

Drogen in der strafrechtlichen Klausurbearbeitung

Von Wiss. Mitarbeiter **Mustafa Temmuz Oğlacioğlu**, Erlangen*

I. Hinführung

Der unerlaubte Umgang mit „Drogen“ führt zu einer Strafbarkeit nach den §§ 29 ff. BtMG, die als nebenstrafrechtliche Deliktstatbestände nicht zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung gehören. Dennoch kommen Drogen in strafrechtlichen Klausuren häufiger vor: Dies nicht nur, weil Rauschgifte bestens in das „kriminelle Milieu“ (und somit in einen Strafrechtssachverhalt) passen, sondern weil der Umgang ebenso zur Verwirklichung kernstrafrechtlicher Vorschriften führen kann. Die besonderen Konstellationen, in denen Drogen „im Spiel“ sind, werfen sowohl in Teilen des Allgemeinen, als auch in Bereichen des Besonderen Teils dogmatisch interessante Probleme auf. Im folgenden Beitrag sollen die wichtigsten Fallgruppen zusammenfassend dargestellt und das „Pflichtrepertoire“ skizziert werden, welches der Prüfling in der (Examens-)Klausur diesbezüglich mitbringen sollte.

II. Drogen in der strafrechtlichen Klausurbearbeitung

Für eine grobe Übersicht kann man sich an der kriminologischen Einteilung des Betäubungsmittelstrafrechts in Verschaffungs- und Beschaffungskriminalität orientieren:¹ Zur Verschaffungskriminalität gehören in erster Linie Handlungen auf „Geber-Seite“, also der Handel bzw. Schmuggel von Rauschgiften. Da unter „Verschaffung“ das Verabreichen bzw. Überlassen von Betäubungsmitteln verstanden werden kann, fallen auch die eventuell verwirklichten Körperverletzungsdelikte, §§ 223 ff. StGB (in Extremfällen natürlich auch die Tötungsdelikte §§ 212, 222 StGB) hierunter.

Zur (unmittelbaren) Beschaffungskriminalität dagegen zählen Delikte, die begangen werden, um Drogen zu erlangen, sie betreffen also die „Nehmer“-Seite: Kernstrafrechtlich kommen also vor allem Diebstahl gem. § 242 StGB, Raub gem. § 249 StGB oder Erpressung von Drogen gem. § 253 StGB in Betracht.²

1. Delikte gegen Leib und Leben

Auf „gebender“ Seite kommt die Verwirklichung von Delikten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit in Betracht. Die Einbeziehung von Drogen in einen Strafrechtssachverhalt ist neben den Straßenverkehrsdelikten die häufigste Konstellation, in der man den Unterschied zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung, einverständlicher

Fremdgefährdung und rechtfertigender Einwilligung abfragen kann.³ Betäubungsmittelkonsumenten sind sich der Gefahr einer Gesundheitsschädigung nicht nur bewusst, sondern wollen diese absichtlich herbeiführen, um ihrer Sucht nachzukommen oder einen „Trip“ zu erleben. Beruht eine Körperverletzung aber auf dem eigenen autonomen Entschluss des Verletzten, ist stets an einen Zurechnungsausschluss bzw. eine Verneinung der Rechtswidrigkeit nach den Regeln der Einwilligung zu denken. Der strafrechtliche Schutz endet dort, wo der eigene Verantwortungsbereich des Betroffenen beginnt.

a) Handlungen gegen den Willen des Dritten

Unproblematisch sind somit die Konstellationen zu behandeln, in denen solch eine freiverantwortliche Zustimmung in die Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung von vornherein ausscheidet:

Fall 1: Dealer D verabreicht S gegen ihren Willen eine Heroininjektion. Diese stirbt daraufhin an einer Überdosis. Strafbarkeit des D?

Im Fall 1 kommt kein Zurechnungsausschluss in Betracht, da S keine Drogen konsumieren wollte. D hatte die Tatherrschaft über die Tötungshandlung und macht sich somit – soweit ein Tötungsvorsatz nachgewiesen werden kann – wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB (bzw. bei Vorliegen von Mordmerkmalen wegen Mordes gem. § 211 StGB) strafbar. Sollte D nur (bewusst) fahrlässig gehandelt haben, verwirklicht er unproblematisch § 227 StGB. In der Fallbearbeitung sollte bei § 224 Abs. 1 StGB inzident kurz festgestellt werden, dass eine Überdosis nicht nur die Beibringung von Gift bedeutet (§ 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB),⁴ sondern auch eine das Leben gefährdende Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) darstellen kann.⁵

b) Handlungen mit Willen des Betäubungsmittelkonsumenten

Schwieriger wird es, wenn der Verletzte freiwillig bzw. bewusst die Drogen zu sich nimmt. Für die Klausurbearbeitung ist es dann von entscheidender Bedeutung, dass die korrekte Terminologie verwendet wird.

* Der *Autor* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Hans Kudlich an der Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ *Schwind*, Kriminologie, 20. Aufl. 2010, § 27 Rn. 18.

² Die mittelbaren Beschaffungsdelikte (bspw. Diebstahl, um Geld für die Drogenbeschaffung zu erlangen), sowie die Folgedelinquenz (also Straftaten, die unter dem Einfluss von Drogen erfolgen, bspw. Prostitution, Straßenverkehrsdelikte etc.) sollen nur insoweit dargestellt werden, als sie einer besonderen Erörterung hinsichtlich des Merkmals „Droge“ bedürfen.

