

Aufsätze

Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente

Von Professor Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt/Oder

Kaum ein Problem des Allgemeinen Teils des StGB bereitet dem jungen Juristen, so scheint es, so große Schwierigkeiten wie der Erlaubnistatbestandsirrtum. Dies liegt nicht allein an dem „Theorien-wirrwarr“¹ mit den teilweise „abenteuerlichen Namensgebungen“². Vor allem die Aufbau Probleme und die — scheinbare — Bedeutungslosigkeit des schwer verständlichen Meinungsstreites haben zur Folge, daß der Erlaubnistatbestandsirrtum trotz seiner ständigen Gegenwärtigkeit in der universitären Ausbildung für viele lange ein Buch mit sieben Siegeln bleibt. Dabei gilt das kürzlich von *Herzberg* ausgesprochene Wort: „Solange man ihn nicht verstanden hat, d.h. seine Eigentümlichkeit und Zwischenstellung, den Streit um die ihm angemessene Gesetzesregel und die Notdürftigkeit der üblichen Einordnung ins Deliktssystem, kann man noch kein Strafrecht, weil man sich im Zentrum seiner Dogmatik nicht auskennt.“³

A. Ein Ausgangsfall

Wir wollen im folgenden versuchen, uns dem Erlaubnistatbestandsirrtum mit Hilfe eines scheinbar ganz einfachen kleinen Falles zu nähern, der kaum glaublich klingt, sich nach einer Meldung der „Berliner Morgenpost“ vom 18. März 1992 aber tatsächlich so abgespielt hat⁴. Im Wortlaut:

Bei zwei Bonner Bürgerinnen rief jeweils ein Mann als „Krüger vom Telekom Service“ an. Er behauptete: „Wir haben technische Probleme mit Ihrem Anschluß. Ihr Gebührenzähler läuft immer weiter und zeigt bereits über 500 Mark an.“ Der Rat des Scherzboldes: „Nehmen Sie eine Schere und zerschneiden Sie Ihre Telefonschnur oder greifen Sie zum Hammer und zerschlagen den Apparat.“

Die beiden Frauen vertrauten der strikt amtlich klingenden Stimme am anderen Ende der Leitung. Die eine kappte den Anschluß, die andere zertrümmerte tatsächlich ihren Fernsprecher. Anschließend meldeten sie sich bei der Telekom, wo sie erfuhren, daß sie Opfer eines Schabernacks geworden waren⁵.

I. Zu Tatbestand und Rechtfertigungsgründen

Sehen wir uns die Tatbestände des Besonderen Teils an, die hier für die Beteiligten in Frage kommen, so ist zunächst einmal evident Sachbeschädigung gemäß §303 StGB durch Beschädigung bzw. Zerstören einschlägig. Gemeinschädliche Sachbeschädigung gemäß §304 StGB ist dagegen nur bei öffentlichen Fernsprechkzellen möglich⁶. In Betracht kommt ferner § 145 II Nr. 2 StGB, die Beeinträchtigung von Nothilfemitteln. Hierunter können zwar grundsätzlich auch Telefone fallen, jedoch nur, wenn sie als Notrufanlagen „bestimmt“ sind⁷. Gleiches ist für die Störung öffentlicher Betriebe (§316b StGB) anerkannt⁸. Anderes soll jedoch für §317 StGB, die Störung von Fernmeldeanlagen, gelten: Nach herrschender Ansicht sollen auch an das öffentliche Fernsprechnet angeschlossene Privatapparate „öffentlichen Zwecken“ im Sinne dieser Vorschrift dienen⁹. Das bedeutet, daß danach „auch der einzelne Fernsprechteilnehmer durch Beschädigung

seines Telefons gegen §317 verstoßen“ kann¹⁰. Da § 317 III StGB auch die fahrlässige Begehung pönalisiert, würde sich also strafbar machen können, wer zu Hause unachtsam über seine Telefonschnur stolpert — ein wohl unhaltbares Ergebnis¹¹. Dennoch soll im folgenden aus didaktischen Gründen der herrschenden Ansicht unter Führung des BGH gefolgt werden. Danach wären hier § 303 und § 317 StGB als Tatbestände einschlägig.

Daß zugunsten der Bonner Bürgerinnen kein Rechtfertigungsgrund eingreift, liegt auf der Hand. Es fragt sich jedoch, ob sie sich eine Sachlage vorstellten, nach der sie gerechtfertigt gewesen wären: Wäre „Krüger“ tatsächlich zuständiger Mitarbeiter der Telekom, hätte Einwilligung als Rechtferti-

¹ *Roxin*, JuS 1973, 202.

² *Herzberg*, JA 1989, 294; siehe dazu auch *Grünwald*, Gedächtnisschrift für Noll, 1984, S. 185.

³ *Herzberg*, JA 1989, 243.

⁴ Vorkommnisse, daß per Telefon jemand aus bloßer Schadenfreude andere zu schädigenden Handlungen per Täuschung veranlaßt, kommen übrigens gar nicht so selten vor. Den Extrempunkt legt wohl das Treiben eines 20jährigen Mannes aus Berlin fest: Telefonisch forderte dieser „etwa einen Neunjährigen auf, seine 5 Jahre alte Schwester umzubringen, weil sie sehr krank sei. Der Junge sollte aus einer Schnur eine Schlinge drehen, sie über die Türe legen und das Ende an der Türklinke befestigen. Das Mädchen sollte auf einen Stuhl steigen und die, Schlinge um den Hals legen. Nur weil die Schnur gerissen ist, lebt das Kind noch. Der zweite Versuch, das Mädchen in der Badewanne zu ertränken, ist daran gescheitert, daß der Junge die Anweisungen nicht richtig befolgt hat. Der dritten Aufforderung, die Schwester vom Balkon zu stürzen, ist der verängstigte Junge nicht mehr nachgekommen“ (Stern 28/1992, S.45).

⁵ Diesen Sachverhalt habe ich, beschränkt auf die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung und ergänzt um den Hinweis, daß die Telefonanlagen Eigentum der Telekom seien, als Kernstück der 1. Leistungskontrollklausur an der Ruhr-Universität Bochum im Sommersemester 1992 gestellt. Herrn Wiss. Ass. *Heiko Artkämper*, Bochum, habe ich für umfangreiche Hilfe bei der Erstellung der Lösungsskizze zu danken.

⁶ *Wolff* in *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., §304 Rdn. 9; siehe auch *Stree* in *Schönke/Schröder*, 24. Aufl., §304 Rdn. 6; RGSt. 34, 249.

⁷ Vgl. *Stree* in *Sch./Sch.*, §145 Rdn. 18; ausführlich zu dieser Vorschrift *Händel*, DAR 1975, 59 f.

⁸ Siehe *Rüth* in *LK*, §316b Rdn. 19; ausführlich zu dieser Vorschrift *Bernstein*, § 316b StGB - Störung öffentlicher Betriebe, 1989, S. 300, 97, 106, 110.

⁹ BGHSt. 25, 370; RGSt. 29, 244; 34, 250; RG JW 1920, 1036; OLG Hamm, JMBL.NW 1966, 94; *Wolff* in *LK*, §317 Rdn. 3; *Dreher/Tröndle*, StGB, 45. Aufl., §317 Rdn.2; *Krause*, JR 1975, 380; a.A. BayObLG, NJW 1971, 528; *Cramer* in *Sch./Sch.*, §317 Rdn. 4; *Hörn*, in *Systematischer Kommentar StGB*, 4. Aufl., §317 Rdn.5; ausführlich zu dieser Vorschrift *Mahnkopf*, JuS 1982, 886 f.

