

Fortgeschrittenenhausarbeit: Der große Wurf

*Ref. iur. Nicolai Bülte, Ref. iur. Jonathan Kuchinke, Marburg**

Sachverhalt

Die in Kehl (Deutschland) lebende J ist eng mit der in Straßburg (Frankreich) lebenden F befreundet. Eines Abends, als J vom Einkaufen kommt, läuft sie an der östlichen (deutschen) Rheinseite entlang, stolz auf ihren neuen Distanztaser. Den hatte sie vormittags erworben, als sie mit F unterwegs war. J hatte ihn auf Anraten der F gekauft, die gemeint hatte, sie fühle sich viel sicherer, seit sie einen besitze.

Auf dem Spaziergang sieht J, wie F nun auf der anderen (französischen) Flussseite entlang rennt, augenscheinlich von D verfolgt. Dabei erkennt J, weil das schon öfter passiert ist, dass F eine ihrer Lieblingsmasken abgezogen hat: Sie hat sich mit D zum Drogenkauf im Park getroffen und ist mit den Drogen weggelaufen, nachdem D ihr diese kurz zum „Begutachten“ überlassen hatte – natürlich, ohne diese zu bezahlen. Um schneller flüchten zu können, hat F die Drogen in ihre Tasche gesteckt. Dieses Vorgehen funktioniert in der Regel, weil F eine herausragende Läuferin ist. In diesem Fall macht D aber auf F „Boden gut“ und ist kurz davor, diese zu erreichen. J, die die Masche der F selbst ablehnt und auch keine Drogen konsumiert, möchte F trotzdem helfen. Ein eigenes Interesse an den Drogen hat J nicht. Daher ruft sie ihr „Wirf rüber!“ zu. F reagiert schnell und wirft die Drogen auf eine Brücke, die Deutschland und Frankreich verbindet, wo sie auf der deutschen Seite zum Liegen kommen.

J sammelt das Päckchen, eine Drei-Liter-Plastiktüte, auf und macht sich schnell davon. Die Drogen will sie am nächsten Tag F zurückgeben, damit diese sie – wie üblich – weiterverkaufen kann. Auch F rennt weiter – ihre Drogen wähnt sie in Sicherheit, weil sie davon ausgeht, dass J ihren neuen Taser dabei hat. F selbst hat ihren zu Hause vergessen. D, durch den Wurf irritiert, zögert kurz, wem er nacheilen solle, und entschließt sich dann, F weiter zu verfolgen, kann sie aber nicht mehr einholen.

Am Folgetag überlegt sich J, die Drogen nicht wie ursprünglich geplant an F zurückzugeben. Um F einen Gefallen zu tun, möchte sie die Drogen vielmehr selbst verkaufen und F den Verkaufserlös geben. Deswegen schreibt sie F eine kurze Nachricht, die diese mit einem „Sehr gern!“ beantwortet.

Wie J festgestellt hat, handelt es sich bei den Drogen um Fentanyl-Tabletten, ein erlaubnispflichtiges Opioid. Ein entfernter Bekannter von ihr, B, leidet aufgrund einer Krebserkrankung an starken chronischen Schmerzen. Diesem verkauft J das Schmerzmittel mit der Behauptung, sie habe es legal aus einer Apotheke erworben. B zweifelt kurz an der Geschichte, denkt sich dann aber, dass schon alles in Ordnung sei, und zahlt J 100 € für die Drogen, was dem Marktpreis entspricht.

T, eine Freundin von D, die auch schon von F – auf die gleiche Weise – reingelegt wurde, hat die ganze Geschichte um die Drogen mitbekommen und möchte nun für D und sich selbst Rache nehmen. T, die sich über Foren schlau gemacht hat, wie man eine Straftat besonders klug begeht, will F abends nach deren Fußball-Training mit ihrem Auto überfahren. Um eine möglichst milde Strafe zu

* Die Autoren sind derzeit Rechtsreferendare am Landgericht Marburg. Der Sachverhalt basiert auf einer Hausarbeit, die an der Philipps-Universität Marburg im Wintersemester 2022/23 in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene gestellt wurde. Der Notendurchschnitt lag bei 6,3 Punkten, die Durchfallquote bei 12,6 %. Die Autoren bedanken sich bei Prof. Dr. Stefanie Bock für die wertvollen Anmerkungen und Hinweise.

erhalten, will sie sich vor der Tat im Vereinsheim zunächst ausreichend betrinken, um in den Zustand der Schuldunfähigkeit zu geraten. Diesem Plan entsprechend sitzt T mit 3,6 Promille Blutalkohol in ihrem Auto. Nachdem das Training der F beendet ist, fährt sie vom Parkplatz auf die Straße. Dort meint sie, F zu erkennen, die gerade über den Zebrastreifen laufen will. T gibt Gas und erwischt die Person. Dabei handelt es sich entgegen Ts Vorstellung aber nicht um F, sondern um eine Mitspielerin, die M, die F sehr ähnlich sieht und zudem das gleiche Mannschaftstrikot trägt. M verstirbt noch am Tatort infolge schwerer innerer Verletzungen.

Im Rahmen der Ermittlungen bzgl. des Autounfalls wird auch F vernommen, zunächst als Zeugin. Dabei macht sie Angaben, die sowohl sie selbst als auch J bzgl. der Ereignisse an der Brücke belasten. Eine Belehrung durch die Vernehmungspersonen erfolgt zu keinem Zeitpunkt, weder nach § 55 StPO noch nach anderen Vorschriften.

Nach der Aussage beschleicht F ein mulmiges Gefühl, weswegen sie von der Bildfläche verschwindet. Ermittlungen ergeben später, dass sie sich ins außereuropäische Ausland abgesetzt hat; ihr Aufenthaltsort ist nicht mehr zu ermitteln. Die zuständige Staatsanwaltschaft entschließt sich daher, J separat anzuklagen.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von J und T nach dem StGB. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle in Betracht kommenden Aspekte ein. § 211 StGB ist nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass sich T, als sie M überfuhr, trunkenheitsbedingt im Zustand absoluter Schuldunfähigkeit befand.

Zusatzfrage

Kann die von F während der Vernehmung gemachte Aussage im Verfahren gegen J eingeführt werden?

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Geschehen an der Brücke (Strafbarkeit der J)	202
I. §§ 263 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch Einsammeln des Päckchens	202
1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts	202
2. Tatbestand.....	203
a) Täuschung	203
b) Irrtum	203
c) Vermögensverfügung	203
aa) Vermögensgegenstand	203
bb) Abgrenzung (Sach-)Betrug vom (Trick-)Diebstahl	204
II. §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung	205
1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts	205
2. Tatbestand.....	205
a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat	206
aa) Tatbestand der Haupttat	206

(1) Bewegliche Sache.....	206
(2) Fremdheit des Fentanyls.....	206
(3) Wegnahme.....	207
(4) Vorsatz.....	207
(5) Absicht rechtswidriger Zueignung.....	207
(a) Enteignungsvorsatz.....	207
(b) Aneignungsabsicht.....	207
(c) Rechtswidrigkeit der angestrebten Zueignung.....	207
bb) Rechtswidrigkeit der Haupttat.....	208
b) Hilfe leisten.....	208
aa) Ablehnung der sukzessiven Beihilfe.....	208
bb) Akzeptanz der sukzessiven Beihilfe.....	208
cc) Differenzierende Betrachtung nach Möglichkeiten einer Aufrecht- erhaltung des Angriffs auf das betroffene Rechtsgut.....	208
dd) Streitentscheid.....	209
c) Vorsatz.....	210
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	210
4. Ergebnis.....	210
III. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung.....	210
1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts.....	210
2. Tatbestand.....	210
a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat.....	210
aa) Vorliegen des Grunddelikts.....	210
bb) Beisichführen einer Waffe, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB durch einen Beteiligten.....	211
cc) Vorsatz der F.....	212
dd) Rechtswidrigkeit.....	212
b) Hilfeleisten durch J.....	212
c) Vorsatz.....	212
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	212
4. Ergebnis.....	212
IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Aufheben und Davonlaufen mit den Drogen.....	212
1. Tatbestand.....	212
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	212

3. § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB.....	212
V. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch Einsammeln der Drogen	213
1. Tatbestand.....	213
a) Objektiver Tatbestand.....	213
aa) Sache.....	213
bb) Die ein anderer gestohlen hat	213
cc) Sich-Verschaffen	214
b) Zwischenergebnis.....	214
2. Ergebnis	214
Zweiter Tatkomplex: Verkauf der Drogen (Strafbarkeit der J)	214
I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil des B durch Anbieten und Behauptung, die Drogen legal erworben zu haben	214
1. Tatbestand.....	215
a) Objektiver Tatbestand.....	215
aa) Täuschung.....	215
bb) Irrtum.....	215
cc) Vermögensverfügung.....	215
dd) Vermögensschaden	216
2. Ergebnis	216
II. § 259 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen	216
1. Tatbestand.....	216
a) Objektiver Tatbestand.....	216
aa) Taugliches Tatobjekt	216
bb) Abgesetzt.....	217
b) Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und Drittbereicherungsabsicht	217
2. Ergebnis	217
III. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch Verkauf der Drogen	218
1. Tatbestand.....	218
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	218
3. § 261 Abs. 5 StGB	218
4. Ergebnis	218
IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen	218
Dritter Tatkomplex: Geschehen am Vereinsheim (Strafbarkeit der T)	219
I. § 212 Abs. 1 StGB zum Nachteil der M durch das Überfahren.....	219
1. Tatbestand.....	219

a) Tötung einer anderen Person	219
b) Vorsatz	219
2. Rechtswidrigkeit.....	219
3. Schuld	220
II. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken.....	220
1. Verfassungsmäßigkeit der a.l.i.c.	220
a) Verfassungswidrigkeit der a.l.i.c.	220
b) Ausnahmemodell	220
c) Ausdehnungsmodell	220
d) Tatbestandsmodell	220
e) Streitentscheid	221
2. Voraussetzungen der a.l.i.c.	221
a) Doppelvorsatz.....	221
b) Error in persona in der a.l.i.c.	222
aa) Die Behandlung der aberratio ictus	222
(1) Gleichbehandlung der aberratio ictus mit dem error in persona (Gleichwertigkeitstheorie)	222
(2) Beachtlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen für Kausalverlaufsabweichungen.....	222
(3) Individualisierungsthese.....	222
(4) Streitentscheid	222
c) Behandlung des error in persona in der a.l.i.c.....	223
aa) Abstellen auf schuldunfähige T	223
bb) Abstellen auf schuldfähige T.....	223
cc) Individualisierungsrisiko	223
dd) Streitentscheid.....	223
III. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken	224
1. Vorprüfung.....	224
2. Tatentschluss.....	224
3. Unmittelbares Ansetzen	224
4. Rechtswidrigkeit.....	225
5. Schuld	225
6. Kein Rücktritt.....	225
7. Ergebnis	225

IV. § 222 StGB durch das Sich-Betrinken zum Nachteil M	225
1. Tatbestand.....	225
a) Erfolg und Kausalität.....	225
b) Objektive Sorgfaltswidrigkeit	225
c) Objektive Zurechnung.....	226
2. Rechtswidrigkeit.....	226
3. Schuld	226
V. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit .a StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken	226
VI. § 323a StGB durch das Sich-Betrinken	226
1. Tatbestand.....	226
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	226
3. Begehung einer Straftat im Rauschzustand	227
Konkurrenzen und Gesamtergebnis	227
Zusatzfrage	227

Erster Tatkomplex: Geschehen an der Brücke (Strafbarkeit der J)

I. §§ 263 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch Einsammeln des Päckchens

Hinweis: Es wäre genauso vertretbar gewesen, direkt mit der Prüfung der §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB einzusteigen und die Abgrenzung zur Betrugsbeihilfe im Rahmen der Wegnahme zu prüfen. Dies spart in Klausuren Zeit und in Hausarbeiten Platz, kann unter Umständen aber Probleme abschneiden, die nur im Betrug zu thematisieren wären. Im Sinne einer übersichtlichen Darstellung wurde sich hier für die getrennte Prüfung entschieden. Dies dient auch der gedanklichen „Abschichtung“ und kann die Prüfung für Studierende erleichtern.