³ Eine weitere beliebte Fallgruppe ist die Ansteckung mit dem HI-Virus; allerdings liegt hier der Schwerpunkt der Fallbearbeitung meist auf der Ebene des Vorsatzes, insbesondere der Abgrenzung zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit, siehe hierzu BGHSt 38, 345.

⁴ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 224 Rn. 1a.

⁵ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 224 Rn. 12.

aa) Tatherrschaft beim Selbstschädiger

Hat der Konsument die Tatherrschaft über die Verletzungshandlung, spricht man von eigenverantwortlicher Selbstschädigung.

Fall 2: Dealer D überlässt S eine Portion Kokain, die diese ohne jeglichen Zwang an Ort und Stelle schnupft. Weil sie solch eine Dosis nicht gewohnt ist, kommt es zu einem Herzstillstand, allerdings kann ihre Freundin F noch rechtzeitig den Notarzt alarmieren.⁶

In diesen Fällen führt das bereits erläuterte „Autonomieprinzip“ dazu, dass der Todeseintritt nicht mehr als „Werk“ des Gefahrinitiators angesehen werden kann, weil sich das Opfer frei- und eigenverantwortlich selbst geschädigt hat. Das Strafrecht schützt vor Eingriffen Dritter, nicht aber das Opfer vor sich selbst.

Hierbei macht es keinen Unterschied, ob das spätere Opfer die Rechtsgutsverletzung als solche wollte (Suizid, Selbstverstümmelung), oder nur die Gefahr der Verletzung in Kauf nahm.⁷ In beiden Fällen scheidet eine täterschaftliche Begehung des D schon an der mangelnden Tatherrschaft. Die Teilnahme an der Selbstschädigung bzw. an der Selbsttötung ist dagegen mangels vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat straflos (limitierte Teilnehmerakzessorität).

Da das Merkmal der Eigenverantwortlichkeit nach h.A. nach den Regeln der Einwilligungstheorie zu bestimmen ist,⁸ kann es sich anders verhalten, wenn die Entscheidung des Selbstschädigers an Willensmängeln leidet. So im nächsten

Fall 3: Dealer D verabreicht S eine Portion Heroin und spiegelt ihr vor, es handle sich um das nicht derart gefährliche Substitutionsmittel Levomethadon. S glaubt ihm und stirbt infolge einer Überdosis.⁹

In solch einem Fall, in dem der Täter D über ein „überlegenes Wissen“ verfügt und seine Wissensherrschaft planvoll gegen das Opfer einsetzt, ist eine freiverantwortliche Selbstschädigung und somit ein Abbruch der Zurechnungskette abzulehnen. Da das Opfer sich der Intensität der drohenden Gefahr nicht bewusst ist, handelt es sich um einen *rechtsgutsbezogenen*

⁶ Siehe hierzu BGH NJW 2000, 2286 (Heroinabgabefall).

⁷ Anders in den Fällen, in denen der Mitwirkende die Tatherrschaft innehat, siehe sogleich.

⁸ Dagegen die Exkulpationslösung, die als Maßstab für die Eigenverantwortlichkeit die Schuldfähigkeit des Zustimmenden heranzieht. Bei Vorliegen eines Schuldausschlussstatbestandes (§ 3 JGG, §§ 20, 35 StGB) ist nach diesem Ansatz eine Freiverantwortlichkeit abzulehnen. Die Exkulpationslösung schützt Personen, die infolge einer Intoxikationspsychose (extreme Sucht) nicht fähig sind, eine freiverantwortliche Entscheidung zu treffen, ist allerdings im Bereich des Lebensschutzes zu eng geraten, da auf Willensmängeln basierende Zustimmungen mit ihr nicht erfasst werden; zum Ganzen *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 189.

⁹ Siehe hierzu BayObLG JR 2003, 428.

nen und somit nicht um einen unbeachtlichen Motivirrtum.¹⁰ Solche Konstellationen sind wie Fall 1 zu behandeln, sodass sich der Täter bei vorsätzlicher Begehung – also insbesondere bewusster Irrtumserregung – einer Tötung bzw. Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft gem. § 212 bzw. § 223 StGB, § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB strafbar macht.

Denkbar sind auch Situationen, in denen der Täter zwar nicht vorsätzlich handelt, mit Blick auf den Willensmangel des Selbstschädigers dennoch eine Zurechnung zu bejahen ist.

Fall 4: Dealer D überlässt S reines Heroin. Beide gehen davon aus, dass es sich um Kokain handelt. S schnupft das Heroin und stirbt. Die Verwechslung hätte D ohne weitere Schwierigkeiten vermeiden bzw. durch eine kurze Kontrolle erkennen können.¹¹

In dieser in der Literatur bis dato kaum diskutierten Konstellation verfügt der Dealer nicht über ein „überlegenes Wissen“ oder lässt sein Opfer gar absichtlich in die Falle tappen. Er handelt hinsichtlich der Gefahrschaffung seinerseits nur fahrlässig. Der BGH will in diesen Fällen den Täter dementsprechend aus dem jeweiligen Fahrlässigkeitsdelikt bestrafen. Dies harmoniert mit den parallel gelagerten Fällen des „überlegenen Wissens“, in denen der Täter aus der Vorsatztat zu bestrafen ist. Handelt er also bei Schaffung der Gefahr „nur“ fahrlässig, erscheint es folgerichtig, den Täter aus den §§ 222, 229 StGB zu bestrafen. Der Senat begründet dies damit, dass der Dealer den Irrtum bei pflichtgemäßem und sorgfältigem Handeln (bspw. Abschmecken, Probetinkturen) erkennen könne, er somit zwar keine positive Kenntnis habe, ihm jedoch ein „Kennenmüssen“ unterstellt werden könne. Seine erhöhten Schutz- und Kontrollmöglichkeiten führten zu einer Verantwortung kraft „überlegener Stellung“.