¹⁰ *Wolff* in *LK*, §317 Rdn. 3.

¹¹ Siehe hierzu die Glosse von *Momberg*, JZ 1982, 574; siehe aber auch die Erwägungen von *Krause*, JR 1975, 380.

gungsgrund¹² vorgelegen — aber nur bezüglich der Sachbeschädigung, da §317 StGB Gemeinschaftswerte schützt und die Telekom somit selbst als Eigentümer insoweit nicht dispositionsbefugt gewesen wäre. Darüber hinaus — Rechtfertigungsgründe können miteinander konkurrieren¹³ — wäre aber für beide Tatbestände der Verteidigungsnotstand gemäß § 228 BGB einschlägig: Notstandsfähig nach dieser Norm sind auch Vermögensinteressen¹⁴, die Gefahr scheint vom Fernsprecher auszugehen, von der Erforderlichkeit¹⁵ und der Angemessenheit der Notstandshandlungen soll ausgegangen werden.

Die Bonner Bürgerinnen haben danach eine sie rechtfertigende Sachlage irrtümlich angenommen und sind daher einem Erlaubnistatbestandsirrtum erlegen.

II. Zum Erlaubnistatbestandsirrtum

Nun ist, wie eingangs schon angesprochen, kaum eine Frage so umstritten wie die der Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums. Im folgenden sollen nicht noch einmal im einzelnen die verschiedenen Theorien und ihre Argumente wiedergegeben und gewürdigt werden; dies hat zuletzt D. Geerds ausführlich in dieser Zeitschrift getan¹⁶. Es kann genügen, dies stichwortartig zu tun, um das Augenmerk zunächst mehr konkret darauf lenken zu können, inwieweit die verschiedenen Meinungen im Ausgangsfall zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Hieran orientiert, kann im folgenden eine andere Ordnung für die Untersuchung als sonst üblich vorgenommen werden: Wir gehen von der — bezogen auf unseren Fall — „täterfreundlichsten“ Theorie aus hin zu derjenigen, die die theoretisch weitestgehende Strafbarkeit der Bonner Bürgerinnen zur Folge hat.

Demgemäß ist mit der „strengen Vorsatztheorie“ Schmidhäusers und Langers zu beginnen¹⁷. Beide Autoren sehen (bei hier zu vernachlässigenden Unterschieden) die „Vorsätzlichkeit“ als ein das Unrechtsbewußtsein umfassendes Schuldmerkmal an. Dies hat zur Folge, daß nicht nur beim Tatbestandsirrtum, sondern auch beim Verbotsirrtum (und damit ebenfalls beim Erlaubnistatbestandsirrtum) der Vorsatz entfällt. In unserem Fall wäre dann aber den Bonner Bürgerinnen ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, weil es wohl als höchst sorgfaltswidrig bezeichnet werden muß, aufgrund solch ungewöhnlicher Anrufe ohne Rückfrage bei der Telekom gleich deren Telefone unbrauchbar zu machen. Da fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar ist, wäre nur eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Störung von Fernmeldeanlagen (§317 III StGB) gegeben, immer vorausgesetzt, daß man den objektiven Tatbestand mit der herrschenden Meinung für gegeben erachtet. Das Hauptargument gegen die Vorsatztheorien, sie würden heute gegen die im 2.StrRG von 1969 getroffene Neuregelung des Irrtums in den §§ 16, 17 StGB verstoßen¹⁸, versuchen Schmidhäuser und Langer für ihren Ansatz dadurch zu widerlegen, daß sie meinen, § 17 StGB beziehe sich nur auf diejenigen Fälle, in denen nach §16 I 2 StGB die Bestrafung wegen fahrlässiger Tat unberührt bleibe, so daß gemäß § 17 2 die Fahrlässigkeitsstrafe noch einmal gemildert werden könne¹⁹. Somit könnte in unserem Fall die einjährige Höchststrafe gemäß §317 III und §49 I Nr. 2 StGB auf ein 3/4 Jahr reduziert werden; über ein erhöhtes Mindestmaß verfügt § 317 StGB (wie auch § 303 StGB) ohnehin nicht.

Nach der „modifizierten Vorsatztheorie“ Ottos²⁰ besteht der Vorsatz aus dem „finalen Unrechtselement“ — dem Tatbestandsvorsatz im herkömmlichen Sinn — und dem „materiellen Unrechtsbewußtsein“, das die „Kenntnis der Sozialschädlichkeit“ beinhalte; die Kenntnis der Strafbarkeit bedeute das „formelle Unrechtsbewußtsein“ und sei Schuldbestandteil. Das Fehlen letzteres sei durch §17 StGB, das Nichtvorhandensein des finalen Unrechtselementes durch § 16 StGB geregelt. Der Erlaubnistatbestandsirrtum betreffe das — gesetzlich

nicht ausdrücklich geregelte — Fehlen des materiellen Unrechtsbewußtseins, das aber auch § 16 StGB — wohl analog²¹ — unterfallen soll. Folge für unseren Fall: (ungemilderte) Strafbarkeit der Bonner Bürgerinnen nach §317 III StGB.

Als nächstes ist die von Merkel²² schon im vorigen Jahrhundert entwickelte Lehre von den negativen Tatbestandselementen anzusprechen²³, deren Konsequenz für die Irrtumslehre gemeinhin den (eingeschränkten) Schuldtheorien zugerechnet wird²⁴. Diese Ansicht sieht die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes als negative Merkmale des Tatbestandes an und kommt damit zu einem zweistufigen Verbrechenaufbau (Unrechtstatbestand und Schuld). Konsequenterweise kommt sie auch beim Erlaubnistatbestandsirrtum zum Vorsatzausschluß infolge der unmittelbaren Anwendbarkeit von §16 StGB²⁵ wie beim eigentlichen Tatbestandsirrtum. Für unseren Fall bedeutete dies die Strafbarkeit der Bonner Bürgerinnen nach § 317 III StGB (also wie nach der modifizierten Vorsatztheorie). Die hauptsächliche Kritik an dieser Lehre besagt, sie verkenne die Selbständigkeit der Erlaubnisnormen und vermische damit tatbestandsloses und gerechtfertigtes Verhalten²⁶.

Daran anschließend ist das „Ungetüm“²⁷ der „vorsatzunrechtsausschließenden eingeschränkten Schuldtheorie“²⁸ zu nennen, die auch mit Herzberg als „Unrechtstheorie“ bezeichnet werden könnte, wodurch schon der Standort des Problems im Verbrechenaufbau angedeutet wäre²⁹. Dieser Ansicht zufolge läßt der Erlaubnistatbestandsirrtum zwar den Tatbestandsvorsatz an sich bestehen, stattdessen jedoch den „Unrechtsvorsatz“ (bzw. das Vorsatzunrecht, die Rechtswidrigkeit einer vorsätzlichen Tat)³⁰ entfallen, so daß es am

¹² A.A. z.B. Roxin, 'Strafrecht AT/1, 1992, §13 Rdn.2ff m.w.N.: Tatbestandsausschluß; Konsequenz danach: Tatbestandsirrtum der Bonner Bürgerinnen.

¹³ Näher Warda, Festschrift für Maurach, 1972, S. 143 ff; Roxin, AT/1, §14 Rdn. 44ff.