Indem J nach der Kommunikation mit F das Päckchen mit den Drogen eingesammelt hat, kann sie sich wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Dies setzt zunächst die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts voraus. Nach § 3 StGB gilt im Grundsatz das Territorialitätsprinzip. Demnach ist deutsches Strafrecht anwendbar, wenn die Tat auf deutschem Hoheitsgebiet begangen wurde. Die mögliche Haupttäterin – F – handelte in Frankreich. Gem. § 9 Abs. 2 S. 1 StGB ist eine Teilnahme aber auch an dem Ort begangen, an dem der Teilnehmer gehandelt hat. J selbst handelte in Deutschland, somit ist deutsches Strafrecht anwendbar.

Hinweis: Die Frage, an welcher Stelle die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts geprüft wird, kann durchaus unterschiedlich beantwortet werden – dies auch in Abhängigkeit davon, welche Strafnorm konkret geprüft wird, weil die Frage tatbestandsspezifisch und nicht für das gesamte deutsche Straf-

recht zu beantworten ist. Zu möglichen Aufbauten siehe z.B. die Fallbesprechungen bei *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, insb. Fälle 5 (dort Rn. 109 ff.), 12 (dort Rn. 9 ff.) und 17 (dort Rn. 21 ff.).

2. Tatbestand

J muss zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat Hilfe geleistet haben. In Betracht kommt hier ein Betrug der F gegenüber und zum Nachteil des D gem. § 263 Abs. 1 StGB.

a) Täuschung

Dies setzt eine Täuschung durch F voraus. Täuschung ist ein Verhalten, durch das im Wege der Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erzeugt wird.¹ Tatsachen sind Zustände oder Geschehnisse der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.² F gab D gegenüber vor, die Drogen „begutachten“ zu wollen. Damit erklärte sie jedenfalls konkludent, eine Kaufabsicht zu haben und dass ihre Entscheidung von Art und Güte der Drogen abhinge. Dabei wollte F die Drogen nicht kaufen, sondern mit ihnen davonrennen, sobald sie sie in der Hand hatte. Sie täuschte also.

b) Irrtum

In der Folge der Täuschung muss D geirrt haben,³ also einer Fehlvorstellung über Tatsachen erlegen sein. Er glaubte an die Kaufabsicht der F, irrte also aufgrund der Täuschung über diese (innere) Tatsache.

c) Vermögensverfügung

Aufgrund dieses Irrtums muss D eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Hierunter versteht man jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁴

aa) Vermögensgegenstand

Fraglich ist, ob die Übergabe des Fentanyls zur vermeintlichen Überprüfung eine Vermögensverfügung darstellt. Dabei ist schon fraglich, ob es sich bei dem Stoff um eine rechtlich anzuerkennende Vermögensposition handelt. Fentanyl unterliegt gem. § 1 Abs. 1 BtMG i.V.m. Anlage III BtMG der Erlaubnispflicht und ist daher grundsätzlich nicht verkehrsfähig. Eigentum daran kann wegen § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 BtMG i.V.m. Anlage III BtMG nicht ohne Erlaubnis rechtsgeschäftlich übertragen werden.⁵ Es ist fraglich, ob die Drogen zum geschützten Vermögen gehören und eine etwaige Verfügung überhaupt vermögensmindernd wirkt.

¹ Zur Definition der Täuschung *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6.

² Zur Definition von Tatsachen *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8.

³ Zum Kausalitätserfordernis *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 69.

⁴ Zur Definition der Vermögensverfügung *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 55.

⁵ *Ođlakciođlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 3 Rn. 6.

Man könnte erwägen, dass im Sinne der Einheit der Rechtsordnung allein solche wirtschaftlichen Werte als Teil des Vermögens anzusehen sind, die nicht durch die Zivilrechtsordnung missbilligt werden.⁶ Die über § 903 BGB gewährten Rechte aus dem Eigentum werden über § 29 BtMG fast vollständig entzogen. Das Eigentum verkomme in solchen Fällen zu einer leeren Begriffshülse,⁷ weswegen ein strafrechtlicher Schutz nicht in Betracht komme. Das Fentanyl wäre demnach kein geschützter Vermögensgegenstand.

Etwas anderes ergäbe sich aber dann, wenn man jede Position, der ein wirtschaftlicher Wert zukommt, zum strafrechtlich geschützten Vermögen zählte.⁸ Jedenfalls der Besitz der Drogen wäre damit als Vermögensbestandteil geschützt.

Für erstere Ansicht spricht, dass sich das Strafrecht – wenn es den Besitz am Fentanyl zum schutzwürdigen Vermögen zählte – angesichts der §§ 134, 138, 817 BGB in Widerspruch zur Zivilrechtsordnung und mit Blick auf § 29 BtMG zu Teilen der Strafrechtsordnung begeben und damit die Einheit der Rechtsordnung gefährden würde.⁹ Allerdings würde durch eine juristische Restriktion des Vermögensbegriffs rechtsfreie Räume im Ganovenumfeld geschaffen. Aus einem missbilligten Opferverhalten eine Verwirkung des Vermögensschutzes, auf den das Strafrecht allein abzielt, zu folgern, überzeugt auch mit Blick auf das gleichwertig verteilte Unrecht nicht.¹⁰ Kriminalpolitisch erscheint es sinnvoll, dass auch betrügerische Verhaltensweisen strafrechtlich geahndet werden können, die sich gegen illegitim handelnde Personen richten.¹¹

Damit ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Besitz an dem Fentanyl um eine geschützte Vermögensposition handelt.

Anmerkung: Typischerweise wird in diesem Zusammenhang ebenfalls darauf abgestellt, dass auch das Zivilrecht den unrechtmäßigen Besitz unter einen gewissen Schutz stellt (§§ 858 ff. BGB) und damit gar nicht in der von dem juristisch-ökonomischen Verständnis postulierten Eindeutigkeit missbilligte Besitzpositionen rechtlos stelle.¹² Ob dieses Argument auch im vorliegenden Fall weiterhilft, ist allerdings fraglich. Dies wäre nur dann der Fall, wenn § 859 BGB auch greift, wenn der konkrete Besitz bei Strafe verboten ist (was sich durchaus bezweifeln lässt).

Hinweis: Seitenweise Ausführungen wären bei diesem Standardstreit nicht angebracht. Es wird lediglich erwartet, dass das Problem erkannt und die Ansichten samt einiger Argumente genannt werden.

bb) Abgrenzung (Sach-)Betrug vom (Trick-)Diebstahl

Darüber hinaus ist zu fragen, ob eine Verfügung vorliegt. Dieses Merkmal dient auch dazu, in Fällen der Übergabe von Sachen – wie hier – den (Sach-)Betrug vom (Trick-)Diebstahl abzugrenzen, die in einem Exklusivitätsverhältnis zueinanderstehen.¹³ Entscheidend ist dabei, zu welchem Zeitpunkt der

⁶ Zum juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff siehe *Schilling*, NStZ 2018, 316 (316 f.).

⁷ *Ernst*, NStZ 1991, 520 (521); *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 17.

⁸ Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 563.

⁹ *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 92.

¹⁰ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 569.

¹¹ BGH NStZ-RR 2017, 44; BGH NStZ-RR 2017, 112 (112 f.).

¹² *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 162.

¹³ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 84.

Gewahrsam übergeht. Dieser Zeitpunkt ist der Anknüpfungspunkt für die nachgelagerte Frage, ob der Gewahrsamswechsel ohne den Willen (Gewahrsamsbruch) oder mit dem Willen des Opfers (Verfügung) erfolgte. Dabei ist Gewahrsam die tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen ist und deren Reichweite sich durch die Verkehrsanschauung bestimmt.¹⁴

Ursprünglich hatte D Gewahrsam. Diesen müsste F aufgehoben und neuen begründet haben. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne den Gewahrsam des Täters zu beseitigen.¹⁵ Dies geschah mit dem Weglaufen; spätestens mit dem Einstecken, also dem Verbringen in die höchstpersönliche Sphäre, wurde D der Zugriff in hinreichender Weise entzogen. D hätte erst seinerseits die Verfügungsgewalt der F erst wieder brechen müssen.

Fragen lässt sich aber, ob ein Gewahrsamswechsel nicht schon stattfand, als D der F die Drogen zur Inspektion übergab. Denn diese Übergabe erfolgte mit dem Willen des D, war also möglicherweise eine Verfügung. Nach der Verkehrsauffassung wird bei der Übergabe zwecks Inspizierung regelmäßig eine bloße Gewahrsamslockerung angenommen. Aufgrund der räumlichen Nähe und der erwarteten Rückerlangung kann der Gewahrsamsinhaber die Ausübung der Sachherrschaft noch hinreichend behindern; selbst wenn der Täter schon Mitgewahrsam an der Sache begründet, verbleibt noch Gewahrsam beim ursprünglichen Gewahrsamsinhaber.¹⁶ Dabei ist nicht nur auf das äußere Erscheinungsbild abzustellen, sondern auch auf den Willen der hergebenden Person.¹⁷ Will diese ihren Gewahrsam nicht aufgeben, sondern allenfalls Mitgewahrsam einräumen, liegt keine Verfügung vor.¹⁸ Hier überließ D der F die Drogen nur zur Inspektion. Damit verbunden war nicht die Vorstellung, die Drogen dauerhaft wegzugeben. Vielmehr ging D davon aus, sie zurückzuerhalten, falls F mit ihnen nicht zufrieden sein sollte. Somit lag in der Hergabe keine Verfügung.

F hat sich somit nicht wegen Betruges gegenüber und zum Nachteil des D strafbar gemacht. Folglich hat sich J nicht einer Beihilfe zu der Tat schuldig gemacht, indem sie das Päckchen einsammelte.

II. §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung

Möglicherweise hat sich J aber durch die gleichen Handlungen wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht, nach §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Das deutsche Strafrecht ist anwendbar, vgl. oben.

2. Tatbestand

Zur Verwirklichung des Tatbestandes muss J zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat Hilfe geleistet haben.

¹⁴ Zur Definition von Gewahrsam *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 54.

¹⁵ OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 140 (141); *Kudlich*, JA 2017, 428 (431).

¹⁶ BGH GA 1966, 244 (244); BGH MDR 1987, 446; BGH JuS 2017, 698 (699 f.) mit Anm. *Eisele*; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 82 unter Verweis auf § 2 Rn. 60.

¹⁷ BGH JuS 2017, 698 (699) mit Anm. *Eisele*.

