

## Lösungsskizze

### Teil I

#### 1. Tatkomplex: Der Schlag ins Gesicht

##### **A) Strafbarkeit des T**

**I) T könnte sich nach § 223 I StGB strafbar gemacht haben, indem er B ins Gesicht geschlagen hat. (-)**

1) Objektiver TB und Vorsatz (+)

2) Eine Rechtfertigung nach § 32 setzt eine Notwehrlage voraus, mithin einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff. Ob ein Angriff vorliegt, beurteilt sich objektiv - ex post. Objektiv wollte B den T nur umarmen. Dass T von einem Angriff ausging, ist für die Rechtswidrigkeit unbeachtlich.

3) Schuld (-)

*Problematisch ist an dieser Stelle der Aufbau, weil der ETBI und die Schuldunfähigkeit wegen des Alkoholkonsums zusammentreffen. Wenn man der herrschenden vorsatzschuldverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie folgt, ist es besser, den Ausschluss der Schuldfähigkeit nach § 20 zuerst zu prüfen, weil durch den ETBI allein die Vorsatzschuld ausgeschlossen wird. Aufgrund der Alkoholintoxikation ist aber die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des T vollständig ausgeschlossen, sodass sich die Frage der Vorsatzschuld nicht mehr stellt. Sollte gleichwohl der ETBI vor der Schuldfähigkeit nach § 20 geprüft werden, soll das aber gleichermaßen gewürdigt werden.*

*Folgt man der Lehre der negativen TB-Merkmale oder der vorsatzunrechtsverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie, sollte man den ETBI vorrangig prüfen, weil der Vorsatzausschluss der Schuldunfähigkeit vorausgeht.*

*Da die Lösungsskizze sich der vorsatzschuldverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie anschließt, wird dieses Problem später behandelt.*

Laut SV ist T aufgrund einer Alkoholintoxikation von 3,5 ‰ schuldunfähig i.S.d. § 20 StGB. Die Schuldunfähigkeit müsste bei Begehung der Tat vorliegen.

a) Der Tatzeitpunkt bestimmt sich gem. § 8 nach dem Zeitpunkt der Handlung. Der tatbestandlich relevante Handlungszeitpunkt ist der Versuchsbeginn nach § 22, mithin das unmittelbare Ansetzen zum Schlag. Zu diesem Zeitpunkt war T schuldunfähig.

aa) Zu prüfen ist, ob eine Ausnahme des Koinzidenzprinzips zuzulassen ist, wenn man sich vorsätzlich in einen schuldausschließenden Zustand begibt (*Kühl AT § 11 Rn. 9*).

Mögliche Argumente:

- Unerträgliche Strafbarkeitslücken
- Anerkennung durch Gewohnheitsrecht
- Ausgeformtes Richterrecht
- Art. 103 II GG gilt nur für den Besonderen Teil des StGB, sodass die Gegenargumente, die darin einen Verstoß gegen Art. 103 II GG sehen, nicht verfangen können.

Gegenargumente:

- Art. 103 II GG gilt auch für den AT. Zum einen legt erst der AT die Grenzen der Tat i.S.d. Art. 103 II GG fest. Zum anderen wurde Art. 103 II GG durch § 1 StGB ausdrücklich dem gesamten StGB vorangestellt und nicht nur dem BT.
- Eine Anerkennung des Gewohnheitsrechts verstößt gegen das Schriftlichkeitsgebot des Art. 103 II (nulla poena, sine lege scripta).
- Auch die Anerkennung von strafbarkeitserweiterndem Richterrecht verstößt gegen das Schriftlichkeitsgebot. Richterrecht ist im Strafrecht nur insoweit anzuerkennen, als es der Ausformung und Präzisierung von TB dient, nicht als Parallelrecht contra legem.
- Strafbarkeitslücken zu schließen, ist nicht die Aufgabe des Rechtsanwenders, sondern des Rechtserzeugers.

➔ *Ausnahmemodell nur vertretbar, wenn der Widerspruch zu Art. 103 II GG argumentativ überzeugend überwunden wird!*

*Für eine hinreichende (kurze) Darstellung: 0,5 P*

bb) Die Schuldfähigkeit könnte aber dann erhalten bleiben, wenn die Tat i.S.d. § 20 nicht nur als Zeitpunkt zwischen Versuch und Vollendung ausgelegt wird, sondern die Vorbereitungshandlung einschließt (Ausdehnungsmodell) (*Streng MüKo § 20 Rn. 128 ff.*)

Die Tat ist in § 11 I Nr.5 legal definiert als Verwirklichung des TB. Nach §§ 8, 22 ist der entscheidende Zeitpunkt der Verwirklichung das unmittelbare Ansetzen. Eine Ausbreitung des Tatbegriffs auf die Vorbereitung widerspricht dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG (nulla poena, sine lege certa) und verwässert das Koinzidenzprinzip als Ausformung des verfassungsrechtlich garantierten Schuldprinzips.

➔ *Wie beim Ausnahmemodell nur vertretbar, wenn der Widerspruch zu Art. 103 II GG argumentativ überzeugend überwunden wird!*

*Für eine hinreichend (kurze) Darstellung: 0,5 P*

**Ergebnis: Mangels Schuld keine Strafbarkeit nach § 223 I.**

## II) Strafbarkeit nach § 223 i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch den Ausgangspunkt des Sich-Betrinkens. (-)

### 1) Objektiver TB (+/-)

a) Sich-Betrinken als taugliche Handlung i.S.d. § 223 I (TB-Lösung). (*Jäger AT Rn. 177 ff.*)

Mögliche Argumente:

- Bei reinen Erfolgsdelikten ist keine bestimmte Handlung tatbestandlich spezifiziert, solange die Handlung kausal, obj. zurechenbar und vom Vorsatz umfasst ist.
- Auf diese Weise können unerträgliche Strafbarkeitslücken geschlossen werden, ohne das Koinzidenzprinzip zu verletzen.
- Vergleichbar mit der Konstruktion der mittelbaren Täterschaft: Der Sich-Betrinkende macht sich selbst zum schuldlos handelnden Werkzeug.
- Mit dem Rechtsgedanken der mittelbaren Täterschaft lässt sich auch die extrem weite Vorverlagerung des Versuchsbeginns bei der TB-Lösung erklären. Die weite Vorverlagerung ist zwar ungewöhnlich, aber von der mittelbaren Täterschaft bekannt (Bei der mittelbaren Täterschaft selbst aber strittig. Siehe Gegenargumente).
- Durch die stetige Rechtsprechung des BGH ist die TB-Lösung als ausgeformtes Richterrecht auch rechtsstaatlich verankert. Anders als beim Ausnahmmodell wird hier auch kein richterrechtliches Parallelrecht contra legem geschaffen, sondern nur der Tatzeitpunkt gem. §§ 8, 22 StGB ausgelegt.

Mögliche Gegenargumente:

- Der relevante Handlungszeitpunkt nach §§ 8, 22 kann zwar ausgelegt werden, aber die Auslegung darf nicht Systematik und Telos der Normen widersprechen. Nach §§ 8, 22 soll der Beginn der Strafbarkeit durch das unmittelbare Ansetzen eingegrenzt werden. Durch das Sich-Betrinken allein wird weder in die Sphäre des Opfers eingedrungen noch wird es einer unmittelbaren Gefährdung ausgesetzt. Außerdem können noch erhebliche Zwischenschritte zwischen dem Betrinken und der Verletzungshandlung liegen. Die Entgrenzung des Tatbeginns von den klassischen Abgrenzungsmethoden zum unmittelbaren Ansetzen ohne eine allgemeingültige Alternative ist vom Zweck des § 22 nicht getragen und allein vom Ergebnis motiviert. Das Betrinken ist somit eine klassische Vorbereitungshandlung, die nur unter der Voraussetzung des § 30 strafrechtlich relevant ist.
- Es entstehen erhebliche systematische Widersprüche, wenn man im Betrinken die Tathandlung sieht.
  - o Zwar ist auch beim mittelbaren Täter nach umstrittener Meinung der Versuchsbeginn mit dem aus der Hand geben des Werkzeugs erheblich vorgelagert. Hier versucht aber der BGH, der die TB-Lösung bei der a.l.i.c. akzeptiert, gerade durch die Voraussetzung, dass das Werkzeug „alsbald“ zur Tatausführung schreiten muss, den Versuchsbeginn beim mittelbaren Täter einzugrenzen.