¹⁴ Siehe etwa Heinrichs in Palandt, 51. Aufl., §228 Rdn. 3.

¹⁵ Die Erforderlichkeit des Zertrümmerns des Fernsprechers durch die eine Bonner Bürgerin ist angesichts des zur Gefährdung angeblich genügenden Kappens des Anschlusses allerdings fraglich (siehe dazu unten, B III).

¹⁶ D. Geerds, JURA 1990, 24ff; siehe auch Herzberg, JA 1989, 294ff; Graul, JuS 1992, S. 49ff.

¹⁷ Schmidhäuser, Studienbuch Strafrecht AT, 2. Aufl. 1984, II 87 ff; Langer, GA 1976, 193 ff.

¹⁸ Siehe die Nachweise bei D. Geerds, JURA 1990, 429 Fn. 120; siehe ferner Neumann in Alternativkommentar StGB, § 17 Rdn. 1, 2 m.w.N.; Kramer/Trittel, JZ 1980, 393ff.

¹⁹ Schmidhäuser, JZ 1979, 369; Langer, GA 1976, 216f.

²⁰ Otto, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1992, § 15 112; so auch D. Geerds, JURA 1990, 429 f.

²¹ A.A. z.B. Graul, JuS 1992, L52.

²² Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Aufl. 1889, S. 82; ausführlich dazu Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S.21ff.

²³ Aus neuerer Zeit siehe etwa Samson, Strafrecht I, 7. Aufl. 1988, S. 122ff; Arth. Kaufmann, FS Lackner, 1987, S. 185ff; Schünemann, GA 1985, 347 ff; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl. 1970, S. 173 ff; Engisch, ZStW 70 (1958), 583 ff; Lang-Hinrichsen, JZ 1953, 362ff; Schröder, MDR 1953, 70ff; R. Lang; JZ 1953, 9ff; Schaffstein, MDR 1951, 196ff; v. Weber, JZ 1951, 260IT.

²⁴ Kritisch dazu Paeffgen, GS für Armin Kaufmann, 1989, S.401 Fn. 12.

²⁵ A.A. Lenckner in Sch./Sch., vor § 13 Rdnr. 19; Grünwald, GS Noll, S. 187f; dagegen Paeffgen, GS Armin Kaufmann S. 401 Fn. 13; siehe auch Minas-v. Savigny, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972, S. 127ff.

²⁶ Siehe dazu Wessels, Strafrecht AT 22. Aufl. 1992, §5 II 3

m. w. N.

²⁷ Herzberg, JA 1989, 294.

²⁸ Die Bezeichnung stammt von Wolter, GA 1984, 381.

²⁹ Herzberg, JA 1989, 295.

³⁰ Zur Terminologie siehe Graul, JuS 1992, L 51 Fn. 11.

Handlungsunrecht einer Vorsatztat fehlen soll mit der Folge, daß bei Fahrlässigkeit §16 12 StGB analog anzuwenden sei³¹. Der Standort des Problems ist danach also die Stufe der Rechtswidrigkeit. Der Haupteinwand gegen diese Theorie — der auch gegen die Vorsatztheorien und die Lehre von den negativen Tatbestandselementen erhoben wird — besteht darin, daß mangels vorsätzlicher Haupttat eine Teilnahme nach §§ 26, 27 StGB nicht möglich sei³².

Darauf eingehend vertreten vor allem Rudolphi und Roxin eine Spielart dieser Ansicht, wonach Teilnahme sehr wohl angenommen werden könne, weil der Vorsatz im Sinne der Teilnahmevorschriften nicht als Unrechtsvorsatz, sondern als Tatbestandsvorsatz zu begreifen sei³³; man arbeitet also mit „einem doppelten Vorsatzbegriff“³⁴ (was übrigens auch *Schmidhäuser* und *Langer* zur Verteidigung ihrer Vorsatztheorie unternommen haben³⁵). *Roxin* sieht dies selbst nur als eine „Notlösung“ an³⁶. *Arthur Kaufmann* hält solchen Versuchen entgegen: „Die Vorsatzlehre ist keine Trambahn, bei der man ein und aussteigen kann, wann und wo immer man will“³⁷.

Den kritisierten Lücken bei der Strafbarkeit von Teilnehmern versucht die erstmals von *Gallas* formulierte³⁸, wohl herrschende sog. „rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie“ dadurch entgegenzutreten, daß sie eine andere Analogie des § 16 StGB vorschlägt³⁹. Sie beschränkt die entsprechende Anwendung auf die Rechtsfolgen des Tatbestandsirrtums. Diese Ansicht läßt also Tatbestandsvorsatz und Rechtswidrigkeit unberührt und schließt bei jedem vermeidbaren Irrtum (§ 17 2 StGB) nur die Möglichkeit einer Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat aus: Es fehle an der (nur für diese Konstellation bedeutsamen) Vorsatzschuld — also auch eine „Doppelstellung der Vorsatzfrage“⁴⁰. Für die Strafbarkeit der Bonner Bürgerinnen würde sich in unserem Fall nichts ändern⁴¹, obwohl an sich diese Lehre (was meistens übersehen wird) jedenfalls theoretisch zu weitergehender Pönalisierung führt als die Unrechtstheorie, weil sie auf die fast immer zu bejahende Vermeidbarkeit und nicht bloß auf die Fahrlässigkeit als Maßstab für die Strafbegründung abstellt⁴². Die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie, die die Strafbarkeitslücken bei der Teilnahme zu schließen versucht, hat dies damit erkaufte, daß sie sich etwa von *Schünemann* als „dogmatische Mißgeburt“ und „eigentümlicher Zwitter“ kritisieren lassen muß⁴³.

Einen verwandten Vorschlag hat *Jakobs* mit seiner „unselbständigen Schuldtheorie“ unternommen⁴⁴. Danach soll — sofern fahrlässige Begehung strafbar ist — eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tat erfolgen, als Straffahnen jedoch der des Fahrlässigkeitsdelikts genommen werden — ein „merkwürdiges Ergebnis“, befand *Welzel* bezüglich solcher Konstruktion⁴⁵. In unserem Fall könnten die Bonner Bürgerinnen also wegen vorsätzlicher Zerstörung von Fernmeldeanlagen (§317 I StGB) höchstens mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden (siehe §317 III StGB).

Noch einen Schritt weiter geht *Dreher*⁴⁶, dessen Vorschlag de lege ferenda Herdegen wohl auch für das geltende Recht Bedeutung zumißt⁴⁷. Auch *Dreher* meint, daß es beim Erlaubnistatbestandsirrtum bei vorsätzlicher Deliktsverwirklichung bleibe und will den Straffahnen den Fahrlässigkeitsvorschriften entnehmen. Sofern eine fahrlässige Begehung nicht strafbar ist — und dies ist die Besonderheit — soll dennoch gestraft werden können: Als Ersatz für den Straffahnen eines Fahrlässigkeitsdelikts sei sodann der gemäß §49 I StGB gemilderte Straffahnen des Vorsatzdelikts zu nehmen. Erstmals wäre also in unserem Fall eine Bestrafung der Bonner Bürgerinnen nicht nur aus §317 I, III StGB, sondern auch wegen Sachbeschädigung möglich. Allerdings würde dies zu einer etwas widersprüchlichen Situation führen: Aus Gründen der Spezialität hätte §303 hinter §317 StGB als qualifizierter Sachbeschädigung zurückzutreten, obwohl sein Straffahnen (§§303,

491 Nr. 2 StGB: bis P/2 Jahre) höher ist als der des §317 III StGB (bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe).