¹⁸ BGH JuS 2017, 698 (699) mit Anm. *Eisele*.

a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat

F kann einen rechtswidrigen Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB zum Nachteil des D begangen haben, indem sie das Fentanyl mitnahm.

aa) Tatbestand der Haupttat

Dazu muss J eine fremde bewegliche Sache in der Absicht weggenommen haben, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

(1) Bewegliche Sache

Bei dem Fentanyl handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB,¹⁹ also um eine Sache. Es ist auch fortschaffbar,²⁰ also beweglich.

(2) Fremdheit des Fentanyls

Das Fentanyl muss für F fremd gewesen sein. Fremd sind alle Sachen, die wenigstens auch einem anderen als dem Täter gehören.²¹ Das erscheint hier fraglich. Der Umgang mit Fentanyl ist ohne eine entsprechende Erlaubnis untersagt.²² Eine solche hatten weder D noch F. Somit gilt grundsätzlich das gleiche wie für nach dem BtMG verbotenen Substanzen. Für diese wird eine Eigentumsposition und damit eine mögliche Fremdheit des Fentanyls zum Teil mit der oben bereits angeführten Begründung abgelehnt, dass die über § 903 BGB gewährten Rechte aus dem Eigentum über § 29 BtMG fast vollständig entzogen seien. Zu beachten ist aber, dass die Besitzverbote aus dem BtMG nur relativ wirken, sich also niemals auf alle Menschen beziehen und daher personenbezogen, nicht aber auf die Sache selbst bezogen wirken, was für eine grundsätzliche Eigentumsfähigkeit spricht.²³ Weiter wird angeführt, dass eine Eigentumsunfähigkeit nur aus tatsächlichen Gründen in Betracht komme, etwa bei Luft in der Atmosphäre, nicht aber aus rechtlichen Gründen.²⁴ Darüber hinaus übersehe die Gegenmeinung, dass zwar § 29 BtMG i.V.m. § 134 BGB die Übertragung des Eigentums verhindere, nicht aber einen ursprünglichen Eigentumserwerb berühre, etwa bei legaler Herstellung nach § 950 BGB.²⁵ Daran gemessen gibt es einen Eigentümer an dem Fentanyl. Dass D nicht Eigentümer der Drogen ist, ist für die auf F bezogene Fremdheit der Sache irrelevant.

Daher ist das Fentanyl als eine für F fremde Sache zu sehen.

Hinweis: Anders als bei Abgrenzung zwischen der Vermögensverfügung beim Betrug und der Fremdheit der Sache beim Diebstahl in Selbstbedienungsläden kann hier nicht ohne Weiteres ein Entweder-Oder angenommen werden. Denn in solchen Fällen geht es darum, ob über die Sache verfügt wurde oder nicht, also darum, in wessen Eigentum die Sachen stehen. Bei Drogengeschäften ist hingegen insgesamt fraglich, ob die Drogen überhaupt in jemandes Eigentum stehen.

¹⁹ Zur Definition der Sache *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 8.

²⁰ Zur Definition der Beweglichkeit *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 24.

²¹ Zur Definition der Fremdheit *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 12.

²² Vgl. *Ernst*, NStZ 1991, 520 (520 f.).

²³ *Korves*, Eigentumsunfähige Sachen?, 2014, S. 135.

²⁴ BGH NJW 2006, 72 (72 f.).

²⁵ BGH NJW 1982, 708 (708 f.); BGH NJW 1982, 1337 (1338); BGH NJW 2006, 72 (72); *Oğlakcioğlu*, ZJS 2010, 340 (344 f.).

(3) Wegnahme

Diese Sache muss F weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsam.²⁶ Ursprünglich hatte D Gewahrsam. In dem Moment, in dem er F das Fentanyl aushändigte, hatte er noch gelockerten Gewahrsam. Als F mit dem Päckchen losrannte bzw. jedenfalls mit dem Einstecken, begründete sie neuen Gewahrsam (siehe oben). Dies geschah gegen den Willen des D, sodass sein Gewahrsam gebrochen wurde (siehe oben).

(4) Vorsatz

F handelte willentlich und in Kenntnis der den Tatbestand objektiv ausmachenden Umstände,²⁷ also vorsätzlich.

(5) Absicht rechtswidriger Zueignung

Darüber hinaus muss sie in der Absicht gehandelt haben, sich das Fentanyl rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignungsabsicht setzt sich zusammen aus dem Enteignungsvorsatz und der Aneignungsabsicht.²⁸

(a) Enteignungsvorsatz

Enteignungsvorsatz meint jedenfalls dolus eventualis bezüglich einer dauerhaften Enteignung des ursprünglichen Gewahrsamshabers.²⁹ Der Täter muss diesen dauerhaft faktisch aus seiner Eigentümerstellung drängen wollen. F nahm jedenfalls billigend in Kauf, dass D das Fentanyl nie zurück-erhalten werde, ihn also faktisch dauerhaft aus der Eigentümerstellung zu verdrängen. Sie handelte mit Enteignungsvorsatz.

(b) Aneignungsabsicht

Weiter muss F absichtlich hinsichtlich des jedenfalls zeitweiligen Einverleibens in eine eigentümer-ähnliche Verfügungsgewalt gehandelt haben.³⁰ In dem Moment der Wegnahme kam es F darauf an, die Drogen für sich zu haben und sie später zu verkaufen. Somit handelte sie absichtlich bezüglich einer zumindest vorübergehenden Aneignung. Darauf, dass eine solche Aneignung tatsächlich nicht stattgefunden hat, kommt es nicht an.

(c) Rechtswidrigkeit der angestrebten Zueignung

Weiter muss die angestrebte Zueignung rechtswidrig sein. Dies war sie, wenn F keinen fälligen einrede-freien Anspruch auf das Fentanyl hatte.³¹ Ungeachtet der Tatsache, dass das Fentanyl einem Verfügungsverbot unterliegt und ein Kaufvertrag darüber gem. § 134 BGB nichtig gewesen wäre,³² war ein

²⁶ Zur Definition der Wegnahme *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 22.

²⁷ Zur Definition des Vorsatzes *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 14 Rn. 5.

²⁸ Zur Definition der Absicht rechtswidriger Zueignung *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 69.

²⁹ Zur Definition des Enteignungsvorsatzes *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 89 f.

³⁰ Zur Definition der Aneignungsabsicht *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 89, 91.

³¹ *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 37.

³² BGH NJW 2006, 72 (72 f.); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 19.

solcher zwischen D und F noch nicht „geschlossen“ worden; sie waren sich nicht über den Drogenkauf einig. Mithin war die angestrebte Zueignung rechtswidrig, was F bewusst war.

F handelte somit in Absicht rechtswidriger Zueignung.

bb) Rechtswidrigkeit der Haupttat

F handelte rechtswidrig. In ihrem Verhalten ist somit eine taugliche Haupttat zu sehen.

b) Hilfe leisten

Zu dem Diebstahl der F muss J Hilfe geleistet haben. Hilfeleisten ist jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt selbst ursächlich geworden sein muss.³³

Hinweis: Eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist hier nicht geboten, sollte im Falle einer Prüfung also entsprechend kurz ausfallen, da der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Mittäterschaft bietet. Die Frage nach der Möglichkeit einer sukzessiven Mittäterschaft muss daher mit einer „Jedenfalls“-Argumentation nicht entschieden werden.

Fraglich ist, ob J der F überhaupt noch Hilfe leisten konnte. Das Einsammeln des Päckchens erfolgte zu einer Zeit, als F das Fentanyl schon in ihrem Gewahrsam hatte, mithin der Erfolg des Diebstahls bereits eingetreten war (siehe oben). Das Delikt war somit vollendet, aber aufgrund der fehlenden Beutesicherung durch F noch nicht beendet.³⁴ Unstreitig ist, dass eine Beihilfe vor der Vollendung der Haupttat möglich ist und nach Beendigung der Haupttat ausgeschlossen ist. Ob eine Teilnahme dazwischen als sukzessive Beihilfe möglich ist, ist umstritten.

aa) Ablehnung der sukzessiven Beihilfe

Die Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe wird teilweise abgelehnt. Der Begriff der Beendigung sei nicht konturenscharf genug, um eine sinnvolle Abgrenzung zur Begünstigung leisten zu können.³⁵ Weiter gewähre § 257 StGB in diesen Fällen ausreichenden strafrechtlichen Schutz.³⁶ Folgt man dieser Ansicht, konnte J nicht mehr an dem vollendeten Diebstahl der F teilnehmen.

bb) Akzeptanz der sukzessiven Beihilfe

Demgegenüber wird vertreten, dass erst nach Beendigung der Tat eine Teilnahme ausgeschlossen sei. Dann hätte J im Zeitpunkt ihrer Tat F noch Hilfe geleistet.

cc) Differenzierende Betrachtung nach Möglichkeiten einer Aufrechterhaltung des Angriffs auf das betroffene Rechtsgut

Bisweilen wird differenziert. Eine sukzessive Beihilfe sei nur dann gegeben, wenn der Angriff auf das betroffene Rechtsgut aufrechterhalten werde oder ein tatbestandliches Unrecht hinzutrete.³⁷ Hier

³³ BGHSt 46, 107 (109); 61, 252 (257).

³⁴ Zur Definition der Beendigung BGH NStZ 2001, 88 (89); BGH NStZ 2008, 152.

³⁵ In diese Richtung Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 12.

³⁶ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 12.

³⁷ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 27 Rn. 20.

wurde der Rechtsgutsangriff nicht bloß aufrechterhalten. Das Verhalten der J führte vielmehr dazu, dass er noch verstärkt wurde: D verfolgte F und machte ihr gegenüber „Boden gut“, war also im Begriff, F zu erreichen. Somit war eine Beendigung des Diebstahls durch F noch nicht sicher. Als J die Drogen an sich nahm, rückten diese für D wortwörtlich wieder in weite Ferne und er musste sich entscheiden, ob er entweder weiter F oder J verfolgen solle. Das Verhalten der J intensivierte also den Rechtsgutsangriff. Demnach läge auch nach dieser Ansicht eine sukzessive Beihilfe vor.

dd) Streitentscheid

Gegen die Konstruktion einer sukzessiven Beihilfe lässt sich Art. 103 Abs. 2 GG anführen. § 27 StGB spricht von einer „rechtswidrigen Tat“. Gem. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist das eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Der Tatbestand des Diebstahls wird mit der Wegnahme vollendet und ist vollständig verwirklicht, die Beutesicherung unterfällt daher nicht mehr § 242 Abs. 1 StGB.³⁸ Von einer Beutesicherung ist im Tatbestand nämlich nicht die Rede. Von den Gegnern einer sukzessiven Beihilfe wird, wie eben schon erwähnt, auch angeführt, dass bei deren Annahme die Abgrenzung zum Anschlussdelikt der Begünstigung verwischt werde.³⁹ Denn beide Tatbestände verlangen in objektiver Hinsicht lediglich ein „Hilfeleisten“. Dem kann aber entgegengetreten werden, indem die Abgrenzung nach subjektiven Kriterien vorgenommen wird.⁴⁰ Geht es dem Täter darum, die Beendigung und damit den erfolgreichen Abschluss der Tat zu fördern, liegt danach eine Beihilfe vor. Will der Täter hingegen die andere Person vor der Entziehung und damit den status quo bewahren, läge eine Begünstigung vor. Andererseits wird vertreten, dass beide Delikte gleichzeitig verwirklicht sein können. Auf der Frage der Konkurrenzebene solle § 257 StGB dann aus dem Gedanken des Abs. 3 heraus hinter die Beihilfe zurücktreten.⁴¹ Somit erscheint die Existenz des § 257 StGB kein grundlegender Einwand gegen die Annahme der sukzessiven Beihilfe.

