich.

Die Bestimmung des Vermögenswerts einer Sache nach den legalen Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten bringt es mit sich, dass ihre Eignung als Tatobjekt eines Vermögensdelikts wechseln kann. Im Vermögen eines legitimierten Apothekers hat Morphium einen strafrechtlich relevanten Wert, während es im Vermögen eines Suchtmittelabhängigen aus strafrechtlicher Sicht regelmäßig wertlos ist und daher nicht Tatobjekt eines Vermögensdelikts sein kann[525]). Darin liegt eine gewisse Schwierigkeit für die Strafverfolgung im Bereich der Vermögensdelikte. Wenn zB eine Sache beschädigt oder gestohlen wird, die der Eigentümer nicht (mehr) besitzen darf, muss ermittelt werden, ob den zulässigen Verwendungsmöglichkeiten ein messbarer wirtschaftlicher Wert zukommt.

Wenngleich diese Feststellung nicht immer einfach ist, wird doch nichts Unmögliches von den Strafverfolgungsorganen verlangt. Eine individuelle Schadensermittlung erfolgt nämlich auch in anderen Fällen. So wird beim Diebstahl zwischen dem Einzelhandels- und dem Großhandelpreis unterschieden, je nachdem, ob der Bestohlene einen Einzelhandel oder Großhandel betreibt[526]). Eine große Ähnlichkeit zu der hier vorgeschlagenen Wertermittlung

---

[523]) BGE 122 IV 179.

[524]) Die mit einer Verwaltungsstrafe abgesicherte Pflicht des Überlassers, die Veräußerung der Behörde anzuzeigen (§ 28 Abs 2 iVm § 51 Abs 2 WaffG), ist in verfassungskonformer Auslegung auf den *befugten* Besitzer zu beschränken.

[525]) Wird die Sache einem zum Besitz *legitimierten* Eigentümer von jemandem weggenommen, dem der Besitz untersagt ist, liegt die Bereicherung des Täters hingegen in den kriminellen Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeiten. Diese Möglichkeiten haben ja einen wirtschaftlichen Wert, der Vermögensträger verdient bloß keinen strafrechtlichen Schutz. Ein krimineller Vermögenswert kann sich daher nicht zugunsten des Inhabers, durchaus aber zu seinem Nachteil auswirken.

[526]) ZB *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 128 Rz 23.

hat die objektiv-individuelle Schadensberechnung beim Betrug. Nach dieser Berechnungsmethode ist ein Vermögensschaden zu bejahen, wenn die erhaltene Sache für den Getäuschten individuell unbrauchbar ist und nur zu einem niedrigeren Preis wieder verkauft werden kann[527]). Da dem österreichischen Vermögensstrafrecht im Prinzip ein einheitlicher Vermögensbegriff zugrunde liegt[528]), ist es nur folgerichtig, individuelle Faktoren nicht nur (wie beim Betrug) zugunsten des Einzelnen, sondern auch zu seinen Lasten zum Durchgriff kommen zu lassen. Ein Vermögensgegenstand hat eben „nicht überall und immer den gleichen Wert"[529]). Die praktischen Schwierigkeiten verringern sich dadurch, dass die Besitzobjekte häufig schon wegen des Tatbestandsmerkmals „fremd" als Tatobjekt eines Vermögensdelikts ausscheiden (unten bb). Wegen der fehlenden Anzeigebereitschaft eines selbst straffällig gewordenen Eigentümers werden solche Vermögensdelikte auch nur selten aktenkundig.

Im Ergebnis kollidiert somit die Zerstörung des Besitzobjekts nicht mit dem Verbot der Sachbeschädigung, wenn der Eigentümer keine legalen Verwendungsmöglichkeiten hat oder diesen kein relevanter wirtschaftlicher Wert zukommt. Das Vernichten oder Unbrauchbarmachen der Sache ist dann durch das Besitzdelikt geboten.

bb) Eigentumsfähigkeit der Besitzobjekte?

Eine Sachbeschädigung gem § 125 StGB kann nur an „fremden" Sachen begangen werden. Der Begriff „fremd" wird zivilrechtsakzessorisch ausgelegt. Eine Sache gilt mithin als fremd, wenn sie sich im Eigentum eines anderen befindet[530]). Die Vernichtung eines Besitzobjekts kollidiert folglich auch dann nicht mit dem Verbot der Sachbeschädigung, wenn niemand an der Sache Eigentum hat oder wenn der Besitzer selbst der Alleineigentümer ist. Kann man aber überhaupt Eigentum an einer Sache haben, die man nicht besitzen darf?

Die „objektive und subjektive Möglichkeit der Erwerbung des Eigentumes" ist in den §§ 355 f ABGB geregelt. Vom Grundsatz, dass jeder an allen Sachen Eigentum erwerben kann, nimmt § 356 ABGB jene Personen aus, denen „in Rücksicht ihrer persönlichen Fähigkeit, oder in Rücksicht auf die Sache, die erworben werden soll, ein gesetzliches Hindernis" entgegensteht. In der zivilrechtlichen Literatur werden neben den Beschränkungen, die sich aus den Grundverkehrsgesetzen ergeben, Waffen, Sprengstoffe und Suchtgifte als Beispiele für nur beschränkt eigentumsfähige Sachen genannt[531]).

Da also strafbewehrte Erwerbs- und Besitzverbote sachliche Eigentumsbeschränkungen begründen, ist Eigentum an den betreffenden Gegenständen nur in sehr engem Rahmen möglich. An Suchtgift kann nur Eigentum erlan-

---

[527]) Näher *Kessel* JBl 1999, 18 f mit ausführlichen Nachweisen.

[528]) *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II AllgVorbem Rz 10.

[529]) Vgl *S/S-Cramer* StGB[26] § 263 Rz 81.

[530]) ZB *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 30.

[531]) *Dittrich/Tades* ABGB Nach § 356; *Gschnitzer* Sachenrecht[2] 72; *Klicka* in *Schwimann* ABGB 2[2] § 355 Rz 2; *Koziol/Welser* Grundriss I[12] 220; *Spielbüchler* in *Rummel* ABGB 1[3] § 355–356 Rz 3.

gen, wer eine Erlaubnis zum Erwerb und Besitz zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken hat. Andere Personen können weder in originärer noch in abgeleiteter Form zu Eigentümern werden[532]). An einer Waffe wird ebenfalls nur dann Eigentum erlangt, wenn man sie im Zeitpunkt des Erwerbs besitzen durfte. Der nachträgliche Wegfall der Erlaubnis lässt hingegen bestehendes Eigentum unberührt, weil § 356 ABGB nur den Eigentums*erwerb* regelt. Ein Waffenbesitzer bleibt also zivilrechtlicher Eigentümer, wenn ihm der Waffenschein später entzogen wird. Die Erlangung von Eigentum an einem Fälschungswerkzeug iS des § 227 StGB hängt wiederum davon ab, ob bereits beim Erwerb der Vorsatz auf Urkundenfälschung vorhanden war.

Kommt nach dem Gesagten ausnahmsweise doch demjenigen das (Allein-)Eigentum zu, der die Sache in tatbestandsmäßiger Weise besitzt, darf er sie ohne weiteres vernichten oder unbrauchbar machen. Das gilt auch dann, wenn niemand Eigentum am betreffenden Gegenstand hat, was bei den Besitzobjekten mit nur beschränkten legalen Nutzungsmöglichkeiten häufig der Fall sein wird: Jedenfalls eigentumsfrei sind die *absolut verkehrsunfähigen* Sachen. Dass solche Sachen – wie zB Kinderpornographie – nicht Tatobjekt einer Sachbeschädigung sein können, ergibt sich also gleich aus zwei Tatbestandsmerkmalen des § 125 StGB, jenem der „Sache" und dem Merkmal „fremd". An *relativ verkehrsunfähigen* Besitzgegenständen besteht dann kein Eigentum, wenn sie niemals von einem zum Besitz Befugten erworben wurden. Illegal produziertes Suchtgift unterliegt daher regelmäßig nicht dem Schutz des Vermögensstrafrechts – dass einmal ein legitimiertes Unternehmen daran Eigentum erlangt hat, wird man ausschließen können. Selbst wenn die legalen Verwertungsmöglichkeiten ausnahmsweise Vermögenswert haben sollten, ist die Vernichtung des Suchtgifts daher nicht tatbestandsmäßig.

cc) Einwilligung des Eigentümers

In einem weiteren Fall verwirklicht die Zerstörung der Sache nicht den Tatbestand der Sachbeschädigung, nämlich wenn der Besitzer die Sache vom Eigentümer abgeleitet erworben hat. Wegen § 356 ABGB hat der unbefugte Besitzer zwar nicht eigenes Eigentum erlangt. Dennoch darf er die Sache zerstören, weil der Eigentümer durch die Übertragung der Sache an ihn darin eingewilligt hat, dass er mit der Sache so verfährt, als ob er ihr Eigentümer wäre. Diese Einwilligung schließt den Tatbestand der Sachbeschädigung aus[533]).

In besonders gelagerten Konstellationen kann die Sachbeschädigung auch durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein. Zu denken ist etwa an die Vernichtung der Sache durch einen Angehörigen in einer Situation, in

---

[532]) Auch nach schweizerischem Zivilrecht sind die Verkehrs- und Eigentumsfähigkeit von Betäubungsmitteln „jedenfalls zu verneinen, soweit – was meistens zutrifft – Handel und Besitz verboten sind"; BGE 122 IV 179; zustimmend *Trechsel* StGB[2] Vor Art 137 Rz 4a. Anders nach deutschem Zivilrecht; näher *Marcelli* NStZ 1992, 220 f; *Vitt* NStZ 1992, 221 f.

[533]) Zur tatbestandsausschließenden Wirkung der Einwilligung zB *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 125 Rz 57 u 59.

der die Beschlagnahme der Sache droht und der Eigentümer nicht rechtzeitig erreichbar ist[534]).

dd) Vorschriften über tätige Reue?

Die bisherigen Überlegungen haben ergeben, dass es in weitaus weniger Fällen zur Kollision mit dem Verbot der Sachbeschädigung kommt, als es zunächst den Anschein hat. In den verbleibenden Fällen ändern allerdings auch jene Reue-Regelungen nichts an einer möglichen Strafbarkeit gem § 125 StGB, nach denen es von Strafe befreit, wenn man die Sache vernichtet oder dauerhaft unbrauchbar macht (§ 227 Abs 2, § 240, § 241d, § 280 Abs 2 StGB). Diese Vorschriften haben nämlich nur die Rechtsgutsbeeinträchtigung durch jene Tathandlung im Auge, für die sie geschaffen wurden, weshalb ihnen eine Erlaubnis zur Vernichtung von *fremden* Sachen nicht entnommen werden kann. Man könnte sogar umgekehrt daran denken, die Strafaufhebung nur dann eingreifen zu lassen, wenn der Täter durch *legales* Verhalten seine Rückkehr zum Recht beweist. Falls die Reuehandlung ihrerseits einen Straftatbestand verwirklicht, würde es dann bei der Strafbarkeit auch wegen des reuefähigen Delikts bleiben. Vorzuziehen ist aber eine nach Delikten getrennte Betrachtungsweise. Da die Reue-Vorschriften nur punktuelle Regelungen darstellen, die sich auf einen ganz bestimmten Straftatbestand beziehen, muss der Täter nicht insgesamt zur Legalität zurückkehren, damit ihm tätige Reue wegen dieses einen Tatbestands zugute kommt. Der Umstand, dass zB die vernichtete Waffe eine „fremde Sache" iS des § 125 StGB ist, hat schließlich nichts mit jenen Gefahren zu tun, vor denen das in § 280 StGB normierte Vorfelddelikt schützen soll. Die Vernichtung einer *fremden* Sache beseitigt im Gegenteil die Gefahr ihrer Verwendung ebenso endgültig, wie wenn es sich um die eigene Sache des Täters handeln würde; und nur auf die Beseitigung dieser Gefahr kommt es gem § 280 Abs 2 StGB für die Strafaufhebung an. Diese Form der tätigen Reue kollidiert freilich mit dem Verbot der Sachbeschädigung.

ee) Rechtfertigende Pflichtenkollision

Welches Handlungsgebot trifft nun zB den Besitzer von Suchtmitteln, der weiß, dass sie aus einem Apothekeneinbruch stammen? Darf er sie vernichten, wenn er sonst keine Möglichkeit zur Besitzaufgabe hat? Es kollidieren eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht. Daher gilt wieder die Regel, dass die Erfüllung der höherwertigen Pflicht die Verletzung der geringerwertigen Pflicht rechtfertigt, während man bei Gleichwertigkeit der Pflichten untätig zu bleiben hat[535]). Die gegenständlichen Pflichten tangieren verschiedene Rechtsgüter: die Vernichtung der Suchtmittel das Vermögen des Eigentümers, der fortdauernde Besitz Leib oder Leben dritter Personen, die an die

---

[534]) Falls die Strafverfolgungsorgane bereits konkret nach dieser Sache suchen, verwirklicht die Vernichtung der Sache allerdings den Tatbestand der Unterdrückung eines Beweismittels gem § 295 StGB.

[535]) Nachweise oben in FN 437.

Suchtmittel gelangen könnten. Da Leib und Leben höherwertige Rechtsgüter sind, hätte die Handlungspflicht Vorrang vor der Unterlassungspflicht. In die Abwägung muss aber auch die Gefahrenintensität einbezogen werden. Hier steht die sichere Vermögensschädigung den noch ganz abstrakten Gefahren gegenüber, die vom fortdauernden Besitz ausgehen. Derart abstrakte Gefahren rechtfertigen einen Eingriff in fremdes Eigentum nicht, also darf der Besitzer die Suchtmittel nicht vernichten[536]). Die Aufrechterhaltung des Gewahrsams ist durch Notstand gerechtfertigt, bis der Besitzer die Sache dem befugten Eigentümer zukommen lassen kann.

Eine derartige Situation wird allerdings nur selten vorliegen. Im Regelfall ist es nämlich möglich, die Suchtmittel der Behörde anonym zukommen zu lassen (unten e), und dann handelt es sich nicht um eine Pflichtenkollision.

d) Entsorgen im Abfall

Bei manchen Besitzobjekten ist es schwierig, sie zu vernichten oder unbrauchbar zu machen. Das gilt zB für eine „Pumpgun". Wenn Eltern im Zimmer ihres 16-jährigen Sohnes eine solche Waffe finden und sie in eigenen Besitz nehmen, sind sie zunächst durch Notstand gerechtfertigt[537]). Sie müssen sich aber der Waffe möglichst schnell entledigen. Die Möglichkeit, die Waffe einem zum Besitz Befugten zu übergeben, hat bei einer „Pumpgun", die gem § 17 Abs 1 Z 4 WaffG zu den verbotenen Waffen zählt, keine praktische Bedeutung, weil verbotene Waffen sehr weitgehenden Restriktionen unterworfen sind. Würden die Eltern die Waffe bei der Behörde abgeben, würden sie ihr Kind der Strafverfolgung aussetzen. Tätige Reue gem § 50 Abs 3 WaffG kommt nämlich nur demjenigen zugute, der die Waffe selbst abliefert. Zulässig ist es aber, die Waffe zu vernichten oder auf Dauer unbrauchbar zu machen. Eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung droht dabei nicht, weil normalerweise nicht anzunehmen ist, dass jemand Eigentum an einer verbotenen Waffe hat[538]). Allerdings stößt diese Handlung auf praktische Schwierigkeiten. In Frage käme etwa, die Waffe mit einem schweren Fahrzeug platt zu walzen.

Wesentlich einfacher wäre es, die Waffe zum Abfall zu geben. Dass die Waffe als Abfall letzten Endes verbrannt oder mechanisch zerkleinert wird, ist kein Problem, weil die Vernichtung von verbotenen Waffen – wie erwähnt – im Regelfall keine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung begründet. Ein Strafbarkeitsrisiko droht aber von anderer Seite: Falls ein Dritter die Waffe findet und an ihr Besitz begründet, könnten sich die Eltern als Beitragstäter zu dessen Besitz strafbar machen[539]). Da der Versuch der Beitragstäterschaft gem § 15 StGB straflos ist, kann es zu dieser Strafhaftung nur dann kommen, wenn tatsächlich jemand die Waffe in Besitz nimmt. Rechnen die Eltern

---

[536]) Im Ergebnis auch *Lagodny* Strafrecht 328 f.

[537]) Oben D.2.c)aa).

[538]) Vgl oben c)bb).

[539]) Das Überlassen von Waffen bildet nur eine Verwaltungsübertretung, es sei denn, es handelt sich um Kriegsmaterial (§ 51 Abs 1 Z 4 WaffG).

ernsthaft mit dieser Möglichkeit und finden sie sich damit ab, geht es um eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher, sonst wegen fahrlässiger Beitragstäterschaft.

Im Ergebnis ist danach zu differenzieren, *wie* die Waffe weggeworfen wird. Erfolgt dies auf sichere Art und Weise – die Waffe wird zB mit Isolierband und Stofffetzen umwickelt und zwischen anderem Müll versteckt – ist das Risiko, dass sie ein anderer findet, als so gering einzustufen, dass die Vorhersehbarkeit zu verneinen ist. Eine Strafbarkeit als Beitragstäter scheitert dann bereits an den Kriterien der objektiven Zurechnung[540]).

Anders ist das Wegwerfen zu beurteilen, wenn es unsorgfältig erfolgt; die verbotene Waffe wird zB einfach in einen offenen Abfalleimer in einem Park gelegt. In diesem Fall ist es objektiv voraussehbar, dass ein anderer die Waffe entdeckt und an sich nimmt. Bei der Beurteilung, ob die Risikoschaffung auch rechtlich missbilligt ist, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes: Im Allgemeinen ist die Haftung für Straftaten Dritter nach dem Vertrauensgrundsatz abzugrenzen. Dieser besagt, dass nur bei hinreichenden Indizien mit künftigem Fehlverhalten eigenverantwortlicher Dritter zu rechnen ist[541]). Auf Fehlverhalten nicht eigenverantwortlicher Personen, insbesondere von Kindern, ist der Vertrauensgrundsatz nicht anwendbar, weil man bei dieser Personengruppe ein korrektes Verhalten nicht voraussetzen kann. Wenn also ein im Park spielendes Kind die Waffe an sich nimmt, macht sich der Wegwerfende als Beitragstäter zu dessen Besitz, gegebenenfalls sogar wegen eines fahrlässigen Gefährdungs- oder Verletzungsdelikts strafbar.