Anderes gilt infolge der erweiterten Strafmöglichkeiten für die von *Roxin* so genannte „rechtsfolgen selbständige Schuldtheorie“ *Krömpelmanns* und *Paeffgens* (zu der er auch noch die Ansicht *Dreher*s rechnet)⁴⁸. Hiernach wird die eigenständige Rolle des Erlaubnistatbestandsirrtums insofern betont, als daß ausschließlich Rechtsfolgen außerhalb der Irrtumsvorschriften entwickelt werden. Die Autoren nehmen ebenfalls beim Erlaubnistatbestandsirrtum eine vorsätzliche Straftat an, legen aber nicht nur wie *Dreher* den gemäß §49 I StGB ermäßigten Straffahnen bei fehlender Pönalisierung der Fahrlässigkeit zugrunde, sondern auch ansonsten. In unserem Fall würde die Strafbarkeit der Bonner Bürgerinnen wegen (vorsätzlicher) Sachbeschädigung hinter der Strafbarkeit gemäß § 317 I StGB zurücktreten, der auch nach Straffahmensenkung eine Höchststrafe von 3 Jahren und 9 Monaten ermöglichte.

Beenden wir den Theorienüberblick zum Erlaubnistatbestandsirrtum nun mit der bekannteren, von *Welzel* entwickelten „strengen Schuldtheorie“⁴⁹, die eine „kleine, wenngleich

³¹ Siehe etwa *Cramer* in Sch./Sch., § 16 Rdn. 18; *Lenckner* in Sch./Sch., vor §13 Rdn. 121; *Rudolphi* in SK, §16 Rdn. 12; *Eser/Burkharde* Strafrecht I, 4. Aufl. 1992, Fall 16 Rdn. 21 ff; *Hruschka*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1988, S. 209f; *Krey*, Strafrecht BT/1, 8. Aufl. 1991, Rdn. 479; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 298ff; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 244ff; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 143ff; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 33; *Herzberg*, JA 1989, 295 ff.

³² Siehe dazu *Wessels*, AT, § 11 III 1 a, b, m, w. N.

³³ So ausdrücklich *Roxin*, AT/1, § 14 Rdn. 75; ähnlich *Rudolphi* in SK, § 16 Rdn. 13; siehe auch *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 249ff.

³⁴ *Roxin*, Täterschaft und Teilnahme, 5. Aufl. 1990, S. 554.

³⁵ *Schmidhäuser*, StuB AT, 10/21; *Langer*, GA 1976, 217 f.

³⁶ *Roxin*, Täterschaft und Teilnahme, S. 555.

³⁷ *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 196; kritisch ebenfalls *Krey*, BT/1, Rdn. 479; *Kuhlen*, Irrtumsunterscheidung, S. 328ff; *Herzberg*, JA 1989, 298 Fn.50; *Paeffgen*, GS Armin Kaufmann, S.404.

³⁸ *Gallas*, ZStW 67 (1955), 45 f Fn.89; FS Bockelmann, 1979, S. 170 ff.

³⁹ Siehe etwa *Jescheck*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1988, §41 III 2 d; *Wessels*, AT, § 11 III 1; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT/1, 8. Aufl. 1992, §37 Rdn. 41 ff; *Blei*, Strafrecht AT, 18. Aufl. 1983, §59 113; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1987, §16 C II 6 d; *Geilen*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1980, S. 133 ff; *Eben*, Strafrecht AT, 1985, S. 135; *Haft*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1992, S.251; *Dreher/Tröndle*, §16 Rdn. 27; *Lackner*, StGB, 19. Aufl., § 17 Rdn. 15; *Spendet* in LK, § 32 Rdn. 342 f.

⁴⁰ *Hirsch*, FS Rechtswiss. Fakultät Köln, 1988, S.421 Fn.92.

⁴¹ A.A. aber *Mattoli/Kleine-Voßbeck/Kiel/Platena*, Der Irrtum im Strafrecht, 2. Aufl. 1988, S. 19, die die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit verneinen; siehe dazu *Graul*, JuS 1992, L52; siehe auch *Gallas*, FS Bockelmann, S. 171.

⁴² Siehe dazu *Krömpelmann*, ZStW-Beiheft 1978, 46; *Maurach/Zipf*, AT/1, §38 Rdn. 34.

⁴³ *Schünemann*, GA 1985, 350; siehe auch *Maurach/Gössel*, Fälle und Lösungen - Strafrecht, 5. Aufl. 1988, S. 10 Fn.47, 109; *Herzberg*, JA 1989, 299; *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 194; *Roxin*, JuS 1973, 202; *Dreher*, FS Heinitz, 1972, S.223.

⁴⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 11. Abschn. Rdn. 58.

⁴⁵ *Welzel*, ZStW 67 (1955), 215.

⁴⁶ *Dreher*, FS Heinitz, S.223 ff; zustimmend *Lackner*, §17 Rdn. 15; *Haft*, JuS 1980, 661.

⁴⁷ *Herdegen*, FS Bundesgerichtshof, 1975, S.208f; wohl auch *Krömpelmann*, ZStW-Beiheft 1978, 51.

⁴⁸ *Krömpelmann*, ZStW-Beiheft 1978, 47 ff (anders noch GA 1968, 139ff); *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 165 (eingeschränkt in GS Armin Kaufmann, S. 411 Fn. 60).

⁴⁹ *Roxin*, AT/1, § 14 Rdn. 58.

⁵⁰ Siehe *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, §22 III 1 f m.w.N.

gewichtige Minderheit⁵¹ vertritt⁵². Ihr zufolge ist jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit ein bloßer Verbotsirrtum: Auch der Erlaubnistatbestandsirrtum betreffe nicht den Vorsatz, sondern nur das streng zu unterscheidende Unrechtsbewußtsein. Dieser Lehre wird auch von ihren Gegnern häufiger dogmatische Stringenz zugewilligt und ihre Vermeidung von Strafbarkeitslücken anerkannt⁵³; als wichtigstes Gegenargument stellt sich wohl dar, daß die Rechtsfolgen der strengen Schuldtheorie nicht dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechen⁵⁴. Das mag schon unser Fall verdeutlichen: Da der Irrtum der Bonner Bürgerinnen wohl ausgesprochen leicht erkennbar war, gibt es sogar Argumente, (ausnahmsweise) von der fakultativen Strafmilderung gemäß § 17 2 StGB abzusehen⁵⁵, so daß der Straffrahmen dann bis zu 5 Jahren reicht...