- Der mittelbare Täter muss über das Werkzeug Tatherrschaft haben. Bei der alic kann sich der Täter aber gerade nicht mehr selbst beherrschen. Die Übertragung des Rechtsgedankens kann daher nicht tragen.
- Obwohl der Versuchsbeginn beim mittelbaren Täter weit vorverlagert ist, kann dieser aber unter den Voraussetzungen des § 24 II zurücktreten. Der Rücktritt bei der alic ist ausgeschlossen. Wenn der Täter zurechnungsunfähig betrunken ist, kann er mangels Freiwilligkeit nicht mehr zurücktreten. Dies ist schon aus Gründen des Opferschutzes abzulehnen.
- Die Schließung unerträglicher Strafbarkeitslücken ist Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Rechtsanwenders. Zudem kennt er das Problem und hat es trotzdem seit sechs Strafrechtsreformen nicht strafrechtlich normiert.
- Dass sich die Lösung der Problematik nicht aus einer allgemeinen Rechtsdogmatik ergeben kann, zeigt die parallele Normierung des Gesetzgebers in § 827 S. 2 BGB. Wenn sogar die Ausnahme bei mangelnder Verantwortlichkeit durch vorsätzliche Berausung für die zivilrechtliche Haftung ausdrücklich normiert werden musste und sich nicht aus einem allgemeinen Rechtsgedanken ergibt, dann muss doch erst recht eine Normierung im eingriffsintensiveren Strafrecht notwendig sein.
- Der Gesetzgeber hat in § 323a eine abschließende Regelung für Handlungen getroffen, die an das Berauschen anknüpfen.

Eine Entscheidung kann allerdings dahinstehen, wenn selbst bei Annahme der alic die objektive Zurechnung oder der Vorsatz ausgeschlossen wären.

#### b) Objektive Zurechnung (-)

Eine Handlung ist objektiv zurechenbar, wenn sich eine rechtlich relevante Gefahr im tatbestandlichen Erfolg realisiert.

aa) Das Sich-Berauschen stellt schon aufgrund des Rechtsgedankens des § 323a kein sozialadäquates Verhalten dar und ist folglich rechtlich relevant.

bb) Die Erfolgsrealisierung könnte aber aufgrund eines atypischen, mithin objektiv unvorhersehbaren und damit nicht zurechenbaren Kausalverlaufes ausgeschlossen sein.

- Vorliegend unterliegt T einem ETBI. Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist ein Irrtum im Rausch nicht unwahrscheinlich. Aber der Anlass des Schlages war nicht der Rausch oder ursprüngliche Plan, sondern der ETBI. Die realisierte Gefahr ist also nicht die Rauschgefahr, sondern ein Irrtum über Strafbarkeitsumstände. Es handelt sich um ein rauschunabhängiges Lebensrisiko.
- Dieser Irrtum ist nicht vergleichbar mit BGHSt 21, 381 (Unbeachtlichkeit eines error in persona während der alic), weil dort das Konkretisierungsrisiko im Rauschzustand entscheidend war. Hier geht es nicht um ein prinzipiell beherrschbares Konkretisierungsrisiko, sondern um das unbeherrschbare, aber erwartungsmäßige Vorhandensein allgemeiner Strafbarkeitsumstände. Dass man im Zustand der Schuldunfähigkeit über Strafbarkeitsumstände irrt, ist auch für einen objektiven Dritten nicht vorhersehbar.

- Andernfalls ergeben sich erhebliche Wertungswidersprüche: Wäre T nicht berauscht, würde seine Vorsatzstrafbarkeit aufgrund des ETBI entfallen. Wenn er neben dem ETBI zum Zeitpunkt des Schlages zusätzlich schuldunfähig nach § 20 war, kann eine Vorsatzstrafbarkeit erst recht nicht in Frage kommen.
- Dies entspricht auch der Wertung des § 323 a. Die Strafbarkeit nach § 323 a scheidet aus, wenn der Täter bei der Rauschtat aus einem anderen Grund als in Folge des Rausches schuldunfähig war. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss auch bei der alic die Strafbarkeit entfallen, wenn die Schuldfähigkeit aus einem anderen Grund als der Alkoholintoxikation entfällt. Die alic hilft insoweit nur über den Mangel der Schuldunfähigkeit aufgrund des Rausches hinweg und nicht über jedwede Schuldunfähigkeit. Schließlich will die alic nur die „unerträglichen Strafbarkeitslücken“ durch die vorsätzliche Berauschung schließen.

Die objektive Zurechnung scheidet aufgrund eines atypischen Kausalverlaufs aus (*Kudlich PdW AT Fall 132*).

## 2) Vorsatz (-)

Sollte gleichwohl die objektive Zurechnung angenommen werden, ist zumindest von einem Vorsatzausschluss aufgrund eines Irrtums über den Kausalverlauf gem. § 16 I auszugehen.

Auch der Kausalverlauf gehört zu den Tatumständen i.S.v. § 16 I.

Abweichungen zwischen dem tatsächlichen und vorgestellten Kausalverlauf müssen rechtlich relevant sein. Rechtlich relevant sind sie, wenn sie nicht innerhalb der persönlichen Lebenserfahrung liegen und daher eine andere Bewertung der Tat rechtfertigen. Dass man einem ETBI unterliegt, ist außerhalb der Lebenserfahrung und eine andere Bewertung der Tat rechtfertigt sich aus den oben genannten Argumenten:

- Die Konstruktion der alic soll nur die Schuldunfähigkeit aufgrund des Rausches beseitigen.
- Wenn T nicht berauscht wäre, wäre er aufgrund des ETBI entschuldigt. Wenn er zusätzlich noch während des Schlages nach § 20 schuldunfähig ist, kann er erst recht nicht bestraft werden.

➔ *Diese Problemkonstellation des Zusammentreffens von ETBI und alic zu erkennen und argumentativ ohne Wertungswidersprüche zu bearbeiten, ist der Schwerpunkt der Klausur!*

*Die überzeugendste Lösung ist, den Streit über die TB-Lösung aufzureißen und dann dahinstehen zu lassen mit dem Argument, dass jedenfalls die objektive Zurechnung oder zumindest die subjektive Zurechnung entfallen muss.*

*Für diese Lösung gibt es je nach Intensität der Argumentation bis zu **5,5 P.***

*Man kann natürlich auch den Streit um die TB-Lösung ausdiskutieren. Bei hinreichender Argumentation sind beide Lösungen gut vertretbar. Es müssen nicht alle*

*aufgeführten Argumente enthalten sein. Entscheidend ist eine stringente, in sich widerspruchsfreie Argumentation.*

*Wer die alic annimmt, sollte sich aber zumindest mit dem Argument auseinandersetzen, dass die TB-Lösung den Versuchsbeginn zu weit vorverlagert. Je nach Intensität der Argumentation bis zu **3,5 P.***

*Wer die alic annimmt, muss natürlich in der objektiven Zurechenbarkeit die Wirkung eines ETBI diskutieren. Die Strafbarkeit durch alic muss aufgrund der eklatanten Wertungswidersprüche an der objektiven Zurechenbarkeit oder beim Vorsatz scheitern! Eine andere Meinung ist nur vertretbar, wenn die Wertungswidersprüche argumentativ überzeugend widerlegt werden können. Bis zu **2 P.***

*Da die TB-Lösung noch h.M. ist, sollten jene, die die alic ablehnen, ausführlich begründen, warum auch bei reinen Erfolgsdelikten nicht jede noch so weit vorverlagerte Handlung einen Versuchsbeginn begründen kann und warum dies zu Wertungswidersprüchen führt. Wer die alic ablehnt, kann natürlich nicht das Problem des ETBI in der alic behandeln. Bei hinreichend ausführlicher und überzeugender Argumentation können die Punkte teilweise aufgefangen werden. Daher bei sehr ausführlicher Auseinandersetzung bis zu **4,5 P.***

### **III) Strafbarkeit des T gem. §§ 223, 22 i.V.m. den Grundsätzen der alic durch das sich Betrinken (+/-)**

1) Tat nicht vollendet (+), s.o.