Aber auch bei Besitzbegründung durch einen eigenverantwortlichen Erwachsenen kann sich der Wegwerfende letztlich nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen. Denn durch die Einführung der Besitzverbote wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Tatobjekte in die Hände Unbefugter geraten. Er traut bei absolut verbotenen Sachen niemandem, bei relativ verbotenen Sachen nur bestimmten Personen einen eigenverantwortlichen Umgang mit diesen Sachen zu. Diese gesetzgeberische Intention darf durch den Vertrauensgrundsatz nicht unterlaufen werden. Deshalb ist das Vertrauen darauf, ein (eigenverantwortlicher) Erwachsener werde schon nicht verbotenerweise Besitz an der Sache begründen, nicht geschützt[542]). Vielmehr ist es generell sozialinadäquat, Tatobjekte der Besitzdelikte so wegzuwerfen, dass sie ein anderer leicht finden kann. Das Wegwerfen begründet also ein rechtlich missbilligtes Risiko der Beitragstäterschaft zum Besitz. Ob daneben auch eine (vorrangige) Strafbarkeit wegen einer anderen Tathandlung eingreift, zB wegen Überlassens, Verschaffens oder Inverkehrsetzens, ist eine Frage der Auslegung dieser Tathandlungen[543]).

---

[540]) Da Explosivabfälle, wie Munition, nicht zum Hausmüll gegeben werden dürfen, ist zudem darauf zu achten, dass die Waffe ungeladen ist. Die Waffe selbst fällt hingegen nicht unter den Begriff „gefährlicher Abfall" iS der Abfallverzeichnisverordnung (BGBl II 2003/570).

[541]) *Roxin* AT I³ § 24 Rz 26 ff mwN.

[542]) Vgl *Frisch* Verhalten 247 ff.

[543]) Zum Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln durch Wegwerfen vgl *Eckstein* Besitz 251 f.

Festzuhalten ist, dass die Tatobjekte der Besitzdelikte unter denselben Bedingungen, wie sie vernichtet oder unbrauchbar gemacht werden dürfen, auf sichere Weise zum Abfall gegeben werden dürfen.

e) Abgeben bei der Behörde

Fast immer besteht die Möglichkeit, die besessene Sache bei der Polizei oder einer anderen Behörde abzugeben. Bei Sachen, die wegen ihrer Größe oder besonderen Gefährlichkeit nicht zur Behörde gebracht werden können, kommt es der Abgabe gleich, wenn ihre behördliche Sicherstellung ermöglicht wird. Es ist zu begrüßen, wenn der Besitzer diese Form der Gewahrsamsaufgabe wählt, weil sie das Eingreifen der staatlichen Schutzmaßnahmen gewährleistet. Da der Besitzer durch diese Handlungen seine eigene Strafverfolgung auslösen kann, wirft jedoch ein entsprechendes Handlungs*gebot* Bedenken im Hinblick auf den nemo-tenetur-Grundsatz auf.

Das nemo-tenetur-Prinzip wird in Österreich entweder aus dem verfassungsrechtlich verankerten Anklagegrundsatz (Art 90 Abs 2 B-VG), dem Fairnessgebot oder der Unschuldsvermutung abgeleitet, die jeweils in Art 6 EMRK verfassungsrechtlich garantiert sind[544]). Es besagt[545]), dass niemand gezwungen werden darf, durch aktives Verhalten an seiner eigenen Überführung mitzuwirken. Ausfluss findet das Prinzip, das die Behandlung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt sicherstellen soll, in einzelnen Verfahrensrechten des Beschuldigten. Zu den wichtigsten gehören das Recht auf Aussageverweigerung und das Recht, die Herausgabe von Beweismaterial zu verweigern. Unzulässig wäre es etwa auch, den Beschuldigten zur aktiven Teilnahme an einer körperlichen Untersuchung zu zwingen. Der nemo-tenetur-Grundsatz verbietet aber nur aktive Mitwirkungspflichten. Daher muss es der Beschuldigte hinnehmen, wenn ohne seine Mitwirkung eine Sache beschlagnahmt oder sein Körper untersucht wird. Der Beschuldigte soll allein vor jener Zwangslage geschützt werden, in der er nur die Wahl hat, entweder zu seiner eigenen Überführung beizutragen oder Zwangsfolgen wegen der verweigerten Mitwirkung auf sich zu nehmen[546]). Da solch eine Zwangslage auch durch materielle Strafvorschriften herbeigeführt werden kann, ist die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht auf das Strafverfahren beschränkt. Auch eine Strafvorschrift, die auf ein Gebot zur Selbstbeschuldigung hinausläuft, kann wegen Verstoßes gegen diesen Grundsatz verfassungswidrig sein.

Die *persönliche* Übergabe der Sache an die Behörde stellt zweifelsohne eine aktive Mitwirkung an der eigenen Überführung dar. Zu erwarten ist, dass die Personalien des Überbringers festgestellt und die Herkunft des Gegenstands überprüft wird. Dass es nicht zu einer strafrechtlichen Verfolgung des Besitzers kommt, ist wenig wahrscheinlich. Immerhin liefert er gleich das

---

[544]) Auf Art 90 Abs 2 B-VG rekurrieren der VfGH (zB VfSlg 14.988); *Öhlinger* FS Klecatsky 195; *Thienel* JBl 1992, 484 ff; auf Art 6 EMRK *Berka* Grundrechte Rz 848; *Mayer* Bundes-Verfassungsrecht[3] Art 90 B-VG III, Art 6 EMRK I.1; ebenso der EGMR; zB ÖJZ 2002/23 (MRK); ÖJZ 2003/41 (MRK).

[545]) Zum Folgenden insb *Rogall* Beschuldigte 155 ff.

[546]) *Schmoller* JBl 1992, 84.

wichtigste Verdachtsmoment für einen strafbaren Besitz, nämlich dass er ein Tatobjekt in Gewahrsam hatte. Die Strafverfolgungsbehörde braucht im Wesentlichen nur noch zu ermitteln, wie der Gewahrsam erlangt wurde oder ob er schon seit längerer Zeit bestanden hat. Die persönliche Übergabe der Sache an die Behörde kommt daher im Ergebnis einer Selbstanzeige gleich. Wegen der Pflicht zur Anzeige amtswegig bekannt gewordener Straftaten gem § 84 StPO gilt dies auch bei Übergabe der Sache an eine Behörde, die selbst nicht zur Strafverfolgung berufen ist.

Allerdings können auch die Handlungsgebote anderer Unterlassungsdelikte zur Aufdeckung einer Straftat des Handlungspflichtigen führen, ohne dass sie deswegen für verfassungswidrig gehalten werden. Die Auswirkungen einer drohenden Selbstbelastung auf die Unterlassensstrafbarkeit werden vor allem bei jenen Delikten erörtert, die Hilfeleistungspflichten zum Inhalt haben. Nicht immer wird dabei dem Interesse des Hilfspflichtigen, sich nicht selbst zu verdächtigen, der Vorrang eingeräumt[547]). *Rogall* hat aufgezeigt, dass der Grund für das Zurücktreten des nemo-tenetur-Prinzips in den berührten Drittinteressen liegt: Das Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung betrifft das Verhältnis des Einzelnen zum Staat. Sobald Interessen Dritter mit im Spiel sind, stehen sich nicht mehr allein das staatliche Strafverfolgungsinteresse und das Interesse des Einzelnen, nicht an seiner eigenen Überführung mitwirken zu müssen, sondern auch verschiedene Einzelinteressen gegenüber. Da die Interessen Dritter im nemo-tenetur-Prinzip noch nicht berücksichtigt sind, ist durch Abwägung zu entscheiden, welchem Einzelinteresse der Vorrang gebührt. Der grundsätzlichen Bedeutung des Verbots eines Selbstbelastungszwangs ist dadurch Rechnung zu tragen, dass es nur gegenüber überragenden Rechtsgütern als nachrangig bewertet wird[548]).

Bevor eine solche Interessenabwägung vorgenommen wird, ist allerdings zu prüfen, ob die Handlung nicht auch ohne Selbstbelastung durchführbar ist; dann kommt es nämlich gar nicht zur Kollision mit dem nemo-tenetur-Grundsatz[549]).

Tatsächlich lassen sich wohl die meisten Besitzobjekte auf *anonyme* Weise bei der Behörde abgeben, also ohne dass der Besitzer seine Identität offenbart. Kleinere Gegenstände können auf dem Postweg übersendet oder direkt in den Briefkasten der Behörde geworfen werden. Trotz der modernen Aufklärungsmethoden ist die Ausforschung des Absenders einer anonymen Sendung nahezu ausgeschlossen[550]). Bei anderen Gegenständen mag die Ver-

---

[547]) Vgl OGH ZVR 1977/46; *Bertel/Schwaighofer* BT I[8] § 94 Rz 17; *Kienapfel/Schroll* BT I[5] § 94 Rz 64, § 95 Rz 50; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 323c Rz 23. Die Bedeutung des nemo-tenetur-Grundsatzes verkennt *Lewisch*, wenn er meint, die Gefahr der Strafverfolgung mache die Hilfeleistung niemals unzumutbar, weil es sich nicht um ein rechtlich anerkanntes Interesse handle (BT I[2] 88, 92).

[548]) *Rogall* Beschuldigte 158 ff.

[549]) *Rogall* Beschuldigte 161.

[550]) Ein Beispiel aus der jüngeren österreichischen Kriminalgeschichte ist die Briefbombenserie des Franz Fuchs, der anhand seiner anonymen Bekennerschreiben nicht ausgeforscht werden konnte. Anders die Einschätzung des Strafverfolgungsrisikos durch *Lagodny* Strafrecht 330.

sendung per Post zu gefährlich oder aufgrund der Größe des Gegenstands nicht durchführbar sein. Hier kommt aber eine anonyme Verständigung der Behörde in Betracht, falls nicht schon der Standort des Gegenstands auf den Besitzer schließen lässt.

Kann die Abgabe nicht anonym erfolgen, sind die Nachteile aus der zu erwartenden Strafverfolgung mit der dritten Personen drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung abzuwägen. *Rogall* will dabei den Interessen Dritter nur bei Lebensgefahr den Vorrang einräumen[551]). Nun lassen sich zwar viele Besitzdelikte letztendlich auf eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter zurückführen. Die mit dem bloßen Besitz verbundenen Gefahren sind aber noch ganz abstrakt, es ist völlig offen, auf welche Weise, ja ob sie sich überhaupt realisieren werden. Demgegenüber sind die Risiken einer Strafverfolgung des Besitzers bereits konkret abschätzbar und eine Strafverfolgung ist auch sehr wahrscheinlich. Da bei der Interessenabwägung auch die Imminenz und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu berücksichtigen sind[552]), wird das nemo-tenetur-Prinzip im Normalfall nicht durch höherwertige Drittinteressen zurückgedrängt. Nur bei extrem gefährlichen Tatobjekten, wie ABC-Massenvernichtungswaffen oder Kernmaterial, fällt die Abwägung zugunsten der Ablieferungspflicht aus. Obwohl auch der Besitz eines solchen Tatobjekts nur abstrakt gefährlich ist, wäre bei diesen Tatobjekten ein Schadenseintritt so verheerend, dass bereits die nur abstrakte Gefahr eines Schadens die konkrete Gefahr einer Strafverfolgung des Besitzers eindeutig überwiegt. Der aus der Ablieferungspflicht resultierenden Zwangslage des Besitzers ist dabei durch ein absolutes Beweisverwertungsverbot Rechnung zu tragen[553]). Von diesen Fällen abgesehen, ist demnach festzuhalten: Gibt es keine Möglichkeit, bei der Ablieferung anonym zu bleiben, und wirkt die Ablieferung auch nicht als tätige Reue[554]), ist der Gewahrsamsinhaber zu dieser Handlung nicht verpflichtet.

Zu klären bleibt noch, was für einen Gewahrsamsinhaber gilt, der sich noch nicht wegen Besitzes strafbar gemacht hat, weil ihm der Gewahrsam aufgedrängt wurde. Kann auch er sich auf den nemo-tenetur-Grundsatz berufen, wenn eine anonyme Abgabe nicht möglich ist? Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn es wahrscheinlich ist, dass er zu Unrecht wegen des Besitzdelikts verfolgt wird[555]). In diesem Fall ist nämlich seine Lage ähnlich wie diejenige eines tatsächlich Schuldigen: Entweder wirkt er daran mit, (wenn auch zu Unrecht) wegen einer Straftat verfolgt zu werden, oder er nimmt die Sanktionen wegen des Untätigbleibens auf sich. Da aber davon auszugehen ist, dass es in unserem Rechtssystem normalerweise nicht zur Verurteilung von Unschuldigen kommt, fällt der nemo-tenetur-Grundsatz bei der Interessenabwägung weniger ins Gewicht, als wenn bereits eine Strafbarkeit eingetreten

---

551) *Rogall* Beschuldigte 161 f.

552) Ausdrücklich OLG Wien ZVR 1979/150.

553) Vgl die Gemeinschuldner-Entscheidung des BVerfG; BVerfGE 56, 37.

554) Dazu oben vor FN 508.

555) AA *Eckstein* Besitz 252 f, dem zufolge der nemo-tenetur-Grundsatz bei aufgedrängtem Gewahrsam nie zur Anwendung gelangt.

ist. Ein geringfügiges Strafverfolgungsrisiko muss daher auf sich genommen werden; hier wiegen die Gefahren durch den Besitz schwerer. Wenn dagegen zB ein einschlägig Vorbestrafter nicht glaubhaft machen kann, dass er dieses Mal für den Gewahrsam an einem Tatobjekt nicht verantwortlich ist, fällt die Abwägung zugunsten seines Interesses aus, sich nicht selbst einer Straftat zu belasten.

4. Fragen des Vorsatzes

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite des Besitzens durch Unterlassen sollen drei Fragen erörtert werden, die sich alle nur bei vorsätzlicher Begehung stellen. Wieder handelt es sich nicht um Besonderheiten der Besitzdelikte, sondern um allgemeine dogmatische Fragen der Unterlassungsdelikte bzw der Dauerstraftaten. Von ihrer Lösung hängt jedoch die Plausibilität der Auslegung der Besitzdelikte als Verhaltensnormen ab.

Im Hintergrund der anschließenden Überlegungen steht die Vorstellung von einem Waffenliebhaber, der gar nicht auf den Gedanken kommt, den Gewahrsam an seinen Waffen aufzugeben, – also von einem Gewahrsamsinhaber, wie man ihn typischerweise vor Augen hat, wenn man an eine Strafbarkeit wegen Waffenbesitzes denkt. Den objektiven Tatbestand des Besitzes durch Unterlassen wird dieser Gewahrsamsinhaber regelmäßig erfüllen. Unsicher ist aber, ob ihm auch Vorsatz zur Last fällt. Erstens könnte es ihm an einem Unterlassungsentschluss fehlen, wie er teilweise vorausgesetzt wird (unten a). Zweitens müsste der Waffenliebhaber in den Vorsatz aufnehmen, dass er die Möglichkeit zur Gewahrsamsaufgabe hat. Das Vorhandensein dieses Vorsatzes erscheint deshalb fraglich, weil er die Aufgabe seines Waffenbesitzes von vornherein nicht in Erwägung zieht (unten b). Und drittens kann er auch nicht ständig daran denken, dass er unbefugt Waffen in Gewahrsam hat. Besitzt er auch während jener Zeiträume vorsätzlich, in denen er diesen Umstand nicht reflektiert? (unten c).

a) Erfordernis eines Unterlassungsentschlusses?

Für die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Unterlassens wird teils ein Entschluss des Täters verlangt, die gebotene Handlung zu unterlassen[556]). Wer sich während der gesamten Dauer der Unterlassungssituation nicht entscheiden kann, ob er tätig werden soll oder nicht, kann dieser Ansicht nach nicht wegen vorsätzlichen Unterlassens bestraft werden. Das gilt auch für denjenigen, der sich zwar zum *Handeln* entschließt, diesen Entschluss aber doch

---

[556]) OGH Jus-extra 1990/St/479; *Fuchs* AT I[6] 37/68; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 94 Rz 18; *Nowakowski* FS Reimer 263; *ders* JBl 1972, 32; *ders* WK[1] § 2 Rz 32; *Segelhuber* Hilfeleistungspflicht 142 ff; *E. Steininger* SbgK § 5 Rz 93; offen gelassen von *Kienapfel* ÖJZ 1976, 201; *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 30 Rz 27; ablehnend *Triffterer* AT[2] 14/68 f. Für Deutschland zB *Rudolphi* SK[7] Vor § 13 Rz 19 f; ablehnend *Gropp* AT[2] § 11 Rz 84; *Jakobs* AT[2] 29/82; *Jescheck* LK[11] Vor § 13 Rz 96; *Jescheck/Weigend* AT[5] 632; *Stratenwerth* AT I[4] § 13 Rz 65 ff; *Puppe* JR 1985, 247.

nicht in die Tat umsetzt. Auch er hat sich nicht zum Unterlassen entschlossen[557]). An einem Unterlassungsentschluss mangelt es ferner jenem Täter, der ein Tätigwerden nicht einmal in Erwägung zieht[558]). Damit ist die psychische Situation des Waffenliebhabers beschrieben. Für ihn, den die Beschaffung der Waffen viel Zeit, Mühe und Geld gekostet hat, kommt es gar nicht in Frage, den Gewahrsam an diesen aufzugeben. Der Gewahrsam an den Waffen ist ein ihm erwünschter Zustand, der ihn in keine Entscheidungssituation versetzt. Wenngleich er weiß, dass er die Waffen nicht besitzen darf, und damit auch, dass er den Gewahrsam daran aufgeben müsste und das nicht tut, lässt sich ein *Entschluss* zu diesem Unterlassen nicht feststellen. Wenn es richtig ist, dass die Strafbarkeit wegen Unterlassens einen solchen Entschluss erfordert, kann der Waffenliebhaber nicht wegen vorsätzlichen Besitzens durch Unterlassen bestraft werden. Es ist daher zu prüfen, ob die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Unterlassens tatsächlich einen solchen Entschluss voraussetzt.

Auf der Suche nach einer gesetzlichen Grundlage für den Unterlassungsentschluss stößt man auf die Abgrenzung des Versuchs von der straflosen Vorbereitung in § 15 Abs 2 StGB. Es handelt sich um die einzige Regelung im StGB, in der von einem „Entschluss" die Rede ist. Nach ihr ist die Tat versucht, „sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen ..., durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt". Eine besonders geartete Entscheidung für die Tatbegehung verlangt diese Vorschrift aber nicht. Vielmehr entspricht der „Tatentschluss" beim abgeschlossenen Versuch dem Vorsatz, beim noch nicht abgeschlossenen Versuch geht er im Begriff der ausführungsnahen Handlung auf[559]).

Manche leiten das Entschluss-Erfordernis aus der Wollenskomponente des Vorsatzes ab. Sie argumentieren, dass Vorsatz nach seiner gesetzlichen Definition eine „negative Willensentscheidung gegenüber dem Rechtsgut" erfordere. Der Täter müsse den Erfolg zumindest in Form des „Sich-Abfindens" auch „wollen", er müsse einen „positiven Willensentschluß" fassen, die persönliche Verantwortung für die Folgen übernehmen. Das bloße Bewusstsein des Erfolgseintritts sei dafür nicht ausreichend; es entspreche „höchstens der bewussten Fahrlässigkeit"[560]).