Gegen diese lässt sich jedoch weiter anführen, dass nach der Vollendung der Tat erfolgte Handlungen zu der eigentlichen Rechtsgutsverletzung nichts mehr beitragen können, sofern man annimmt, dass der Strafgrund der Teilnahme ein eigener Rechtsgutsangriff des Teilnehmers ist.⁴²

Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass bei den erfolgskupierten Delikten wie dem Diebstahl die Vollendung „vorgezogen“ wurde, um den Täter möglichst frühzeitig nicht nur aus Versuch, sondern aus Vollendung bestrafen zu können. Dieses Vorziehen der Strafbarkeit aber kann dann einen potenziellen Teilnehmer nicht privilegieren, da der Gesetzgeber damit gerade einen Nachteil für Täter begründen wollte.⁴³ Gerade in der Beendigungsphase, in der kein Rücktritt mehr möglich ist, ist das Geschehen für den Täter besonders heikel, sodass eine Hilfeleistung in diesem Zeitrahmen nur durch Beihilfe zur Haupttat entsprechend abgebildet ist. Dem Gesetzgeberwillen entsprechend, den die Gerichte gem. Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten haben, ist somit auch im Beendigungsstadium eine Beihilfe grundsätzlich möglich.

Somit leistete J eine taugliche Unterstützungshandlung.

Hinweis: Lehnt man die Möglichkeit einer Beihilfe im Beendigungsstadium ab, ist allein § 257 StGB erfüllt. Die Abgrenzung der sukzessiven Beihilfe zur Begünstigung kann auch separat im subjektiven

³⁸ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 48.

³⁹ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 48.

⁴⁰ BGHSt 4, 132 (133); OLG Köln NJW 1990, 587 (588); zitiert nach Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 20 Rn. 18.

⁴¹ Hecker, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 257 Rn. 7.

⁴² So Joecks/Jäger, *StGB*, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 12.

⁴³ Vgl. Jescheck, in: FS Welzel, 1974, S. 689 f., der den Willen zu Pönalisierung des Gesamtgeschehens betont.

Tatbestand erfolgen.

c) **Vorsatz**

J handelte in Kenntnis der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat und mit dem Ziel, F zu helfen, bzgl. der Unterstützungshandlung also absichtlich.

Dabei wollte J, dass die „Masche“ der F ein weiteres Mal gelingt. Es ging ihr also weniger um die Bewahrung vor dem Entzug, sondern um den erfolgreichen Abschluss der Tat. Damit lag eine sukzessive Beihilfe auch dann vor, wenn man, wie oben dargestellt, eine Abgrenzung zu § 257 StGB nach subjektiven Kriterien vornimmt.

Hinweis: Bei entsprechender Begründung ist auch ein anderes Ergebnis vertretbar, da die Abgrenzung anhand der subjektiven Kriterien der Rechtsprechung kaum eindeutig möglich ist.

Andere Stimmen lassen stets die Beihilfe vorgehen und behandeln die Begünstigung in Anlehnung an § 257 Abs. 3 S. 1 StGB als mitbestrafte Nachtat.⁴⁴ Damit ist zwischen diesen Auffassungen kein Streitentscheid nötig.

3. **Rechtswidrigkeit und Schuld**

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. **Ergebnis**

Indem J das Päckchen einsammelte, hat sie sich einer Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

III. **§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung**

Durch die gleiche Handlung kann J sich wegen Beihilfe zu einem Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. **Anwendbarkeit deutschen Strafrechts**

Zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts siehe oben.

2. **Tatbestand**

a) **Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat**

aa) **Vorliegen des Grunddelikts**

Ein taugliches Grunddelikt liegt vor, vgl. oben.

⁴⁴ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 257 Rn. 7, 25.

bb) Beisichführen einer Waffe, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB durch einen Beteiligten

Weiter muss ein Beteiligter bei dem Diebstahl eine Waffe bei sich geführt haben. Waffen sind Waffen im technischen Sinn, also Werkzeuge, die ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, auf mechanischem oder chemischem Wege Verletzungen beizubringen.⁴⁵ Zwar führte F selbst keine Waffe bei sich. Allerdings führte J einen Distanztaser mit sich. Ein solcher wirkt – neben der mechanischen Beeinflussung durch den Kontakt der Drähte zur Haut – zwar primär durch Elektrizität und damit weder mechanisch noch chemisch. Er bringt aber Verletzungen bei und ist ausweislich Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.3.6 WaffG regelmäßig eine verbotene Waffe. Im Umkehrschluss dazu ergibt sich, dass Taser jedenfalls Waffen sind, unabhängig davon, ob sie als verbotene Waffen einzustufen sind. J führte somit eine Waffe mit sich. Sie ist Teilnehmerin des Diebstahls und damit gemäß der Legaldefinition des § 28 Abs. 2 StGB Beteiligte.

Fraglich ist aber, ähnlich dem Problem der sukzessiven Beihilfe, ob eine Qualifikation auch im Beendigungsstadium erfüllt werden kann. Aus dem Erfordernis, „bei einem Diebstahl“ eine Waffe bei sich geführt haben zu müssen, wird bisweilen gefolgert, die Qualifikation komme nur zwischen Versuchsbeginn und Vollendung in Betracht, nicht aber danach.⁴⁶

Durchaus gewichtig ist der Einwand, dass die erhöhten subjektiven Voraussetzungen des § 252 StGB unterlaufen würden, wenn man eine Qualifikation im Beendigungsstadium zuließe.⁴⁷ Diesem Einwand trägt die Rechtsprechung damit Rechnung, dass sie für den die Qualifikation im Beendigungsstadium verwirklichenden Täter eine gleichwertige subjektive Komponente verlangt (Zueignungs-, Bereicherungs- oder Beutesicherungsabsicht).⁴⁸ Hier hatte J die Absicht, die Drogen für F zu sichern.

Für die Ausweitung der qualifikationstauglichen Phase spricht vor allem, dass dieser Zeitrahmen für den Täter besonders risikoreich ist, weil er bereits aus Vollendung ohne Rücktrittsmöglichkeit bestraft werden kann.⁴⁹ Die Benutzung von Waffen ist zu jedem Zeitpunkt gefährlich. Gerade diese erhöhte Gefährlichkeit soll § 244 Abs. 1 StGB pönalisieren.⁵⁰ Unter Wertungsgesichtspunkten macht es für das Opfer keinen Unterschied, in welchem Zeitpunkt die Waffe zum Einsatz kommt.

Damit ist es überzeugender, das Beendigungsstadium als qualifikationstaugliche Phase zu erfassen.

Hinweis: Eine abweichende Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

J hat hier also eine Waffe bei sich geführt i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB.

Hinweis: Wer die Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe ablehnt, steht vor der Frage, wie der Distanztaser sinnvoll verarbeitet werden kann, da eine separate Prüfung nach der Ablehnung einer Beihilfe zum Diebstahl nicht mehr möglich ist. Prüft man die Qualifikation bereits in der rechtswidrigen Haupttat unter II. 2. a), droht ein Zirkelschluss, da das Beisichführen eines Beteiligten gerade die Teilnahme der J verlangt, die aber erst geprüft wird. Darauf sollte hingewiesen werden, aber selbiges

⁴⁵ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 32.

⁴⁶ So Schmitz, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 26.

⁴⁷ BGH StV 2014, 282 (283); Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 49.

⁴⁸ BGH StV 2014, 282 (283).

⁴⁹ Nachweise bei Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 48.

⁵⁰ Nachweise bei Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 48.

nicht weiter negativ in die Bewertung einfließen. Die Annahme der Qualifikation unter der Bedingung der tatsächlichen Beihilfe wäre eine gelungene Variante, die Waffe noch zu verarbeiten.

cc) Vorsatz der F

F war sich bewusst, dass J den Taser dabei hatte, handelte also auch insoweit vorsätzlich.

dd) Rechtswidrigkeit

Weiter handelte F rechtswidrig. Somit lag eine taugliche Haupttat vor.

b) Hilfeleisten durch J

Zu dieser Haupttat leistete J Hilfe, vgl. oben.

c) Vorsatz

J handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Indem J das Päckchen einsammelte, hat sie sich einer Beihilfe zum Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Aufheben und Davonlaufen mit den Drogen

J könnte sich gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben, indem sie die Drogen aufhob und davonlief.

1. Tatbestand

Das Fentanyl stellt eine fremde bewegliche Sache dar (siehe oben). J hatte den Willen, F die Drogen zumindest für deren Verkauf und damit vorübergehend anzueignen und den ursprünglichen Inhaber, den B, zu enteignen. Das Aufheben und Davonlaufen sind auch unzweideutige Manifestationen dieses Zueignungsvorsatzes. Die Zueignung war auch rechtswidrig. J handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB

Die Strafbarkeit der J gem. § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB könnte hinter §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 StGB zurücktreten. Dagegen könnte man hier anführen, dass die Unterschlagung täterschaftlich begangen wurde, während zum Diebstahl mit Waffen nur Beihilfe geleistet wurde und damit zwecks Klarstellung Tateinheit angebracht sei. Gleichwohl widerspräche ein derartiger Ansatz dem

eindeutigen Gesetzeswortlaut, der formelle Subsidiarität für die Strafbarkeit nach § 246 StGB anordnet, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Somit tritt hier die Unterschlagung zurück.

Hinweis: Sollten Bearbeiter*innen die Subsidiarität etwa aus Klarstellungsgründen für die hier vorliegende Konstellation (Zusammenfallen einer täterschaftlichen Unterschlagung und der Beihilfe zu §§ 242, 244 StGB) ablehnen, ist dies positiv zu honorieren. Ein Übersehen der Subsidiarität dürfte gleichsam weniger schwer negativ in die Bewertung einfließen, als bereits das Erkennen des Tatbestandes Schwierigkeiten bereiten dürfte. Es wäre auch vertretbar, § 246 StGB direkt mit Verweis auf die Subsidiarität abzuhandeln.

V. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch Einsammeln der Drogen

Durch das Einsammeln des Fentanyls kann J sich weiter der Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB schuldig gemacht haben. Dazu müsste sie sich eine Sache verschafft haben, die ein anderer gestohlen hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Sache

Bei dem Fentanyl handelt es sich um eine Sache.

bb) Die ein anderer gestohlen hat

Fraglich ist aber, ob sie „ein anderer“ gestohlen hat. Klar ist dabei, dass der Haupttäter einer Tat nicht Hehler sein kann, weil zwischen Täter und Hehler ein gemeinsames Zusammenwirken erforderlich ist, das bei Personenidentität nicht möglich ist.⁵¹ Schon dem Wortlaut nach fehlt es an einem „anderen“. Unklar ist hingegen, ob J als Teilnehmerin an dem Diebstahl (siehe oben), welcher die Vortat darstellt, Hehlerin sein kann.