Strafbarkeit des Versuches nach §§ 223 II, 23 I (+)

2) Tatentschluss (+)

3) Unmittelbares Ansetzen (+/-)

Spätestens an dieser Stelle muss man nun mit den oben angeführten Argumenten der TB-Lösung ausdiskutieren, ob das Betrinken eine taugliche Anknüpfungshandlung für den Versuchsbeginn i.S.d. § 22 bzgl. einer Deliktsverwirklichung nach § 223 ist.

### **IV) Strafbarkeit des T wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 durch das Sich-Berauschen.**

*Auf eine fahrlässige alic muss nicht eingegangen werden. Sie ist im Fahrlässigkeitsbereich überflüssig, weil auch ohne die Konstruktion der alic auf die sorgfaltspflichtwidrige Handlung des Sich-Betrinkens abgestellt werden kann.*

T handelt vorsätzlich. Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist ausgeschlossen, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit nach umstrittener Ansicht nicht im Verhältnis Mehr-Weniger stehen, sondern ein Aliud sind.

Der Streit kann aber vorliegend dahin stehen, weil aus den oben genannten Gründen die objektive Zurechnung fehlt. Es ist auch für einen obj. Dritten nicht vorhersehbar, dass man einem ETBI unterliegt. Zwar wären die Wertungswidersprüche nicht so groß wie bei der Vorsatztat, weil auch jener, der einem ETBI unterliegt, bei Unachtsamkeit wegen Fahrlässigkeit strafbar ist. Aber es realisiert sich nicht die Gefahr des Rausches, sondern die davon unabhängige allgemeine Gefahr eines Irrtums über Strafbarkeitsumstände.

→ 0,5 P

V) Eine Strafbarkeit nach § 229, weil T aus Unachtsamkeit die Umarmung des B für einen Angriff hielt, scheidet mangels Schuldfähigkeit gem. § 20 im Moment des Irrtums aus.

VI) T könnte sich durch das Sich-Berauschen nach § 323a I i.V.m. § 223 I schuldig gemacht haben. (-)

*Man muss hier selbst dann § 323a prüfen, wenn man eine versuchte alic gem. §§ 223, 22 i.V.m. den Grundsätzen der alic angenommen hat. Die formelle Subsidiarität des § 323a greift nicht, weil die versuchte alic nicht das Vollendungsunrecht des § 323a umfasst!*

1) In einen Rausch versetzen (+)

Versetzen in einen psycho-physischen Zustand, der die Fähigkeit beeinträchtigt, sein Verhalten an rechtlichen Verhaltensnormen zu orientieren (*Fischer § 323a Rn. 4*). § 20 muss nicht zwingend erreicht sein. Das kann aber bei vorliegend 3,5 ‰ und festgestellter Schuldunfähigkeit dahinstehen.

2) Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

3) Rauschtat ist objektive Bedingung der Strafbarkeit.

→ Für das Erkennen, dass es sich um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt: **0,5 P**

a) Die Rauschtat müsste eine rechtswidrige Tat gem. § 11 I Nr. 5 sein. T schlägt B vorsätzlich ins Gesicht. Er stellt sich zwar eine Notwehrlage nach § 32 vor, die aber objektiv-ex-post nicht existiert. Eine rechtswidrige Tat liegt somit gem. § 223 I vor.

b) Die Schuldunfähigkeit aufgrund des Rausches müsste alleiniger Grund für den Strafausschluss des T sein.

*Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der verlangt, dass man infolge des Rausches schuldunfähig sein muss und auch aus dem Sinn und Zweck des § 323a. Danach soll nur die Schuldfähigkeit aufgrund des Rausches durch § 323a überwunden werden und nicht jedwede anderen Schuldtausschlussgründe. Ansonsten könnte beispielsweise die Entschuldigung des § 35 dadurch aufgehoben werden, indem der Täter noch zusätzlich berauscht wäre i.S.d. § 323a.*

Die Schuld könnte allerdings zusätzlich durch einen ETBI ausgeschlossen sein.

➔ *Für das Problembewusstsein, dass aufgrund des ETBI § 223 I als Rauschtat nicht in Frage kommt: 0,5 P*

aa) Vorliegen eines ETBI (+)

T stellt sich eine Situation vor, nach der eine Notwehrlage gem. § 32 vorliegen würde (Schlag durch B).

Seine vermeintliche Notwehrhandlung ist auch geeignet und erforderlich.

bb) Rechtsfolge eines ETBI (*Jäger AT Rn. 212 ff.*)

(1) Der Irrtum über das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen könnte den Vorsatz nach § 16 I ausschließen, wenn die Rechtfertigungsgründe Tatumstände i.S.v. § 16 I sind (Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale).

Mögliche Argumente:

- Ziel des Strafrechts ist der effektive Rechtsgüterschutz. Ob ein tauglicher Angriff auf die Rechtsgüter des Opfers vorliegt, ist eine Frage eines einheitlichen Unrechtstatbestandes.
- Der Wortlaut des § 11 I Nr. 5: Rechtswidrige Tat wird als Verwirklichung eines Tatbestandes des StGB definiert. Im Umkehrschluss verwirklicht eine rechtmäßige, mithin gerechtfertigte Tat, also nicht den Tatbestand.
- Auf diese Weise lassen sich gerade beim ETBI und beim fehlenden subjektiven Rechtfertigungselement klare und unkomplizierte Ergebnisse finden.
- So erklärt sich auch, warum es Irrtumsregeln über Tatumstandsirrümer (§ 16) und Irrtumsregeln auf Schuldebene gibt (§§ 17, 35 II), aber nicht auf Rechtfertigungsebene.

Mögliche Gegenargumente:

- Strafrecht dient zwar dem Rechtsgüterschutz. Aber auch bei einer gerechtfertigten Tat werden die Rechtsgüter des Opfers verletzt. Diese eingetretene Verletzung ist nur ausnahmsweise erlaubt, weil die Rechtsordnung den Rechtsgütern des Täters den Vorrang einräumt. Es kollidieren also zwei verschiedene Rechtsgutsträger. Diese Kollision kann durch eine Vermengung dieser beiden Ebenen auf Tatbestandsebene nicht hinreichend differenziert gewürdigt werden. Deutlich wird das gerade beim ETBI. T will das Opfer verletzen, mithin sein Rechtsgut angreifen. Er will sich durch die Rechtsgutverletzung zwar selbst nur schützen. Die Rechtsgutverletzung beim Opfer wird dadurch aber nicht geringer.
- Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich durch die Normierung des § 11 I Nr. 5 keiner Verbrechenslehre den Vorrang geben (BT-Drs. 7/550 S. 221).
- Die Lehre steht im Widerspruch zur Systematik des StGB, die ausdrücklich zwischen Tat (2. Abschnitt) und Rechtfertigung (4. Abschnitt) trennt.