Diese gesteigerten Anforderungen an den Vorsatz lassen sich der Vorsatzdefinition in § 5 StGB in Wahrheit nicht entnehmen. Ein „Sich-Abfinden" liegt vielmehr schon darin, dass der Täter eine Handlung *im sicheren Bewusstsein* des Erfolgseintritts setzt. Würde er sich mit dem Erfolgseintritt nicht abfinden, würde er die betreffende Handlung unterlassen, weil er ja weiß, dass sie zwangsläufig zum Erfolg führt. Nimmt er die Handlung dennoch vor, „will" er den Erfolg juristisch betrachtet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Sein Wollen äußert sich insoweit in seinem Verhalten[561]). Eine

---

[557]) Dazu *Armin Kaufmann* Dogmatik 76.

[558]) Vgl *Kienapfel* ÖJZ 1976, 201.

[559]) Näher *Fuchs* AT I[6] 29/15 ff; *ders* FS Triffterer 76 ff.

[560]) *Nowakowski* WK[1] § 2 Rz 31; *E. Steininger* SbgK § 5 Rz 93.

[561]) Zu diesem Zusammenhang vgl *Fuchs* AT I[6] 14/5; *Schmoller* ÖJZ 1982, 286; *Jakobs* AT[2] 8/20; *Kühl* AT[4] § 5 Rz 40 f.

darüber hinaus gehende Entscheidung für den Erfolgseintritt ist nicht erforderlich. Etwas schwieriger ist die Abgrenzung zur Fahrlässigkeit, wenn der Täter den Erfolgseintritt lediglich *ernstlich für möglich hält*. Sein Handeln lässt dann noch keinen eindeutigen Schluss auf sein Wollen zu. Es kann sein, dass er sich mit dem Erfolgseintritt abfindet. Ebenso ist möglich, dass er auf einen guten Ausgang vertraut, also nur bewusst fahrlässig handelt. Wenn allerdings den Umständen nach ein Vertrauen auf einen guten Ausgang auszuschließen ist, zeigt bereits die Vornahme der Handlung, dass er sich mit dem Erfolgseintritt abfindet. Denn auch hier gilt wieder, dass die Handlung andernfalls unterlassen würde[562]). Eine über die dargestellten Zusammenhänge hinausgehende Willensentscheidung verlangt das „Sich-Abfinden" nicht. Deshalb lässt sich daraus nicht das Erfordernis eines Unterlassungsentschlusses ableiten.

Kienapfel erwägt, jene Fälle, in denen der Handlungspflichtige sich nicht zu einer Entscheidung durchringen kann oder gar keinen Handlungsimpuls spürt, über das Gleichwertigkeitskorrektiv des § 2 StGB aus dem Bereich des vorsätzlichen Unterlassens auszuscheiden. Im Ergebnis lässt er es offen, ob der Unterlassungsvorsatz eines Unentschlossenen dem Begehungsvorsatz gleichzuhalten ist oder nicht[563]).

Die Frage, ob die Gleichwertigkeitsklausel auf die subjektive Tatseite des (unechten) Unterlassungsdelikts zu beziehen ist[564]), braucht hier nicht entschieden zu werden, weil die Gleichwertigkeit des Unterlassungsvorsatzes eines Unentschlossenen mit dem Begehungsvorsatz ohnedies zu bejahen wäre. Es gibt nämlich Fälle der aktiven Begehung einer Straftat, in denen der Täter auf vergleichbare Weise unschlüssig bleibt und dennoch vorsätzlich handelt. Dazu das folgende Beispiel: Ein Kindermädchen füllt mit dem Gartenschlauch ein Planschbecken auf, in dem das zu beaufsichtigende Kleinkind gerade badet. Da das Kind wieder einmal äußerst quengelig ist, überlegt das Kindermädchen, solange Wasser in das Becken zu füllen, bis das Kind „für immer Ruhe gibt". Sie erwägt das Für und Wider, bis das Becken so voll ist, dass das Kind tatsächlich ertrinkt. Auch diese Unschlüssigkeit schließt den Vorsatz nicht aus, sofern das Kindermädchen erkannt hat, dass das Becken bereits entsprechend angefüllt ist. Das Kindermädchen hält es für gewiss, das Kind durch das weitere Einfüllen von Wasser zu töten. Auf den positiven Ausgang vertraut es nicht, es kann sich nur nicht entschließen, ob es so vorgehen soll oder nicht. Indem es dennoch das Becken voll füllt, findet es sich implizit mit dem Tod des Kindes ab. Es handelt sich daher um eine vorsätzliche Tötung durch aktives Tun, obwohl sich das Kindermädchen nie „richtig" zur Tat entschlossen hat[565]).

Letztlich gilt daher ebenso wie für die vorsätzlichen Begehungsdelikte auch für die vorsätzlichen Unterlassungsdelikte: Ein Entschluss zur Deliktsbe-

---

[562]) EB RV StGB 1971, 67; *Fuchs* AT I[6] 14/53 ff; *Jescheck/Weigend* AT[5] 299 ff; *Kühl* AT[4] § 5 Rz 74 ff; *Roxin* AT I[3] § 12 Rz 27; vgl auch OGH JSt 2003, 29.

[563]) ÖJZ 1976, 201.

[564]) Ablehnend *Triffterer* AT[2] 14/68 f.

[565]) Für ein weiteres Beispiel einer vorsätzlichen Begehung ohne feststellbaren Handlungsentschluss siehe *Jakobs* AT[2] 29/82.

gehung *mag* vorliegen, er ist aber nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit[566]). Wegen vorsätzlichen Besitzes durch Unterlassen kann sich folglich auch ein Waffenliebhaber strafbar machen, für den die Gewahrsamsbeendigung von vornherein nicht in Betracht kommt. Dem Anliegen, das dem Postulat eines Unterlassungsentschlusses mit zugrunde liegt, nämlich dass die Strafbarkeit wegen Unterlassens nicht stets sogleich mit Kenntnis der Unterlassungssituation eintreten soll, wird die Einräumung einer Überlegungsfrist besser gerecht als die Voraussetzung eines solchen Entschlusses[567]).

b) Vorsatz auf die Handlungsmöglichkeit

Struensee sieht einen der Gründe, weshalb „Besitzen" nicht als Unterlassen bestimmt werden könne, darin, dass die Unterlassungsstrafbarkeit ein aktuelles Bewusstsein der konkreten Handlungsmöglichkeit voraussetze. „Die bloße Möglichkeit, dieses Bewußtsein zu erlangen, reicht für den Vorsatz nicht aus. [...] Im übrigen dürfte es auch lebensfremd sein, anzunehmen, der Waffenliebhaber oder der Berufskiller habe auch nur einmal mit dem Gedanken gespielt, seine Waffen zu vernichten; auch der Süchtige, der sich Drogen für den Eigenkonsum angeschafft hat, wird nicht auf die Idee verfallen, den ‚Stoff' zu vernichten."[568])

Eine Auslegung, die den beschriebenen Waffenliebhaber oder Berufskiller straflos ließe, würde tatsächlich den Zweck der Besitzdelikte verfehlen. Es ist allerdings nicht gesichert, dass die Strafbarkeit wegen Unterlassens eine explizite Auseinandersetzung mit den Handlungsmöglichkeiten voraussetzt. Vom Ergebnis her könnte ein derartiges Erfordernis jedenfalls nicht überzeugen. Wie *Armin Kaufmann* aufgezeigt hat, kann das Unterlassen eines Handlungspflichtigen, dem der Erfolg gelegen kommt oder der diesem so gleichgültig gegenübersteht, dass er ein Eingreifen nicht einmal erwägt, sogar schwerer wiegen als das Unterlassen eines Täters, der seine Handlungsmöglichkeiten reflektiert, sich aber doch für das Untätigbleiben entscheidet[569]). Dem Vorschlag, die bloße *Erkennbarkeit* der Eingriffsmöglichkeit genügen zu lassen[570]), wird jedoch mit Recht entgegengehalten, dass die Erkennbarkeit nur allenfalls einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründet[571]). Vorsatz hingegen erfordert die tatsächliche Kenntnis zumindest in Form von dolus eventualis. Über zwei andere Ansatzpunkte ist es aber möglich, die Anforderungen an den Vorsatz eines Unterlassungstäters so festzulegen, dass ihn auch der beschriebene Täter aufweist, ohne den Vorsatz zu weit auszudehnen:

---

[566]) *Jescheck* LK[11] Vor § 13 Rz 96; *Jescheck/Weigend* AT[5] 631 f; *Stratenwerth* AT I[4] § 13 Rz 65 ff; vgl auch *Triffterer* AT[2] 14/68 f.

[567]) Oben 2.b).

[568]) FS Grünwald 720.

[569]) Vgl *Armin Kaufmann* Dogmatik 117, 311.

[570]) *Armin Kaufmann* Dogmatik 309 ff.

[571]) *Seelmann* NK § 13 Rz 76; vgl auch *Jakobs* AT[2] 29/87.

Der erste Punkt betrifft den *Inhalt* des Vorsatzes. Für die Notwendigkeit eines Vorsatzes auf die *konkrete* Handlungsmöglichkeit[572]) spricht zwar die anschauliche Erklärung des Vorsatzes als „Spiegelbild" des objektiven Tatbestands in der Psyche des Täters[573]). Diese Beschreibung des Vorsatzes stellt aber nur eine erste, didaktisch hilfreiche Annäherung an den Gegenstand des Vorsatzes dar. Geht man sodann in die Einzelheiten, zeigt sich, dass der Vorsatz nicht das *genaue* Abbild des objektiven Tatbestands zu sein hat. So ist anerkannt, dass der konkrete Kausalverlauf nicht vom Vorsatz umfasst sein muss. Es genügt, wenn der Täter irgendeinen ursächlichen Zusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Erfolgseintritt herstellt. Dass der Erfolg dann auf andere Weise eintritt, als er geglaubt hat, schließt den Vorsatz nicht aus[574]). Der Täter braucht daher überhaupt keine genaue Vorstellung davon zu haben, wie es zum Erfolgseintritt kommt.

Auch im Unterlassungsbereich ist eine exakte Spiegelbildlichkeit des Vorsatzes nicht gefordert. So muss sich auch der Vorsatz des Handlungspflichtigen nicht auf den konkreten Kausalverlauf erstrecken. Aber auch von der konkret vorzunehmenden Handlung braucht der Handlungspflichtige keine genaue Vorstellung zu haben. Das Vorsatzunrecht ist nämlich bereits dann hergestellt, wenn er glaubt, den Erfolgseintritt bei näherem Zusehen schon irgendwie verhindern zu können. Denn bereits dieses allgemeine Bewusstsein würde einen mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen dazu veranlassen, eine konkrete Handlungsmöglichkeit zu überlegen. Gerade weil die Ergründung der *konkret* möglichen Handlung bereits der erste Schritt zum „Tätigwerden" ist[575]), muss die Strafe wegen vorsätzlichen Unterlassens auch denjenigen treffen, der sich auf entsprechende Überlegungen gar nicht einlässt. Nur auf diese Weise ist die sachgerechte Einbeziehung eines Täters in die Strafbarkeit möglich, der von vornherein zum Untätigbleiben entschlossen ist. Mit der Rsp und einem Teil der Lehre ist daher das Bewusstsein der *generellen* Handlungsmöglichkeit[576]) als ausreichend anzusehen[577]).

---

[572]) Dafür zB *Triffterer* AT[2] 14/87; BGH GA 1968, 336; *Jescheck/Weigend* AT[5] 632; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2[7] § 46 Rz 113; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 15 Rz 94.

[573]) *Triffterer* AT[2] 9/10.

[574]) Näher zB *Triffterer* AT[2] 8/92 ff, 9/84 ff.

[575]) Vgl oben bei FN 489.

[576]) Die abweichende Umschreibung als „generelles Bewusstsein der Rettungsmöglichkeit" (*Kühl* AT[4] § 18 Rz 126; *Rudolphi* SK[7] Vor § 13 Rz 24) bringt das Gemeinte nicht ganz treffend zum Ausdruck. Es geht nämlich nicht um ein prinzipielles Bewusstsein der (bestimmten?) Rettungsmöglichkeit, sondern um das Bewusstsein, dass eine Rettung prinzipiell möglich wäre. Treffend *Puppe* NK § 15 Rz 158 („Bewußtsein der prinzipiellen Möglichkeit zu rettendem Eingreifen").

[577]) OGH Jus-extra 1990/St/479; *Nowakowski* WK[1] § 2 Rz 32; *Freund* MK-StGB § 13 Rz 225; *Kühl* AT[4] § 18 Rz 126; *Puppe* NK § 15 Rz 158; *Roxin* AT II § 31 Rz 188; *Rudolphi* SK[7] Vor § 13 Rz 24; *Seelmann* NK § 13 Rz 76; *ders* BK Art 1 Rz 95; *Stratenwerth* AT I[4] § 13 Rz 71. – In Anbetracht dieser zahlreichen gegenteiligen Meinungen lässt sich die Ansicht, die Forderung nach einem aktuellen Bewusstsein der *konkreten* Handlungsmöglichkeit stelle die „hM" dar (so aber *Struensee* FS Grünwald 720), nicht bestätigen.

Der zweite Ansatzpunkt betrifft die *Bewusstseinsform* des Vorsatzes. Dem eingangs geschilderten Waffenliebhaber ist nicht einmal seine prinzipielle Handlungsmöglichkeit aktuell bewusst. Da er den Gewahrsam auf jeden Fall behalten will, überlegt er nicht, ob ihm die Gewahrsamsbeendigung grundsätzlich möglich wäre. Sein Einverständnis mit der Situation enthält nur die unausdrückliche Vorstellung, den Gewahrsam selbst dann nicht zu beenden, wenn er die Möglichkeit dazu hätte. Er weist lediglich einen Vorsatz in *mitbewusster* Form hinsichtlich der generellen Handlungsmöglichkeit auf.

In welcher Bewusstseinsform der Vorsatz auf die Handlungsmöglichkeit vorliegen muss, ist nicht abschließend geklärt. Es ist aber anerkannt, dass nicht alle Tatbestandsmerkmale ausdrücklich bedacht werden müssen[578]). Konsens besteht vor allem hinsichtlich besonderer Tätermerkmale, wie der Beamtenstellung bei den Amtsdelikten[579]). Das entscheidende Argument dafür, dass Mitbewusstsein auch hinsichtlich der (prinzipiellen) Handlungsmöglichkeit genügt[580]), liegt darin, dass ansonsten gerade der Prototyp der zu erfassenden Delinquenten von der Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Unterlassens ausgenommen wäre: derjenige Handlungspflichtige, der mit dem Erfolgseintritt von vornherein einverstanden ist, der sich so dezidiert gegen das Handlungsgebot entschieden hat, dass er keine Gedanken auf seine Möglichkeit zu handeln verwendet. Solch ein gewissenloser Handlungspflichtiger darf aus dem Tatbestandsbereich des vorsätzlichen Unterlassens nicht ausgefiltert werden[581]).

Löst demnach bereits das Mitbewusstsein, den Erfolg schon irgendwie abwenden zu können, die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Unterlassens aus, scheitert die Auslegung des Besitzens als Unterlassen nicht am Vorsatz auf die Handlungsmöglichkeit.

c) Vorsatz bei länger andauerndem Besitz

Wer verbotenerweise Waffen oder andere Tatobjekte über einen längeren Zeitraum in Gewahrsam hat, denkt nicht ständig an diesen Umstand. Wenn er die Gegenstände sichtbar aufbewahrt, etwa in einer Vitrine des Wohnzimmers, wird sich diesen seine Aufmerksamkeit immerhin zeitweise zuwenden. Es liegt dann zumindest in diesen Phasen ein aktueller Vorsatz vor. Hat er hingegen die Gegenstände verborgen, zB in einem Geheimfach seines Schreibtisches oder im Dachboden versteckt, kann es sein, dass er überhaupt nicht mehr ausdrücklich an sie denkt. Sein gesamter Vorsatz ist dann höchstens noch in mitbewusster Form vorhanden.

Dieser psychische Vorgang kann bei jeder Deliktsbegehung auftreten, die sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Wenn sich zB die Bewacher

---

578) Für viele siehe nur *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 15 Rz 51 f.

579) Siehe nur *Fuchs* AT I[6] 14/29; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 15 Rz 52.

580) Mitbewusstsein hinsichtlich der Handlungsmöglichkeit halten ebenfalls für ausreichend *Triffterer* AT[2] 14/87; *Grünwald* FS H. Mayer 294 f; *Jescheck/Weigend* AT[5] 632; *Kühl* AT[4] § 18 Rz 126; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 15 Rz 94.

581) Zur Maßgeblichkeit solcher ratio-orientierten Auslegung für die Frage, ob Mitbewusstsein ausreicht, *Frisch* GS Armin Kaufmann 324 f.

eines widerrechtlich Gefangengehaltenen die Zeit durch Kartenspielen vertreiben, denken sie auch nur fallweise daran, dass sie einem anderen die Fortbewegungsfreiheit entziehen; die Konzentration auf das Spiel verdrängt die gleichzeitig verübte Freiheitsentziehung ins Mitbewusste. Selbst bei Begehungsdelikten kann sich der Vorsatz phasenweise nur im Mitbewussten abspielen, etwa wenn der Täter, während er auf das Opfer einschlägt, sich vorstellt, nach der Tat ein Bier zu trinken.

Das Abgleiten des aktuellen Vorsatzes ins Mitbewusste ist Ausdruck der menschlichen Fähigkeit zu „automatischem", nicht mehr eigens reflektierten Handeln. Eine Herausfilterung jener Phasen aus dem Geschehen, während derer der Täter nicht ausdrücklich an die Tatbildverwirklichung gedacht hat, ist nicht nötig, weil auch die mitbewussten Handlungsphasen eine Verwirklichung der Entscheidung gegen das geschützte Rechtsgut sind[582]). Es reicht also aus, wenn der Täter zu Beginn der Strafbarkeit einen aktuellen Tatvorsatz aufweist. Gleitet der Vorsatz in der weiteren Folge ins Mitbewusste ab, schadet das nicht[583]).

Gerade bei den Besitzdelikten kann es freilich geschehen, dass der Gewahrsamsinhaber im Laufe der Zeit auf das Besitzobjekt vergisst. Das erscheint vor allem dann plausibel, wenn er die Sache versteckt hat und sie nicht benützt. Mit dem Vergessen endet das vorsätzliche Besitzen durch Unterlassen und damit das tatbestandsmäßige Verhalten eines vorsätzlichen Besitzdelikts. Die Grenze zum Mitbewussten verläuft dort, wo sich der Gewahrsamsinhaber sofort an seinen Gewahrsam erinnern kann. Bedarf es erst einer Anstrengung des Gedächtnisses, ist ihm der Besitz nicht mehr mitbewusst[584]).

5. Die Phasen der Handlungsunfähigkeit bei länger andauerndem Besitz

Eine Deliktsbegehung, die sich über Tage, Wochen oder Monate erstreckt, ist zwangsläufig von Phasen der Handlungsunfähigkeit durchbrochen. Schon während der Täter schläft, ist er nicht in der Lage, sich willensgesteuert zu verhalten; es fehlt ihm die allgemeine Handlungsfähigkeit. Auch die konkrete Handlungsfähigkeit kann zeitweilig fehlen, zB solange der Gewahrsamsinhaber bettlägerig ist.