Ein kurzer Überblick zur Einordnung des (fahrlässigen bzw. vermeidbaren) Erlaubnistatbestandsirrtums:

Rechtliche Behandlung		Rechtliche Konsequenz
Tatbestandsirrtum	Vorsatztheorien ⁵⁶	kein Unrechtsbewußtsein als Vorsatzmerkmal
	Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	kein Tatbestandsvorsatz
	Unrechtstheorie	kein Vorsatzunrecht
	rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie	keine Vorsatzschuld
Irrtum sui generis	unselbständige Schuldtheorie	keine Vorsatzstrafe
	rechtsfolgen-selbständige Schuldtheorien	kein Vorsatzstrafrahmen
Verbotsirrtum	strenge Schuldtheorie ⁵⁷	(nur) fakultativ kein Vorsatzstrafrahmen

III. Zur mittelbaren Täterschaft

Kommen wir nun zur Strafbarkeit des „Krüger“. Wir haben schon gesehen, daß seine Bestrafung als Anstifter bei Zugrundelegung einiger Theorien zum Erlaubnistatbestandsirrtum nicht möglich ist. Dies kann jedoch zurückgestellt werden: Zuvörderst ist — vom Boden der ganz herrschenden Tatherrschaftslehre aus⁵⁸ — zu untersuchen, ob „Krüger“ nicht als mittelbarer Täter gemäß § 25 I 2. Alt. StGB zu bestrafen ist — insoweit wäre Anstiftung ohnehin abzulehnen: „Krüger“ hätte Straftaten „durch einen anderen“ — die jeweilige Bonner Bürgerin — begangen, wenn man ihm nicht nur die beherrschende Rolle des Hintermannes, der die Sachlage richtig erfäßt, das Gesamtgeschehen kraft seines planvoll lenkenden Willens „in der Hand“ hat⁵⁹, zubilligt, sondern auch

eine aus tatsächlichen Gründen unterlegene Stellung der Bonner Bürgerinnen annimmt, derer sich „Krüger“ als menschlicher Werkzeuge bedient hätte. Anerkannt ist, daß bei dem Tatausführenden ein solcher „Defekt“, der zu mittelbarer Täterschaft führen kann, dann vorliegt, wenn der Ausführende objektiv tatbestandslos, ohne Tatbestandsvorsatz, rechtmäßig oder schuldlos handelt. Prüft man hierauf die Theorien zum (fahrlässigen bzw. vermeidbaren) Erlaubnistatbestandsirrtum durch, ergibt sich:

Nach den Ansichten, denen zufolge die Bonner Bürgerinnen ohne (Tatbestands- bzw. Unrechts-)Vorsatz gehandelt haben, können sie fraglos als Werkzeug des „Krüger“ angesehen werden. Das betrifft also die Vorsatztheorien, die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und die Unrechtstheorie.

Unproblematisch sind ferner die unselbständige und die rechtsfolgenseלבständige Schuldtheorie (einschließlich der Ansicht *Dreher's*), die von vorsätzlichen und schuldhaften Taten der Bonner Bürgerinnen ausgehen, deren Strafe nur gemildert wird. Nach diesen Theorien könnte „Krüger“ nur wegen Anstiftung bestraft werden.

Letzteres ergibt sich auf der Grundlage der herrschenden Ansicht; erkennt man die von *Roxin* geprägte Lehre vom „Irrtum über den konkreten Handlungssinn“ an⁶⁰, kann auch vom Boden dieser Ansichten zum Erlaubnistatbestandsirrtum aus mittelbare Täterschaft bejaht werden.

Sehr problematisch ist die als „Zwitter“ kritisierte rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie, weil nach dieser Ansicht der Tatmittler zwar mit Vorsatz, aber ohne Vorsatzschuld handelt. Mit *Roxin* könnte man sagen, daß dann, wenn der Hintermann einen Irrtum des Ausführenden über die sachlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes hervorruft, mittelbare Täterschaft auch möglich ist, sofern nur das Entfallen der Vorsatzschuld angenommen wird⁶¹; immerhin sind auch sonst Defekte im Schuldbereich anerkannt. Dogmatisch stringent wäre es aber auch zu betonen, daß nach dieser Theorie der Erlaubnistatbestandsirrtum „strukturell Verbots-

⁵¹ *Blei*, AT, § 59 II 2 b.

⁵² Siehe etwa *Maurach*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1971, § 37 IIA, § 38 II B 2; *Maurach/Gössel*, FuL-Strafrecht, S. 110f; *Bockelmann*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1979, § 16 C II 5d bb; *Hirsch* in LK, vor § 32 Rdn. 8, 52; *Schroeder* in LK, § 16 Rdn. 49, 52; *Niese*, DRiZ 1953, 20ff; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37ff; *Warda*, JURA 1979, 294.

⁵³ Siehe etwa *Gallas*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2 (1958), 42; *Herdegen*, FS Bundesgerichtshof, S. 206; *Langer*, GA 1976, 211 f.

⁵⁴ Vgl. *Schroeder* in LK, § 16 Rdn. 49, 52; *Blei*, AT, § 59 II 2 b; *Paeffgen*, GS Armin Kaufmann, S. 410.

⁵⁵ Siehe dazu *Cramer* in Sch./Sch., § 17 Rdn. 26; *Rudolphi* in SK, § 17 Rdn. 48; ausführlich *Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelvertretungsverbot, 1983, S. 222ff.

⁵⁶ Genauer: Für die Vorsatztheorien wird die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum entbehrlich; sie lassen beide § 16 StGB unterfallen.

⁵⁷ Beim unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum fehlt es für die strenge Schuldtheorie am Unrechtsbewußtsein als Schuldmerkmal, so daß sie dann als „täterfreundlicher“ einzuordnen ist als unselbständige und rechtsfolgenseלבständige Schuldtheorien.

⁵⁸ Ausgehend von der subjektiven Theorie könnte man „Krüger“ in jedem Fall als mittelbaren Täter ansehen: Er hatte sowohl Interesse an der Tat als auch Willen zur Täterschaft — auf deren tatsächliche Ausübung käme es nicht an (siehe *Baumann/Weber*, Strafrecht AT, 9. Aufl. 1985, § 36 I 4a c).

⁵⁹ Siehe *Wessels*, AT, § 13 III 3.

⁶⁰ Ausführlich *Roxin*, FS Richard Lange, 1976, S. 184ff; siehe auch *Otto*, JURA 1987, 255; *Neumann*, JA 1987, 250 f; *Herzberg*, JuS 1974, 375.

⁶¹ *Roxin* in LK, § 25 Rdn. 65.

irrtum⁶² mit bloßer Rechtsfolgenverweisung auf § 16 I StGB bleibt und nach dessen Auswirkungen auf die Beteiligungslehre zu fragen.

Diese Frage bereitet nun aber auf der Grundlage der strengen Schuldtheorie, die den Irrtum der Bonner Bürgerinnen als vermeidbaren Verbotsirrtum behandelt, große Probleme: Während bei Unvermeidbarkeit des Irrtums mittelbare Täterschaft unstreitig möglich ist⁶³, muß bei Vermeidbarkeit die Frage nach dem „Täter hinter dem Täter“ gestellt werden: Kann auch jemand „Werkzeug“ sein, der trotz Irrtums volldeliktisch handelt, so daß die Strafe nur — noch dazu fakultativ — gemildert werden kann?

Mit dieser äußerst umstrittenen Fragestellung mußte sich vor einiger Zeit der BGH in einem Fall beschäftigen, der seitdem wie kaum ein anderer zu wissenschaftlichen Stellungnahmen herausgefordert hat: Es ist der sog. „Katzenkönig“-Fall⁶⁴, der eher der „ebenso phantasiereichen wie praxisfernen Lehrbuchkriminalität“ zu entstammen scheint⁶⁵. Kurz gesagt ging es in diesem Fall, dessen Sachverhalt schon allein das Nachlesen lohnt, darum, daß dem Tausführenden erfolgreich eingeredet wurde, er müsse dem „Katzenkönig“, der die Welt bedrohte, ein Menschenopfer (in Gestalt einer von den Hintermännern gefaßten Person) beibringen, um die Menschheit zu retten, worin das Gericht — sehr zweifelhaft⁶⁶ — einen (indirekten) Verbotsirrtum hinsichtlich der Reichweite von § 34 StGB sah.