Der Rückgriff des *Senats* auf die objektive Sorgfaltspflichtverletzung lässt auf den ersten Blick befürchten, dass man in Anlehnung an die überholte Rechtsprechung des BGH vor Anerkennung des Zurechnungsausschlusses¹² wegen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung allein die Gefahrschaffung durch den Täter für maßgeblich erachtet. Fragen der Sorgfaltspflichtverletzung scheinen hier mit denen der objektiven Zurechnung vermengt zu werden: Die Zurechnung in Fällen des „überlegenen Wissens“ basiert schließlich nicht darauf, dass der Täter vorsätzlich bzw. „böswillig“ handelt, sondern auf der wegen seines überlegenen Wissens vorliegenden Tatherrschaft über das Geschehen. Eine „fahrlässige Tatherrschaft“ existiert dagegen nicht, so dass zumindest

¹⁰ Dies wäre der Fall, wenn das Opfer über die Art des Rausches getäuscht wird, die Gefahr des Konsums allerdings richtig einschätzt (der Täter spiegelt dem Konsument vor, die Droge werde ein Gefühl der Erholung und Gemütlichkeit hervorrufen, tatsächlich handelt es sich um eine Aufputschdroge).

¹¹ Angelehnt an den aktuellen Beschluss des BGH, Beschl. v. 8.1.2009 – 1 StR 518/08 (zur Veröffentlichung in BGHSt 53, 288 bestimmt).

¹² Vgl. nur BGH JR 1955, 347; BGHSt 17, 359 (Pockenfall).

nach dem klassischen Begründungsmodell (Übergang der Verantwortung wegen Übergang der Tatherrschaft) eine Täterschaft des fahrlässig handelnden Gefährnitiators ausscheidet.

Positioniert man die Argumentation des BGH zum „Kennenmüssen“ allerdings innerhalb der objektiven Zurechnung zum Kriterium der Eigenverantwortlichkeit, genauer zum Aspekt des Willensmangels, erkennt man, dass nur hervorgehoben wird, aus wessen Sphäre die Fehlvorstellung des Geschädigten stammt: nämlich der des Dealers, welcher sowohl für die Entstehung der Fehlvorstellung verantwortlich war, als auch eher die Möglichkeit hatte, diesen Irrtum zu vermeiden bzw. aufzuklären. Die Verwechslung und die damit einhergehende signifikant erhöhte Gefahr können daher als „Werk“ des M gesehen werden. Auch überlegenes „Wissenmüssen“ reicht somit in den Fällen der eigenverantwortlichen Selbstschädigung für eine Zurechnung aus, allerdings wohl nur dann, wenn sich die Qualität der Gefahrschaffung durch die Pflichtverletzung des Gefährnitiators verändert.¹³

bb) Tatherrschaft beim Gefährnitiator

Etwas schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Gefährnitiator auch die Tatherrschaft bei der unmittelbaren Verletzungshandlung innehat (Werfen der Tabletten in den Mund, Verabreichen einer Heroininjektion). Hierbei muss im Bereich der Verletzungsdelikte nach Art und Weise der Rechtsgutsbeeinträchtigung differenziert werden: wird lediglich die Gefährdung des Rechtsguts in Kauf genommen oder ist eine tatsächliche Verletzung beabsichtigt (im Sinne eines gewollten Erfolgseintritts)?

(1) Zustimmung in die Rechtsgutverletzung

Fall 5: Die lebensmüde S will einen letzten „goldenen Schuss“, den sie sich von D präparieren und injizieren lässt. S will ernsthaft ihrem Leben ein Ende setzen und beide Beteiligten wissen, dass dies mit der Überdosis an Heroin funktionieren wird. S stirbt.

Da D die Tatherrschaft inne hat und eine rechtfertigende Einwilligung in den Tod mangels Disponibilität des Rechtsguts „Leben“ nicht möglich ist, macht sich D wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar. Sollte der Tötungswunsch der S ernstlich sein und wollte D – was im Fall 5 anzunehmen wäre – die S in diesem Bewusstsein töten,

¹³ Eine uneingeschränkte Anwendung dieses Begründungsmodells würde dazu führen, dass in den typischen Fällen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ein Zurechnungsausschluss bereits abzulehnen ist, wenn sich das Opfer über bestimmte Umstände (Art und Intensität der Gefahr) irrt und dieser Irrtum in der Sphäre des Gefahrschaffers liegt. Die klassische Lehre zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung hatte aber bereits im Auge, dass die Gefahr aus der Sphäre des Dritten stammt und auch das Opfer nicht jedes erdenkliche Ausmaß der Gefahr kennen muss (dies gehört schließlich auch zum Risiko, welches der Selbstgefährdende in Kauf nimmt).

liegt eine (die Anwendung des § 212 StGB „sperrende“) Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB vor und der Strafrahmen verschiebt sich zu Gunsten des D.