Auf die Zurechenbarkeit des Deliktserfolgs wirkt sich das zeitweilige Fehlen der Handlungsfähigkeit nicht aus. Denn durch die Herbeiführung des Erfolgs oder durch das Unterlassen, ihn abzuwenden, wird der Täter für die gesamte weitere Erfolgsdauer kausal und haftet dafür in den Grenzen seines Vorsatzes oder seiner Fahrlässigkeit. Wer zB einen anderen in ein Zimmer sperrt mit dem Vorsatz, ihn dort einen Tag lang festzuhalten, verwirklicht

---

[582]) *Frisch* GS Armin Kaufmann 325 f.

[583]) *Platzgummer* Bewußtseinsform 95 FN 21; vgl auch *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 15 Rz 51.

[584]) Vgl zB *Triffterer* AT[2] 9/18.

auch dann eine vollendete Freiheitsentziehung von dieser Dauer, wenn er kurz nach dem Einsperren einen Verkehrsunfall erleidet und ins Koma fällt. Kommt der Eingesperrte nicht schon vorher frei, verantwortet der Täter eine eintägige Freiheitsentziehung, obwohl er die längste Zeit nicht handlungsfähig war.

Für die praktische Bewältigung der Erfolgs-Dauerdelikte ist es aber von Bedeutung, ob die Phasen der Handlungsunfähigkeit aus dem Geschehen herauszufiltern sind oder ob es genügt, im Schuldspruch Beginn und Ende des tatbestandsmäßigen Verhaltens anzugeben. Die Schwierigkeit einer Aufgliederung des Geschehens liegt auf der Hand. Bei einem Besitz über Monate oder gar Jahre hinweg ist es praktisch unmöglich, im Nachhinein festzustellen, zu welchen Zeiten der Gewahrsamsinhaber handlungsunfähig war.

Eckstein hält diese Feststellung für verzichtbar, weil die Besitzdelikte Erfolgs-Dauerdelikte sind und bei diesen dem Täter die „strafbare Tatbestandsverwirklichung ... über die fehlende Handlungsmöglichkeit hinweg fortgeschrieben" werde[585]). Er fingiert also, dass auch in den Zeiten fehlender Handlungsfähigkeit ein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegt. Diese Fiktion geht vermutlich auf die ungenaue Beschreibung des Erfolgs-Dauerdelikts zurück als ein Delikt, dessen Begehung erst mit dem Wegfall des rechtswidrigen Zustands endet. Wie aufgezeigt wurde[586]), ist jedoch auch bei einem Erfolgs-Dauerdelikt genau zwischen der Verhaltens- und der Erfolgsbeendigung zu unterscheiden. Wie jedes andere Delikt endet auch die Begehung eines Erfolgs-Dauerdelikts mit dem Abschluss des tatbestandsmäßigen Verhaltens. In den Phasen der Handlungsunfähigkeit liegt daher trotz Andauerns des tatbestandsmäßigen Erfolgs kein tatbestandsmäßiges Verhalten vor. Das ist der Grund, weshalb ein Inhaber von Suchtgift, der sich auf den Weg zur Polizei macht, um das Suchtgift dort abzugeben, ab diesem Zeitpunkt nicht mehr „besitzt". Er hat zwar noch bis zur tatsächlichen Ablieferung Gewahrsam am Suchtgift, verhält sich jedoch nun nicht mehr tatbestandsmäßig. Und daher wird eine Waffe nicht mehr „geführt", wenn man sie auf dem kürzesten Weg nach Hause bringt[587]).

Andere Autoren wollen geringfügige Unterbrechungen eines Dauerdelikts einfach für unerheblich erklären[588]). Es wäre „abwegig, eine ununterbrochen fortdauernde Steuerverkürzung deswegen abzulehnen, weil der Steuerpflichtige zwischendurch einmal schläft"[589]). Dieser Einschätzung ist im Ergebnis zuzustimmen. Nachzuliefern ist die dogmatische Begründung:

Wird eine Dauerstraftat über einen längeren Zeitraum begangen, ist zu entscheiden, ob die durchbrochene Handlungsreihe eine einzige Deliktsverwirklichung bildet oder ob eine mehrfache Deliktsverwirklichung vorliegt. Für diese Entscheidung steht in Österreich die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts zur Verfügung. In Deutschland und der Schweiz wurde dieser Begriff

---

[585]) Besitz 215 f.
[586]) Oben B.1.
[587]) Näher oben bei FN 501. AA *Eckstein* Besitz 216 FN 425.
[588]) *Struensee* Konkurrenz 61 f mwN.
[589]) *Rombach* Dauervergehen 104 f.

zwar aufgegeben[590]). Dennoch ist der Sache nach anerkannt, dass eine mehrfache Tatbestandsverwirklichung ein einheitliches Delikt bilden kann[591]). Die Annahme eines einheitlichen Delikts hängt von mehreren Kriterien ab[592]). Im vorliegenden Zusammenhang kommt es vor allem auf den zeitlichen Abstand zwischen den einzelnen Tatbestandsverwirklichungen an. Eine einzige Deliktsbegehung ist grundsätzlich nur in sehr engem zeitlichen Rahmen anzuerkennen[593]). Eine Handlungsunfähigkeit über mehrere Tage oder sogar Wochen hinweg würde daher die Deliktseinheit durchbrechen. Ein Zeitraum von einigen Stunden, während derer der Täter schläft, stellt hingegen keine so einschneidende Zäsur dar, dass eine Deliktsmehrheit anzunehmen wäre[594]). Auch eine kurze Handlungsunfähigkeit aus anderen Gründen hindert die Annahme einer einzigen Deliktsbegehung nicht.

Im Fall eines einheitlichen Delikts brauchen die einzelnen Teilakte nur soweit aufgeklärt zu werden, als sie für die Strafzumessung von Bedeutung sind[595]). Bei einem Besitzen, das sich über Tage, Wochen oder noch länger erstreckt, fallen kurze Zeiträume der Handlungsunfähigkeit nicht ins Gewicht. Eine Handlungsunfähigkeit infolge von Schlaf ist überhaupt kein Milderungsgrund. Denn diese Art der Handlungsunfähigkeit ist bei jedem anzutreffen, der das Delikt über einen entsprechend langen Zeitraum verwirklicht. Die Strafe wegen Besitzes ist auch nicht etwa deshalb milder zu bemessen, weil der Gewahrsamsinhaber ein Langschläfer ist. Da sich also kurze Unterbrechungen der Handlungsfähigkeit, insbesondere solche wegen Schlafes, nicht auf die Strafzumessung auswirken, brauchen sie im Strafverfahren nicht ermittelt zu werden. Sie sind tatsächlich unerheblich. Auch die Phasen der Handlungsunfähigkeit bei länger andauerndem Besitz stehen somit einer Auslegung der Besitzdelikte als Verhaltensnormen nicht entgegen.

F. Vergleich mit weiteren Konzeptionen

Wenngleich die Auslegung von „Besitzen" als Erfolgs-Dauerdelikt, wie gezeigt wurde, nicht auf unüberwindbare Schwierigkeiten stößt, ist über ihre Zweckmäßigkeit noch nicht endgültig entschieden. Zu prüfen bleibt vielmehr, ob nicht doch ein weiteres Besitzverständnis angebracht ist, wie es jenen Lösungsvorschlägen zugrunde liegt, die auch in der Verwendung des Tatobjekts (unten 1.) oder im Besitzzustand als solchem (unten 2.) ein „Besitzen" sehen.

---

590) BGH NStZ 1994, 383; BGE 117 IV 408.

591) BGH NStZ 1994, 383 (387 f); vgl BGE 120 IV 6.

592) Eingehend *Schmoller* Bedeutung.

593) *Schmoller* Zukunft 58.

594) Für ein fortgesetztes Delikt bei einer Durchbrechung durch Schlaf auch *Schmoller* SbgK § 99 Rz 16. Vgl auch *Cording* Strafklageverbrauch 80.

595) Vgl *Schmoller* Bedeutung 46 ff.

1. Benutzung des Tatobjekts als Besitzen?

Für einzelne Besitzdelikte wird die Auffassung vertreten, die Verwendung des Tatobjekts stelle eine eigenständige Form von „Besitzen" dar. Die Befürworter dieser Auslegung im deutschen Schrifttum beziehen sich alle auf die Benutzung einer Waffe zum Schießen und sehen darin eine „Ausübung der tatsächlichen Gewalt" über die Waffe, unabhängig von den Gewahrsamsverhältnissen an der Waffe[596]). Auf dieser Linie könnte auch eine Entscheidung des OGH liegen, in der er meint, das Innehaben einer Waffe sei „iS des Gewahrsams als einer faktischen und unmittelbaren Verfügungsmacht jedenfalls dann zu bejahen ..., wenn der Täter die Waffe bei sich hat und insb – hier bei Verübung eines Raubes – gebraucht"[597]). Die überwiegende österreichische Rsp nimmt ferner bei bloßem Konsum von Suchtgift ein Besitzen an[598]).

Die eigenständige Subsumtion des Waffengebrauchs unter das Waffenbesitzdelikt wird damit begründet, dass der Täter, während er die Waffe einsetzt, nicht in der Lage sei, sich der Waffe zu entledigen. „Benutzung der Waffe als Tötungsmittel einerseits und Aufgabe der Sachherrschaft über diese Waffe andererseits schließen sich gegenseitig aus."[599]) Mangels Handlungsmöglichkeit sei also keine Strafbarkeit wegen Waffenbesitzes in Form von Unterlassen gegeben. Da aber die Benutzung der Waffe das geschützte Rechtsgut weit intensiver tangiere als das bloße Unterlassen der Gewahrsamsaufgabe, sei der Waffengebrauch selbst als eine Form des Waffenbesitzes anzusehen[600]).

Diese Auslegung überzeugt indes weder in der Begründung noch im Ergebnis. Zunächst ist es bereits dem Wortlaut nach zweifelhaft, ob sich das Benutzen einer Sache als „Besitzen" bezeichnen lässt[601]). Wenngleich der Benutzer einer Sache regelmäßig zugleich ihr Besitzer ist, so sind doch die Benutzung einer Sache und ihr Besitz nicht dasselbe. Gibt etwa jemand unter Aufsicht des Waffeninhabers einen Probeschuss ab oder nimmt er ein Bild mit einer kinderpornographischen Darstellung nur kurz in die Hand, hat er an diesen Gegenständen noch keinen Gewahrsam erlangt[602]). Obwohl er sie benutzt, kann nicht davon gesprochen werden, dass er sie „besitzt". Für das „Ausüben der tatsächlichen Gewalt" nach dem dWaffG könnte man anderes vertreten und diese Tathandlung unabhängig von den Gewahrsamsverhältnissen durch das Schießen mit einer Waffe als erfüllt ansehen, aber dann handelte es sich eben nicht um die Tathandlung eines Besitzdelikts.

---

[596]) *Cording* Strafklageverbrauch 105; *Grünwald* StV 1986, 245; *Mitsch* NStZ 1987, 457 f; *ders* MDR 1988, 1007 f; *Puppe* JR 1986, 206. Vgl auch BGH NStZ 2004, 44 („Führen der Waffe in der konkreten Ausgestaltung ihrer Verwendung auch zur Abgabe von (Warn-)Schüssen"); OLG Hamm JR 1986, 203.

[597]) NRsp 1993/199. Vgl auch *Ellinger/Wieser* Waffengesetz 50 mit Verweis auf die Rsp zum früheren Waffenrecht.

[598]) Nachweise in FN 76.

[599]) *Mitsch* MDR 1988, 1007.

[600]) *Mitsch* MDR 1988, 1008.

[601]) Sprachliche Bedenken äußert auch *Struensee* FS Grünwald 718.

[602]) Siehe oben nach FN 344 bzw bei FN 355.

Darüber hinaus ist die Deutung dogmatisch nicht stringent. Das Benutzen einer Sache ist eine schlichte Tätigkeit, die als solche – gegenüber dem Nichtbenutzen – keine Verlängerung des Gewahrsams bewirkt. Würde es vom Besitzen erfasst, wäre es nicht möglich, die Besitzdelikte zugleich als Erfolgs-Dauerdelikte zu begreifen, weil ein und dieselbe Tathandlung nicht einen Erfolgseintritt voraussetzen und gleichzeitig eine schlichte Tätigkeit bezeichnen kann. Hier hilft es letztlich auch nicht weiter, neben der Benutzung des Tatobjekts nur die Nichtbeendigung des Gewahrsams als tatbestandsmäßig anzusehen, die Herbeiführung des Gewahrsams also nicht dem Besitzen zu subsumieren[603]). Auch bei dieser Auslegung würde ein und dieselbe Tathandlung als ein schlichtes Tätigkeitsdelikt und zugleich als ein Erfolgs-(Unterlassungs-) delikt interpretiert.

Überdies müsste diese Interpretation, um nicht den Eindruck der Willkürlichkeit zu erwecken, wenigstens im Prinzip auch für die anderen Besitzdelikte Geltung haben. Das Argument, dass die Benutzung des Tatobjekts näher bei der Rechtsgutsverletzung liegt als die Nichtaufgabe des Gewahrsams, trifft schließlich auch auf andere Besitzdelikte zu. Als Beispiel sind kinderpornographische Darstellungen zu nennen. Die Gefahr, dass die Darstellungen nachgefragt werden[604]), geht genau genommen erst von ihrem Betrachten – also von ihrer bestimmungsgemäßen Benutzung – aus, nicht schon vom bloßen Unterlassen, den Gewahrsam aufzugeben[605]). Dass das Betrachten von Kinderpornographie eine Form des Besitzens sei, wird aber von niemandem vertreten. Der Gesetzgeber wollte diese Handlung sogar gezielt straflos lassen[606]). Auch der Konsum von Suchtgift, bei dem es sich übrigens sogar um eine Form der Gewahrsamsaufgabe handeln kann[607]), wird von der in Deutschland hM zu Recht nicht als ein Besitzen bewertet[608]). Ein Grund, weshalb allein das Benutzen einer Waffe ein „Besitzen" darstellen soll, ist nicht ersichtlich.

Schließlich kommt es im Normalfall auch zu keiner Strafbarkeitslücke, wenn man im Schießen mit einer Waffe nicht ein Besitzen sieht. Eine bestimmte Handlung zu unterlassen, heißt ja nicht, gar nichts zu tun, sondern etwas Bestimmtes nicht zu tun. Wer eine bestimmte Handlung unterlässt, kann währenddessen alles Mögliche andere tun, ohne dass seine Handlungsfähigkeit dadurch aufgehoben ist. So müsste der Inhaber der Waffe bloß mit dem Schießen aufhören, dann wäre er in der Lage, seinen Gewahrsam zu beenden. Im Gebrauch einer Waffe kann unter Umständen auch die Begründung eigenen Gewahrsams an der Waffe liegen. Die Straflosigkeit desjenigen, der von der Waffe (folgenlos und ohne weitergehenden Vorsatz) Gebrauch macht und dem ausnahmsweise kein Gewahrsam an der Waffe zukommt, ist eine Konse-

---

[603]) Siehe dazu *Grünwald* StV 1986, 245; *Mitsch* NStZ 1987, 458.

[604]) Zu diesem Strafgrund des Besitzes von Kinderpornographie siehe II.B.2.

[605]) Vgl OLG Hamburg NStZ-RR 1999, 329.

[606]) JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3; Botschaft des schweizerischen Bundesrates vom 10. 5. 2000, BBl 2000, 2979.

[607]) Oben S 107.

[608]) Nachweise in FN 75.

quenz der Tathandlung „Besitzen". Wenn man dieses Ergebnis nicht will, muss man das „Schießen" unter Strafe stellen[609]). Vom Besitzen wird es nicht erfasst.

2. Besitzdelikte als „Zustandsdelikte"?

a) Ausgangsposition: Unzulässigkeit einer reinen Zustandshaftung

Am weitesten würde die Besitzstrafbarkeit reichen, wenn sie von einem Verhalten des Gewahrsamsinhabers unabhängig wäre. Dann wäre ein Besitzdelikt verwirklicht, sobald Gewahrsam am Tatobjekt vorliegt und sich der Vorsatz bzw die Fahrlässigkeit des Gewahrsamsinhabers auf diesen Umstand bezieht. Solch ein weites Besitzverständnis klingt zwar in einigen Erläuterungen zu den Besitzdelikten an, etwa wenn formuliert wird, für den Besitz genüge der bloße Gewahrsam[610]) oder die Tathandlung „Verwahren" liege vor, „wenn jemand Gewahrsam an einer Sache hat"[611]). Es ist aber nicht anzunehmen, dass damit eine von einem Verhalten unabhängige Strafhaftung befürwortet werden soll. Eher handelt es sich um eine bloß ungenaue, sich ganz auf den Erfolg der Besitzdelikte konzentrierende Ausdrucksweise[612]).

Diese Vermutung liegt deshalb nahe, weil eine reine Zustandshaftung, die auch dann zum Tragen kommt, wenn keine Verbindung zwischen dem Beschuldigten und dem Zustand besteht, mit freiheitlich-rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar und demgemäß verfassungswidrig ist:

Sie verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG), weil es unsachlich ist, „wenn jemand verhalten wird, für etwas einzustehen, womit ihn nichts verbindet, ... also auch für Umstände, die außerhalb seiner Interessen- und Einflußsphäre liegen"[613]). In diesem Sinn hat der VfGH die öffentlich-rechtliche Verpflichtung eines Liegenschaftseigentümers zur Entsorgung von Sonderabfällen, die vom Voreigentümer stammten, nur deswegen als verfassungskonform beurteilt, weil diese Haftung auf den Fall beschränkt war, dass der Liegenschaftseigentümer die Altlasten im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft kannte oder kennen musste, und daher der Haftung durch Verzicht auf den Liegenschaftserwerb entgehen konnte[614]). Wäre der

---

[609]) Vgl den früheren Tatbestand „Schießen an bewohnten Orten" in § 367 Z 8 dStGB aF und dazu RGSt 48, 321.

[610]) ZB OGH EvBl 1975/140; *Kodek/Fabrizy* SMG 103; *H. Steininger* WK² § 280 Rz 13.

[611]) ZB *S/S-Stree/Sternberg-Lieben* StGB[26] § 149 Rz 6; *Tröndle/Fischer* StGB[52] § 310 Rz 3.

[612]) In der Botschaft des schweizerischen Bundesrates vom 10. 5. 2000, BBl 2000, 2979, heißt es zu Art 197 Z 3bis schwStGB freilich ausdrücklich, dass der Besitz als bloßer Zustand erfasst werde.

[613]) VfSlg 5.318 (zu einer steuerrechtlichen Fragestellung); weitere Nachweise zu dieser Judikaturlinie bei *Berka* in *Rill/Schäffer* Bundesverfassungsrecht Art 7 B-VG Rz 75.

[614]) VfSlg 14.263.