➔ *Bei hinreichender Argumentation sind beide Ansichten vertretbar. Da aber die Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale gewichtigen Bedenken ausgesetzt ist,*



*muss der Bearbeiter, der sich ihr anschließt, zumindest die Gegenargumente darstellen und erkennen, dass die äußere Systematik des StGB nicht mit der Lehre vereinbar ist.*

(2) Da der Täter nicht über Tatumstände nach § 16 I irrt, fehlt ihm aufgrund der fehlerhaften Annahme eines Rechtfertigungsgrundes das Unrechtsbewusstsein gem. § 17 (strenge Schuldtheorie).

Mögliche Argumente:

- Der Wortlaut lässt eine solche Interpretation zu. Da T irrtümlich von einer Notwehrlage ausgeht, fehlt ihm die Einsicht, Unrecht zu tun.

Gegenargumente:

- Jedoch streitet das Telos gegen eine solche Auslegung. § 17 soll nur die Fälle erfassen, bei denen trotz Kenntnis aller tatsächlichen Umstände dem Täter die Einsicht fehlt, dass die Verwirklichung dieser tatsächlichen Umstände auch Unrecht ist.

→ *Nach dem heutigen Stand der Lehre nicht mehr vertretbar.*

(3) Aus dem Vorangegangenen folgt, dass der ETBI weder den Tatbestand des § 16 noch den Tatbestand des § 17 erfüllt. Aber die Wertung des § 16 liegt näher, weil der Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes strukturell mit einem Irrtum über einen Tatumstand vergleichbar ist. In beiden Fällen irrt der Täter über tatsächliche Umstände. Der Unrechtsvorwurf ist also geringer (eingeschränkte Schuldtheorie).

(a) Aufgrund dieser Vergleichbarkeit mit § 16 soll er analog angewandt werden, sodass der Tatbestandsvorsatz nachträglich entfällt (vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie).

Mögliche Argumente:

- Es liegt die für eine Analogie planwidrige Lücke vor. Die Umstände sind auch vergleichbar.
- Dadurch kann zwar der Teilnehmer nicht mehr bestraft werden, aber diese Lücke ist hinzunehmen, zumal in vielen Fällen eine mittelbare Täterschaft vorliegt.
- Die Lösung ist methodisch konsequent und nicht unnötig kompliziert wie die vorsatzschuldverneinende Lösung.

Mögliche Gegenargumente:

- Der Lösung fehlt es an dogmatischem Unterbau. Durch die analoge Anwendung wird nicht klar, an welcher Stelle sie dogmatisch den geringeren Unrechtsgehalt verortet. Denn der natürliche Tatbestandsvorsatz liegt unbestritten vor. Das Tatbestandsunrecht ist somit erfüllt. Ein darüber hinausgehendes Unrecht ist wohl eher eine Frage der personalen Zurechnung, mithin der Schuld. Aber die Verquickung von Tatbestandsvorsatz und Schuld ist seit der finalen Handlungslehre überwunden.

- Es entstehen durch die vorsatzunrechtsvereinende Lösung unerklärliche Widersprüche. So würde niemand zweifeln, dass T vorsätzlich gehandelt hat, wenn er tatsächlich nach § 32 gerechtfertigt wäre. Warum soll dann aber ein Weniger an Rechtfertigung, folglich ein Mehr an Unrechtsverwirklichung, den Tatbestandsvorsatz entfallen lassen?

→ *Bei hinreichender Argumentation sind beide Ansichten vertretbar.*

(b) Nach der oben aufgeführten Kritik an der vorsatzunrechtverneinenden Lösung ist es konsequent, den Unrechtsmangel durch den Irrtum in der Schuld zu verorten. Parallel zur subjektiven Fahrlässigkeit gibt es auch eine Vorsatzschuld. Die Schuld ist die personale Zurechnung, in der alle strafbarkeitsbegründenden Faktoren dem Täter persönlich zuzurechnen sind. Das schließt auch den Vorsatz ein. Das zuzurechnende Unrecht ist durch den Irrtum nicht mit der typischen Vorsatzschuld vergleichbar und entfällt. Bei hinreichender Fahrlässigkeit bleibt die Fahrlässigkeitsschuld. Daher ist nur die Rechtsfolge des § 16 I 2 analog anzuwenden (rechtsfolgenverweisende oder vorsatzschuldverneinende eingeschränkte Schuldtheorie).

**Ergebnis zu § 323 a i.V.m. § 223 I: Da T bei der Rauschtat einem ETBI unterliegen ist, ist seine Schuldfähigkeit nicht nur in Folge des Rausches ausgeschlossen. Daher kommt eine Strafbarkeit gem. § 323 a i.V.m. § 223 I nicht in Betracht.**

→ *Bei dem Streitstand zum ETBI kommt es nicht darauf an, alle Lösungen perfekt referieren zu können, sondern ein Problembewusstsein für die Abgrenzung von § 16 und § 17 zu entwickeln.*

*Es soll darauf geachtet werden, dass die Lösungen sauber am Wortlaut §§ 16, 17 entwickelt werden und nicht einfach nur die auswendig gelernte Karteikarte aufgesagt wird.*

*Eine Entscheidung zwischen der vorsatzunrechtsverneinenden und der vorsatzschuldvereinenden eingeschränkten Schuldtheorie ist notwendig, weil im vorliegenden Fall eine Beteiligung des W im Raume steht.*

*Je nach Intensität der Argumentation bis zu 3 P.*

**VII) Als Rauschtat kommt aber eine fahrlässige Körperverletzung nach § 229 in Betracht, weil T aus Unachtsamkeit die Umarmung des B nicht erkennt, sodass T nach § 323a i.V.m. § 229 strafbar ist. (+)**

Ein Strafantrag nach § 323 a III i.V.m. § 230 ist gestellt.

→ **0,5 P**

**Zwischenergebnis für T im 1. TK: T hat sich nur nach § 323a i.V.m. § 229 schuldig gemacht.**

## **B) Strafbarkeit des W**

### **I) Körperverletzung an B durch Unterlassen an B, §§ 223, 13 (-)**

W hält das Gerede des T für „dummes Geschwätz“. Er hält die Verletzung des B somit weder ernsthaft für möglich, noch ist dem SV zu entnehmen, er finde sich damit ab.

### **II) Fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen an T, §§ 229, 13 (-)**

Im SV ist keine reale Handlungsmöglichkeit des W angegeben, wie er den T hätte abhalten können. Er kennt auch nicht den B, um ihn eventuell zu warnen.

Das Ausschchenken des Alkohols ist kein Unterlassen, sondern ein Tun.

### **III) Keine Strafbarkeit als mittelbarer Täter nach §§ 223, 25 I 2. Var, da W weder Tatherrschaft noch den Willen zur Tatherrschaft noch Vorsatz bzgl. einer Körperverletzung hat.**

### **IV) Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Körperverletzung an B durch Ausschchenken des Alkohols, §§ 223, 27 (-)**

#### 1) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat durch T (+)

a) Da es aufgrund der limitierten Akzessorietät nicht auf die Schuld des Täters ankommt, ist die Schuldunfähigkeit nach § 20 aufgrund der Berausung des T unbeachtlich.

b) Hier ist entscheidend, welcher Meinung man sich bei der Lösung des ETBI angeschlossen hat. Wer der Lehre der negativen TB-Merkmalen oder der vorsatzunrechtverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie folgt, muss hier eine taugliche Haupttat mangels Vorsatz ablehnen. Folgt man der vorsatzschuldverneinenden Lösung, liegt eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vor.