Im nicht so krass gelagerten Fall der gewollten Selbstverletzung (S will eine Überdosis, weil sie die damit verbundenen Schmerzen als lustvoll empfindet¹⁴), finden die Regeln der rechtfertigenden Einwilligung Anwendung. Hierbei führt das gesetzliche Verbot des unerlaubten Umgangs mit Betäubungsmitteln nicht automatisch zur Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB.¹⁵ Entscheidend muss Art und Umfang der in Kauf genommenen Rechtsgutsverletzung sein, wobei im Hinblick auf Individual- und Gemeinschaftsinteressen¹⁶ die Intensität sowie die Irreversibilität der Verletzung die maßgeblichen Aspekte darstellen.¹⁷

(2) Zustimmung in die Rechtsgutsgefährdung

Stimmt das spätere Opfer lediglich der Rechtsgutsgefährdung zu – was die praktisch häufigere bzw. realistischere Variante darstellen dürfte – gelangt man zur (wohl nach wie vor umstrittensten) Fallgruppe der einverständlichen Fremdgefährdung.¹⁸ Auch hier gilt es, wie in der ersten Fallgruppe der gewollten Rechtsgutsverletzung nochmals zwischen den Rechtsgütern zu differenzieren:

Fall 6: Dealer D verabreicht S eine Portion Heroin, was diese auch so wollte. Sie verträgt die Dosis allerdings nicht und erleidet einen Kollaps. Nach Herbeirufen des Notarztes kann sie noch im letzten Moment gerettet werden.

Eine Zustimmung in die Gefahr einer Körperverletzung muss allein schon deshalb zulässig sein, weil eine rechtfertigende Einwilligung in den Körperverletzungserfolg möglich ist (siehe hierzu oben). Fraglich bleibt allerdings, ob die Regeln der Einwilligung uneingeschränkt zur Anwendung kommen können, obwohl lediglich in die Gefahr „eingewilligt“ wird. Die h.L. befürwortet dies, insbesondere auch eine Anwendung des § 228 StGB.¹⁹

Zum anderen wird darüber diskutiert, ob die (den Anforderungen der rechtfertigenden Einwilligung genügende) Zustimmung bereits tatbestandsausschließend wirkt – wie in den Fällen der eigenverantwortlichen Selbstschädigung – oder erst die Rechtswidrigkeit entfallen lässt. Für einen Tatbestandsausschluss spricht, dass die Fälle der Eigen- und Fremdschädigung teils sehr nah bei einander liegen und kaum

¹⁴ Wie man sieht, handelt es sich eher um unrealistische Konstruktionen. Die rechtfertigende Einwilligung „verträgt“ sich nicht mit Drogensachverhalten, wurde aber zum besseren Verständnis nochmals aufgegriffen.

¹⁵ Zu dieser Feststellung bereits BGH NJW 2004, 1054 (1056); BayObLG JR 1978, 296.

¹⁶ *Momsen*, in Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafrecht, 2009, § 228 Rn. 9-10.

¹⁷ BGHSt 49, 166.

¹⁸ Zum Streitstand *Hammer*, JuS 1998, 786; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 105 ff.

¹⁹ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010; § 20 Rn. 8-10; *Saal*, NZV 1998, 53.

voneinander zu unterscheiden sind.²⁰ Für eine Rechtfertigung dagegen spricht, dass ähnlich wie in den Einwilligungsfällen die unmittelbare (Gefährdungs-)Handlung nicht durch das Opfer vorgenommen wird.

Stirbt das Opfer aufgrund einer einverständlichen Fremdgefährdung, verschärft sich das Problem nochmals und es erscheint fraglich, ob die Grundsätze der Einwilligung überhaupt 1:1 übertragbar sind. Fest steht ja nur, dass nicht in den Tod eingewilligt werden kann, nicht so klar ist dagegen, ob die „bloße“ Lebensgefahr disponibel ist.

Fall 7: Dealer D verabreicht S eine Portion Heroin, was diese auch so wollte. Sie verträgt die Dosis allerdings nicht und stirbt.²¹

Einige Stimmen in der Literatur wollen in diesen Fällen den Gedanken des § 216 StGB heranziehen und sehen die Zustimmung in die Lebensgefahr immer als unwirksam an (fehlende Disponibilität).²² Dies würde in Fall 7 bedeuten, dass sich D einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB strafbar macht. Sieht man dagegen die Nähe zur eigenverantwortlichen Selbstschädigung und berücksichtigt man vor allem, dass § 216 StGB nur die Verletzung des Rechtsguts, nicht aber die Gefahr indisponibel macht, lässt sich auch Gegenteiliges vertreten.

(3) Zwischenfazit

Für die Klausurbearbeitung ist zu empfehlen, die einverständliche Fremdgefährdung bereits im Rahmen der objektiven Zurechnung anzusprechen und hier terminologisch von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. rechtfertigenden Einwilligung abzugrenzen. Damit man nicht unnötig Punkte verschenkt sollte man sich der wohl h.L anschließen und für die Wirksamkeit der Zustimmung die Voraussetzungen der Einwilligung, insbesondere die der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB prüfen. Ist das Rechtsgut Leben betroffen, muss als Zwischenschritt noch der Überlegung nachgegangen werden, ob die Wertung des § 216 StGB greift und die Lebensgefahr somit indisponibel ist. Welcher Meinung man sich dann im Ergebnis anschließt, bleibt jedem Klausurbearbeiter selbst überlassen.

d) Unterlassungsstrafbarkeit, § 13 StGB

In Bezug auf Drogen ist es nicht nur für das Betäubungsmittelstrafrecht von enormer Relevanz, welche Personengruppen Garantenstellungen gegenüber Drogenkonsumenten haben. Insofern kommt eine fahrlässige Tötung/Körperverletzung

durch Unterlassen gem. § 222 bzw. § 229 i.V.m. § 13 StGB in Betracht.