Gewahrsamsinhaber wegen des Gewahrsams am Tatobjekt als solchem zu bestrafen, hätte er bei aufgedrängtem Gewahrsam keine Möglichkeit, der Strafhaftung zu entgehen. In dieser Interpretation wären die Besitzdelikte daher gleichheitswidrig.

Die Verhängung einer Freiheits- oder Geldstrafe wegen eines unvermeidbaren Zustands verletzt auch das Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art 8 StGG; Art 5 EMRK) bzw dasjenige auf Eigentum (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP EMRK). Ein Eingriff in diese Grundrechte ist nämlich nur dann zulässig, wenn er zur Erreichung eines öffentlichen Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist[615]). Da die Bestrafung für einen nicht beherrschbaren Zustand weder general- noch spezialpräventiv zu wirken vermag, fehlt es ihr bereits an der erstgenannten Voraussetzung: Sie ist zum Rechtsgüterschutz nicht geeignet[616]).

Auch mit der in Art 6 Abs 2 EMRK in Verfassungsrang normierten Unschuldsvermutung ist eine reine Zustandshaftung nicht vereinbar. Die Hauptbedeutung der Unschuldsvermutung liegt zwar im Bereich des Strafverfahrens, sie wirkt sich aber auch auf die Abfassung von Strafgesetzen aus. Wäre dem nicht so, könnte der nationale Gesetzgeber ihre verfahrensrechtlichen Garantien bereits durch die Formulierung der Straftatbestände umgehen. Er könnte diese so eng umgrenzt abfassen, dass dem Richter kein ausreichender Spielraum für die Beurteilung der Schuld und dem Angeklagten kein ausreichender Spielraum für eine sinnvolle Verteidigung bliebe[617]). Enthielten die Besitzdelikte eine reine Zustandshaftung, wären sie daher auch wegen Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung verfassungswidrig. Denn die Strafbarkeit des Beschuldigten stünde vorweg fest, die verfahrensrechtlichen Garantien des Art 6 Abs 2 EMRK würden schon durch das Strafgesetz unterlaufen.

Eine Deutung der Besitzdelikte, die bereits im vom Vorsatz oder von der Fahrlässigkeit getragenen Gewahrsam ein strafbares Besitzen sieht, ist nach alldem aus verfassungsrechtlichen Gründen verwehrt[618]).

b) Die modifizierte Zustandshaftung bei *Eckstein*

Eckstein setzt indes „Besitzen" nicht pauschal mit dem Gewahrsam an einem Tatobjekt gleich, sondern plädiert für eine Zustandshaftung, welche die Verhaltenshaftung nur ergänzen soll[619]). Im Grundsatz bestimmt auch er „Besitzen" als ein Verhalten, nämlich – mit der in Deutschland hM – als die Begründung oder Aufrechterhaltung von Gewahrsam[620]). Da aber „die Besitzde-

---

[615]) Zur Herleitung dieser Eingriffsschranken *Lewisch* Verfassung 194 ff, 221 ff.

[616]) Vgl *Lagodny* Strafrecht 322 f (Die Pönalisierung eines Zustands als solchen könne keinem legitimen Strafzweck dienen.).

[617]) Ausführlich *Lewisch* Verfassung 285 ff, insb 294 ff; vgl auch EGMR ÖJZ 1989/4 (MRK).

[618]) Zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Tat-Schuld-Prinzip, gegen das eine reine Zustandshaftung ebenfalls verstößt, unten d).

[619]) Weitgehend zustimmend *Lampe* ZStW 2001, 892 ff.

[620]) Besitz 141 ff. *Eckstein* vermeidet zwar den Ausdruck „Gewahrsam" und spricht stattdessen von „Besitz (im weiteren Sinne)" oder von „tatsächlicher Sachherrschaft" (Besitz 97), meint der Sache nach aber dasselbe.

likte als Verhaltensdelikte weder alle Fälle strafbaren Besitzes zu erfassen noch die ihnen zugedachten Aufgaben zu erfüllen vermögen", enthielten sie daneben eine verhaltensunabhängige Verantwortlichkeit für den Besitzzustand als solchen[621]).

Mithilfe der Zustandshaftung will *Eckstein* bestimmte Fälle von aufgedrängtem Gewahrsam erfassen[622]). Denn gerade bei aufgedrängtem Gewahrsam – wovon zugunsten des Gewahrsamsinhabers auch dann auszugehen ist, wenn die Entstehung des Gewahrsams nicht aufgeklärt werden kann – werde die Auffangfunktion der Besitztatbestände gegenüber der Tathandlung des Erwerbs aktuell[623]). Und wenn der Gewahrsamsinhaber die Sache behalten will, dann sei dieser Sachverhalt auch „bei unbefangener Anwendung des Gesetzes als Besitz strafbar"[624]).

In Abgrenzung von einer reinen Zustandshaftung versucht *Eckstein* den tatbestandsmäßigen Erfolg der Besitzdelikte so zu definieren, dass er bei aufgedrängtem Gewahrsam, wennschon nicht objektiv, wenigstens subjektiv beherrschbar ist. Zu diesem Zweck verlangt er allgemein für den Besitzerfolg neben eigenem Gewahrsam einen „Herrschaftswillen"[625]).

Auch Teile der Rsp und andere Autoren setzen einen „Herrschaftswillen" voraus. Dieses Erfordernis ist aber sowohl seinem Inhalt als auch seiner dogmatischen Stellung nach äußerst unklar. Es dient oft nur zur Begründung gerade des Ergebnisses, das man erreichen will, und wird nicht konsequent durchgehalten[626]).

Da es im Regelfall auch äußerst schwierig wäre, einen eigentlichen „Herrschaftswillen" – in Form des Willens, die Herrschaft über die Sache aufrechtzuerhalten – nachzuweisen, definiert *Eckstein* den „Herrschaftswillen" gerade negativ als das Fehlen der Absicht, sich der Sache alsbald zu entledigen[627]). Die Beweisanforderungen reduzieren sich damit auf den Nachweis, dass der Gewahrsamsinhaber diese Absicht *nicht* gefasst hat.

Zur alsbaldigen Besitzaufgabe kann sich freilich auch entschließen, wer den Gewahrsam selbst begründet oder die Sache schon über einen längeren Zeitraum in Händen hat. Würde der Besitzzustand allgemein den beschriebenen „Herrschaftswillen" erfordern, hätte dieser Gewahrsamsinhaber plötzlich keinen Besitz mehr an der Sache, obwohl sich die äußeren Verhältnisse nicht geändert haben. Um das Unterlassen der Besitzaufgabe durch diesen Gewahrsamsinhaber weiterhin erfassen zu können, beschränkt *Eckstein* die strafbarkeitsaufschiebende Wirkung der Absicht auf die Fälle von *aufgedrängter* tatsächlicher Sachherrschaft und befristet sie mit dem Zeitpunkt, in dem die Be-

---

[621]) Besitz 226, 220 ff, 239 f.

[622]) Deutlich *ders* Besitz 224 (das Handlungsdogma versage in Fällen aufgedrängten Besitzes).

[623]) *Eckstein* Besitz 150.

[624]) Besitz 220, 224 f.

[625]) Besitz 103 ff.

[626]) Vgl bei FN 59 bis FN 65 sowie oben D.2.a).

[627]) In Anlehnung an *Baae* NStZ 1987, 214 f und *Franke/Wienroeder* BtMG[2] § 29 Rz 135, 140; vgl auch *Körner* BtMG[5] § 29 Rz 1102. Zur Kritik aus dogmatischer Sicht oben nach FN 386.

sitzentledigung nicht mehr „alsbald" erfolgen würde oder der Gewahrsamsinhaber seine Absicht ändert[628]). Der so verstandene „Herrschaftswille" ist automatisch mit eigenem Gewahrsam verbunden, es sei denn, der Gewahrsam wurde vom Inhaber erst vor kurzem entdeckt und er will ihn möglichst rasch beseitigen.

Über diesen „Herrschaftswillen" sei der Besitzerfolg bei aufgedrängtem Gewahrsam „subjektiv beherrschbar", zumal ihn der Gewahrsamsinhaber über seinen Willen abwenden könne. Er brauche bloß die alsbaldige Besitzaufgabe zu beschließen, dann habe er vorerst keinen Besitz an der Sache[629]).

Zur dogmatischen Absicherung seiner Interpretation von „Besitzen" spricht sich *Eckstein* für die Anerkennung eines „neuen Deliktstypus" aus, den er als „Zustandsdelikt" bezeichnet. Während ein „Zustandsdelikt" nach der bisherigen, nicht recht glücklichen Begriffsbildung ein Nicht-Dauerdelikt darstellt[630]), versteht *Eckstein* darunter ein Delikt, das Begehungs-, echtes Unterlassungsdelikt sowie von einem Verhalten unabhängiges Delikt in einem ist[631]).

c) Praktische Unterschiede zur Auslegung als reines Erfolgs-Dauerdelikt

Der wesentliche Unterschied zu einer streng verhaltensbezogenen Auslegung als reines Erfolgs-Dauerdelikt besteht darin, dass bei aufgedrängtem Gewahrsam die Strafbarkeit zu einem früheren Zeitpunkt eingreift. Das sei an folgendem Beispiel aufgezeigt:

> Eines Morgens erhält A aufgrund einer Verwechslung ein Paket, in dem sich eine Schusswaffe befindet. Der Absender und der eigentliche Adressat sind nicht erkennbar. Da A im Moment unter großem Stress steht, beschließt er, erst am Abend zu entscheiden, was mit der Waffe geschehen soll.

Bei Interpretation als Erfolgs-Dauerdelikt beginnt die Strafbarkeit wegen Besitzes nicht sofort mit der Öffnung des Pakets und der Entdeckung der Waffe. Vielmehr steht A eine Überlegungsfrist zur Verfügung, um sich über die weitere Vorgangsweise klar zu werden[632]). Erst nach ihrem Verstreichen ist das Unterlassen der Besitzaufgabe strafbar, sofern A die Besitzaufgabe möglich und zumutbar ist. Die Überlegungsfrist lässt sich anhand von § 42 Abs 2 WaffG zeitlich näher präzisieren. Nach dieser Vorschrift ist der Fund von Schusswaffen oder verbotenen Waffen spätestens binnen zwei Tagen einer Sicherheitsbehörde oder Sicherheitsdienststelle anzuzeigen und ihr der Fund abzuliefern. Eine Ablieferung der Waffe innerhalb von 48 Stunden ist in Analogie zu dieser Regelung auch bei aufgedrängtem Gewahrsam als rechtzeitig anzusehen. A kann sich daher mit seiner Entscheidung solange Zeit las-

---

[628]) Besitz 106 f.
[629]) *Eckstein* Besitz 240.
[630]) ZB *Triffterer* AT² 3/93.
[631]) Insb Besitz 170, 224 f.
[632]) Oben E.2.b).

sen, als eine Ablieferung innerhalb dieses Zeitraums noch möglich ist. Er macht sich also beginnend mit dem dritten Tag seines Gewahrsams wegen Besitzes durch Unterlassen strafbar, falls er dann immer noch untätig bleibt.

Zu einer weiteren, freilich meist nur geringfügigen, Verzögerung der Besitzstrafbarkeit kommt es, wenn es sich um ein Besitzdelikt handelt, dessen Versuch nicht mit Strafe bedroht ist. In diesem Fall greift die Besitzstrafbarkeit erst in dem Zeitpunkt ein, in dem die gebotene Handlung den Gewahrsam höchstwahrscheinlich beendet hätte, weil der Gewahrsamsinhaber erst dann durch sein eigenes Verhalten für den Deliktserfolg – den Fortbestand des Gewahrsams – ursächlich geworden ist und das Delikt vollendet hat[633]). Zu dieser Verzögerung der Strafbarkeit kommt es bei allen fahrlässigen Besitzdelikten, die als Fahrlässigkeitsdelikte nicht versucht werden können. Im Vorsatzbereich handelt es sich hauptsächlich um ein Problem der Besitztatbestände des deutschen Strafrechts. Der Versuch eines Vorsatzdelikts ist dort nämlich nur dann allgemein strafbar, wenn das Delikt mit einer Mindeststrafdrohung von einem Jahr versehen ist; § 23 Abs 1 iVm § 12 Abs 1 dStGB. Eine solche Mindeststrafe ist nur für wenige Besitzdelikte angeordnet[634]). Da der Versuch der Besitztatbestände mit geringerer Strafdrohung nicht durchgängig ausdrücklich für strafbar erklärt wird[635]), ist der Versuch eines Besitzdelikts in Deutschland häufig straflos. Anders stellt sich die Situation im österreichischen Strafrecht dar, in dem der Versuch eines vorsätzlichen Besitzdelikts gem § 15 StGB generell unter Strafsanktion steht[636]). Auch in der Schweiz ist der Versuch eines vorsätzlichen Besitzdelikts für gewöhnlich strafbar[637]). Die unterschiedliche Regelung der Versuchsstrafbarkeit wirkt sich folgendermaßen aus: Hätten sich im Beispielsfall statt einer Waffe Suchtmittel im Paket befunden, bliebe A nach dem dBtMG für eine weitere Stunde straflos, wenn die Gewahrsamsaufgabe diese Zeitspanne beanspruchen würde und er nach Ablauf der Überle-

---

[633]) Vgl *Eckstein* Besitz 223. Für die hM zur Kausalität beim Unterlassen zB *Kienapfel/Höpfel* AT[11] Z 29 Rz 11.

[634]) ZB für das Feilhalten von Falschgeld gem § 146 Abs 1 Z 2 dStGB, das Verwahren von Kernbrennstoffen usw gem § 310 Abs 1 Z 1 dStGB, das Besitzen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem § 29a Abs 1 Z 2 dBtMG und das Besitzen oder Führen bestimmter besonders gefährlicher Schusswaffen gem § 51 Abs 1 dWaffG.

[635]) Eine ausdrückliche Strafbarerklärung des Versuchs findet sich zB in § 326 Abs 4, § 328 Abs 4 dStGB; § 95 Abs 2 dArzneimittelG; § 27 Abs 3 dChemikalienG; § 143 Abs 3 dMarkenG; § 51 Abs 2 dLMBG; § 52 Abs 2 dWaffG.

[636]) Allerdings ist in Österreich umstritten, ob der Versuch eines Tatbestands, dessen vorsätzliche und fahrlässige Begehung mit derselben Strafe bedroht ist, wie das auf das Waffenbesitzdelikt zutrifft (arg „wenn auch nur fahrlässig"), von § 15 StGB erfasst wird; befürwortend *Fuchs* AT I[6] 28/23; *Leukauf/Steininger* StGB[3] § 89 Rz 14; wohl auch *Triffterer* AT[2] 15/96 f; ablehnend *Burgstaller* WK[2] § 89 Rz 44; *Schmoller* JBl 1984, 659. Verneint man die Strafbarkeit des Versuchs eines derartigen Tatbestands, greift die Strafbarkeit nach § 50 Abs 1 WaffG erst bei Deliktsvollendung – dh bei Kausalität des Unterlassens für die Fortdauer des Gewahrsams – ein.

[637]) Ausnahmen wären Besitzdelikte, die nur Übertretungen bilden und deren Versuch nicht explizit mit Strafe bedroht ist; vgl Art 104 schwStGB.

gungsfrist nicht tätig wird, obwohl ihm die Aufgabe des Gewahrsams möglich und zumutbar ist. Nach dem SMG würde dagegen bereits nach Ablauf der Überlegungsfrist eine Strafbarkeit wegen Versuchs eingreifen.

Interpretiert man hingegen die Besitztatbestände als „Zustandsdelikte", wie es *Eckstein* vorschlägt, so ist A im Ausgangsfall bereits ab Entdeckung der Pistole strafbar. Da er (zumindest vorerst) nicht die Absicht fasst, sich der Waffe alsbald zu entledigen, liegen alle Voraussetzungen der Zustandshaftung vor: die tatsächliche Sachherrschaft über ein Tatobjekt und ein „Herrschaftswille". Wird A auch später nicht aktiv, würde die Strafbarkeit also um zwei Tage früher eingreifen als bei einer streng an einem Verhalten ausgerichteten Interpretation. Entschließt sich A innerhalb der Überlegungsfrist doch dazu, die Waffe abzuliefern, und setzt er den Entschluss rechtzeitig in die Tat um, ist der Unterschied zwischen den beiden Interpretationen noch gravierender: Nach der Auslegung von *Eckstein* hat A bis zur erfolgten Ablieferung einen unerlaubten Waffenbesitz zu verantworten, weil er nicht sogleich die den Besitzerfolg aufschiebende Absicht fasste. Dagegen bleibt A bei Auslegung als reines Erfolgs-Dauerdelikt straflos.

In einem Fall, nämlich wenn es dem Gewahrsamsinhaber während der gesamten Dauer seines Gewahrsams unmöglich ist, sich der Sache zu entledigen, geht das Besitzmodell von *Eckstein* sogar über eine Vorverlagerung der Strafbarkeit hinaus. Obwohl dem Gewahrsamsinhaber unter diesen Bedingungen das Unterlassen der Gewahrsamsaufgabe nicht angelastet werden darf, macht er sich bei Auslegung als „Zustandsdelikt" dennoch wegen Besitzes strafbar, wenn er nicht beabsichtigt, sich der Sache alsbald zu entledigen[638]).

In Gestalt eines „Zustandsdelikts" reicht die Besitzstrafbarkeit demnach weiter als bei einer streng auf ein Verhalten bezogenen Interpretation. Das bringt allerdings nur geringe Vorteile für die Strafverfolgung. Denn infolge der starken Betonung des subjektiven Elements steht und fällt die Strafbarkeit mit dem Gelingen des Nachweises, dass der Gewahrsamsinhaber die alsbaldige Aufgabe seines Gewahrsams nicht beabsichtigt hat. Wenn das Fehlen dieser Absicht nicht aus den objektiven Umständen erweislich ist, was wohl nur selten der Fall ist, muss zugunsten des Gewahrsamsinhabers von ihrem Vorliegen ausgegangen werden. Die Zustandshaftung kommt dann nicht zum Tragen.

d) Vereinbarkeit mit dem Tat-Schuld-Prinzip?

Zwar beinhaltet die Konzeption als „Zustandsdelikt" keine reine Zustandshaftung, weil über die (fehlende) Vorstellung des Gewahrsamsinhabers eine Verbindung zum Gewahrsam hergestellt wird. Sie setzt sich aber in Widerspruch zum Tat-Schuld-Prinzip.

aa) Inhalt und allgemeine Begründung

Der Begriff des Tat-Schuld-Prinzips wird in zwei Zusammenhängen verwendet: Einmal als Gegenbegriff zu jenem des *Täterstrafrechts*. In dieser Be-

---

[638]) *Eckstein* Besitz 224.

deutung bringt das Prinzip zum Ausdruck, dass Strafbarkeit nur an eine einzelne Handlung, ein Tun oder Unterlassen, anknüpfen darf, nicht an das „So-Sein", die Persönlichkeit des Täters[639]). Darum geht es bei der Zustandshaftung nicht. Der Gewahrsamsinhaber soll nicht für seine Persönlichkeit bestraft werden, sondern weil er die alsbaldige Aufgabe des ihm aufgedrängten Gewahrsams nicht beabsichtigt, soll ihn die Strafe wegen Besitzes treffen. Es ist also der Gegensatz eines Tat-Schuld-Strafrechts zu einem *bloßen Gedanken- oder Gesinnungsstrafrecht* angesprochen. Hierzu besagt das Tat-Schuld-Prinzip, dass ein strafrechtlicher Vorwurf nur an ein äußeres Verhalten, nicht allein an einen „bösen" Willen, eine „böse" Gesinnung geknüpft werden darf[640]). Dieser Grundsatz ist bekanntlich bereits in den Digesten als „cogitationis poenam nemo patitur" formuliert[641]).