Dies wird teilweise mit der Begründung verneint, dass das, was für den Täter gelte, erst recht für den Hehler gelte, der ein geringeres und stets vom Täter abhängiges Unrecht begehe.⁵² Dagegen spricht allerdings nach überwiegender Ansicht schon der Wortlaut der Vorschrift. Ein *anderer* muss die Sache durch eine rechtswidrige Tat erlangt haben.⁵³ Für Teilnehmer aber ist die (Vor-)Tat auch die eines anderen und eben nicht die eigene.⁵⁴ Dem ließe sich entgegen, dass es der allgemeinen Teilnahme-dogmatik entspricht, dass auch der Teilnehmer einen eigenen Rechtsgutsangriff mit seiner Handlung unternimmt.⁵⁵ Gleichwohl bleibt es dabei, dass die Teilnahme strafbarkeit – zumindest begrenzt

⁵¹ BGHSt (GS) 7, 134 (137).

⁵² Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 51.

⁵³ Hecker, JuS 2022, 780 (782).

⁵⁴ Grundlegend und noch stark auf die subjektive Theorie abstellend BGHSt (GS) 7, 134 (137 f.); 8, 390 (391 f.), bzgl. des Betruges zuletzt BGH NStZ 2022, 219 (219 f.).

⁵⁵ BGHSt 2, 315 (316 f.), siehe auch die weiteren Nachweise bei Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 259 Rn. 18.

– akzessorisch zur Strafbarkeit des Haupttäters ist. Auch die Terminologie ist in den §§ 26, 27 StGB und § 257 StGB ähnlich, wird doch dort stets vom „anderen“ gesprochen und eine zum Teilnehmer verschiedene Person, der Haupttäter, gemeint. Somit konnte J hier grundsätzlich eine Hehlerei begehen.

cc) Sich-Verschaffen

J müsste sich das Fentanyl verschafft haben. Ein Sich-Verschaffen ist die Erlangung einer eigenen, selbstständigen, also vom Vortäter unabhängigen, tatsächlichen Verfügungsgewalt.⁵⁶ Bei einer bloßen Verwahrung und beabsichtigten anschließenden Rückgabe – wie sie hier ursprünglich von J geplant war – ist diese Unabhängigkeit noch nicht erreicht,⁵⁷ sodass ein Sich-Verschaffen ausscheidet. Dass J die Sache letztlich selbst verkauft, ändert daran nichts. Ungeachtet des Umstands, dass nachträgliche Vorsatzwechsel keine Strafbarkeit für eine vorgelagerte Handlung begründen können, reicht auch die Stellung als bloßer Verkaufskommissionär nicht für ein tatbestandliches Sich-Verschaffen aus.⁵⁸ Die potentielle entgeltliche Verwertung durch F, die sich J zu diesem Zeitpunkt noch vorstellte, war zeitlich noch zu weit entfernt und war zu unkonkret, als dass ein Absetzen-Helfen angenommen werden könnte.

Hinweis: Wird die Hehlerei erkannt, sollte dies bereits entsprechend honoriert werden. Werden die Probleme erkannt und zufriedenstellend gelöst, können Punkte im höheren Bereich erzielt werden. Wer hier die Streitfragen mit Verweis auf das jedenfalls fehlende Sich-Verschaffen offen lässt, kann genauso höhere Punktzahlen erreichen.

b) Zwischenergebnis

J hat sich keine Sache verschafft, die ein anderer gestohlen hat.

2. Ergebnis

J hat sich durch das Aufheben der Drogen nicht wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: Verkauf der Drogen (Strafbarkeit der J)

I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil des B durch Anbieten und Behauptung, die Drogen legal erworben zu haben

Indem J gegenüber B behauptet hat, das Fentanyl legal erworben zu haben, kann sie sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB zu dessen Nachteil strafbar gemacht haben.

⁵⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 22 Rn. 40.

⁵⁷ BGH MDR 1991, 1022.

⁵⁸ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 22 Rn. 42.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung

Dies setzt zunächst eine Täuschung voraus. J erklärte, das Fentanyl legal in der Apotheke erworben zu haben. In Wahrheit hatte sie es durch das Aufsammeln im Zusammenhang mit einer Diebstahlstat erlangt. Sie täuschte ausdrücklich über den rechtlichen Charakter eines vermeintlichen Erwerbsgeschäfts, einer Tatsache.

bb) Irrtum

Aufgrund dieser Täuschung muss B geirrt haben. Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit. Aufgrund der Täuschung nahm B an, dass J das Fentanyl legal erworben habe. Dies entsprach nicht der Wahrheit.

Fraglich ist aber, wie damit umzugehen ist, dass er an der Darstellung der J zweifelte. Bisweilen wird für die Annahme eines Irrtums gefordert, dass das Opfer die Richtigkeit der Behauptung für wahrscheinlicher halte als die Unrichtigkeit.⁵⁹ Dazu ist hier nichts festgestellt. Man könnte meinen, dass sich das Opfer im Falle seiner Zweifel selbst durch entsprechend gebotene Nachforschungen hätte schützen können und damit kein Irrtum i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB gegeben sei.⁶⁰ Dies ließe sich mit allgemeinen Zurechnungserwägungen begründen, wonach das zweifelnde Opfer sich letztlich in seinem eigenen Verantwortungsbereich eigenverantwortlich selbst gefährde.⁶¹ Das Opfer müsse sich in einem solchen Fall gegenüber dem Täter selbst behaupten.⁶² Solche einschränkenden Überlegungen begegnen allerdings gerade in kriminologischer Hinsicht Bedenken. Denn es besteht die Gefahr, dass dadurch ausgesucht leichtgläubigen, gutmütigen Menschen oder solchen, die sich kritisch mit ihrer Umwelt auseinandersetzen, der strafrechtliche Schutz entzogen wird.⁶³ Die Zurechnungsargumentation verlagert die Verantwortlichkeit einseitig belastend auf das Opfer, welches zwar – zugegebenermaßen – mit-, aber keineswegs alleinverantwortlich ist.⁶⁴ Weiterhin wird verkannt, dass auch der vermeidbare Irrtum immer noch ein Irrtum ist. Ein abweichendes Verständnis geht über die zulässige Begriffsauslegung des Gesetzesanwenders hinaus, da sie sich auch verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen lässt.⁶⁵ Entsprechende Einschränkungen wären Sache des Gesetzgebers. Es kann daher nur darum gehen, ob das Opfer einer Fehlvorstellung unterlag und ob diese auf der Täuschung des Täters beruhte.⁶⁶ Somit unterlag B durch die Täuschung der J einem Irrtum.

cc) Vermögensverfügung

In Folge des Irrtums muss B eine Vermögensverfügung (siehe oben) vorgenommen haben. Aufgrund

⁵⁹ Zur viktimodogmatischen Reduktion des Merkmals Irrtum *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596 ff.

⁶⁰ *Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 131 ff., 147; *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 281 ff.

⁶¹ *Harbort*, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, 2010, S. 65 ff., 124 ff., 154 ff. zit. nach *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596 (611 Fn. 57).

⁶² *Beckemper/Wagner*, NStZ 2003, 315 (315 f.).

⁶³ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 76.

⁶⁴ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 362.

⁶⁵ *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596 (617 f.).

⁶⁶ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 76.

seines Irrtums bezahlte B den Kaufpreis i.H.v. 100 € an J. Dadurch wurde sein Vermögen in Höhe des Kaufpreises gemindert. B verfügte über einen Teil seines Vermögens.

dd) Vermögensschaden

Aufgrund der Vermögensverfügung muss ein Schaden eingetreten sein. Dies ist der Fall, wenn das Vermögen nach der Verfügung weniger wert ist als davor.⁶⁷ Im Rahmen einer Saldierung sind die Vermögenspositionen vor und nach der Verfügung gegenüberzustellen.⁶⁸

Hier könnte die fehlende Eigentumsverschaffung einen Vermögensschaden begründen. Der Wert von Drogen folgt aber allein aus dem Besitz und nicht dem Eigentum, weil dessen Erwerb gem. § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 BtMG i.V.m. Anlage III BtMG ausgeschlossen ist. In Vollziehung des „Kaufvertrags“ zwischen J und B erlangte letzterer aber Besitz an dem Fentanyl. Diesem kommt ein Vermögenswert zu (vgl. oben). Der B bekam also genau das, was er bekommen wollte und konnte. Der Kaufpreis i.H.v. 100 € entsprach dem Marktpreis. Daher wurde der Vermögensabfluss durch einen entsprechenden Zuwachs kompensiert. Dass der Kauf von Drogen von der Rechtsordnung missbilligt ist, schadet nach den oben gemachten Ausführungen nicht. Der Vermögensbegriff ist – wie gesehen – rein wirtschaftlich zu bestimmen. Es ist kein Schaden eingetreten.

Hinweis: Es geht hier vor allem darum, in der Bearbeitung konsequent zu bleiben: Wenn sich die Studierenden eingangs dazu entschieden haben, das Fentanyl als vom Vermögen erfasst zu sehen, kann hier nichts anderes gelten. Falls sie sich dazu entschieden haben, das Fentanyl nicht als vom Vermögen erfasst zu sehen, würde die „Kaufpreiszahlung“ nicht durch einen entsprechenden Vermögensschaden kompensiert. Dabei wäre sich B aber bewusst, dass er im Austausch die Drogen erhalten werde. Somit läge dann eine bewusste Selbstschädigung vor, die einen Betrug ebenfalls ausschließt. Der Fall ist hierbei zu unterscheiden von Fällen, in denen im Rahmen von Drogengeschäften minderwertigere Ware gehandelt wird als angepriesen wurde (vgl. dazu *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 151 ff.). Denn hier erhält B ja das, was ihm versprochen wurde (Besitz an den Drogen).

2. Ergebnis

Damit hat J sich keines Betrages gegenüber und zulasten des B strafbar gemacht, indem sie ihm die Drogen verkaufte.

II. § 259 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen

J könnte sich durch den Verkauf der Drogen an B wegen Hehlerei strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Taugliches Tatobjekt

Bei den Drogen handelt es sich um eine Sache, die ein anderer gestohlen hat (vgl. oben).

⁶⁷ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 101.

⁶⁸ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 662.

bb) Abgesetzt

J hat diese wirtschaftlich im Einvernehmen mit F durch entgeltliche Weitergabe an einen Dritten, B, verwertet und damit abgesetzt.⁶⁹

b) Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und Drittbereicherungsabsicht

J handelte vorsätzlich. Sie müsste ferner Bereicherungsabsicht gehabt haben. J selbst hat kein Interesse an dem Verkaufserlös. In Betracht kommt somit allein die Drittbereicherungsabsicht.

Fraglich ist allerdings, ob F als Vortäterin eine „Dritte“ i.S.d. § 259 StGB ist. Denn sie ist als Vortäterin eine „andere“ i.S.d. Vorschrift. Ob „andere“ gleichzeitig „Dritte“ sein können, lässt sich unterschiedlich beurteilen.

So lassen sich Vortäter als Dritte begreifen, weil sie keine Teilnehmer der Hehlerei sein können.⁷⁰ Der Begriff „Dritte“ umschlüsse dann alle Personen außer den an der Hehlerei beteiligten, in diesem Fall also J und B. Für ein solches Verständnis spricht, dass ansonsten eine Vielzahl an Fallkonstellationen, in denen der Hehler zugunsten des Vortäters tätig wird, aus dem Anwendungsbereich des § 259 StGB herausfielen und möglicherweise Strafbarkeitslücken entstünden.⁷¹

Gegen dieses Verständnis spricht allerdings der Wortlaut der Norm. Im objektiven Tatbestand wird ebenfalls zwischen „anderem“ und „Drittem“ unterschieden;⁷² die Norm meint damit verschiedene Personen – in der Folge ist der Hehlereitattbestand objektiv nicht verwirklicht, wenn der „Hehler“ die Sache dem Vortäter wieder verkauft.⁷³ Es ist nicht ersichtlich, warum diese Differenzierung nicht auch im subjektiven Tatbestand gelten sollte. Zudem würde damit das Verhältnis zwischen Begünstigung und Hehlerei verwischt, obwohl man mit der Neufassung des Hehlereitattbestandes gerade eine trennschärfere Differenzierung ermöglichen wollte.⁷⁴

Somit ist der „andere“ i.S.d. § 259 StGB nicht gleichzeitig als „Dritter“ anzusehen. J fehlte es also an der erforderlichen Drittbereicherungsabsicht.