Fall 8: A, B und C treffen sich jede Woche zum gemeinsamen Drogenkonsum in der angemieteten Wohnung des A, die dem Eigentümer und gleichzeitigen Hausmeister E gehört. E weiß von den dubiosen Treffen, will aber keinen Ärger und lässt den wöchentlichen Kokain- und Heroinkonsum zu. Bei einem der Treffen erleidet A nach einer selbst geschnupften Portion Kokain einen Kreislaufkollaps und wird bewusstlos. B und C verschwinden sofort, statt einen Notarzt zu rufen. Mangels ärztlicher Behandlung stirbt A noch zur gleichen Stunde, hätte aber bei rechtzeitiger Hilfe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet werden können. Strafbarkeit der Beteiligten?

Hinsichtlich der Strafbarkeit des E wegen Unterlassens ist anzumerken, dass der Wohnungsinhaber nicht schlechthin dazu verpflichtet ist, Besucher oder Bewohner des Hauses vor jeder nur denkbaren Straftat, hier insbesondere Körperverletzungen durch Drogenkonsum zu beschützen.²³ Soweit man überhaupt solch eine Einstandspflicht annehmen wollte, kommt in diesem speziellen Fall dazu, dass E nicht dazu verpflichtet werden kann, A vor sich selbst zu schützen. Da § 323c StGB ebenfalls nicht greift²⁴, scheidet zumindest eine kernstrafrechtliche Strafbarkeit aus.²⁵

Bezüglich B und C dagegen muss zunächst festgestellt werden, dass die bloße Konsumgemeinschaft allein keine Garantenstellung begründet, diese insbesondere keine Gefahrgemeinschaft darstellt, bei denen die Beteiligten gegenseitig geltende Schutzpflichten übernehmen.²⁶ Der Schwerpunkt der Klausurbearbeitung wird in solchen Fällen wohl auf der Garantenstellung aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz) liegen.

Hier sollte in einer guten Fallbearbeitung kurz problematisiert werden, dass die aktive Handlung in den Fällen der Selbstgefährdung nicht durch B und C erfolgte, sondern auf dem eigenverantwortlichen Entschluss des A basierte. Insofern könnte der eine oder andere Klausurbearbeiter nun auf die Idee kommen, die Grundsätze der Ingerenz abzulehnen, weil man durch die Annahme einer Unterlassungsstrafbarkeit das Selbstbestimmungsrecht des A unterlaufen könnte. An dieser Stelle möge man sich die Entscheidung des BGH in Erinnerung rufen, in der nach eingetretener Bewusstlosigkeit des Suizidenten eine Unterlassungsstrafbarkeit des ursprünglichen Teilnehmers konstruiert wurde.²⁷ Die Literatur kritisiert in so gelagerten Fällen die Auffassung des BGH, weil durch solch eine „übergehende Garantenstellung“ nach Bewusstlosigkeit das Selbstbestimmungsrecht des Suizidenten

²⁰ In anderen Fällen als der Drogenverabreichung bzw. Rauschgiftüberlassung kann die Abgrenzung mitunter schwierig sein, vgl. *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 6 ff.; daher wird der Sinn einer Unterscheidung teils auch vollständig bestritten, vgl. *Schünemann*, JA 1975, 715 (723); *Geppert*, Jura 2001, 490; *Roxin* (Fn. 18), § 11 Rn. 107.

²¹ Nach BGH NJW 2004, 1054.

²² So auch BGHSt 4, 88 (93); 7, 112 (114 f.).

²³ BGHSt 30, 391; BGH StV 99, 212.

²⁴ Hier wird der Begriff des „Unglücksfalles“ zu diskutieren sein.

²⁵ Denkbar bleibt die strafbare Ermöglichung des Drogenkonsums, strafbar nach § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG.

²⁶ OLG Stuttgart NJW 1981, 182.

²⁷ BGHSt 32, 367 (Fall Wittig).

einerseits und die straflose Teilnahme an der Selbsttötung andererseits unterlaufen werde.²⁸

Diese (berechtigte) Kritik ist auf die Rauschgiftüberlassung keinesfalls übertragbar, da in Fällen des Rauschgiftkonsums das Opfer nicht sterben, sondern Drogen konsumieren will (er begibt sich eben allenfalls in Lebensgefahr). Soweit festgestellt werden kann, dass B und C sich etwaiger Rauschgiftdelikte strafbar gemacht haben, bspw. die von A konsumierten Drogen erworben, besessen und mitgebracht haben, ist ein pflichtwidriges Vorverhalten (nämlich in Form einer Straftat gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 6 lit. b BtMG!) zu bejahen. Unterlassene Rettungshandlungen im Anschluss an die verbotene Abgabe bzw. Überlassung von Rauschgift erfüllen somit nicht nur den Tatbestand des § 323c StGB, sondern auch die §§ 212, 13 StGB bzw. §§ 222, 13 StGB oder § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB.²⁹

e) Zusammenfassung

Die Abgabe von Drogen führt in der Klausurbearbeitung zu den §§ 212, 222, 223 ff. StGB. Regelmäßig müssen dann Ausführungen zur eigenverantwortlichen Zustimmung des Konsumenten in die Rechtsgutsbeeinträchtigung erfolgen. Für die richtige Terminologie und eine differenzierte Betrachtungsweise sind hierbei zwei Kriterien maßgeblich:

1. Wer hat die Tatherrschaft über die unmittelbare Verletzungshandlung?

2. Wird der Verletzung des Rechtsguts oder lediglich dessen Gefährdung zugestimmt?

Zudem ist stets an Unterlassungsstrafbarkeit (Garantenstellung aus Ingerenz oder Schutzpflichten) zu denken.