Der wohl entscheidende Grund für die einheitliche Ablehnung einer reinen Gedankenstrafe und damit für die Anerkennung des Tat-Schuld-Prinzips ist ein rein praktischer: Bloße Gedanken sind, solange sie nicht nach außen hervortreten – und das ist eben nur durch ein Verhalten möglich –, dem Zugriff durch andere Personen entzogen[642]). Eine verlässliche Methode, die Gedanken eines anderen zu ermitteln, gibt es zum Glück nicht. Solange ein „böser" Gedanke sich nicht in einem äußeren Verhalten manifestiert, das Rückschlüsse auf diesen Gedanken zulässt, ist man für seine Feststellung völlig auf die Auskunft seines Urhebers angewiesen. Dessen Befragung als alleiniges Mittel ist aber ungeeignet, seine Gedanken mit hinreichender Sicherheit zu ermitteln. „Die Gedanken sind frei", wie es in einem alten Lied zutreffend heißt.

„Böse" Gedanken entziehen sich nicht nur der Feststellbarkeit, sie treten auch nicht als sozial störend in Erscheinung. Ein Vorhaben, das den Bereich des Internen noch nicht verlassen hat, stellt nicht einmal eine Gefährdung von Rechtsgütern dar. Nicht nach außen getretene Gedanken sind nämlich noch so vage, dass sie jederzeit ohne Gesichtsverlust geändert werden können. Das gedankliche Durchspielen einer Situation mag sogar entlastend wirken und dem Abbau von „bösen" Gefühlen dienen. Von einer sozialen Störung lässt sich jedenfalls nicht sprechen[643]). Diese aber ist Grundvoraussetzung für das Vorsehen strafrechtlicher Sanktionen, die stets nur ultima ratio sein dürfen.

Auf ideeller Ebene lässt sich das Verbot einer reinen Gedankenstrafe schließlich damit begründen, dass die Fähigkeit zu denken ein so wesentliches Merkmal der Person darstellt, dass ihre Kontrolle die Menschenwürde verletzte[644]).

---

[639]) *Roxin* AT I³ § 6 Rz 1; *S/S-Lenckner* StGB²⁶ Vorbem §§ 13 ff Rz 105/106.

[640]) Zum Verbot einer reinen Gedankenstrafe zB *Höpfel* WK² 1 Rz 14; *Hirsch* FS Lüderssen 253; *Lagodny* Strafrecht 230 f; *v Liszt* Aufsätze 16; *Roxin* AT I³ § 8 Rz 43, 63; *Stratenwerth* AT I⁴ § 6 Rz 2.

[641]) *Ulpian* Digesten 48.19.18.

[642]) *Jakobs* ZStW 1985, 753 f; *ders* AT² 25/1a.

[643]) Vgl *Jakobs* AT² 6/68, 73.

[644]) *Lagodny* Strafrecht 230 f; vgl auch *Jakobs* AT² 25/1a.

bb) Verfassungsrechtliche Absicherung

Das Tat-Schuld-Prinzip kommt auf einfachgesetzlicher Ebene in zahlreichen Bestimmungen des StGB zum Ausdruck, in denen auf eine „Tat", eine „Handlung", ein „Tun" oder „Unterlassen" Bezug genommen wird[645]). Die Schaffung reinen Gedankenstrafrechts oder die Auslegung bestehender Strafvorschriften im Sinne eines solchen Strafrechts hindern diese Bestimmungen jedoch nicht. Diese Wirkungen hat das Tat-Schuld-Prinzip nur dann, wenn es verfassungsrechtlich garantiert ist.

Tatsächlich hat der VfGH das Tat-Schuld-Prinzip in einem Erkenntnis aus dem Jahr 1998 der Sache nach ausdrücklich anerkannt und es in einem nachfolgenden Erkenntnis bestätigt sowie konkretisiert:

Die erste Entscheidung betraf eine Bestimmung des AusländerbeschäftigungsG, die eine Verwaltungsstrafe für einen Generalunternehmer vorsah, falls sein Subunternehmer ausländische Arbeitnehmer ohne Bewilligung beschäftigte. Für welches *eigene* Verhalten der Generalunternehmer mit Strafe bedroht wurde, ließ die Strafbestimmung nicht erkennen. Es handelte sich daher um eine Strafhaftung allein für das Verhalten eines Dritten. Der VfGH erklärte diese Bestimmung für verfassungswidrig. Die zentrale Begründung lautet:

> „In der Tat setzt der Begriff der Strafe als ein mit Tadel verbundenes Übel wegen schuldhafter Verletzung von Ver- oder Geboten der Rechtsordnung voraus, daß der Täter gegen eine ihn treffende Verhaltensregelung verstoßen hat. Der Grundsatz, daß strafrechtliche Verantwortlichkeit nur an eigenes Verhalten geknüpft sein darf, ist so selbstverständlich, daß er in den einschlägigen verfassungsrechtlichen Garantien (Art 90 ff B-VG, Art 6 und 7 EMRK) unausgesprochen vorausgesetzt wird."[646])

Der VfGH leitet das Tat-Schuld-Prinzip also aus allen verfassungsrechtlichen Garantien ab, die für strafrechtliche Anklagen gelten. In diesen Verfassungsvorschriften ist das Prinzip zwar nirgends ausdrücklich formuliert. Der Wortlaut einiger der Vorschriften enthält aber deutliche Hinweise darauf, dass nur ein Verhalten Gegenstand eines strafrechtlichen Vorwurfs sein kann. So ordnet Art 91 B-VG die Mitwirkung von Laien an Strafverfahren wegen Verbrechen, Vergehen und *„anderer strafbarer Handlungen"* von bestimmter Schwere an. Art 93 B-VG betrifft „Amnestien wegen gerichtlich *strafbarer Handlungen*". Nach Art 6 Abs 2 EMRK wird „bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld ... vermutet, daß der wegen einer *strafbaren Handlung* Angeklagte unschuldig ist". Und nach Art 7 EMRK darf niemand *„wegen einer Handlung oder Unterlassung* verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war"[647]).

---

[645]) ZB §§ 1–7 StGB.

[646]) VfSlg 15.200. Im Anschluss daran auch *Berka* Grundrechte Rz 857; *Thienel* in *Korinek/Holoubek* Bundesverfassungsrecht Art 7 EMRK Rz 3, 8, 12; *Öhlinger* Verfassungsrecht[5] Rz 958.

[647]) Zur Ableitung des Verbots einer reinen Gedankenstrafe aus dieser Vorschrift *Höpfel* WK[2] § 1 Rz 14; *E. Steininger* SbgK § 1 Rz 31; *Thienel* in *Korinek/Holoubek* Bundesverfassungsrecht Art 7 EMRK Rz 8, 12.

Auch die Nachfolgeregelung dieser Bestimmung des AusländerbeschäftigungsG wurde teils für verfassungswidrig erklärt. Sie knüpfte die Strafbarkeit zwar an ein bestimmtes Verhalten des Generalunternehmers[648]); dieses konnte jedoch die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte durch den Subunternehmer letztlich nicht verhindern. Der VfGH stellte in dem Erkenntnis klar, dass es unzulässig ist, dem Normadressaten *irgendwelche* Verhaltenspflichten aufzuerlegen, die mit dem eigentlichen ihm vorgeworfenen Unrecht (hier: der illegalen Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer durch den Subunternehmer) nichts zu tun haben. Das inkriminierte Verhalten müsse für den tatbildlichen Erfolg hinreichend kausal, eine dem Normadressaten auferlegte Verhaltenspflicht diesem zumutbar sein[649]).

Neben den vom VfGH herangezogenen Bestimmungen folgt das Tat-Schuld-Prinzip auch aus den Grundrechten auf persönliche Freiheit und auf Eigentum. Die Bestrafung für einen bloßen „bösen" Gedanken stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in diese Grundrechte dar, weil das, was sich nur im Kopf eines Menschen abspielt, das Sozialleben nicht beeinträchtigt. Erst die Betätigung eines „bösen" Gedankens kann mit der Interessensphäre eines anderen konkurrieren und daher Gegenstand einer Strafdrohung sein.

Auch das deutsche BVerfG betonte in seinen Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit zweier Besitzdelikte, dass Strafe nur an ein schuldhaftes Verhalten anknüpfen darf. Die Beschwerdeführer hatten geltend gemacht, dass der bloße Besitz keine Handlung im strafrechtlichen Sinn darstelle und seine Strafbarkeit daher gegen Art 103 Abs 2 GG verstoße, der auf eine „Tat" abzielt[650]). Das BVerfG verneinte jeweils eine Verletzung dieser Vorschrift. Ohne sich auf einen bestimmten strafrechtlichen Handlungsbegriff festlegen zu wollen, bestätigte es aber, dass Strafbarkeit ein schuldhaftes *Verhalten* voraussetzt:

> „Das strafrechtliche Delikt – die Tat iS des Art 103 II GG – ist ... schuldhafte Verletzung oder Gefährdung eines für alle gewährleisteten Rechtsgutes. Die Verletzung oder Gefährdung kann durch jedes verbotene Verhalten eines Menschen, das von seinem Willen beherrschbar und damit auch vorwerfbar ist, verwirklicht werden."

Die Besitzdelikte entsprächen diesen Anforderungen. Denn der Gesetzgeber sei

> „von Verfassungs wegen nicht gehindert, auch das nicht mit einer Körperbewegung verbundene Begründen oder Aufrechterhalten eines verbotenen Zustandes oder Verhältnisses, wie etwa den unerlaubten Besitz oder Gewahrsam an gefährlichen Gegenständen, mit Strafe zu bedrohen, soweit sich nicht aus den Grundrechten, dem Rechtsstaatsgrundsatz oder anderen Verfassungsprinzipien Schranken ergeben."[651])

---

[648]) Nämlich das Unterlassen, im Vertrag mit dem Subunternehmer die Einhaltung der Bestimmungen des AusländerbeschäftigungsG zu vereinbaren, und das Unterlassen der zumutbaren regelmäßigen Kontrolle des Subunternehmers.

[649]) VfSlg 16.662. Siehe auch VfSlg 15.899, wo der VfGH inzident ein verschuldensgebundenes Verhalten zur Voraussetzung einer (Disziplinar-)Strafe erklärte.

[650]) Diese Bestimmung, die rückwirkende Strafvorschriften verbietet, lautet: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde."

[651]) NJW 1994, 2412; NJW 1995, 248.

Diesen Ausführungen des BVerfG ist zu entnehmen, dass eine Auslegung, die nicht einmal das Unterlassen, die Entstehung von eigenem Gewahrsam zu verhindern oder bereits bestehenden Gewahrsam zu beseitigen, voraussetzt, sondern eine Person ganz unabhängig von ihrem Verhalten für den Gewahrsam an einer Sache verantwortlich macht, als verfassungswidrig bewertet würde.

cc) „Subjektive Beherrschbarkeit" des Besitzes bei *Eckstein* – ein reines Gedankenstrafrecht

Eckstein meint auf das Erfordernis eines Verhaltens verzichten zu können, weil der Besitzerfolg bei aufgedrängtem Gewahrsam über den Willen beherrschbar sei. Der Wille des Gewahrsamsinhabers und sein Besitz stünden nicht unverbunden nebeneinander, sondern erst der „Herrschaftswille" entscheide über das Vorliegen von Besitz. Die „subjektive Beteiligung des Täters" sei daher „integraler Bestandteil des Besitzes"[652]).

Die allgemeine Lebenserfahrung lehrt freilich gerade das Gegenteil: dass man einen äußeren Zustand nicht allein über den Willen beherrschen kann, sondern dass es dazu der Umsetzung des Willens in ein Verhalten bedarf. Diesen Gegebenheiten trägt auch *Eckstein* Rechnung, wenn er verlangt, dass der Gewahrsamsinhaber seine privilegierende Absicht rechtzeitig in die Tat umsetzt, und wenn er dem Untätigbleibenden die tatsächliche Sachherrschaft trotz unveränderter Absicht als Besitz zuschreibt. Zwischen der Entdeckung des Gewahrsams und dem Zeitpunkt, in dem die Gewahrsamsaufgabe nicht mehr „alsbald" erfolgen würde, ist der Erfolg der Besitzdelikte für den Gewahrsamsinhaber nur deswegen „subjektiv beherrschbar", weil *Eckstein* fingiert, in diesem Zeitraum liege bei Absicht auf alsbaldige Gewahrsamsaufgabe noch kein „Besitz" vor.

Dieses Besitzkonstrukt hält jedoch einer Überprüfung anhand des Tat-Schuld-Prinzips nicht stand. Für diese Überprüfung ist nämlich maßgebend, was *inhaltlich* unter Strafe gestellt ist. Äußerlich betrachtet besteht aber keinerlei Unterschied zwischen einem Gewahrsamsinhaber, der die Gewahrsamsaufgabe beschließt und damit nach *Eckstein* vorerst nicht „besitzt", und einem Gewahrsamsinhaber, der eine solche Absicht nicht fasst und damit „besitze". Beide Gewahrsamsinhaber haben ein Tatobjekt in ihrer Sphäre, sie unterscheiden sich allein in ihrer Vorstellung. Das aber bedeutet, dass der eine Gewahrsamsinhaber gerade deswegen bestraft wird, weil er die Gewahrsamsaufgabe nicht beabsichtigt hat. Das ist nichts anderes als eine reine Gedankenstrafe. An diesem Befund kann auch die normative Verknüpfung der Vorstellung des Gewahrsamsinhabers mit dem Besitzerfolg nichts ändern, weil die Besitzdefinition aus dem Internum der fehlenden Absicht kein Externum machen kann.

Es handelt sich sogar um einen besonders schwer wiegenden Verstoß gegen das Verbot einer reinen Gedankenstrafe, weil die Strafbarkeit nicht an einen „bösen" Gedanken, sondern bloß an das *Unterbleiben eines positiv zu be-*

---

[652]) Besitz 239 f.

wertenden Gedankens geknüpft wird. Der Gewahrsamsinhaber braucht ja nichts Verwerfliches mit dem Tatobjekt vorzuhaben. Die Strafbarkeit wird im Gegenteil schon dadurch ausgelöst, dass er sich keine weiteren Gedanken über den einmal erkannten Gewahrsam an einem Tatobjekt macht.

Besonders deutlich zeigt sich die Unmöglichkeit dieser Auslegung, wenn der Gewahrsamsinhaber nicht in der Lage ist, den ihm aufgedrängten Gewahrsam zu beseitigen. *Eckstein* befürwortet auch in diesem Fall eine Strafbarkeit wegen Besitzes, wenn keine Absicht auf alsbaldige Gewahrsamsaufgabe gegeben ist[653]). Wenn aber der Gewahrsamsinhaber erkennt, dass ihm die Gewahrsamsaufgabe ohnehin nicht möglich ist, weshalb sollte er dann solch einen offenkundig nutzlosen Entschluss fassen? Die Handlungsmöglichkeiten begrenzen doch auch die Willensentscheidung, „insofern kein Vernünftiger dasjenige, was offenkundig nicht in seiner Macht steht auszuführen, zum Ziel seines Strebens machen kann"[654]). Sowenig es einen Sinn macht, jemanden wegen des Unterlassens einer ihm unmöglichen Handlung zu bestrafen, sowenig kann man ihn deswegen zur Verantwortung ziehen, weil er das ihm Unmögliche nicht beschlossen hat[655]).

Die Auslegung der Besitzdelikte als nicht an ein Verhalten gebunden ist daher auch in der Variante, die *Eckstein* vorschlägt, abzulehnen. Als „Zustandsdelikte" enthielten die Besitzdelikte reines Gedankenstrafrecht und verstießen daher gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete Tat-Schuld-Prinzip[656]).

---

[653]) Besitz 224.

[654]) *Nicolai Hartmann* Ethik[4] 639.

[655]) Als Kritik in diesem Punkt sind wohl die Ausführungen von *Lampe* ZStW 2001, 895 zu verstehen.

[656]) Zwar hängt nach der hier vertretenen Auffassung der Gewahrsam an Gegenständen *außerhalb der Privatsphäre* auch von subjektiven Gegebenheiten ab (Kenntnis der Lage des Gegenstandes zumindest in mitbewusster Form; kein Entschluss, die Sache nicht mehr haben zu wollen; oben C.6.). Im Unterschied zum Besitzverständnis von *Eckstein* bei aufgedrängtem Gewahrsam macht sich jedoch der Gewahrsamsinhaber nach der hier befürworteten Interpretation von „Besitzen" nicht allein deswegen strafbar, weil er die Gewahrsamsaufgabe nicht beschließt, sondern erst, wenn er diese unterlässt. Er ist also nicht schon wegen des Nichtfassens einer bestimmten Absicht strafbar, kann aber durch eine bloße Willensänderung, nämlich den Beschluss, die Sache nicht mehr haben zu wollen, *straffrei* werden.

IV. Zusammenfassung

1.a) Die Besitzdelikte umfassen in Österreich, Deutschland und der Schweiz eine Vielzahl von Straftatbeständen, die unterschiedlichst ausgestaltet sind. Neben dem Besitzen sind das Innehaben, Ausüben der tatsächlichen Gewalt, Verwahren, Aufbewahren, Lagern, Feilhalten, Vorrätighalten und Bereithalten typische Tathandlungen dieser Deliktsgruppe. Aber auch die Termini „Führen" und „Tragen" können eine Form des Besitzens bezeichnen. Die Gemeinsamkeit der Tathandlungen liegt im Erfordernis eigenen Gewahrsams an einem körperlichen Gegenstand. Eigenständige Akzentuierungen sind dabei möglich und kommen sogar bei gleichlautender Tathandlung vor (Bsp: „Lagern"). Beim Feilhalten, Führen und Tragen muss der Gewahrsam überhaupt in spezifischer Form ausgestaltet sein; das Führen einer Waffe zB erfordert eine räumlich enge Nahebeziehung zur Waffe außerhalb des privaten Bereichs.

b) Noch vielfältiger sind die Tatobjekte der Besitzdelikte. Eine Systematisierung nach dem geschützten Rechtsgut hat ergeben, dass der Besitz vieler Tatobjekte zum *Schutz von Leib oder Leben* unter Strafe gestellt ist. Neben Waffen gilt dies etwa für radioaktive Stoffe, gesundheitsschädliche Lebensmittel und Suchtmittel. Während Waffen erst im Fall ihres Gebrauchs für Leib oder Leben gefährlich werden, drohen bei radioaktiven Stoffen Gefahren für diese Rechtsgüter bereits aus einer sorgfaltswidrigen Lagerung. Die Gefährlichkeit von gesundheitsschädlichen Lebensmitteln und von Suchtmitteln beruht wiederum auf ihrer möglichen Weitergabe an den Verbraucher.