Hinweis: Hier kann auch mit entsprechender Argumentation der anderen Ansicht gefolgt werden. Allein die Qualität der Argumentation ist entscheidend.

2. Ergebnis

Damit hat sich J nicht wegen Hehlerei durch Verkauf der Drogen an B strafbar gemacht.

Hinweis: An dieser Stelle ließe sich § 257 StGB prüfen, eine Bestrafung der J scheidet aber gem. § 257 Abs. 3 S. 1 StGB insoweit aus, weil sie Teilnehmerin der Vortat ist. Die Prüfung der Norm wurde daher nicht erwartet, ist aber positiv zu honorieren. Eine Prüfung sollte angesichts des Abs. 3 aber entsprechend kurz ausfallen.

⁶⁹ Zur Definition des Absetzens BGH NJW 1976, 1950; BGH NStZ 2014, 577.

⁷⁰ BGH NJW 1979, 2621 (2622).

⁷¹ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 44.

⁷² Maier, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 155.

⁷³ Walter, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 259 Rn. 52; Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 54.

⁷⁴ Maier, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 155 m.w.N.

III. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch Verkauf der Drogen

J könnte sich durch den Verkauf der Drogen gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Geldwäsche strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Drogen rühren aus einer rechtswidrigen Tat her (siehe oben). Hier hat J sich die Drogen zwar nicht selbst verschafft (vgl. oben), jedoch B eine eigenständige sachenrechtsähnliche Verfügungsgewalt durch die Besitzübertragung eingeräumt, ihm die Sache mithin verschafft i.S.d. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

J handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. § 261 Abs. 5 StGB

Da J die Drogen hier in den Verkehr gebracht hat, greift der persönliche Strafausschlussgrund wegen der Beteiligung an der Vortat aus § 261 Abs. 5 StGB nicht.

4. Ergebnis

J hat sich durch den Verkauf der Drogen an B gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Geldwäsche strafbar gemacht.

IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen

J könnte sich durch den Verkauf der Drogen gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

Bei den Drogen handelt es sich um eine für J fremde bewegliche Sache (siehe oben).

Diese müsste sich J zueignet haben. Zueignung verlangt den nach außen eindeutig manifestierten Zueignungswillen. Mit dem Verkauf der Drogen spricht sich J eine eigentümerähnliche Stellung zu und bringt damit zum Ausdruck, die Drogen als Bestandteil ihres Vermögens zu betrachten.

Fraglich ist, ob sich die Drogen ein zweites Mal zueignet werden können. Hier war bereits durch das Aufheben der Drogen eine Unterschlagung begangen worden (siehe oben). Für die Möglichkeit einer weiteren Zueignung spricht, dass so auch Teilnehmer bestraft werden können, die sich erst an der wiederholten Zueignung beteiligen.⁷⁵ Man könnte die Problematik dann auf Konkurrenzebene sinnvoll lösen. Damit wäre eine Zueignung nicht von vorneherein ausgeschlossen.

Dies führt allerdings zu einer faktischen Unverjährbarkeit der Unterschlagung, da noch nach Jahren eine erneute Unterschlagung bzgl. desselben Tatgegenstandes begangen werden könnte.⁷⁶ Zwar sind wiederholte Aneignungen, etwa durch Dritte möglich, doch wird man das ursprüngliche Opfer

⁷⁵ Zur Konkurrenzlösung *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 19.

⁷⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 54.

begrifflich nicht wiederholt enteignen können.⁷⁷ Es ist daher geboten, eine wiederholte Zueignung bereits nicht als taugliche tatbestandliche Handlung anzusehen.

Hinweis: Sofern oben mit Verweis auf die formelle Subsidiarität von § 246 StGB zu den §§ 242 Abs. 1, 244, 27 StGB die Unterschlagung nicht geprüft wurde, sind hier Ausführungen zu dieser vorangegangenen Zueignung zu machen.

J hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht, indem sie B die Drogen verkaufte.

Dritter Tatkomplex: Geschehen am Vereinsheim (Strafbarkeit der T)

I. § 212 Abs. 1 StGB zum Nachteil der M durch das Überfahren

Indem T die M überfahren hat, kann sie sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB zu deren Nachteil strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Tötung einer anderen Person

T verursachte den Tod der M in zurechenbarer Weise.

b) Vorsatz

Dabei muss sie vorsätzlich gehandelt haben. Grundsätzlich wollte T einen Menschen töten, handelte also vorsätzlich. Dies ließe sich aber mit der Überlegung in Frage stellen, dass sie F, aber nicht M töten wollte; sie unterlag also einem error in persona. Bei der Behandlung des error in persona ist entscheidend, ob das verletzte und das vorgestellte Tatobjekt tatbestandlich gleichwertig sind. Ist dies nicht der Fall, so ist der Vorsatz des Täters nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen, denn dem Täter fehlt die Kenntnis von der Tatbestandszugehörigkeit des verletzten Tatobjekts.⁷⁸ Hier tötete T genau den Menschen, den sie anvisiert hatte. Vorgestelltes und getroffenes Objekt waren jeweils Menschen und damit tatbestandlich gleichwertige Tatobjekte. T irrte lediglich über die Identität, die in § 212 StGB aber keine Rolle spielt. Es handelt sich hierbei nur um einen irrelevanten Motivirrtum.⁷⁹

T tötete M also vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Sie handelte rechtswidrig.

⁷⁷ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 246 Rn. 38.

⁷⁸ Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 82 ff.

⁷⁹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 15 Rn. 22; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 194.

3. Schuld

Aufgrund ihrer Alkoholintoxikation war sie aber gem. § 20 StGB schuldunfähig. Eine Bestrafung gem. § 212 Abs. 1 StGB durch die Autofahrt scheidet daher aus.

Hinweis: Dogmatisch sauber wäre es, Ausnahme- und Ausdehnungsmodell bereits hier zu prüfen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist es allerdings auch vertretbar, diese Theorien (wie hier vorgeschlagen) mit den anderen Auffassungen in einer einheitlichen Prüfung abzuhandeln.

II. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

Möglicherweise ist T aber durch das Sich-Betrinken wegen Totschlags i.V.m. den Grundsätzen der actio libera in causa (a.l.i.c.) zu bestrafen.

1. Verfassungsmäßigkeit der a.l.i.c.

Es ist streitig, ob eine solche Konstruktion zulässig ist.

a) Verfassungswidrigkeit der a.l.i.c.

Dabei wird einerseits vertreten, die a.l.i.c. verstoße gegen den Schuldgrundsatz,⁸⁰ weil Schuld im Tatzeitpunkt erforderlich ist. Dann wäre T jedenfalls insoweit nicht zu bestrafen.

b) Ausnahmemodell

Dagegen wird vertreten, die a.l.i.c. stelle eine Ausnahme vom Schuldprinzip dar. Die Schuldlosigkeit werde durch das schuldhafte Vorverhalten ausgeglichen.⁸¹

c) Ausdehnungsmodell

Weiter wird vertreten, bei der a.l.i.c. werde die Schuldfrage auf relevantes Vortatverhalten ausgelehnt. Ein bloßes Abstellen auf die Schuld bei der Tat sei unzureichend, weil es bei Schuldfragen ohnehin um normative Betrachtungen gehe.⁸² Vorliegend handelte T im Zeitpunkt des Betrinks (noch) schuldhaft. Somit wäre eine Bestrafung gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. möglich.

d) Tatbestandsmodell

Das Tatbestandsmodell geht davon aus, dass nicht während der ganzen Tatbegehung schuldhaft gehandelt werden müsse. Parallel zu einer mittelbaren Täterschaft, bei der der Täter sich selbst als Werkzeug verwendet, beginne der Versuch der Tat schon bei dem Beginn des Versetzens in den schuldunfähigen Zustand.

⁸⁰ Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (522 ff.).

⁸¹ Nach Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 25 Rn. 8.

⁸² Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 128.

e) Streitentscheid

Das Ausnahmemodell ist als Verstoß sowohl gegen das Schuldprinzip⁸³ als auch gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz⁸⁴ und damit als Verfassungsverstoß abzulehnen. Umgekehrt scheint es aber nicht so, dass die a.l.i.c. zwingend verfassungswidrig ist, solange sich ein Einbeziehen von sehr früh vor dem eigentlichen Taterfolg liegenden Handlungen begründen lässt. Das Ausdehnungsmodell bezieht dies auf den Schuldvorwurf, unter anderem mit der Begründung, dass auch die §§ 17 und 35 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 StGB Verhalten mit in die Bewertung einbezögen, das nicht Teil des eigentlichen Tatbestandes sei.⁸⁵ Allerdings ist der Wortlaut des § 20 StGB („bei der Tat“) im Vergleich zu § 35 StGB anders gefasst und direkt auf die eigentliche Tat bezogen. Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 16 StGB, der das Koinzidenzprinzip festschreibt.⁸⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum für die Schuldfrage dann etwas anderes gelten sollte als für die Vorsatzfrage.⁸⁷ Das Ausdehnungsmodell ist somit abzulehnen. Daher ist auf das relevante Verhalten abzustellen und zu fragen, ob sich in einem Verhalten vor dem Rauschzustand schon ein Hinwirken auf das Herbeiführen des tatbestandmäßigen Erfolges zu sehen ist. Die a.l.i.c. ist damit jedenfalls für Erfolgsdelikte – wie § 212 Abs. 1 StGB – zulässig.⁸⁸ Genau einen solchen Ansatz verfolgt das Tatbestandsmodell – mit dem Ansetzen zum Sich-Berauschen begibt sich der Täter in das Stadium des Versuchs, setzt also unmittelbar an. Das bedeutet grundsätzlich eine Vorverlagerung im Vergleich zur „normalen“ Begehung. Die a.l.i.c. aus diesen Gründen abzulehnen,⁸⁹ ist aber jedenfalls dann nicht überzeugend, wenn man eine Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit auch bei der mittelbaren Täterschaft annimmt.⁹⁰ Um eine solche handelt es sich bei der a.l.i.c. zwar nicht, sie kommt dem aber strukturell sehr nahe.⁹¹ Aus diesem Grund überzeugt auch das Argument nicht, eine a.l.i.c. verstoße gegen den Wortlaut des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁹² Eine a.l.i.c. ist somit über das Tatbestandsmodell dogmatisch begründbar.

2. Voraussetzungen der a.l.i.c.

Für eine Strafbarkeit der T müssten die Voraussetzungen der a.l.i.c. vorgelegen haben.

a) Doppelvorsatz

Dies erfordert zunächst einen Doppelvorsatz;⁹³ T muss vorsätzlich sowohl bezüglich des Sich-Berausens als auch der anschließend zu begehenden Tat gehandelt haben. T betrank sich gerade, um – den Hinweisen in einem Internetforum folgend – im schuldunfähigen Zustand eine Tat begehen zu können, ohne dafür bestraft zu werden. Bei der Tat handelte es sich um das Überfahren eines Menschen. Genau diese führte T aus.