3. Gemeingefährliche Delikte (insbesondere Straßenverkehrsdelikte)

Bezüglich der gemeingefährlichen Delikte ist zu berücksichtigen, dass Cannabis- bzw. sonstiger Drogenkonsum zu Fahruntüchtigkeit gem. §§ 315c, 316 StGB führen kann.³⁰ Da es in diesem Zusammenhang allerdings nicht so etwas wie „Promille-Grenzen“ gibt, die man (nebenbei) abfragen kann, sind alkoholfahruntüchtige Verkehrssünder die „beliebtere“ Klausurvariante. Gleiches gilt für das abstrakte Gefährdungsdelikt des Vollrauschs, § 323a StGB.

Das gleiche Problem stellt sich auf der „allgemeinen Ebene“ der Schuldunfähigkeit. Bezüglich des Drogenkonsums ist es in diesem Zusammenhang erwähnenswert, dass eine Drogensucht allein nicht zu einer Schuldinderung gem. § 21 StGB bzw. einem Ausschluss gem. § 20 StGB führt.³¹ Entscheidend muss immer der Intoxikationszustand zum Zeitpunkt der Tat sein.³² Solch ein akuter Drogenrausch wäre einer krankhaften, seelischen Störung zuzuordnen.³³ Aller-

dings können im Einzelfall auch Personen unter die §§ 20, 21 StGB fallen, bei denen der langjährige Konsum zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder der Täter unter starken Entzugerscheinungen zu einer Verschaffungstat getrieben wurde. Die praktischen Probleme – insbesondere die Beweisaufnahme, sowie die fehlenden Grenzen im Bereich der §§ 315 ff., 20, 21 StGB³⁴ – sind für den Klausurersteller unergiebig. Vielmehr muss er mit einer einfachen Feststellung im Bearbeitervermerk die Schuldfähigkeit feststellen. Daher sind diese in der täglichen Polizeiarbeit häufigen Sachverhalte (Autofahrt nach Cannabiskonsum) in der Klausur-„Praxis“ eher selten.

4. Delikte gegen das Vermögen

Die zweite, wichtige Fallgruppe von Drogen in Strafrechtssachverhalten betrifft die Gegenseite, nämlich diejenigen, die sich Drogen verschaffen. Derjenige, der im Einvernehmen mit dem Drogendealer Rauschgift zum Eigenkonsum erwirbt, begeht eine betäubungsmittelrechtliche Straftat gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Drogen sind jedoch teuer, d.h. es kann häufiger vorkommen, dass abhängige Konsumenten, die nicht die nötigen Mittel zur Rauschgiftfinanzierung haben, Drogen stehlen oder sich in betrügerischer oder gewaltsamer Form verschaffen. Im Rahmen der Vermögensdelikte steht dann die Frage im Raum, ob die „geschädigten“ Drogenbesitzer, denen Rauschgift abhanden gekommen ist, überhaupt schützenswert sind.

a) Diebstahl, Unterschlagung und Raub gem. §§ 242, 246, 249 StGB

Bei den Eigentumsschutzdelikten (§§ 242 Abs. 1, 246, 249 StGB) ist dieses Problem beim Tatbestandsmerkmal der fremden, beweglichen Sache zu verorten.

aa) Zur Diebstahlsfähigkeit von Drogen³⁵

Fall 9: Der vorverstorbene Drogenbaron E hat seinen Sohn S zum Alleineigentümer eingesetzt und eine beträchtliche Menge an Kokain zurückgelassen (auch gesetzlicher Alleinerbe wäre S). Als S das Drogenlabor im Keller aufsucht, muss er zu seinem Entsetzen feststellen, dass der Dieb D den gesamten Rauschgiftbestand mitgenommen hat.

Die Strafbarkeit des D hängt davon ab, ob es sich bei Drogen um diebstahlsfähiges Gut handelt. Zweifellos handelt es sich bei Rauschgift um körperliche Gegenstände gem. § 90 S. 1 BGB. Problematisch ist allerdings die Fremdheit von Drogen: Fremd sind Sachen, wenn sie nicht im Alleineigentum des

²⁸ Achenbach, Jura 2002, 544; Rengier (Fn. 19), § 8 Rn. 14.

²⁹ BGH NStZ 1985, 319 (320).

³⁰ Vgl. diesbezüglich BGHSt 44, 219; OLG Düsseldorf StV 1999, 22; OLG Zweibrücken StV 2003, 624.

³¹ BGH NStZ-RR 2000, 234; Hecker, JuS 2001, 231.

³² Maatz, StV 1998, 279.

³³ BGHSt 43, 66.

³⁴ Die fehlenden Grenzen überraschen nicht, wenn man sich vor Augen führt, dass es beim Rausch auch auf die Gewohnheiten, Konstitution etc. des Konsumenten ankommt und bis dato keine empirisch ausreichend abgesicherten Befunde existieren, wann solch eine Intoxikation zu einer fehlenden Steuerungs- bzw. Einsichtsfähigkeit führen kann.

³⁵ BGH NStZ 2006, 170 (171) mit Bspr. Kudlich, JA 2006, 335 (336).

Täters stehen und nicht herrenlos sind. Eine Fremdheit scheidet somit aus, wenn eine Sache nicht eigentumsfähig ist.