Von anderen Tatobjekten wird befürchtet, dass sie zu Gewalttaten anreizen. Zu diesen Strafvorschriften gehört das strafbewehrte Vermummungsverbot in § 27 Abs 2 Z 2 dVersG, das damit begründet wird, die Aufmachung könne den Vermummten selbst oder andere Versammlungsteilnehmer zu Gewalttätigkeiten veranlassen. Nicht berücksichtigt wird, dass es berechtigte andere Motive für die Vermummung geben kann, zB die Vermeidung von Nachteilen, die bei Bekanntwerden der Teilnahme an der Demonstration drohen[657]).

Einige Besitzdelikte zum Schutz von Leib oder Leben stellen extreme Vorverlagerungen der Strafbarkeit dar. Sie erfassen bereits den Besitz von Sachen, mit denen Sachen hergestellt werden können, deren Besitz ebenfalls bloß abstrakt gefährlich erscheint: § 175 StGB den Besitz von Vorrichtungen zur Herstellung eines Kernbrennstoffs, radioaktiven Stoffs oder Sprengstoffs; Art 226 Abs 2 schwStGB das Aufbewahren von Stoffen zur Herstellung von

---

[657]) Vgl auch § 19a VersammlungsG, der zwar stets eine Bewaffnung des Vermummten (bzw das Bei-sich-Haben eines Gegenstands zur Ausübung von Gewalt gegen Menschen oder Sachen) voraussetzt, jedoch insoweit eine bedenklichere Strafvorschrift darstellt, als bereits das bloße Mit-sich-Führen eines Vermummungsgegenstands eine gerichtliche Strafbarkeit auslöst.

Sprengstoffen oder giftigen Gasen; § 32 SMG den Besitz von Stoffen, aus denen Suchtstoffe oder psychotrope Stoffe erzeugt werden können; § 58 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 2 LMG das Lagern oder Feilhalten von Futtermitteln, die tierische Erzeugnisse beeinträchtigen können[658]). Diese Art von Besitzdelikten erscheint besonders bedenklich, weil der Gefährdungszusammenhang sehr ausgedünnt ist. Teilweise handelt es sich lediglich um die „Vorbereitung zur Vorbereitung".

Zum *Schutz der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen* ist beispielsweise der Besitz von (Kinder-)Pornographie unter Strafe gestellt. Die betreffenden Besitztatbestände sollen eine Konfrontation dieser Personengruppe mit solchen Gegenständen verhindern. Der Straftatbestand gegen Kinderpornographie soll darüber hinaus Kinder vor einem Missbrauch als Darsteller pornographischer Erzeugnisse bewahren. Der Besitz von Kinderpornographie lässt sich auf diesen Strafgrund allerdings nur unter der Annahme zurückführen, dass der Besitz zur Nachfrage weiterer Kinderpornographie motivieren kann.

Daneben bedient sich der Gesetzgeber der Besitzdelikte auch zum *Schutz von weniger essentiellen Rechtsgütern*, etwa dem Schutz der vermögensrechtlichen Interessen eines Patentinhabers, dem Schutz des Rechtsverkehrs durch Strafbarerklärung des Besitzes bestimmter Falsifikate oder dem Schutz der Privatsphäre durch Pönalisierung zB des Aufbewahrens einer widerrechtlichen Bild- oder Tonaufnahme eines privaten Geschehens (Art 179bis, Art 179^{quater} schwStGB).

c) Ganz überwiegend erfassen die strafbewehrten Besitzverbote nicht den Besitz als solchen, sondern sehen gewisse Einschränkungen vor. Die Strafbarkeit hängt zB von der Herbeiführung einer abstrakten Gefahr, einem erweiterten Vorsatz oder einem Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften ab. Ohne eine derartige Einschränkung ist aber in Österreich der Besitz von Kinderpornographie, ABC-Massenvernichtungswaffen und von blindmachenden Laserwaffen strafbar.

Insbesondere der Besitz von Waffen, Abfällen und gesundheitsschädlichen Lebensmitteln ist auch bei Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht; weitere Strafdrohungen gegen den fahrlässigen Besitz finden sich vor allem im deutschen Strafrecht.

Die kriminalpolitisch sinnvolle Möglichkeit, durch Vernichtung, Ablieferung bei einer Behörde oder durch eine andere Form der Gefahrenbeseitigung Straflosigkeit zu erlangen, wird dem Besitzer nur in Österreich und Deutschland – und dort vor allem für Besitzdelikte der Strafgesetzbücher – eingeräumt.

2. „Besitzen" ist als ein Verhalten zu präzisieren. Dabei überzeugt die Auslegung als Erfolgs-Dauerdelikt, wie sie von der in Deutschland hM vorgenommen wird. Wie die Freiheitsentziehung durch die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung des Entzugs der Fortbewegungsfreiheit begangen werden kann, kann ein Besitzdelikt durch die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung von eigenem Besitz verwirklicht werden.

---

[658]) Vgl auch § 11 Abs 1 Z 4 TierarzneimittelkontrollG; § 96 Z 16 u Z 18 dArzneimittelG; § 20 dFuttermittelG.

a) Die Interpretation als Erfolgs-Dauerdelikt setzt eine strikte Trennung zwischen dem Besitz als Zustand und dem Besitz als Verhalten voraus. Der Zustand des Besitzes stellt den Deliktserfolg der Besitztatbestände her. Zur deutlichen Abgrenzung von „Besitzen" als Verhalten empfiehlt es sich, den Besitzzustand als Gewahrsam zu bezeichnen.

b) Der Gewahrsam als tatbestandsmäßiger Erfolg der Besitzdelikte stimmt im Allgemeinen mit dem vermögensstrafrechtlichen Gewahrsam überein. Nur gewisse Nuancierungen sind zu beachten, für die es auch im Vermögensstrafrecht bereits Ansätze gibt. Im Kernbereich besteht Gewahrsam an allen Sachen in der Privatsphäre einer Person. Dieser Gewahrsam gründet bei den Besitzdelikten darin, dass die Rechtsordnung den Einzelnen für das Vorhandensein gefährlicher Sachen in seinem Privatbereich besonders in die Pflicht nimmt, gleichsam im Gegenzug zu dem speziellen Schutz, den sie seiner Privatsphäre gewährt. Gewahrsam hat eine Person daher grundsätzlich an allen Sachen, die sie an ihrem Körper, in ihrer Kleidung oder sonst mit sich trägt, weiters an den Gegenständen in ihrem Haus, ihrer Wohnung, ihren Geschäftsräumlichkeiten, ihrem Auto oder Garten.

Ein „Herrschafts-" oder „Besitzwille" ist für den Gewahrsam an Sachen innerhalb der Privatsphäre nicht wesentlich. Entscheidend ist allein, dass sich die Sache in der Privatsphäre befindet.

Die Orientierung an der Privatsphäre ermöglicht eine sachgerechte Abgrenzung auch jener Fälle, in denen man eine Sache mit Einverständnis des bisherigen Inhabers nur kurzfristig in Händen hat oder sie sofort nach Ergreifung in einem Zug vernichtet. Die Sache wird in einem solchen Fall nicht in die Privatsphäre übernommen, also fehlt es bei Mitrauchen von Suchtgift in der Runde schon am Deliktserfolg, den das Besitzen voraussetzt.

Auch für den Gewahrsam am Inhalt verschlossener Behältnisse und innerhalb von Weisungsverhältnissen kommt es auf die Zugehörigkeit zur Privatsphäre an. Unabhängig von der Größe und Beweglichkeit des Behältnisses hat daher der Schlüsselinhaber den Alleingewahrsam am Behältnisinneren, während dem Verwahrer des Behältnisses kein Gewahrsam am Inhalt zukommt. Hat jemand eine Sache bloß auf Weisung eines anderen in seiner Privatsphäre, ist er dennoch der alleinige Gewahrsamsinhaber (es sei denn, die Sache befindet sich in einem Behältnis).

An Sachen außerhalb der Privatsphäre besteht (wie im Vermögensstrafrecht) Gewahrsam dann, wenn der funktionale Zusammenhang zwischen der Art der Sache und ihrem Standort darauf schließen lässt, dass über die Sache möglicherweise noch verfügt werden wird. Dieser Schluss liegt bei einem am Straßenrand abgestellten Auto nahe, während eine kleinere, am Straßenrand liegen gebliebene Sache meist als verloren oder derelinquiert erscheint. Der Gewahrsam an Sachen außerhalb der Privatsphäre hängt zusätzlich von den subjektiven Gegebenheiten ab: Dem Gewahrsamsinhaber muss der Standort der Sache zumindest mitbewusst sein. Sein Entschluss, die Sache nicht mehr haben zu wollen, beseitigt den bis dahin aufrechten Gewahrsam. Wer zB auf freiem Feld einen Gegenstand vergraben hat, später jedoch das Versteck vergisst oder die Sache aufgibt, dem kommt kein Gewahrsam mehr daran zu.

Aufgrund dieser subjektiven Anforderungen gibt es an Sachen außerhalb der Privatsphäre keinen aufgedrängten Gewahrsam.

Von der Bestimmung des zu verhindernden Besitzzustands als Gewahrsam sollte im Interesse der Rechtssicherheit nur dann abgewichen werden, wenn dies der Schutzzweck eines Besitzdelikts unbedingt erfordert.

c) Auf den Gewahrsam im dargestellten Sinn ist das Besitzen als Verhaltensweise zu beziehen. Der früheste Zeitpunkt, zu dem die Besitzstrafbarkeit eingreifen kann, ist die Herbeiführung von Gewahrsam am Tatobjekt. Berücksichtigt man die Funktion von „Besitzen" als Tathandlung, ist die Einbeziehung der Gewahrsamsbegründung in sprachlicher Hinsicht möglich. Auch systematische Gründe stehen dieser Auslegung nicht entgegen. Überschneidungen mit Tathandlungen, welche die Besitzverschaffung eigenständig erfassen, sind auf der Konkurrenzebene zu lösen. Ohnedies kommt es nicht stets zu einer solchen Überschneidung. Keine eigene Tathandlung ist etwa im WaffG für den unbefugten Erwerb von Waffen vorgesehen, bei denen es sich nicht um Kriegsmaterial handelt. Gerade solche Tatbestände sind ein gewichtiges Argument für die Einbeziehung der Gewahrsamsbegründung in das Besitzen. Würde man nämlich im Gewahrsam begründenden Tun[659]) noch kein Besitzen sehen, wäre nach dem WaffG derjenige, der sich unerlaubt eine verbotene Waffe beschafft, erst wegen des anschließenden Unterlassens, den Gewahrsam aufzugeben, strafbar. Eine solche Lösung wäre nicht plausibel, zumal der Täter bereits durch die Gewahrsamsbegründung für die gesamte Dauer des Gewahrsams ursächlich wird. Eine Interpretation von „Besitzen" als *reines* Unterlassungsdelikt ist daher abzulehnen.

Wer Gewahrsam an einem Tatobjekt begründet, um dieses so bald wie möglich zu vernichten oder der Behörde zu übergeben, verwirklicht ebenfalls den Tatbestand eines (schlichten) Besitzdelikts. Rechtfertigender Notstand kommt vor allem Eltern zugute, wenn sie eine Sache, die ihr minderjähriges Kind innehatte, kurzfristig in Besitz nehmen. In anderen Fällen greift eine Rechtfertigung nur selten ein. Hier sollte aber § 42 StGB großzügig angewandt werden.

d) Seine ihm vom Gesetzgeber zugedachte Auffangfunktion erfüllt das Besitzen in Form des Unterlassens, den Gewahrsam aufzugeben. Für dieses Unterlassen kann auch ein Gewahrsamsinhaber verantwortlich werden, der den Gewahrsam nicht nachweislich selbst begründet hat. Denn anders als die Freiheitsentziehung hängt „Besitzen" in seinem Unterlassungsteil nicht von einer Garantenstellung ab.

aa) Bei aufgedrängtem Gewahrsam steht dem Gewahrsamsinhaber im Regelfall eine (kurze) Frist zur Verfügung, um sich über seine Situation klar zu werden und zu überlegen, auf welche Weise er den Gewahrsam am besten aufgibt. Diese Frist ist keine Besonderheit der Besitzdelikte, sondern auch bei anderen Unterlassungsdelikten einzuräumen, wenn die Unterlassungssituation den Handlungspflichtigen unerwartet trifft und die Ermittlung der gebotenen Handlung schwierig ist. Mit der Gewährung der Frist trägt man einerseits dem Umstand Rechnung, dass die Auswahl der vorzunehmenden Handlung der dem

[659]) Zur Gewahrsams*begründung* durch Unterlassen siehe FN 474.

Handeln vorgelagerte, erste gebotene Schritt ist. Die Frist liegt andererseits im Interesse des Rechtsgutsträgers selbst, weil bei einer Pflicht zu augenblicklichem Tätigwerden die Gefahr bestünde, dass der Gewahrsamsinhaber sich der Sache auf eine Weise entledigt, die das Rechtsgut erst recht beeinträchtigt oder die Gefahr nur ungenügend beseitigt. Darüber hinausgehende Verzögerungen bei der Vornahme des gebotenen Tuns sind nur dann zu tolerieren, wenn dem Gewahrsamsinhaber ein früheres Tätigwerden nicht zuzumuten ist.

bb) Für die Besitzstrafbarkeit spielt es keine Rolle, auf welche Weise der Gewahrsam aufgegeben wird. Mit der Aufgabe des Gewahrsams endet in jedem Fall die Strafbarkeit wegen Besitzes. Allerdings kann eine Strafbarkeit wegen eines anderen Delikts eingreifen. Beispielsweise kann die Vernichtung der Sache mit dem Verbot der Sachbeschädigung kollidieren.

Ein Konflikt mit anderen Strafnormen ist allerdings weit weniger häufig, als es zunächst den Anschein hat. Manchmal kann eine Strafbarkeit wegen des Besitzdelikts schon durch bestimmte Schutzmaßnahmen abgewendet werden, etwa indem Altöl in auslaufsichere Behältnisse umgefüllt wird (§ 181b Abs 1 StGB). Bei „feilgehaltenen" Sachen genügt es, diese an einen Ort zu bringen, der nicht auf eine Verkaufsabsicht schließen lässt. Eine weitere unbedenkliche Form der Gewahrsamsbeendigung ist die Übergabe der Sache an einen zum Besitz Befugten.

Aber auch die Vernichtung eines Besitzobjekts ist oftmals problemlos möglich, weil sie nur selten den Tatbestand der Sachbeschädigung verwirklicht. Das liegt daran, dass die Besitzobjekte häufig keinen legalen Vermögenswert haben oder sich nicht im Eigentum eines anderen befinden, also keine „fremde Sache" iS des § 125 StGB sind. So haben kinderpornographische Darstellungen weder einen legalen Vermögenswert, noch sind sie eigentumsfähig; sie dürfen also jedenfalls vernichtet werden. Auch die Vernichtung von Suchtgift begründet keine Sachbeschädigung, wenn auszuschließen ist, dass ein nach den §§ 6 f SMG legitimiertes Unternehmen daran Eigentum hat.

Unter denselben Bedingungen, unter denen eine Sache vernichtet werden darf, darf sie auch in den Müll geworfen werden. Dies muss aber auf solche Weise geschehen, dass die Sache nicht leicht von einem Dritten entdeckt werden kann. Ansonsten droht eine Strafbarkeit als Beitragstäter, falls ein Dritter an der Sache Besitz begründet.

Wegen des nemo-tenetur-Prinzips ist es grundsätzlich nur dann geboten, die Sache bei der Behörde abzuliefern, wenn diese Handlung zugleich als strafbefreiende tätige Reue wirkt (zB § 50 Abs 3 WaffG) oder wenn die Abgabe anonym erfolgen kann[660]).

cc) Ist der Versuch des Besitzdelikts nicht unter Strafe gestellt, greift die Strafbarkeit bei aufgedrängtem Gewahrsam erst in dem Zeitpunkt ein, in dem die Vornahme der gebotenen Handlung den Gewahrsam beendet hätte. Denn dann erst ist das Unterlassen kausal für die Fortdauer des Gewahrsams.

dd) In subjektiver Hinsicht erfordert das vorsätzliche Besitzen durch Unterlassen kein aktuelles Bewusstsein der konkreten Handlungsmöglichkeit. Vielmehr genügt, wie für die Unterlassungsdelikte im Allgemeinen, das Mit-

---

[660]) Zum Sonderfall besonders gefährlicher Tatobjekte siehe oben vor FN 553.

bewusstsein des Handlungspflichtigen, dass ihm die Erfolgsabwendung prinzipiell möglich wäre. Schon dadurch stellt er eine ausreichende Verbindung zwischen seinem Verhalten und dem tatbestandsmäßigen Erfolg her. Diesen Vorsatz weist auch ein Waffenliebhaber auf, der gar nicht auf die Idee kommt, den Gewahrsam an seinen Waffen aufzugeben.

Bei länger andauerndem Besitz kann der Vorsatz später überhaupt nur mehr in mitbewusster Form vorhanden sein. Hat aber der Gewahrsamsinhaber auf die Sache vergessen, besitzt er nicht mehr vorsätzlich.

ee) Wie jede Deliktsbegehung, die sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, ist auch ein länger andauerndes Besitzen von Phasen der Handlungsunfähigkeit durchbrochen. So fehlt dem Gewahrsamsinhaber, schon während er schläft, die allgemeine Handlungsfähigkeit. Soweit es sich, wie bei Schlaf, um nur kurzzeitige Unterbrechungen handelt, ist ein einziges, zusammengehöriges Besitzen über die Regeln der Scheinkonkurrenz anzunehmen. Da sich kurze Phasen der Handlungsunfähigkeit auch nicht auf die Strafzumessung auswirken, brauchen sie nicht ermittelt zu werden.

e) Entgegen einer verbreiteten Ansicht ist für die Verjährung eines Erfolgs-Dauerdelikts nicht der Wegfall des tatbestandsmäßigen Erfolgs, sondern wie bei sonstigen Delikten das Aufhören des tatbestandsmäßigen Verhaltens maßgeblich. Die Strafbarkeit wegen eines Besitzdelikts beginnt daher zu verjähren, sobald sich der Gewahrsamsinhaber nicht mehr in tatbestandsmäßiger Weise verhält.

f) Die Verwendung eines Tatobjekts, zB der Gebrauch einer Schusswaffe, wird von den Besitzdelikten nur mittelbar erfasst. Es kann dadurch eigener Gewahrsam überhaupt erst begründet werden; dann handelt es sich um „Besitzen" durch aktives Tun. Hatte der Täter bereits zuvor Gewahrsam am Tatobjekt, liegt im Gebrauch der Sache gleichzeitig ein Unterlassen der Gewahrsamsaufgabe. Ein Benutzer, der keinen eigenen Gewahrsam am Tatobjekt hat, ist hingegen nicht wegen Besitzes strafbar.

g) „Besitzen" kann nicht mit dem Gewahrsam gleichgesetzt werden. Würden die Besitzdelikte den Gewahrsam als solchen pönalisieren, wären sie nämlich verfassungswidrig. Auch bei der Auslegung als „Zustandsdelikt", die *Eckstein* vorschlägt, stünden sie mit der Verfassung nicht im Einklang. Denn nach dieser Konzeption griffe die Strafbarkeit bei aufgedrängtem Gewahrsam bereits dann ein, wenn der Sachinhaber nicht beabsichtigt, sich der Sache alsbald zu entledigen. Die Anknüpfung der Strafbarkeit an einen bloßen Zustand und „einen ‚guten' Gedanken zu wenig" verstößt aber gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete Tat-Schuld-Prinzip.

h) Auffangfunktion gegenüber jenen Tathandlungen, welche die Besitzverschaffung eigens erfassen, entfalten die Besitzdelikte vor allem dann, wenn der Gewahrsam nachweislich schon über einen längeren Zeitraum bestanden hat. In diesem Fall werden nämlich die Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit regelmäßig erfüllt sein. Kann hingegen weder die Begründung des Gewahrsams noch eine längere Dauer des Gewahrsams nachgewiesen werden, ist es unsicher, ob eine Strafbarkeit wegen Besitzes gegeben ist. Der Gewahrsamsinhaber kann sich noch innerhalb der Überlegungsfrist befunden haben. Ebenso ist möglich, dass er noch keine Gelegenheit zur Gewahrsamsauf-

gabe gehabt hat oder dass ihm die Vornahme der gebotenen Handlung (noch) nicht zumutbar gewesen ist.

Vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erscheint dies nachteilig. Die Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit haben jedoch Vorrang vor einer Erleichterung der Strafverfolgung, weshalb auf eine genaue Subsumtion der dem Besitz zugrunde liegenden Verhaltensweisen nicht verzichtet werden kann. Von einer Deckungsgleichheit von „Besitzen" mit dem Zustand des Besitzes ist im Übrigen der Gesetzgeber selbst nicht ausgegangen. Das zeigen die Erläuterungen zur Strafbarkeit des Besitzes von Kinderpornographie, in denen es heißt: „Wer ungewollt in den Besitz pornographischer Darstellungen mit Unmündigen gelangt, wird sie vernichten oder sich ihrer sonst entledigen müssen, um sich nicht strafbar zu machen."[661]) Die Tathandlung „Besitzen" ist also ein juristisches Kürzel für diejenigen Verhaltensweisen, die eigenen Gewahrsam begründen oder aufrechterhalten.

3. Als Verhaltensnormen unterscheiden sich die Besitzdelikte nicht von anderen Strafvorschriften. Auch rechtspolitisch nehmen sie keine singuläre Stellung ein, weil andere Tathandlungen ebenfalls nur wegen der Gefahr eines auf sie aufbauenden Verhaltens pönalisiert sind. So enthalten viele der Strafnormen, die eine Besitzstrafbarkeit vorsehen, Tathandlungen, die dem Besitz sogar noch vorgelagert sind. § 52a dWaffG stellt etwa bereits das unerlaubte Herstellen einer automatischen Selbstladewaffe unter Strafe. Die Strafbarkeit dieser Tathandlung beruht letztlich auf derselben Gefahr wie diejenige des Besitzes, nämlich jener, dass das Tatobjekt zu einer Körperverletzung oder Tötung verwendet wird[662]). Aber auch Tathandlungen anderer Straftatbestände sind bisweilen nur deswegen mit Strafe bedroht, weil sie ein möglicher Anknüpfungspunkt schädlichen Verhaltens sind. Ein Beispiel bildet der Versicherungsmissbrauch (§ 151 StGB), dessen Tathandlungen nur dann zu einem Vermögensschaden führen können, wenn tatsächlich eine Versicherungsleistung beansprucht wird. Auch das Anfertigen einer falschen Urkunde (§ 223 Abs 1 StGB) ist als solches ungefährlich; erst im Fall des Gebrauchs des Falsifikats besteht eine Gefahr für den Rechtsverkehr. Entsprechend hängt die Gefährlichkeit des Bewaffnens einer Verbindung gem § 279 StGB von einem schädlichen Verhalten der Mitglieder dieser Verbindung ab. Inwieweit diese Art von Vorverlagerung der Strafbarkeit legitim ist, stellt daher eine Frage dar, die für die Besitzdelikte auf gleiche Weise zu beantworten ist wie für andere Delikte[663]).

4. Die Besitzdelikte fügen sich somit in das System der Verhaltensnormen und der abstrakten Gefährdungsdelikte ein. Die Bedenken gegen „Besitzen" als Tathandlung konnten ausgeräumt werden. Als abstrakte Gefährdungsdelikte sind die Bedenken gegen die Besitzdelikte dieselben wie gegen manche anderen Delikte.

---

[661]) JAB StGB-Nov 1994, 1848 BlgNR 18. GP, 3. Im selben Sinne bereits BT-Drucks 12/3001, 6.

[662]) Vgl *Jakobs* ZStW 1985, 769 ff; *ders* AT² 6/86a; *Nestler* Rechsgüterschutz 70 f, insb FN 30.

[663]) Für mögliche Kriterien siehe *Jakobs* ZStW 1985, 769 ff; *ders* AT² 6/86a; *Wohlers* Deliktstypen 335 ff.

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf Seiten, hochgestellte Zahlen auf Fußnoten.

A

ABC-Massenvernichtungswaffen 1, 25, 46, 121
Abfälle (gefährliche) 16 f, 25, 41, 42, 47, 50, 51, 65[322], 78, 98, 101[476], 107, 118[540]
Abliefern bei der Behörde 12, 19, 49, 54, 88, 106 f, 109, 119 ff, 148
Abstraktes Gefährdungsdelikt 3 f, 26, 41, 150
Abzeichen 22, 35, 85, 86
„Anderes Mittel" 21, 24 f, 49
Anscheinswaffen 30, 47
Anti-Personen-Minen 24, 25, 46, 47[253], 88
Arzneimittel 8, 18, 26, 43[234], 47 f, 51
Aufbewahren 9, 15, 16[93], 17[100], 25, 40, 86, 144
Aufnahmen aus dem Privatbereich (widerrechtliche) 34 f, 40, 48[258], 145
Ausüben der tatsächlichen Gewalt 15, 20, 97[459], 131, 144

B

Beitragstäterschaft zum Besitz 106, 117 f, 148
Benutzen als Besitzen 13, 54, 131 ff, 149
Bereicherung (an kriminellen Vermögenswerten) 113[525]
Bereithalten 17 ff, 44, 144
Besitz
–, absolut verbotener 46, 112, 145
–, aufgedrängter 4, 6, 7 f, 13
s Gewahrsam, aufgedrängter
–, Doppeldeutigkeit 64
–, fahrlässiger 4, 47 f, 137, 145
–, gerechtfertigter 14, 46, 78, 91 ff, 106, 116 f, 147
–, gewerbsmäßiger 45
–, gewohnheitsmäßiger 45
– im Handelsrecht 14
–, Konkurrenzverhältnis zum Erwerb 87
–, mittelbarer 11
–, öffentlich-rechtlicher 54, 65[322]
– als Tathandlung 4 f, 9 ff, 53 ff
–, unmittelbarer 15
– als Unterlassen 13, 54, 55, 96 ff, 101[474], 147 f
–, Versuch 85, 87, 137 f, 148
–, verwaltungsrechtswidriger 45 f, 78, 145
–, im Zivilrecht 10 f, 54
s Gewahrsam
Besitzbegründung 55, 85 ff, 132, 147
– durch Unterlassen 101[474]
Besitzdelikt
–, Auffangfunktion 1 f, 55 f, 96, 100, 135, 147, 149
–, einem Besitzdelikt vorgeschaltetes 25 f, 26 f, 52, 144 f
–, Definition 6 f, 51, 144
–, mit erweitertem Vorsatz 5, 17 ff, 44 f, 47 f, 107, 108 f
–, Geschichte 2[8]
–, geschützte Rechtsgüter 22 ff, 144 f
–, kombiniertes 8, 40 ff, 88, 102
Besitzdiener 11, 77 f
Besitzwille
– im Strafrecht
s Herrschaftswille
– im Zivilrecht 11, 14, 54[277]
Bestimmtheitsgrundsatz 106
Betäubungsmittel
s Suchtmittel
Beweismittelunterdrückung 116[534]
Beweisverwertungsverbot 121
Blindmachende Laserwaffen 25, 46, 145

C

Computerprogramme 1[1], 35, 36, 37

D

Dauerdelikt 57 ff
s Erfolgs-Dauerdelikt

Dauerstraftat 59 ff, 122, 129 f
Dereliktion 83
Diebstahl 60 f, 110, 113
– mit Waffen 21 f, 39, 44, 49
Dopingmittel 18[112], 26

E

Eigentumsfähigkeit 114 f, 148
Eigenverantwortliche Selbstgefährdung 4, 26, 94
Einbruchsdiebstahl 68
Einwilligung 21, 46, 115
–, mutmaßliche 115 f
Entsorgen im Abfall 106, 117 f, 148
Erfolgs-Dauerdelikt 57 ff, 99, 102 f, 129, 132, 145 ff
–, Beendigung 58 f, 129, 149
Erlaubtes Risiko 90 f

F

Falschgeld 16, 38
s Falsifikate
Falsifikate 1, 38, 45, 145, 150
Fälschungsmittel und -werkzeuge 38, 44, 115
Feilhalten 8 f, 17 f, 50, 84, 86, 107, 144, 148
Flagge 22, 40, 85
Fortgesetztes Delikt 129 f
Freiheitsentziehung 57 ff, 64, 99, 102 f, 127 f, 128 f
Futtermittel 9, 26 f, 41[227], 47, 145
Führen 7 f, 19 ff, 45, 144
–, bei sich führen 21 f, 24, 39, 41 f, 44, 84
– einer Flagge 22, 40, 85
– eines gefährlichen Tieres 7, 30, 41
–, mit sich führen 8, 30, 36, 45
s bei sich führen
– einer Waffe 7 f, 9, 19 ff, 84, 86, 107 f, 109, 129, 131[596]

G

Garantenstellung 16, 55, 91, 97, 99 f
Gedankenstrafrecht 139 ff
Gefahrstoffe 3, 17, 25, 47
Gefährliches Tier 7, 30, 41
Gefährliches Werkzeug 21, 24 f
Geldwäsche(rei) 6, 15, 38 f, 43 f, 48, 49, 111
Gentechnisch veränderte Organismen 25, 43, 47
Geschützte Tiere und Pflanzen 40, 47, 108
Gewahrsam 6 f, 10 ff, 15, 18, 22, 54 f, 63 f, 65 ff, 101, 146 f
–, aufgedrängter 83, 97, 102 ff, 121 f, 133 f, 135 ff, 147 f, 149
– außerhalb einer Privatsphäre 82 f, 146 f
– und Garantenstellung 99 f
– am Inhalt verschlossener Behältnisse 75, 146
–, Preisgabe 82 f
–, subjektive Voraussetzungen 79 ff, 82 f, 146
– an versteckten Sachen 81, 83
–, weisungsgebundener 76 ff, 146
s Herrschaftswille
s Mitgewahrsam
Gewahrsamsbegriff
–, faktischer 66
–, sozialer 66 f, 69 f
Gewaltdarstellungen 16, 23, 24, 27 f, 34, 51
Gewaltpornographie 28, 31
Giftige Gase 25
Gleichheitsgrundsatz 105, 133 f

H

Halten eines gefährlichen Tieres 7
Handlungsfähigkeit 70, 128 ff, 131, 132, 138, 143, 149
Hausfriedensbruch 62, 67 f, 98
Herrschaftswille 11 ff, 66, 69, 79 ff, 89, 135 f, 142 f, 146

I

Immaterialgüterrecht 9, 36, 46
Imstichlassen eines Verletzten 103
Innehaben 14, 25, 72[354], 131, 144
Internationale Pönalisierungspflichten 2
Inverkehrbringen 8 f, 43, 45

J

Jugendgefährdende Trägermedien 31, 51

K

Kausalität 87, 137
Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen 22, 37
Kernmaterial 1, 86, 121
Kerntechnische Anlage 25, 47, 54

Kinderpornographie 1, 3, 4, 6, 31 ff, 46, 51, 54, 72, 97, 98, 102, 111, 112, 115, 131, 132, 145, 148, 150
Konkurrenzen 87, 129 f, 149
Krankheitserreger 3, 23, 24, 25, 43, 47, 51
Kriegswaffen, 25, 42 f
s Waffen
Krimineller Vermögenswert 110 ff

L

Lagern 9, 16 f, 35, 41, 43, 50, 65[322], 98, 101[476], 144
Lebensmittel 8, 17 f, 24, 26, 35, 43, 45, 47, 51, 105, 144
Luftverkehr (unerlaubter) 24[144], 25[147], 30, 47, 84

M

Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat 96, 147
Militärische Güter 37, 47
Mitbewusstsein 82, 83, 127 f, 148 f
Mitgewahrsam 11, 76
–, nachgeordneter 73, 76
Munition 25, 43, 118[540]

N

Nemo-tenetur-Prinzip 107, 108, 109, 119 ff, 148
Nicht-Dauerdelikt 59 f

Ö

Öffentlicher Friede 27, 28 f, 39

P

Pay-Dienste 36
Pflichtenkollision 92, 93[442], 116 f
Pornographie 16, 18, 31, 50
s Gewaltpornographie
s Kinderpornographie
Pornographische Darstellungen Jugendlicher 34
Privatsphäre 34 f, 67 ff, 146
Propagandamittel 18, 37, 46
Pyrotechnische Gegenstände 25

R

Radioaktive Stoffe 1, 15, 17, 24, 25, 50, 51, 86, 107, 108, 144
Raub mit Waffen 21 f, 39, 44
Rechtfertigender Notstand 91 ff, 117, 147
s Besitz, gerechtfertigter

S

Sabotagemittel 37, 49[262]
Sachbeschädigung 64, 109 ff, 148
Sachen des Schuldners 35 f
Scheinwaffen 39
Schutzwaffen 29
Sendeanlagen (täuschungsgeeignete) 35
Sprengstoffe 3[12], 24, 25, 50, 51, 114
Suchtmittel 3, 4, 16[93], 24, 26, 44 f, 47, 71, 72, 76, 80, 102, 106 f, 109, 110, 112 f, 114 f, 116 f, 129, 144, 148
–, Konsum 14, 73 f, 107, 131, 132, 146
–, Transport 72, 90

T

Tat-Schuld-Prinzip 104, 138 ff, 149
Täterstrafrecht 138 f
Tätige Reue 48 ff, 109, 116, 117, 121, 145, 148
Tierarzneimittel 19, 22, 26 f, 46, 108, 113
Tragen 2[8], 19 ff, 45, 84 f, 85 f, 144
– von Abzeichen 22, 35, 85, 86
– von Uniformen 22, 35, 37, 40, 85
– von Waffen 43
s Führen
Trunkenheit im Verkehr 7

U

Übergabe an einen zum Besitz Befugten 108 f, 148
Überlegungsfrist 102 ff, 136 f, 147 f, 149
Unbare Zahlungsmittel 1[1], 37, 38
Uniformen 22, 35, 37, 40, 85
Unschuldsvermutung 134
Unterlassungsdelikt
–, echtes 98
–, unechtes 98
s Besitz, als Unterlassen
Unterlassungsentschluss 103, 122 ff
Unterlassungsvorsatz 103, 122 ff

V

Verbotsgesetz 19, 37, 49
Verbraucherschutz 26
Verhältnismäßigkeitsprinzip 33[185], 141
Verjährung 2, 17, 59, 149
Vermögensbegriff 110 ff

Vermummungsverbot 29 f, 144
Vernichten eines Tatobjekts 12, 13 f, 19, 46, 73 f, 80, 88 ff, 106, 109 ff, 146, 148
s tätige Reue
Versuch 2[8], 85, 102, 123, 137 f, 148
Vertrauensgrundsatz 118
Verwahren 15, 26, 37, 39, 44, 54[278], 133, 144
–, eines gefährlichen Tieres 7, 30, 41
Verwaltungsrecht 45 f, 78, 105, 106, 108, 117[539]
Volksverhetzende Schriften 28 f
Vollendung 85, 87, 137, 148
Vorläuferstoffe 26
Vorrätighalten 17 ff, 28, 40, 44, 47 f, 54[278], 78, 144
Vorsatz
–, auf die Handlungsmöglichkeit 125 ff, 148 f
–, bei länger andauerndem Besitz 127 f
–, Unterlassungsvorsatz 103, 122 ff

W

Waffen 2[8], 3[12], 10[51], 23, 24 f, 43, 45 f, 47, 49, 51, 54, 73, 86, 87, 91 ff, 113, 114, 115, 117 f, 125, 131 ff, 136 ff, 144, 147
–, Fund 42 f, 88
–, Erbschaft 13[65], 42 f
–, tätige Reue 49, 109, 117
s ABC-Massenvernichtungswaffen
s Anti-Personen-Minen
s blindmachende Laserwaffen
s Führen einer Waffe
s Kriegswaffen
Warenfälschung 35
Wein 26, 45, 46

Z

Zugangsdaten 1[1], 35, 37
Zumutbarkeit 87, 105, 136, 141, 148, 149 f
Zustandsdelikt 5, 55 f, 59[298], 80, 133 ff, 149

Zum Inhalt:

Strafbestimmungen, die den Besitz eines Gegenstands (zB Waffen, Suchtmittel, Kinderpornographie) mit gerichtlicher Strafe bedrohen, haben in den letzten Jahren deutlich zugenommen.

Die Autorin zeigt zunächst in einem **rechtsvergleichenden Überblick** auf, in welchen Fällen der Besitz eines Gegenstands in Österreich, Deutschland und der Schweiz strafbar ist und wo sich bedenklich weite Vorverlagerungen der Strafbarkeit finden. Anschließend wird untersucht, ob bereits der **bloße Zustand des Besitzes als strafbar** anzusehen ist oder ob „Besitzen" auf ein **bestimmtes Verhalten** des Besitzers zurückzuführen ist.

Dabei werden insbesondere folgende Fragen behandelt:

- Welche Möglichkeiten hat jemand, der **ungewollt in den Besitz** einer Sache (zB Suchtgift) **geraten** ist? Darf er die Sache vernichten, obwohl er nicht ihr Eigentümer ist? Oder ist er dazu verpflichtet, die Sache bei der Behörde abzugeben?
- Ist dem Besitzer in einer solchen Situation eine gewisse Frist einzuräumen, um zu überlegen, wie er sich der Sache am besten entledigt, oder muss er sofort nach Entdeckung der Sache tätig werden?
- Ist auch das **Benutzen der Sache,** etwa der Konsum von Suchtgift, als „Besitzen" strafbar?

Die Autorin:

Univ.-Doz. Dr. **Gudrun Hochmayr** lehrt Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Universität Salzburg.

ISBN 3-214-07409-1