Der BGH schloß sich hier der wohl überwiegenden Lehre an, der zufolge in Form einer Einzelfallentscheidung auf das Kriterium der vom Täterwillen getragenen objektiven Tatherrschaft abgestellt werden müsse⁶⁷. Insbesondere in Fällen, in denen der Irrtum vom Hintermann hervorgerufen wird, liege mittelbare Täterschaft nahe⁶⁸. In unserem Fall wäre „Krüger“ danach als mittelbarer Täter anzusehen.

Die Lehre vom „Verantwortungsprinzip“ lehnt dieses Ergebnis ab; trotz der geminderten Schuld des im vermeidbaren Verbotsirrtum Handelnden habe dieser volle strafrechtliche Verantwortung, wodurch der Tatbeitrag des Hintermannes zur Teilnahme relativiert werde⁶⁹.

Zum umgekehrten Ergebnis kommt Herzberg, der die Abgrenzung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft einem normativen „Werkzeugprinzip“ unterwerfen will⁷⁰. Danach ist entscheidend, daß der Tausführende irrtumsbeherrscht handelt, und nicht, ob aus normativen Erwägungen heraus dem Irrtum rechtliche Relevanz zugesprochen wird. Auch nach dieser Ansicht wäre in unserem Fall also mittelbare Täterschaft des „Krüger“ gegeben.

IV. Resümee

Resümieren wir unseren Fall, so zeigt sich, daß nach nahezu jeder der diversen Theorien zum Erlaubnistatbestandsirrtum für die Bonner Bürgerinnen und „Krüger“ eine andere Konstellation der Strafbarkeit entsteht: Was die Bonner Bürgerinnen angeht, kommen insbesondere die sog. eingeschränkten Schuldtheorien zum gleichen anwendbaren Straffrahmen; sie streiten sich dafür um so heftiger um die Strafbarkeit des „Krüger“ als mittelbaren Täter oder Anstifter, was auch für die strenge Schuldtheorie ungesichert ist. Immer unter der höchst zweifelhaften Prämisse, daß mit der herrschenden Ansicht hier auch §317 StGB als einschlägig anzunehmen ist, bewegt sich die theoretisch mögliche Höchststrafe für die Bonner Bürgerinnen zwischen einem ^{3/4} Jahr und 5 Jahren Freiheitsstrafe. Beliebte man es dagegen bei der Sachbeschädigung, so hinge sogar das „ob“ ihrer Strafbarkeit von der jeweiligen Ansicht zum Erlaubnistatbestandsirrtum ab. Für „Krüger“ ist der Theorienstreit bedeutungsloser, weil auch der Anstifter „gleich einem Täter“ zu bestrafen ist.

Die Strafbarkeit im Überblick (ohne Konkurrenzen):

	<u>Bonner Bürgerinnen</u>	<u>„Krüger“</u>
	<i>strenge</i>	<i>Vorsatztheorie</i>
§§ 317 III, 16 I, 17 2, 49 I Nr. 2 fakultativ		§ 25 I 2. Alt.
§26 (zw.)		
	<i>modifizierte</i>	<i>Vorsatztheorie</i>
§§317 III, 16 I analog		§25 I 2. Alt.
	<i>Lehre von den negativen Tatbestandselementen</i>	<i>Vorsatztheorie</i>
§§317 III, 16 I		§25 I 2. Alt.
	<i>Unrechtstheorie</i>	
§§317 III, 16 I analog		§25 I 2. Alt.
§26 (str.)		
	<i>rechtsfolgenverweisende</i>	<i>Schuldtheorie</i>
§§ 317 I, III, 17 2, 161 analog		§ 25 I 2. Alt. (zw.)
§26		
	<i>unselbständige</i>	<i>Schuldtheorie</i>
§317 I, III		§26
	<i>rechtsfolgensebständige</i>	<i>Schuldtheorie (Dreher)</i>
§317 I, III		§26
§ 303 I, 49 I Nr. 2 obligatorisch		
	<i>rechtsfolgensebständige Schuldtheorie (Krümpelmann, Paeffgen)</i>	
§317 I, 49 I Nr. 2 obligatorisch		§26
§ 303 I, 49 I Nr. 2 obligatorisch		
	<i>strenge</i>	<i>Schuldtheorie</i>
§317 I, 17 2, 49 I Nr. 2 fakultativ		§ 25 I 2. Alt. (str.)
§303 I, 17 2, 49 I Nr. 2 fakultativ		§26

Zur Strafbarkeit der Bonner Bürgerinnen sei jedoch angemerkt, daß wohl jede Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren jedenfalls wegen geringer Schuld (§ 153 StPO) gleich nach Klärung des Sachverhalts wieder einstellen würde, so daß es in der Praxis mit ziemlicher Sicherheit unabhängig vom Theorienstreit keinesfalls zu einer Verurteilung der Bonner Bürgerinnen käme — was in diesem Fall unserem Gerechtigkeitsinn wohl auch entspricht.

B. Ein Lösungsvorschlag

Mit dieser Schaffung von Verwirrung sollen die Überlegungen nun nicht enden, sondern erst richtig beginnen. Allerdings — eines kann von den folgenden Ausführungen nicht erwartet werden: die Beantwortung der Frage, welche Theorie zum Erlaubnistatbestandsirrtum denn nun die „richtige“ ist. Nach einer jahrzehntelangen Diskussion, in der die bekanntesten deutschen Strafrechtswissenschaftler die Argumente mit „größter Brillanz“⁷¹, aber auch „scholastischem Raffinement“⁷² vorgetragen haben, in der bis zum heutigen Tage alle Meinungen von namhaften Strafrechtlern vertreten werden,

⁶² Krümpelmann, ZStW-Beiheft 1978, 46; ähnlich Gallas, FS Bockelmann, S. 169; Maurach/Gössel, FuL-Strafrecht, S. 110.

⁶³ A. A. zuletzt Welzel, Strafrecht, § 15 II 2 a.

⁶⁴ BGHSt. 35, 347 m. Bespr. Schaffstein, NSZ 1989,153; Sonnen, JA 1989, 212; Hassemer, JuS 1989, 673; Küper, JZ 1989, 617 und 935; Schumann, NSZ 1990, 32; Herzberg, JURA 1990, 16; Roßmüller/Rohrer, JURA 1990, 582.

⁶⁵ Sonnen, JA 1989, 213; siehe dazu Jäger, MschrKrim 56 (1973), 300.

⁶⁶ Siehe Herzberg, JURA 1990, 16 ff; Schumann, NSZ 1990, 34 f.

⁶⁷ Siehe etwa Baumann/Weber, AT, § 36 I 4 b Fn. 69; Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht AT/2, 7. Aufl. 1989, §48 Rdn.81f, 87; Wessels, AT, §13 III 3; Haft, AT, S. 196; Roxin in LK, §25 Rdn.68ff; Cramer in Sch./Sch., §25 Rdn.38; Lackner, §25 Rdn. 4; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 126ff; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht, S. 79; Otto, JURA 1987, 255.

⁶⁸ So auch schon Blei, AT, §72 11 c.

⁶⁹ Siehe etwa Jescheck, AT, § 62 II 5; Bockelmann/Volk, AT, § 22 II 2 c; Jakobs, AT, 21. Abschn. Rdn. 94; Stratenwerth, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1981, Rdn. 780; Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 347 ff.