Berücksichtigt man, dass jeglicher Handel mit Betäubungsmitteln gem. § 3 BtMG einer Erlaubnis bedarf und der unerlaubte Umgang eine Straftat darstellt, könnte man annehmen, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb gem. § 134 BGB stets ausgeschlossen sei. Zwar betrifft die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB zunächst nur die schuldrechtliche causa (Verpflichtungsgeschäft in Form des Kaufvertrags, Tauschs, Schenkung), sodass das wertneutrale, dingliche Rechtsgeschäft gem. § 929 S. 1 BGB hiervon nicht tangiert wird. Allerdings ist nach h.M. bei Rauschgiftgeschäften eine sog. „Fehleridentität“ anzunehmen, d.h. die Nichtigkeit der causa führt zur Nichtigkeit der dinglichen Verfügung nach § 929 S. 1 BGB.³⁶ Dies bedeutet in erster Konsequenz, dass ein dinglicher Erwerb von Drogen nicht möglich ist, Rauschgift also *grundsätzlich* verkehrsunfähig ist.³⁷ Die Vorschriften, welche zur Verkehrsunfähigkeit von Sachen führen, insb. die §§ 134, 138 ff. BGB sind allerdings nur auf Rechtsgeschäfte anzuwenden.

Auf den gesetzlichen Eigentumserwerb kraft Vermischung, Verbindung etc. (§§ 946 ff. BGB) oder kraft Universalsukzession gem. § 1922 Abs. 1 BGB finden die §§ 134, 138 BGB jedoch keine Anwendung. Somit ist es auch möglich, dass jemand durch das Herstellen der Drogen, durch Vermischung mit anderen Stoffen oder als Erbe eines Drogenproduzenten Eigentum an Drogen erwirbt. Da die §§ 242 ff. StGB das Eigentum schützen, ist somit irrelevant, ob der konkret Bestohlene das Rauschgift rechtswirksam erwerben konnte, entscheidend ist für den Täter, dass sie immer noch im Eigentum *irgendeines* anderen stehen. Dieses Abstellen auf die formale Eigentümerstellung wird auch dem rechtspolitischen Interesse gerecht, die gewaltsame Wegnahme von Drogen dem Strafraumen nach als Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB zu qualifizieren.³⁸

³⁶ *Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 69. Aufl. 2010, § 134 Rn. 13; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2007, § 134 Rn. 8 ff.

³⁷ Grundsätzlich deshalb, weil der Umgang gem. §§ 3, 4 BtMG ausnahmsweise gestattet sein kann. Die häufig anzutreffende Aussage in Lehrbüchern, wonach § 29 BtMG als „Verbotsnorm“ zitiert wird, ist also ebenso ungenau, wie die Feststellung, dass Drogen verkehrsunfähig seien. Zu den verkehrsunfähigen Drogen zählen nämlich nur die Stoffe, die in Anlage I des BtMG aufgelistet sind (bspw. Codein, Cannabis, Heroin, LSD), alle anderen Rauschgifte der Anlagen II und III sind verkehrsfähig und somit erlaubnisfähig. Wenn die Beteiligten am Rechtsgeschäft also eine passende Erlaubnis haben, ist mangels Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 3 BtMG i.V.m. § 29 BtMG) sowohl der Kaufvertrag, als auch die dingliche Übereignung wirksam.

³⁸ Zwar existiert im BtMG ein Auffangtatbestand (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG: Sich Verschaffen in sonstiger Weise), allerdings wird der Strafraumen des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG dem verwirklichten Unwert der Tat nicht gerecht. Eine echte Auffangfunktion hat das Sichverschaffen in sonstiger Weise

Für den geschilderten Fall 8 bedeutet dies, dass sich D wegen Diebstahls zu Lasten des S strafbar gemacht hat (zwar ist die letztwillige Verfügung des E gem. § 134 BGB nichtig, allerdings erbt S die Drogen kraft gesetzlicher Erbfolge gem. § 1922 Abs. 1 BGB). Da es auf die fehlende Verkehrsfähigkeit der Betäubungsmittel nicht ankommt, nimmt D eine fremde, bewegliche Sache weg.³⁹

Im Rahmen des § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB könnte man – sozusagen als „Parallelproblem“ – aufwerfen, ob ein Drogenlabor (trotz seiner rechtswidrigen Widmung) ein Geschäftsraum darstellt. Werden Drogen dagegen aus der polizeilichen Asservatenkammer entwendet, kommt ein Verwahrungsbruch gem. § 133 StGB in Betracht.

bb) Exkurs: Anwendung des § 34 StGB

Eine Möglichkeit, drogenstrafrechtliche Klausuren zu strecken wäre die Wegnahme aus sittlich billigen Motiven: Ein Vater, der seinem Sohn das Haschisch wegnimmt oder jemand, welcher die letzte Portion Kokain seines besten Freundes in der Toilette entsorgt, um ihn von den Drogen loszureißen. Sowohl im ersten Fall des Diebstahls bzw. der Unterschlagung, als auch im Rahmen der Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB⁴⁰ ist an eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB zu denken. Regelmäßig wird das Eigentums- bzw. Konsuminteresse hinter den Erziehungs- und gesundheitlichen Gefahren (trotz der Autonomie des Konsumenten) zurückstehen müssen. Über § 34 StGB würde man dann sowohl im StGB, als auch im BtMG (unerlaubter Besitz, Erwerb, Sich-Verschaffen) zu einer Rechtfertigung gelangen.⁴¹

b) Betrug und (räuberische) Erpressung, §§ 263, 253, 255 StGB⁴²

Das Problem der „Fremdheit“ verschiebt sich bei Vermögensdelikten (also insbesondere, wenn nicht „weggenommen“, sondern irrtums- oder nötigungsbedingt „weggegeben“ wird⁴³) auf das Merkmal der Vermögensschädigung. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollte man sich zumindest in diesen Fällen dem ökonomischen Vermögensbegriff

dort, wo ein bestohlenen Drogenproduzent sich seine Drogen zurückholt, weil § 242 StGB dann an der Fremdheit scheitert, die § 29 Abs. 1 BtMG nicht voraussetzt.