#### 2) Hilfe leisten durch Ausschchenken des Alkohols (+)

Hilfe leisten ist jede Handlung, welche den Taterfolg objektiv fördert, erleichtert, ermöglicht, beschleunigt oder intensiviert (*Jescheck/Weigend AT § 64 Anm. 2c*). Sie muss aber selbst nicht *conditio-sine-qua-non* kausal für die Haupttat sein. Durch den Alkohol hat sich T Mut angetrunken, sodass seine Handlung zumindest erleichtert wurde.

#### 3) Objektive Zurechnung (+)

a) Das Ausschchenken von Alkohol könnte allerdings sozialadäquat sein. Dies könnte sich aus der Wertung des Art. 12 GG bei beruflich neutralem Verhalten ergeben.

Aber nicht jedes berufliche Verhalten kann a priori aus dem strafrechtlichen Kontext ausgeschlossen werden, soweit es nicht nur in einem beruflichen oder privaten Umfeld aktuell wird, sondern auch einen objektiv strafrechtlich-sozialen Sinnbezug hat (*BGHSt. 46, 107, 113*). Dieser liegt vor, wenn die Beihilfehandlung selbst einen deliktischen Sinnbezug hat (*Roxin AT II § 26 Rn. 221 ff.*). Aus der Wertung des § 323a ergibt sich ein deliktischer Sinnbe-

zug des Ausschanks von Alkohol, wenn er in Mengen ausgegeben wird, die geeignet sind, Rauschzustände hervorzurufen.

b) Die objektive Zurechnung könnte ausgeschlossen sein, wenn das Ausschanken des Alkohols kein rechtlich missbilligtes Risiko darstellt.

Wann ein erlaubtes Risiko überschritten ist, kann in einem rechtsgüterschützenden Strafrecht durch die Abgrenzung von Handlungssphären nach ihrem spezifischen Risikogehalt ermittelt werden. Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsgüterschutz und allgemeiner Handlungsfreiheit muss unter Berücksichtigung des Gewichts der in Frage stehenden Straftat und der Intensität der Freiheitsbeschränkung aufgelöst werden. Je höher der Unwert der drohenden Straftat, desto erheblicher darf die Einschränkung der Handlungsfreiheit sein. Eine konkrete Abgrenzung wann der Unwert der Straftat die Einschränkung der Handlungsfreiheit bei neutralen Handlungen rechtfertigt, kann durch die Deliktspezifizierung in § 138 gelingen (*Hefendehl Jura 1992, 374, 377*). Die vorliegend drohende Körperverletzung ist zwar keine Katalogtat nach § 138.

Bei einer rechtsgutorientierten Abgrenzung der Verantwortungssphären, ist aber für den Ausschluss der objektiven Zurechnung aufgrund einer neutralen Beihilfe erforderlich, dass dem Handeln des Gehilfen keine rechtsgutgefährdende Tendenz innewohnt. Durch die Pflichtverletzung des W nach § 20 Nr. 2 GastG begründet er aber eine Rechtsgutgefährdung, weil § 20 Nr. 2 GastG auch vor den abstrakten Gefahren der Berauschung für die Allgemeinheit schützen soll. Bestärkt wird diese Auslegung durch die Normierung des § 323a als abstraktes Gefährdungsdelikt. Insoweit schafft W durch das Ausschanken des Alkohols entgegen § 20 Nr. 2 GastG eine Rechtsgutgefährdung, sodass auch nach dieser Ansicht ein Ausschluss der objektiven Zurechnung durch neutrale Beihilfe ausscheidet.

➔ *Eine ausführliche Diskussion wird nicht erwartet, wohl aber ein kritisches Problembewusstsein. Es soll auch keine Abstriche in der Bewertung geben, wenn das Problem der objektiven Zurechnung im Hinblick auf den mangelnden Vorsatz nur kurz angerissen wird. Für eine ausführliche Diskussion gibt es **0,5 P** zusätzlich.*

4) Vorsatz (-)

a) Bzgl. des Ausschankens des Alkohols (+)

b) Bzgl. der Haupttat (-)

Die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes muss sich zwar nicht auf alle Einzelheiten der Haupttat beziehen. Aber die wesentlichen Merkmale des Unrechtsgehalts und der Angriffsrichtung der Tat müssen erfasst werden (BGHSt. 42, 135, 138).

Vorliegend hält W das Gerede nur für dummes Geschwätz, sodass er überhaupt keinen Unrechtsgehalt vermutet.

➔ *Auf die einschränkenden Besonderheiten durch die „neutrale Beihilfe“ auf subjektiver Ebene muss hier mangels Vorsatzes bzgl. der Haupttat nicht eingegangen werden. Möglich wäre auch, den objektiven Tatbestand mit dem Hinweis deutlich*

*kürzer darzustellen, dass jedenfalls der Vorsatz bzgl. der Haupttat fehlt. Es muss aber auf jeden Fall sauber subsumiert werden, warum der Vorsatz abzulehnen ist, und kurz dargestellt werden, wie sich die Behandlung des ETBI auf die vorsätzlich rechtswidrige Haupttat auswirkt. Dann bis zu 1 P.*

**V) Beihilfe zum Vollrausch gem. §§ 323a, 27 (Kulhanek JA 2011, 832 ff.)**

1) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, § 323a i.V.m. § 229 (+)

2) Hilfe leisten durch Ausschchenken des Alkohols (+)

Tathandlung der Haupttat ist das Sich-Berauschen. Indem W dem T nachschenkt, fördert er den Rausch.

Sonderproblem: Ist das Ausschchenken von Alkohol überhaupt eine taugliche Beihilfe bei § 323a?

Ablehnend:

- Unangemessene Ausdehnung der Strafbarkeit auf alltägliches Sozialverhalten.
- § 323a ist nur eine Ausnahme des § 20 und daher kein teilnahmefähiger, allgemeiner TB.

Befürwortend:

- Die weite Ausdehnung ist für alle Pflichtdelikte typisch.
- § 323a ist nicht als Ausnahme von § 20 ausgestaltet, sondern als eigenständiges abstraktes Gefährdungsdelikt. Auch an abstrakten Gefährnungsdelikten ist eine Teilnahme möglich.
- Das Handlungs- und Erfolgsunrecht (vorsätzliches Sich-Betrinken) ist zwar weit vorverlagert, aber stellt eine selbstständige Tathandlung dar. Wer diese fördert, kann nach § 27 Beihilfe leisten.
- Einschränkende Kriterien lassen sich dogmatisch sauberer über die Fallgruppen der objektiven Zurechnung lösen als über einen generellen Ausschluss der Beihilfe.

**→ Der Streit wird nicht erwartet. Wer hier überhaupt Problembewusstsein zeigt, kriegt zusätzlich 0,5 P.**

3) Objektive Zurechnung (+)

aa) Ausschchenken von Alkohol in einer Wirtschaft ist sozialadäquat bzw. erlaubtes Risiko. (-)

Trinken ist in der deutschen Gesellschaft akzeptiert und sogar kulturstiftend.

Gegenargumente:

- Der Rausch selbst erfüllt schon das tatbestandliche Unrecht nach § 323a. Die objektive Bedingung der Strafbarkeit hat keinen Einfluss auf das Handlungs- und Erfolgsunrecht des Vollrausches. Der Rausch ist also strafbewehrt. Strafbewehrtes Verhalten kann nie sozialadäquat sein.