⁷⁰ Herzberg, JURA 1990, 22 ff; siehe schon Täterschaft und Teilnahme, 1977, S.23.

⁷¹ Schroeder in LK, § 16 Rdn. 49.

⁷² Engisch, ZStW 70 (1958), 567; Roxin, AT/1, §14 Rdn. 62.

kann niemand so vermessen sein wollen und meinen, er habe den Stein der Weisen gefunden und wüßte, warum eine bestimmte Theorie „richtig“ sei. „Man erkennt heute fast durchwegs an, daß es hier keine in jeder Richtung vollkommen aufgehende Lösung gibt“, schreibt *Zipf*⁷³. Freilich: Eine eigene Meinung sollte ein jeder haben — schon der Student in der Anfängerübung⁷⁴. Demzufolge muß eines erlaubt sein: zu versuchen, eine etwas andere Sichtweise darzustellen, zu probieren, einen bisher weniger gesehenen Ansatzpunkt aufzugreifen.

I. Zur Umkehrung

Wir wollen uns dazu dem „Gegenstück“⁷⁵ des Erlaubnistatbestandsirrtums zuwenden, dem Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente⁷⁶, das man auch als „umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum“ bezeichnen kann⁷⁷. Diese Konstellation läge etwa dann vor, wenn die Bonner Bürgerinnen aus Vandalismus die Telefone beschädigt hätten, ohne zu wissen, daß von den Apparaten tatsächlich eine die Beschädigung rechtfertigende Gefahr im Sinne von § 228 BGB ausgegangen ist. Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist dementsprechend die Umkehr zum Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, nämlich deren isoliertes Vorliegen.

Meine These wäre nun die, daß beide Rechtsfiguren, die zwei Seiten derselben Medaille sind, harmonisiert werden können. Vielleicht ergibt sich Neues für die Lehre vom Erlaubnistatbestandsirrtum, wenn man die Meinungen ausgehend von der Lehre der subjektiven Rechtfertigungselemente betrachtet. Allerdings: Die Rechtslage ist hier beinahe „noch unübersichtlicher als beim eigentlichen Erlaubnistatbestandsirrtum“⁷⁸. Auch insoweit gilt, daß alle Lösungsmöglichkeiten prinzipiell gleichwertig sind — „keiner Theorie steht ein Monopolanspruch zu“⁷⁹. — Ein kurzer Überblick:

Eigentlich nur noch von *Spendel* vertreten wird die sog. objektive Theorie, die die Existenz subjektiver Rechtfertigungselemente bestreitet⁸⁰. Verbindet man dies — wie *Spendel* — noch mit der objektiven Versuchslehre⁸¹, folgt daraus als vielleicht verblüffendes Ergebnis die Strafflosigkeit.

Die Gegenposition, am entschiedensten von *Hirsch* vertreten⁸², kommt dagegen beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements zur Vollendungsstrafe. Hauptargument: Der tatbestandliche Erfolg ist eingetreten!

Aus diesem „geläufigen Vorverständnis“⁸³ heraus ist jungen Juristen häufig eine dritte Ansicht nicht ganz eingängig⁸⁴, die die Strafbarkeit wegen Versuches befürwortet: Verläßt man damit nicht „den Boden der Realität“⁸⁵? Versuchen wir, uns die Konstruktion klarzumachen, indem wir die Lehre von den negativen Tatbestandselementen heranziehen: Es bestünde Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale: eine fremde Sache beschädigen (positive Umstände), ohne daß ein Rechtfertigungsgrund eingreift (negative Umstände). Objektiv würde es jedoch am negativen Tatbestandsmerkmal fehlen, sofern eine (Verteidigungs-)Notstandslage bestand. Auf dem Boden dieser Lehre wäre es also konsequent⁸⁶, wegen (untauglichen) Versuchs — soweit strafbar — zu bestrafen⁸⁷.

Ist damit zunächst einmal die These aufgestellt, daß sich die Versuchslösung innerhalb der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen und die direkte Anwendung von § 16 StGB gemäß der Lehre von den negativen Tatbestandselementen einander beim (umgekehrten) Erlaubnistatbestandsirrtum bedingen, wollen wir einen Schritt weitergehen. Läßt sich auch zwischen den sonstigen Ansichten ein ähnlicher logischer Zusammenhang herstellen? Gehen wir hierzu von dem sogenannten „Umkehrschluß“ aus⁸⁸, der auf folgendem Denkschema beruht:

1. Wenn ein Irrtum den Täter entlastet, belastet ihn der umgekehrte.
2. Wenn ein Irrtum den Täter belastet, entlastet ihn der umgekehrte.
3. Wenn ein Irrtum den Täter nicht entlastet, belastet ihn der umgekehrte nicht.
4. Wenn ein Irrtum den Täter nicht belastet, entlastet ihn der umgekehrte nicht.

Kommen wir zunächst für die „Umkehrprobe“ zurück zur Lehre *Spendels*, der dem Fehlen subjektiver Rechtfertigungsmerkmale, also dem umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum, überhaupt keine belastende Wirkung zuspricht und demzufolge auch bei nur objektiver Rechtfertigungslage zur Strafflosigkeit kommt. Mit dieser Ansicht korrespondiert die Auffassung, daß dann auch dem isolierten Vorliegen eines Rechtfertigungswillens bei objektiver Rechtswidrigkeit (also dem Erlaubnistatbestandsirrtum) keine entlastende Bedeutung zukommen kann⁸⁹: Wir wären am ehesten bei den Ansichten zum Erlaubnistatbestandsirrtum, für die eine vorsätzliche, schuldhaft Tat vorliegt und die nur durch Straffrahmensenkung reagieren: Dies betrifft vor allem die rechtsfolgenselbständige und die strenge Schuldtheorie.

Noch deutlicher korrespondiert die Ansicht *Spendels* mit der, die von *Liszt* bis zu seinem Tode (1919) vertrat: Danach ist „das Merkmal der Rechtswidrigkeit ohne Rücksicht auf den guten oder schlechten Glauben des Täters streng *objektiv zu prüfen*“⁹⁰ mit der Folge, daß auch der (erst später so bezeichnete) Erlaubnistatbestandsirrtum (bis auf die immer mögliche Strafmilderung innerhalb des Straffrahmens) „einflußlos bleiben“ müßte⁹¹.

Für die strenge Schuldtheorie kann man dieses wohl verblüffende Zwischenergebnis auch auf etwas andere Weise begründen; vor allem *Roxin* liefert uns hierfür ein wichtiges Argument. Er geht von dem vieldiskutierten Lehrsatz aus, daß die Versuchslehre die Umkehrung der Irrtumslehre ist⁹², was bedeutet, daß der Tatbestandsirrtum mit dem untauglichen Versuch korrespondiert. und der Verbotsirrtum mit dem Wahndelikt. Demzufolge kann man den Erlaubnistatbestandsirrtum auch als „untauglichen Versuch einer gerechtfertigten Handlung“ bezeichnen⁹³. Dieser „logisch-mechanische“

⁷³ *Maurach/Zipf*, AT/1, §37 Rdn. 42.

⁷⁴ Siehe dazu auch *Puppe*, JA 1989, 345.

⁷⁵ *Herzberg*, JA 1986, 190.

⁷⁶ Ausführlich hierzu *Steinbach*, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, 1987, S. 291 ff.

⁷⁷ So z.B. *Ebert*, AT, S. 135; *Paeffgen*, GS Armin Kaufmann, S.421; *Puppe*, FS Lackner, S.238L

⁷⁸ *Herzberg*, JA 1986, 190.