³⁹ Die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung würde selbst dann nicht entfallen, wenn D und S einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über die Drogen abgeschlossen hätten. Denn das Rechtsgeschäft wäre, siehe oben, gem. § 134 BGB nichtig, sodass kein fälliger, einredefreier Anspruch existiert.

⁴⁰ Die bisher angestellten Überlegungen gelten natürlich auch i.R.d. § 303 Abs. 1 StGB.

⁴¹ *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 227 f.; OLG Zweibrücken NSTz 1986, 558.

⁴² Zur speziellen Konstellation *Mitsch*, JuS 2003, 122; BGH NJW 2003, 3283 (3284).

⁴³ Denkbar wäre, dass der Erwerber seine Zahlungswilligkeit beim Kauf vortäuscht oder umgekehrt beim Erwerb statt Kokain ein Kilogramm Mehl vom täuschenden Dealer erhält, siehe hierzu BGH NSTz 2003, 151.

anschließen. Die Bestimmung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs ist bekanntermaßen umstritten.

Nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff⁴⁴ wäre die zivilrechtliche Nichtigkeit bzw. fehlende Kondizierbarkeit nach § 817 S. 2 BGB zu berücksichtigen. Die Wertung des Gesetzgebers, sich gegen einen Schutz solchen Vermögens zu entscheiden, hätte auch auf das Strafrecht eine Ausstrahlungswirkung.

Die Rechtsprechung sowie einige Stimmen in der Literatur gehen – im Einklang mit der Möglichkeit eines Diebstahls – von einem streng ökonomisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus.⁴⁵ Dem ist (zumindest in Rauschgiftkonstellationen) beizupflichten, da es sich auch bei Drogen um ein wirtschaftliches Gut eines Rechtsträgers handelt. Dass dieses Gut im Zivilrecht nicht geschützt wird, ist vollkommen sachgerecht, für das Strafrecht wegen des unterschiedlichen Regelungsgehalts aber unerheblich (man rufe sich in diesem Zusammenhang den Begriff der asymmetrischen Zivilrechtsakzessorität in Erinnerung). Bei gegenteiliger Auffassung würde der Täuschende einen „Freibrief“ erhalten, nur weil er sich im Ganovenmilieu missbilligenswert verhält.⁴⁶

5. Sonstige Konstellationen

Im Bereich der Anschlussdelikte (§§ 259, 261 StGB) gilt es bei der Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen, dass Gewinne aus Rauschgiftgeschäften nicht aus Straftaten stammen, die gegen fremdes Vermögen gerichtet sind (das BtMG schützt die körperliche Unversehrtheit des Individuums sowie die Volksgesundheit). Hier kann der Tatbestand der Geldwäsche gem. § 261 StGB seine Auffangfunktion entfalten.⁴⁷ Letztlich kommt auch die Verwirklichung von Urkundsdelikten (§ 267 ff. StGB) in Betracht, etwa wenn ein süchtiger Betäubungsmittelkonsument falsche Rezepte her-

stellt bzw. diese verfälscht, um Arznei- bzw. Betäubungs- sowie Substitutionsmittel zu erhalten.⁴⁸

III. Fazit

Sachverhalte mit Drogenkonsum bergen ein enormes Klausurpotential, da sich verschiedene Problemkomplexe aus AT und BT ohne größeren Konstruktionsaufwand realistisch miteinander verknüpfen lassen. Den beiden großen Fallgruppen ist gemeinsam, dass es immer um die Schutzwürdigkeit der Beteiligten geht, wenn auch die Schutzrichtungen vollkommen verschiedene Richtungen betreffen (Autonomie des Drogenkonsumenten einerseits, Schutz von Drogen als Eigentum/Vermögen andererseits). Alle Konstellationen lassen sich, siehe nur Fall 4, auch etwas atypischer gestalten, so dass das erwünschte Transferwissen abgefragt werden kann.

⁴⁴ Cramer/Perron, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 82 ff.; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 263 Rn. 35.

⁴⁵ BGHSt 2, 364 (366); BGH NJW 2001, 981; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 54, 64.

⁴⁶ Die Strafwürdigkeit intensiviert sich, wenn der Getäuschte redlich erworbenes Geld zu unerlaubten Zwecken riskiert, also wenn der Erwerber der Drogen getäuscht wird. Dennoch sollte man mit solch einer Differenzierung vorsichtig sein, da dadurch der Eindruck erweckt werden könnte, im umgekehrten Fall (Täuschung durch den Erwerber) sei ein Betrug per se auszuschließen, vgl. diesbezüglich Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 66.

⁴⁷ Sollte ein Dealer seinen Strafverteidiger mit Mitteln aus dem Rauschgifthandel entlohnen, stellt sich die äußerst umstrittene Frage, ob der Verteidiger sich trotz seines „sozialadäquaten Verhaltens“ (Annahme von Honorar) das bemakelte Geld anzunehmen, strafbar nach § 261 StGB macht. Zu diesem sehr umfangreichen Problem BGHSt 47, 68; Katholnigg JR 2002, 30; BVerfG NJW 2004, 1305; zusammenfassend Fahl, JA 2004, 704.

⁴⁸ Wobei hier meist ein tateinheitlicher Betrug gem. § 263 StGB zu Lasten der Krankenkassen anzunehmen sein wird, vgl. diesbezüglich Malek (Fn. 41), Rn. 336.