- Abusus non tollit usum: Der Missbrauch hebt den rechten Gebrauch nicht auf. Das gesellige, mäßige Trinken ist sozialadäquat, nicht der Missbrauch (Rausch).
- Das erlaubte Risiko endet dort, wo ausdrücklich das Verhalten pflichtwidrig wird (BGH NJW 1976, 1175, 1176). Nach § 20 Nr. 2 GastG ist das Ausschchenken von Alkohol an erkennbar Betrunkene verboten, mithin pflichtwidrig. Hier ist das Risiko nicht mehr erlaubt.

bb) Ausschluss der objektiven Zurechenbarkeit durch eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers. (-)

Dies setzt voraus, dass das Opfer noch freiverantwortlich handeln kann. Bei der Beihilfe zu § 323a aber überschreitet das Opfer zumindest die Grenze des § 21, sodass seine Eigenverantwortlichkeit stark eingeschränkt ist.

cc) Ausschluss der objektiven Zurechenbarkeit aufgrund berufstypischer, neutraler Beihilfe. (-)

(1) Auch berufliches Verhalten hat einen strafrechtlichen Kontext, wenn die „neutrale“ Handlung einen deliktischen Sinnbezug aufweist.

Ausschenken von Alkohol hat im Zusammenhang mit § 323a einen deliktischen Sinnbezug (s.o.).

(2) Außerdem kann pflichtwidriges Verhalten (s. § 20 Nr. 2 GastG) auch nicht als erlaubtes Risiko klassifiziert werden.

(Zur einschränkenden Auslegung der objektiven Zurechnung aufgrund neutraler Beihilfe siehe S.12.)

**Zwischenergebnis: Der objektive TB ist erfüllt.**

4) Vorsatz (+)

a) bzgl. Ausschchenken des Alkohols (+)

b) bzgl. Haupttat (+)

Die Haupttat ist das Sich-Berauschen. Nicht die Rauschtat! Bzgl. des Sich-Berauschs durch T handelt W zumindest mit Eventualvorsatz.

c) Einschränkung des Vorsatzes bei neutraler Beihilfe (-)

Unter Berücksichtigung des Art. 12 GG kann nicht jede berufstypische Handlung, die vom Haupttäter auch für eine Straftat missbraucht werden kann, die Strafbarkeit des Berufsausübenden begründen. Es muss vielmehr eine besondere subjektive Beziehung zwischen der Beihilfehandlung und dem Erfolg vorliegen.

aa) Eine solche ist anzunehmen, wenn T die Absicht hat, eine strafbare Handlung zu begehen (sich Berauschen), und W das sicher weiß.

bb) Oder wenn W es für möglich hält, dass seine Beihilfehandlung für eine Straftat ausgenutzt wird, und T erkennbar tatgeneigt ist.

Beide Fälle liegen vor. W weiß sicher, dass T sich berauschen will bzw. er hält es allemal für möglich, dass der Ausschank für den Rausch des T genutzt wird. Es ist auch objektiv erkennbar, dass T tatgeneigt ist. Daher kommt eine Einschränkung durch neutrale Beihilfe nicht in Betracht.

#### 5) Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

→ Die Prüfung der Beihilfe zum Vollrausch ist der Schwerpunkt der Strafbarkeit des W. Für eine gute Bewertung ist entscheidend, dass sich der Bearbeiter mit den Problemen der objektiven Zurechnung (Sozialadäquanz, erlaubtes Risiko, neutrale Beihilfe) und dem Vorsatzproblem der neutralen Beihilfe argumentativ auseinandersetzt und Problembewusstsein zeigt. Dabei soll eine gute Bearbeitung auch auf § 20 GastG Bezug nehmen und herausarbeiten, dass die Grenzen der Einschränkung der Strafbarkeit durch die objektive Zurechnung stets dann erreicht sind, wenn der Gesetzgeber die Pflichtwidrigkeit ausdrücklich normiert hat. Besonders kritisch zu bewerten ist eine Bearbeitung, die nicht hinreichend zwischen dem Vollrausch und der Rauschtat differenziert. Max. **3,5 P.**

### **VI) Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung gegenüber B durch Ausschanken des Alkohols, § 229 (-)**

1) B ist verletzt und das Ausschanken des Alkohols war kausal. Eine obj. Sorgfaltspflichtverletzung liegt schon gem. § 20 Nr. 2 GastG vor.

#### 2) Objektive Zurechnung (-)

##### a) Schutzzweck der Norm

§ 20 Nr. 2 GastG soll vor erheblicher Berauschung schützen. Die Wertung des § 323a zeigt, dass der Gesetzgeber im Rausch eine Gefahr für die Allgemeinheit sieht. Daher erfasst der Schutzzweck des § 20 Nr. 2 GastG auch die körperliche Unversehrtheit des B.

##### b) Atypischer Kausalverlauf (+)

Im Schlag des T hat sich nicht die Gefahr des Rausches realisiert, sondern ein allgemeines Lebensrisiko aufgrund eines ETBI. Das war auch nicht objektiv vorhersehbar. Ein anderes Ergebnis müsste im Widerspruch zur Strafbarkeit des T stehen. Wenn es für den T schon nicht objektiv vorhersehbar war, kann für den W, der einen geringen Tatbezug hat, nichts anderes gelten.

→ Die Prüfung des § 229 ist kein Schwerpunkt. Aber die objektive Pflichtverletzung nach § 20 Nr.2 GastG zu erkennen, die Auslegung des Schutzzwecks des § 20 Nr.2 GastG und das Erkennen des atypischen Kausalverlaufs kann von einer guten Bearbeitung verlangt werden. **0,5 P.**

## **VII) Strafbarkeit nach § 223 gegenüber T, indem er einem „ersichtlich Betrunkenen“ weiter Alkohol ausschenkt (-)**

1) Erfolg und Kausalität (+), durch das Ausschenken des Alkohols wird ein pathologischer Zustand (Alkoholintoxikation) auch bei geringen Mengen kausal zumindest verstärkt.

2) Obj. Zurechnung (+)

Kein Ausschluss der Erfolgsrealisierung durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des T. Zwar hat T den Tatherrschaftszeitpunkt des Trinkens selbst in der Hand. Aber spätestens nachdem er die Grenze des § 20 StGB erreicht hat, handelt er nicht mehr freiverantwortlich.

3) Vorsatz (+), jedenfalls dolus eventualis.

4) Rechtswidrigkeit (-)

Es liegt aber wohl eine Einwilligung vor. Man mag daran mit dem Argument zweifeln, T sei im Bereich der Schuldunfähigkeit nicht mehr fähig, wirksam einzuwilligen. Dieses Argument übersieht aber, dass die Einwilligung vor der Rechtsgutverletzung vorliegen muss, mithin vor dem Moment der Schuldunfähigkeit. Als T dem W bekundet, sich Mut antrinken zu wollen, hat er in eine Alkoholintoxikation eingewilligt. Andernfalls könnte schließlich auch niemand in eine Operation unter Vollnarkose einwilligen, weil man dort auch im Moment der Operation bewusstlos ist.

→ *Bis zu 1 P*

## **2. Tatkomplex: Die Briefftasche der R**

### **A) Strafbarkeit des T nach § 249 I durch das Einstecken der Briefftasche (-)**

Wegnahme (-)

- Kein Bruch des Gewahrsams, weil B „bereitwillig“ die Briefftasche hinreicht. Daher kein Gewahrsamsübergang gegen den Willen des B.
- Auch kein Bruch gegenüber dem Gewahrsam der R. Sie hat den Gewahrsam schon durch das versehentliche Einstecken der Briefftasche durch B verloren. Auch kein gelockerter Gewahrsam, weil sie nach der Verkehrsanschauung nicht jederzeit die Möglichkeit hat, die tatsächliche Sachherrschaft über die Briefftasche wiederzuerlangen.

→ *Sollte erkannt werden. Kann auch in einem Satz abgelehnt werden. 0,5 P*

### **B) Räuberische Erpressung durch den Schlag gegen B, §§ 253, 255 (-)**

Der Schlag ist Gewalt gegen eine Person. Der Nötigungserfolg die Herausgabe der Briefftasche.