⁸³ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 323a Rn. 35; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 20 Rn. 58.

⁸⁴ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 20 Rn. 58.

⁸⁵ Streng, JZ 1994, 709 (712); Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 136.

⁸⁶ Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 976 (979).

⁸⁷ BGHSt 42, 235 (240 f.).

⁸⁸ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 323a Rn. 35 f.

⁸⁹ Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (518).

⁹⁰ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 123.

⁹¹ Jacobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 17 Rn. 64.

⁹² So etwa Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 122.

⁹³ BGHSt 23, 356 (358); BGH NStZ 1995, 329 (330), Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 11 Rn. 17 m.w.N. aus der Literatur in Fn. 39.

b) Error in persona in der a.l.i.c.

Fraglich ist jedoch, wie sich der Umstand auswirkt, dass T bei der Tat einem Motivirrtum, einem error in persona unterlag. Wie festgestellt, führt dieser grundsätzlich zu einer Vollendungsstrafbarkeit, wenn wie hier die beiden Tatobjekte gleichwertig sind.

Erfolgt dieser Irrtum im Rahmen einer a.l.i.c., ist möglicherweise eine andere Bewertung erforderlich, weil T im Zeitpunkt der unmittelbaren Tötungshandlung nicht schuldfähig war und sie, als sie noch schuldfähig war, eine andere Person als die letztlich getroffene töten wollte. Für die in diesem Zeitpunkt schuldfähige T stellt sich die Tat also möglicherweise als fehlgegangen, als aberratio ictus dar. Dies wäre allerdings nur dann relevant, falls ein solches Fehlgehen anders zu behandeln wäre als ein error in persona.

aa) Die Behandlung der aberratio ictus

Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten.

(1) Gleichbehandlung der aberratio ictus mit dem error in persona (Gleichwertigkeitstheorie)

Auch im Rahmen dieser Frage ließe sich darauf abstellen, dass T hier allgemein einen Menschen töten wollte und dies letztlich auch tat.⁹⁴ Wie beim error in persona handle es sich damit bei der aberratio ictus um einen für den Vorsatz unbeachtlichen Motivirrtum.

Innerhalb dieser Ansicht wird teilweise auch noch danach differenziert, ob es sich um ein höchstpersönliches Rechtsgut handelt oder nicht.⁹⁵ Sind – wie hier – höchstpersönliche Rechtsgüter betroffen, sei der Irrtum beachtlich.

(2) Beachtlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen für Kausalverlaufsabweichungen

Andere wollen die aberratio ictus wie gewöhnliche Abweichungen im Kausalverlauf behandeln und fragen danach, ob die Abweichung wesentlich war. Dies ist der Fall, wenn das Fehlgehen außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung läge und die Umstände eine andere Behandlung verlangten.⁹⁶ Hier lag die Fehlindividualisierung durch eine stark alkoholisierte Person im Rahmen dessen, was ein objektiver Dritter in Rechnung stellen würde, sodass die Abweichung unwesentlich war. Mithin wäre der Irrtum danach unbeachtlich.

(3) Individualisierungsthese

Man könnte wiederum annehmen, dass der Vorsatz der T auf F konkretisiert war und das Überfahren einer anderen Person gerade nicht umfasste. Hiernach macht sich die Täterin nur wegen Versuchs bezüglich des ursprünglich ins Auge gefassten, konkretisierten Objekts und gegebenenfalls wegen Fahrlässigkeit bezüglich des wirklich getroffenen Objekts strafbar.

(4) Streitentscheid

Gegen die erste Ansicht einer formellen Gleichwertigkeit des anvisierten und getroffenen Opfers spricht, dass sie einen allgemeinen Gattungsvorsatz unterstellt, den T nicht hatte.⁹⁷ So wird der

⁹⁴ Noll, ZStW 77 (1965), 1 (5).

⁹⁵ Zur materiellen Gleichwertigkeitslehre siehe die Nachweise bei Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 101 (Fn. 309).

⁹⁶ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 16 Rn. 16.

⁹⁷ Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 103 f.

Nachweis eines spezifischen Tatvorsatzes umgangen. Auch eine Differenzierung nach der Höchstpersönlichkeit von Rechtsgütern überzeugt vor dem Hintergrund nicht, dass auch Vermögenswerte nicht ihrer Gattung nach geschädigt werden.⁹⁸ Eine solche Differenzierung ist nicht im Gesetz angelegt und inkonsequent. Die Individualisierungsthese und die materielle Gleichwertigkeitstheorie kommen zum selben Ergebnis, sodass insoweit ein Streitentscheid dahinstehen kann.

Eine Beurteilung wie im Falle eines gewöhnlichen Abweichens vom Kausalverlauf verkennt den grundlegenden Unterschied zur aberratio ictus.⁹⁹ Eine Abweichung vom Kausalverlauf liegt vor, wenn der Erfolg auf andere Weise als vom Täter geplant eintritt. Bei der aberratio ictus tritt der Erfolg aber gerade an einem ganz anderen als von dem Täter anvisierten Opfer ein und erfasst damit einen ganz anderen Sachverhalt. Eine Gleichbehandlung überzeugt damit nicht.

c) Behandlung des error in persona in der a.l.i.c.

Zur Ausgangsfrage zurückkehrend ist daher zu prüfen, ob der error in persona in der a.l.i.c. als solcher zu behandeln ist, oder ob aufgrund der Fehlindividualisierung im schuldunfähigen Zustand das Geschehen als aberratio ictus zu behandeln ist.

aa) Abstellen auf schuldunfähige T

Dabei lässt sich zunächst auf die Perspektive der schuldunfähigen T abstellen. Dann ergäben sich im Vergleich zum „normalen“ error in persona keine Abweichungen.¹⁰⁰

bb) Abstellen auf schulfähige T

Anders ließe sich auf die schulfähige T abstellen. Insoweit ließe sich anführen, dass sie sich selbst als (schuldunfähiges) Werkzeug einsetzt und der Irrtum erst aufgetreten ist, als sie als ihr eigenes Werkzeug handelte. Insoweit käme es dann darauf an, wie ein Fehler des Werkzeugs sich auf den Hintermann auswirkt. Dabei ließe sich einerseits davon ausgehen, dass der Fehler des Werkzeugs auf den Hintermann „durchschlägt“, also ebenfalls als error in persona zu behandeln ist. Insoweit ergäben sich keine Unterschiede zur ersten Auffassung.

Andererseits ließe sich die Tat für den Hintermann als aberratio ictus, also fehlgegangen, begreifen, weil aus Sicht des Hintermannes das Opfer nicht „nur“ fehlindividualisiert, sondern schlicht das falsche Opfer getroffen wurde.

cc) Individualisierungsrisiko

Letztlich ließe sich darauf abstellen, ob T selbst als mittelbare Täterin eine Ursache für die Fehlindividualisierung gesetzt hat, indem sie insoweit ein hinreichendes Risiko setzte. Ist dies der Fall, liegt ein für den Täter ungünstigerer error in persona vor. Angesichts der starken Alkoholisierung dürfte ein gewichtiges Risiko für das Fehlgehen der Tat gelegt worden sein, sodass hiernach ein error in persona anzunehmen ist.

dd) Streitentscheid

Für die erste Ansicht lässt sich anführen, dass der Irrtum über die Person die Vorsätzlichkeit unbe-

⁹⁸ Rengier, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 15 Rn. 38.

⁹⁹ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 57.

¹⁰⁰ Zur Gleichbehandlung von Irrtum bei Tatmittler und unmittelbarem Einzeltäter Nestler/Prochota, *Jura* 2020, 560 (560 f.).

rührt lasse und es deswegen sachgerechter erscheinen mag, wegen Vollendung zu bestrafen.¹⁰¹ Dies berücksichtigt, dass es nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt, im betrunkenen Zustand einer Fehlindividualisierung zu unterliegen.¹⁰² Selbiges lässt sich für letztere Ansicht anführen, die eine differenzierende Betrachtung ermöglicht und damit grundsätzlich dem Einzelfall gerecht wird. Von Einzelfallgerechtigkeit dürfte in der a.l.i.c.-Konstellation allerdings keine Rede sein, als bei einem bis zur Schuldunfähigkeit berauschten Täter stets ein hinreichendes Fehlindividualisierungsrisiko gesetzt wird. Beide Ansätze ignorieren darüber hinaus die Besonderheit der Tatbestandslösung, bei der es um die Schuldhaftigkeit im Zeitpunkt des Sich-Berauschens geht. Dann kann aber nichts anderes für den Vorsatz gelten, weil das Sich-Berauschen die tatbestandsmäßige Handlung ist und konsequenterweise dem Koinzidenzprinzip gemäß es auf diesen Vorsatz zu dieser Zeit ankommt.¹⁰³ Dieser Vorsatz ist die den Unrechtsvorwurf der a.l.i.c. tragende Verbindung zwischen Tatplan und Tatausführung, die hier entfällt.

Demnach ist die Tat hier im Sinne einer aberratio ictus fehlgeschlagen.

Damit liegt mit der Individualisierungstheorie ein den Vorsatz ausschließender Irrtum vor.

Durch das Betrinken hat T sich nicht wegen eines Totschlags i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar gemacht.

III. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

Durch das gleiche Verhalten kann sich T aber wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Der Erfolg ist zwar in Form des Todes der M eingetreten. Dieser ist T aber nicht zuzurechnen. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 212 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss

T wollte sich betrinken, um dann im schuldunfähigen Zustand M zu überfahren. Sie handelte also mit unmittelbarem Verwirklichungswillen bezüglich eines Totschlags i.V.m. mit den Grundsätzen der a.l.i.c. und somit mit Tatentschluss.

3. Unmittelbares Ansetzen

Sie führte die – nach der oben vertretenen Tatbestandslösung – tatbestandsmäßige Handlung, das Sich-Betrinken, aus und hat somit zur Tatverwirklichung unmittelbar angesetzt.

Hinweis: Da bereits oben die anderen Ansichten abgelehnt wurden, bedarf es keiner weitergehenden Erörterung des Zeitpunkts des unmittelbaren Ansetzens. Es ist gleichwohl nicht negativ zu bewerten, wenn Bearbeiter*innen diese Frage mit Blick auf die unterschiedlichen Ansichten zur a.l.i.c. nochmal thematisieren.

¹⁰¹ BGHSt 21, 381 (383 f.).

¹⁰² Schweinberger, JuS 2016, 507 (508), BGHSt 21, 381 (384).

¹⁰³ Neumann, in: FS Kaufmann, 1993, S. 581.

4. Rechtswidrigkeit

Sie handelte rechtswidrig.

5. Schuld

Im Zeitpunkt des Sich-Betrinkens handelte sie (noch) schuldhaft.

6. Kein Rücktritt

Ein möglicher Rücktritt setzt voraus, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter im Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung keine Möglichkeit mehr sieht, den Erfolg ohne zeitliche Zäsur herbeizuführen.¹⁰⁴ Nach dem Überfahren der M war es T nicht mehr möglich, das eigentliche Opfer noch zeitnah aufzufinden. Der Versuch war somit für sie fehlgeschlagen, ein Rücktritt daher ausgeschlossen.