Es fehlt aber im Moment des Schlages an der finalen Verknüpfung. T schlägt nicht, um von B die Herausgabe der Briefftasche zu erzwingen.



→ Die mangelnde Finalität ist offensichtlich. Sollte erkannt werden und ohne große Ausführungen abgelehnt werden. **0,5 P**

**C) Räuberische Erpressung durch konkludente Drohung mit weiteren Schlägen gegen B, §§ 253, 255 (-)**

Zwar wird die Drohung aus der Sicht des Opfers beurteilt. Aber auch eine konkludente Drohung setzt ein objektiv erkennbares Verhalten voraus. Indem T objektiv erkennbar von B ablässt, kann in seinem Verhalten auch keine Androhung eines zukünftigen Übels liegen. Dass sich B weiter bedroht fühlt, ist nicht relevant, wenn es objektiv kein strafrechtlich relevantes Verhalten des T gibt. Daher liegt auch keine konkludente Drohung vor.

→ Sollte erkannt werden. Kann auch sehr kurz gehalten abgelehnt werden. **0,5 P**

**D) Räuberische Erpressung durch Drohen aufgrund unterlassener Aufklärung, dass T keine Erpressungsabsichten hat, §§ 253, 255, 13 (-)**

I) Problematisch wäre schon die Garantenstellung. Ingerenz setzt pflichtwidriges Vorverhalten (Schlag ins Gesicht) voraus, dass die nahe Gefahr der Tatbestandsverwirklichung schafft. Ob der Schlag die nahe Gefahr des Vermögensverlustes schafft, ist fraglich.

II) Selbst wenn man eine Garantenstellung annimmt, ist problematisch, ob ein Drohen durch Unterlassen dem Unrechtsgehalt eines Drohens durch aktives Tun entspricht, § 13 a.E.

III) Jedenfalls fehlt die Finalität. T unterlässt die Aufklärung nicht, um sich durch die Brieftasche zu bereichern. Laut SV erkennt er nicht, dass B sich bedroht fühlt. Er nutzt die Bedrohung also nicht aus.

→ Mit Hinweis auf die mangelnde Finalität schnell ablehnen. **0,5 P**

**E) Hehlerei durch das Einstecken der Brieftasche, § 259 (-)**

I) Rechtswidrige Vortat des B (+)

1) § 242 durch B gegenüber R (-)

a) Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache (+)

b) Vorsatz (-)

B erkannte nicht, dass es sich um die Brieftasche der R handelte. Er glaubte, es sei seine eigene. Folglich fehlt ihm der Vorsatz bzgl. einer fremden Sache.

2) § 246 durch das Übergeben der Brieftasche an T (+)

a) Objektiver TB

aa) Fremde, bewegliche Sache (+)

bb) Manifestation der Zueignungsabsicht (+)

(1) Durch Wegnahme bei R (-)

B hatte keine Absicht der dauerhaften Enteignung der R.

(2) Durch Herausgabe an T (+)

B erkennt die wahren Eigentumsverhältnisse, als er die Briefftasche aus seiner Tasche zieht. Indem er sie trotzdem an T herausgibt, geriert er sich für einen objektiven Dritten erkennbar als Eigentümer. Er will T aus seinem Vermögen befriedigen und stellt die Briefftasche als sein Vermögen dar. Dafür muss er sich zumindest vorübergehend die Sache in sein Vermögen einverleiben (vorübergehende Aneignung). Gleichzeitig wird R faktisch dauerhaft aus ihrer Sachherrschaftsposition verdrängt (dauerhafte Enteignung).

b) B handelt vorsätzlich. Er erkennt, dass er sich die Sache zumindest vorübergehend einverleibt und R dauerhaft die Sachherrschaftsposition entzieht.

c) Rechtswidrigkeit (+)

B glaubt, es drohen ihm weitere Schläge, und will sich mit der Hingabe fremden Eigentums schützen. Insoweit könnte eine Gefahr im Sinne des § 34 vorliegen. Aber auch die Gefahr nach § 34 ist objektiv-ex post zu beurteilen, sodass nur ein ETBI vorliegt.

d) Schuld

Die Schuld könnte durch den ETBI ausgeschlossen sein. Allerdings muss nach § 259 die Vortat nur eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 I Nr. 5 sein, mithin muss sie nicht schuldhaft sein.

Wer also der vorsatzschuldverneinenden Lösung folgt, hat eine taugliche Vortat. Wer einer Lösung folgt, nach der der Vorsatz gem. § 16 I ausgeschlossen ist, kann die Hehlerei nicht weiter prüfen.

Da nach der hier favorisierten vorsatzschuldverneinenden Lösung nur die Schuld ausgeschlossen ist, liegt eine taugliche Vortat vor.

➔ *Hier liegt die Schwierigkeit darin, die Strafbarkeit des B inzident zu prüfen. Die einzelnen Prüfungsschritte sind unstrittig, wenn man sie erkennt. Es geht hier darum, die inzidente Prüfung sauber aufzubauen und zu subsumieren. Der ETBI wirft keine Probleme auf und muss nicht noch einmal ausführlich geprüft werden. Es dürfen sich aber keine Widersprüche der Rechtsfolgen des ETBI mit dem ETBI im 1. TK ergeben. Kritisch ist zu beurteilen, wenn man den Zeitpunkt der Unterschlagung nicht genau benennt. Bis zu **2 P.***

II) B muss die Sache durch die Vortat erlangt haben. Man könnte daran mit dem Argument zweifeln, B habe schließlich schon vor der Unterschlagung die Sache im Besitz und somit nicht durch die Unterschlagung erlangt. Zur Erlangung einer Sache i.S.d. § 259 genügt aber schon, wenn sich durch Unterschlagung eine veränderte Besitzposition manifestiert. Wenn also Fremdbesitz in Eigenbesitz umschlägt. Das ist hier der Fall. B hatte zu Anfang nur Fremdbesitz. Erst durch die Unterschlagung manifestierte er für einen objektiven Dritten seine Eigentümerposition, mithin schlägt ab diesem Zeitpunkt der Fremdbesitz in Eigenbesitz um. (vgl. Lauer MüKo § 259 Rn. 39)

Die Vortat muss ferner abgeschlossen sein. Die Unterschlagung ist in dem Moment vollendet, in dem B die Fremdheit der Brieftasche feststellt und trotzdem vor T auf den Tresen legt.

III) T müsste sich die Sache verschafft haben. (-)

Sich verschaffen i.S.d. § 259 ist die Erlangung tatsächlicher, selbstständiger Verfügungsgewalt im Einvernehmen mit dem Vortäter.

Problematisch ist die Frage der Einvernehmlichkeit.

Auslegung des Tatbestandmerkmals:

Wortlaut ist nicht eindeutig:

Einvernehmen kann jedes willentliche Zusammenwirken umfassen (*Küper BT S. 283 f.*).

Es kann auch enger ausgelegt werden, sodass nur kollusives Zusammenwirken umfasst ist. (*Jäger BT Rn. 405*)

Telos:

Wenn man davon ausgeht, durch die Hehlerei werde nur die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage geschützt, dann reicht jedes willentliche Zusammenwirken.

Wenn man aber den Zweck der Strafbarkeit der Hehlerei auch darin sieht, dem Dieb keine Anreize zu schaffen, das Diebesgut absetzen zu können, dann kann nur ein kollusives Zusammenwirken ausreichen. Andernfalls wäre es für den Vortäter sogar abschreckend, wenn er befürchten müsste, sein Diebesgut durch Erpressung oder Betrug zu verlieren. Daher reicht nur kollusives Zusammenwirken aus.

➔ Beide Ansichten gut vertretbar. Das Problem muss gesehen und diskutiert werden. Bei guter Argumentation bis zu **1,5 P.**

B will aber nicht kollusiv mit T zusammenwirken. Er handelt aus vermeintlichem Nötigungsdruck. Folglich liegt kein kollusives Zusammenwirken vor.

Zwischenergebnis: Mangels eines Sichverschaffens liegt keine Hehlerei vor.

## **F) Versuchte Hehlerei durch Einstecken der Brieftasche, §§ 259, 22 (-)**

I) Die Hehlerei ist nicht vollendet (s.o.) und nach §§ 22, 23, 259 III strafbar.

II) Tatentschluss (+)

1) T weiß, dass die Brieftasche R gehört. Zumindest Tatentschluss mit *dolus eventualis* liegt vor, dass die Brieftasche durch rechtswidrige Tat in den Besitz des B gekommen ist.

2) T hat auch Tatentschluss bzgl. des Sich-Verschaffens. Er glaubt laut SV, dass B das so will und geht von einem kollusiven Zusammenwirken aus.

3) T handelt auch in eigennütziger Bereicherungsabsicht.

III) Rechtswidrigkeit (+)

IV) Schuld (-), § 20

→ Die Leistung ist schon erbracht, wenn der Versuch der Hehlerei erkannt wurde. Neben einer Subsumtion unter den Tatbestand sind keine weiteren Ausführungen erforderlich. **1 P**

**G) Es bleibt aber die Strafbarkeit nach § 323a i.V.m. §§ 259, 22.**

**H) Strafbarkeit nach § 323a i.V.m. § 246 (-)**

I) Eine vorsätzliche Berauschung liegt vor.

II) Rauschtat, Unterschlagung, § 246 (-)

1) Brieftasche als fremde bewegliche Sache (+)

2) Manifestation der Zueignungsabsicht (-)

Ob man hier der TB-Lösung folgt und eine Zueignung schon tatbestandlich ausschließt, weil sie durch die versuchte Hehlerei erfolgte, oder sie formell subsidiär zurücktreten lässt, kann hier schon deswegen dahinstehen, weil die Strafbarkeit aus der Berauschung resultiert und eine weitere Rauschtat keinen zusätzlichen Unrechtsgehalt manifestiert.

→ **0,5 P**, wer hier Problembewusstsein zeigt.

**I) Strafbarkeit des T nach § 246, weil er die Sache auch im nüchternen Zustand behält.**

I) Fremde, beweglich Sache (+)

II) Manifestation der Zueignung (+)

Problem der wiederholten Zueignung:

Kann der Täter seinen Zueignungswillen durch verschiedene, aufeinanderfolgende Zueignungstaten bzgl. derselben Sache manifestieren?

Der Streit zwischen der Konkurrenzlösung und der TB-Lösung kann dahinstehen. Denn die ursprüngliche Zueignung durch die versuchte Hehlerei war nur nach § 323a strafbar. Bei § 323a knüpft die strafbare Handlung aber nicht an die Zueignungshandlung, sondern an die Berauschung an. Die Unterschlagung im nüchternen Zustand ist somit keine wiederholte Zueignung, sondern eine erstmalige. Daher kommen sowohl TB- als auch Konkurrenzlösung hier zu einer Strafbarkeit nach § 246.

→ **1 P.**

## **Gesamtergebnis und Konkurrenzen:**

Strafbarkeit des T:

T ist gem. § 323a strafbar. Der Vollrausch steht nach § 53 in Realkonkurrenz zu § 246. § 323a ist keine mitbestrafte Vortat, weil § 323a und § 246 zwei verschiedene Rechtsgüter schützen

Strafbarkeit des W:

W ist nur gem. §§ 323a, 27 strafbar.

## **Teil II**

Der Angeklagte muss nach § 243 V 1 StPO auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen werden. Aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens folgt zusätzlich die Verpflichtung des Richters, den T darauf hinzuweisen, dass seine vorherigen Aussagen nicht verwertbar sind (qualifizierte Belehrung). (*Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht § 24 Rn. 33 ff.*)

Nicht verwertbar sind die Aussagen früherer Vernehmungen, wenn der Angeklagte nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde. Das Schweigerecht gehört zu den tragenden Prinzipien des Strafprozesses und ist ein Kernstück des fairen Verfahrens aus Art. 6 MRK. Damit der Beschuldigte dieses ausüben kann, muss er über sein Aussageverweigerungsrecht nach §§ 136 I 2 i.V.m. 163a IV 2 StPO aufgeklärt werden. Ein Verstoß führt zu einem Verwertungsverbot.

Da §§ 136, 163a aber an Vernehmungen anknüpfen, ist zu prüfen, ob die Aussage des T vor den Beamten eine Vernehmung i.S.d §§ 136, 163a StPO war.

Vernehmung ist die Befragung eines Beschuldigten in amtlicher Eigenschaft, wenn in dieser Eigenschaft Informationen verlangt werden.

Die Befragung im Verhörraum ist eine Vernehmung. Eine Belehrung nach §§ 136 I 2, 163a IV 2 unterblieb. Diese Aussage ist nicht verwertbar.

Schwieriger ist die Situation in der Kneipe zu beurteilen. Die Beamten haben insoweit nämlich keine Informationen verlangt, sondern T hat sich ohne Aufforderung spontan geäußert. Spontanäußerungen sind folglich keine Vernehmungen, sodass die §§ 136, 163a nicht Platz greifen. Jedoch schlägt auch eine Spontanäußerung in eine Vernehmung dann um, sobald die Beamten genug erfahren haben, um den T als Beschuldigten zu behandeln. (*Engländer, Strafprozessrecht Rn. 97*) Sie waren also verpflichtet, nach den ersten Äußerungen, die die Geschehnisse in der Kneipe betrafen, den T nach §§ 136, 163a über sein Aussageverweigerungsrecht aufzuklären. Folglich ist auch diese Aussage des T nicht verwertbar.

Es lagen also Vernehmungen i.S.d. § 136 vor. T wurde nicht über sein Schweigerecht aufgeklärt. Die Aussagen sind nicht verwertbar.

Der Richter hätte T über die Unverwertbarkeit der Aussagen vor der Polizei aufklären müssen.

Die Folge des Unterbleibens einer qualifizierten Belehrung ist umstritten.

Ob daraus ein generelles Verwertungsverbot der gerichtlichen Aussage folgt oder eine Abwägung im Einzelfall stattfinden muss, kann vorliegend dahinstehen. Denn bei einer Abwägung im Einzelfall ist die Schwere des Tatvorwurfs zu berücksichtigen und die Tatsache, ob der Angeklagte die Aussage vor Gericht nur macht, weil er aufgrund seiner vorangegangenen Aussage glaubt, festgelegt zu sein. Der Tatvorwurf gegen T ist gering. Es werden T nur Vergehen vorgeworfen, §§ 323a, 246. T sagt nur deswegen aus, weil er glaubt, aufgrund seiner Aussage bei der Polizei schon überführt zu sein. Somit kommt auch die Abwägungslehre zu einem Verwertungsverbot.

Die umstrittene Frage, ob die gerichtliche Aussage nur dann nicht verwertbar ist, wenn der Verteidiger der gerichtlichen Aussage auch gem. § 257 widersprochen hat, kann vorliegend dahinstehen, denn sein Verteidiger hat der Aussage unverzüglich widersprochen.

Die gerichtliche Aussage des T ist somit nicht verwertbar.

→ *Es werden keine vertieften Kenntnisse erwartet. Hier soll auch bei sinnvollen Ansätzen und Grundkenntnisse großzügig bewertet werden, auch wenn sie zu einem anderen Ergebnis kommen oder von der Lösungsskizze abweichen. Bis zu 3 P.*

**Abschließender Hinweis:** Die *kursiv* gedruckten Passagen waren Hinweise für die Korrekturassistenten. Die angegebenen Punkte sind Rohpunkte und keine Notenpunkte.