7. Ergebnis

T hat sich durch das Betrinken somit wegen eines versuchten Totschlags i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. zum Nachteil der F strafbar gemacht.

IV. § 222 StGB durch das Sich-Betrinken zum Nachteil M

Indem T sich betrunken hat, kann sie sich weiter wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Erfolg und Kausalität

Der Erfolg ist mit dem Tod der M eingetreten. Das Sich-Betrinken wurde für diesen kausal.

b) Objektive Sorgfaltswidrigkeit

Das Verhalten der T muss sorgfaltswidrig gewesen sein, sie muss also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben.¹⁰⁵ Dabei ist auf einen objektiven Dritten in der konkreten Situation und mit den Fähigkeiten und Kenntnissen der T abzustellen. Es war allgemein erkennbar, dass im schweralkoholisierten Zustand Fehlindividualisierungen bei der Tatausführung vorkommen können. T handelte sorgfaltswidrig, indem sie sich gezielt betrank, um in diesem Zustand eine Straftat zu begehen.

Hinweis: An das alkoholisierte Fahren selbst kann wegen der Schuldunfähigkeit in diesem Zeitpunkt nicht angeknüpft werden. Vielmehr ist an eine vor diesem Zustand erfolgte Sorgfaltspflichtverletzung anzuknüpfen. Da alle Bedingungen bzw. Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gleichwertig sind, bedarf es der a.l.i.c. insoweit nicht.

¹⁰⁴ BGHSt 34, 53; BGH NStZ 2008, 393; BGH NStZ 2010, 690.

¹⁰⁵ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1118.

c) Objektive Zurechnung

Der Erfolg muss T zuzurechnen sein. Durch ihr pflichtwidriges Verhalten hat sie eine Gefahr für persönliche Rechtsgüter geschaffen, namentlich Leib und Leben anderer. Durch das Überfahren der M realisierte sich der Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Der Erfolg ist ihr auch im Übrigen zuzurechnen.

F tötete M fahrlässig.

2. Rechtswidrigkeit

Dabei handelte sie rechtswidrig.

3. Schuld

Die Möglichkeit der Fehlindividualisierung war für sie im Zeitpunkt des Sich-Betrinkens erkennbar und durch ein nicht betrinken vermeidbar. Sie handelte auch im Übrigen schuldhaft.

Durch das Sich-Betrinken hat F sich gem. § 222 StGB wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil der M strafbar gemacht.

V. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit .a StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

In Betracht kommt weiter eine Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. Im Rahmen des Tatbestandsmodells ist die a.l.i.c. jedoch nicht auf verhaltensgebundene Delikte anzuwenden, bei denen der Unrechtsgehalt in der Tätigkeit selbst liegt.¹⁰⁶ Unter § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB kann aber aufgrund der eng umschriebenen Tathandlung (Führen eines Kraftfahrzeugs) ein Sich-Betrinken nicht subsumiert werden, da nicht bereits „fährt“, wer nur trinkt.¹⁰⁷ Anknüpfungspunkt kann aufgrund des in der Tätigkeit selbst liegenden Unrechtsgehalts auch nicht das schuldhafte „Verursachen des Führens“ sein. Eine Strafbarkeit der M scheidet daher insoweit aus.

VI. § 323a StGB durch das Sich-Betrinken

In Betracht kommt weiter eine Strafbarkeit der T wegen Vollrauschs.

1. Tatbestand

T befand sich alkoholbedingt in einem Rauschzustand. Sie hat sich selbst betrunken, sich also in diesen auch versetzt. Dabei handelte sie vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weiter handelte sie rechtswidrig und schuldhaft.

¹⁰⁶ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 116.

¹⁰⁷ Vgl. die Nachweise bei Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 323a Rn. 36.

3. Begehung einer Straftat im Rauschzustand

Im Rausch beging sie eine rechtswidrige Tat. Neben der (versuchten) a.l.i.c. findet § 323a StGB keine Anwendung,¹⁰⁸ so dass eine Strafbarkeit wegen Vollrauschs insoweit ausscheidet. Indem T mit einer Blutalkoholkonzentration von 3,6 Promille M anfuhr und diese dadurch, als denknottwendiges Zwischenstadium zum Tode, an ihrem Leben konkret gefährdete, hat sie den Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB) StGB erfüllt. Sie handelte dabei auch rechtswidrig. Sie handelte jedoch nicht schuldfähig und eine Bestrafung kann auch nicht über die Grundsätze der a.l.i.c. erfolgen (siehe oben), sodass § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB taugliche Rauschtat i.S.d. § 323a StGB ist.

Durch das Sich-Betrinken hat T sich somit wegen Vollrauschs strafbar gemacht.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

J ist strafbar gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB und § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Diese stehen gem. § 53 in Tateinheit zueinander.

T ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c., wegen einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB und wegen Vollrauschs gem. § 323a StGB. Die Taten wurden durch das gleiche Verhalten begangen. Sie stehen daher grundsätzlich in Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB.

Fragen ließe sich, ob nicht die fahrlässige Tötung hinter den Vollrausch zurücktreten muss. Beide Normen schützen allerdings verschiedene Rechtsgüter. Während die fahrlässige Tötung das Individualrechtsgut Leben schützt,¹⁰⁹ schützt der Vollrausch die Allgemeinheit.¹¹⁰ Beide Delikte konkurrieren daher ideal miteinander.¹¹¹ Somit ergibt sich eine Gesamtstrafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 222, 323a, 52 Abs. 1 StGB.

Zusatzfrage

Aufgrund des im Strafverfahren geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist F als Zeugin persönlich über ihre Wahrnehmung zu vernehmen, § 250 S. 1 StPO. Eine Vernehmung darf grundsätzlich nicht durch das Verlesen eines Protokolls ersetzt werden, § 250 S. 2 StPO.

Vorliegend kommt aber eine Ausnahme gem. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht. Demnach ist eine Verlesung u.a. dann ausnahmsweise zulässig, wenn die zu vernehmende Person in absehbarer Zeit nicht gerichtlich vernommen werden kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Zeuge keinen bekannten Aufenthaltsort hat, sofern nach der Auskunftsperson gesucht worden ist und weitere Nachforschungen keinen Erfolg versprechen.¹¹² F befindet sich im außereuropäischen Ausland. Die Ermittlungen blieben im Übrigen ergebnislos, und insoweit sind keine weiteren Erfolge in Aussicht. Somit hat F keinen bekannten Aufenthaltsort.

Das Vernehmungsprotokoll kann damit ausnahmsweise verlesen werden.

Fraglich ist, wie sich der Umstand auswirkt, dass F in der Vernehmung nicht belehrt wurde. Jedenfalls ein Verstoß gegen § 55 StPO zieht nach überwiegender Ansicht kein Verwertungsverbot nach sich.¹¹³ Etwas anderes gilt grundsätzlich dann, wenn der Zeuge später zum Beschuldigten wird.

¹⁰⁸ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 323a Rn. 31.

¹⁰⁹ Neumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor § 211 Rn. 1.

¹¹⁰ Fahl, JuS 2005, 1076.

¹¹¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 323a Rn. 18.

¹¹² Diemer, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 251 Rn. 14.

¹¹³ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 712.

Gemein ist beiden Überlegungen jedoch, dass ein hieran anknüpfendes Verwertungsverbot mit der Rechtskreistheorie grundsätzlich zunächst nur zugunsten des Aussagenden gilt. Die Rechtskreistheorie fragt ähnlich dem Schutzzweckgedanken danach, ob die verletzte Rechtsvorschrift dem Schutz des Beschuldigten und nicht etwa eines Dritten dient. Fraglich ist, ob dementsprechend ein solches Beweisverwertungsverbot auch für Angeklagte gefolgert werden kann, was voraussetzen würde, dass § 55 StPO dem Schutz des Angeklagten dient. Man könnte annehmen, dass § 55 StPO auch das Interesse des Angeklagten an einer konfliktfreien und wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen schützt.¹¹⁴ Dies verkennt allerdings, dass § 55 StPO Ausfluss des Nemo-tenetur-Grundsatzes ist, der wiederum nur den Aussagenden selbst vor einer ihn belastenden Aussage schützen will.¹¹⁵ Zumal der Gefahr, die Aussagen verdächtiger Zeugen für die Wahrheitsfindung bilden können, schon die Bestimmungen über die Nichtvereidigung tatverdächtiger wie verwandter Zeugen (§§ 60 Nr. 3, 61 Nr. 2 StPO) begegnen.¹¹⁶ Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO beruht ausschließlich auf der Achtung vor der Persönlichkeit des Zeugen.¹¹⁷ Sinn und Zweck von § 55 StPO ist es also, dem Zeugen, und nur ihm, einen Konflikt zu ersparen.¹¹⁸ Der Angeklagte kann kein rechtlich zu schützendes Interesse daran haben, dass die Entschlussfreiheit des Zeugen gewahrt bleibt.¹¹⁹ Demnach gilt ein mögliches Beweisverwertungsverbot allenfalls für F, nicht jedoch für J. Im Verfahren gegen sie kann das Protokoll über die Vernehmung der F damit gem. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO eingeführt werden.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation ist auch ein anderes Ergebnis gut vertretbar. So ließe sich darauf abstellen, dass der Beschuldigte ein berechtigtes Interesse daran hat, dass nur justizkonform erlangte Beweise im Verfahren gegen ihn verwendet werden.

Sofern die Bearbeiter*innen ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot darüber hinaus auf Grundlage einer Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes wegen der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit der Beschuldigten J mit der Belastungszeugin F prüfen, sollte dies positiv honoriert werden.

Aus dem Grundsatz der Verfahrensfairness und insb. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EMRK folgt ein Recht des Beschuldigten den Belastungszeugen, in diesem Fall F, unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen. Eine Nichtgewährung dieses Konfrontationsrecht führt aber nicht unmittelbar zu einem Beweisverwertungsverbot. Ein solches kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn die fehlende Konfrontationsmöglichkeit das Verfahren in seiner Gesamtheit als unfair erscheinen lässt. Dabei spielt insbesondere die Frage, ob die fehlende Konfrontation der Justiz zuzurechnen ist, eine wichtige Rolle. Aber auch die Frage, ob ein Verfahrensverstöß vorliegt – in diesem Fall die fehlende Belehrung – muss in Betracht gezogen werden. Jedenfalls sind in diesen Fällen hohe Anforderungen an die Beweiswürdigung zu stellen und die Verurteilung darf nicht allein auf der Aussage des nicht-konfrontierten Belastungszeugen gestützt werden. Vielmehr müssen andere, gewichtige Gesichtspunkte diese Aussage bestätigen.¹²⁰

¹¹⁴ Paul, NStZ 2013, 489 (490).

¹¹⁵ Bader, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 55 Rn. 1.

¹¹⁶ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹¹⁷ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹¹⁸ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹¹⁹ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹²⁰ Vgl. dazu etwa EGMR, Entsch. v. 17.11.2005 – 73047/01 (Haas./Deutschland) = NStZ 2007, 103; EGMR, Urt. v. 20.12.2001 – 33900/96 (P.S./Deutschland) = NJW 2003, 2893 sowie BGH, Beschl. v. 17.3.2010 – 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224 (2225); BGH, Beschl. v. 29.11.2006 – 1 StR 493/06 = NStZ 2007, 166 f. und BGH, Beschl. v. 22.6.2005 – 2 StR 4/05 = NStZ-RR 2005, 321 f.