⁷⁹ *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970, S. 223 f.

⁸⁰ *Spendel* in LK, §32 Rdn. 138 ff; FS Bockelmann, S. 245 ff; FS Oehler, 1985, S. 197ff; siehe dazu *Prittowitz*, JURA 1984, 74ff.

⁸¹ *Spendel*, JuS 1969, 314 ff; siehe dazu *Baumann/Weber*, AT, §20 II b Fn. 8; *Jakobs*, AT, 11. Abschn. Rdn. 18 Fn.29; *Herzberg*, JA 1986, 200.

⁸² *Hirsch* in LK, vor §32 Rdn. 59ff; Negative Tatbestandsmerkmale, S.254f.

⁸³ *Frisch*, FS Lackner, S. 140.

⁸⁴ So auch *Herzberg*, JA 1986, 190.

⁸⁵ So *Hirsch* in LK, vor §32 Rdn. 61.

⁸⁶ So auch *Hirsch* in LK, vor § 32 Rdn. 60.

⁸⁷ So etwa v. *Weber*, JZ 1951, 263; *Schaffstein*, MDR 1951, 199; *Roxin*, Offene Tatbestände, S.132ff, 160f; *Schünemann*, GA 1985, 373.

⁸⁸ Siehe dazu näher *Puppe*, FS Lackner, S. 199 ff; *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, 1991, S.95ff.

⁸⁹ So auch *Puppe*, FS Lackner, S.235f, 239.

⁹⁰ v. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22.Aufl. 1919, §4111.

⁹¹ v. *Liszt*, Lehrbuch, §41 II 2 b.

⁹² Näher dazu *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, S. 92ff m.w.N.; *Nierwetberg*, JURA 1985, 241 f.

⁹³ *Paeffgen*, Verrat, S. 125; *Jakobs*, AT, 11. Abschn. Rdn. 53; ähnlich *Schumann*, NStZ 1990, 33.

Umkehrschluß⁹⁴ wird häufig zur Abgrenzung des untauglichen Versuchs zum Wahndelikt herangezogen. Sieht nun aber die strenge Schuldtheorie den Erlaubnistatbestandsirrtum als Unterfall des (indirekten) Verbotsirrtums an, dann müßte danach der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum, also das isolierte Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes, ebenfalls ein Unterfall des straflosen Wahndelikts sein⁹⁵. Viele von deren prononcierten Vertretern entscheiden sich jedoch für die Vollendungslösung beim Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente⁹⁶ und kommen somit in beiden Fällen zu relativ weitgehender Strafbarkeit.

Dies ist übrigens auch völlig konsequent, wenn man nicht, wie in diesem Beitrag vorausgesetzt, von der prinzipiellen Gleichwertigkeit von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ausgeht, sondern die Tatbestandsmäßigkeit als „den Kern des Unrechtsbereichs“ ansieht, der nur in „Ausnahmefällen“ nicht auch das Rechtswidrigkeitsurteil festlegt⁹⁷. Demzufolge kann man argumentieren, daß das bloße Teilvorliegen einer Rechtfertigung — nur objektiv oder aber nur subjektiv — jeweils für den Unrechtstatbestand unerheblich ist⁹⁸. Der Umkehrschluß hat dann nur für die Tatbestandsebene Bedeutung.

Bleiben wir zunächst beim „logisch-mechanischen“ Umkehrschluß: Die Theorien, die den Erlaubnistatbestandsirrtum § 16 StGB direkt unterfallen lassen, müßten dann also bei dem Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente zur Versuchslösung kommen. Dies haben wir oben für die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen schon auf anderem Wege hergeleitet; für die Vorsatztheorien (deren Vertreter allerdings häufiger die Vollendungslösung bevorzugen⁹⁹) hat dies *Maurach* dargelegt¹⁰⁰.

Greifen wir nun aber unsere „materielle“ Sichtweise wieder auf und fragen wir, welche Theorie zum Erlaubnistatbestandsirrtum denn dann mit der Vollendungslösung korrespondierte. Diese impliziert danach, daß dem Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente eine so belastende Bedeutung beigemessen wird, daß das Vorliegen objektiver Rechtfertigungselemente den Unrechtstatbestand unberührt läßt (und allenfalls Berücksichtigung in der Strafzumessung finden kann¹⁰¹). Konsequent wäre es dann also, beim Erlaubnistatbestandsirrtum dem isolierten Vorliegen des Rechtfertigungswillens ähnliche entlastende Wirkung zuzuschreiben wie der vollständigen Rechtfertigung¹⁰² — eine Auffassung, die bisher noch niemand vertreten hat.

Allerdings wird dieser Schluß dadurch gestützt, daß *Zielinski* ihm nahekommt: Er hat die von *Welzel* begründete Lehre, wonach der Handlungsunwert (und nicht auch der Erfolgswert) Träger des Unrechts ist, und die das theoretische Fundament der strengen Schuldtheorie ausmacht¹⁰³, mit „kühner Folgerichtigkeit“¹⁰⁴ versucht, „zu Ende zu denken“¹⁰⁵. Dabei kommt *Zielinski* einerseits auch zur Vollendungslösung¹⁰⁶, andererseits jedoch dazu, daß es „grundsätzlich“ die richtige Schlußfolgerung sei, daß dann die Umkehrung „zum Unrechtsausschluß führen“ müßte¹⁰⁷; er nimmt dann aber doch (wie die Lehre von den negativen Tatbestandselementen) die Möglichkeit eines Fahrlässigkeitsdelikts an¹⁰⁸. Da dies nun wiederum — noch dazu von Vertretern der „Welzel-Schule“ — als inkonsequent kritisiert worden ist¹⁰⁹, mag der Standpunkt der völligen Straflosigkeit vom Boden einer „extrem subjektiven Unrechtslehre“ aus denkbar sein¹¹⁰.

Es fehlt noch die Betrachtung der Theorien, die im Bereich des Erlaubnistatbestandsirrtums zur analogen Anwendung von § 16 StGB kommen. Knüpft man daran an, daß die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie den Erlaubnistatbestandsirrtum als „Verbotsirrtum besonderer Art“¹¹¹ betrachtet und nur die Rechtsfolgen des § 16 StGB analog heranziehen möchte, so würde dies mit einer Sichtweise des Fehlens subjektiver Rechtfertigungselemente zu harmonisieren sein, die bei der „Umkehrung“ an sich schon ein Wahndelikt annimmt, hierauf aber die Rechtsfolgen des untauglichen Versuchs anwenden will¹¹². In der Tat wird von Anhängern der rechts-

folgenverweisenden Schuldtheorie häufig beim Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente befürwortet, die Versuchsregeln analog anzuwenden¹¹³. Von diesen Autoren wird allerdings keine bloße Rechtsfolgenverweisung angenommen, was auch verfassungsrechtlich (Art. 103 II GG) problematisch wäre, weil es sich hier anders als im Bereich des Erlaubnistatbestandsirrtums wegen der „Umkehrung“ nicht um eine täterbegünstigende Analogie handeln würde¹¹⁴.

Eine solche läge aber dann vor, wenn man umgekehrt zugunsten der Versuchsregeln beim Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente auf die Vollendungsstrafe „verzichtete“. Dies wäre damit zu begründen, daß der Gesetzgeber für das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente keine Rechtsfolgen vorgesehen habe, so daß an sich wegen Vollendung gestraft werden müßte; nur ein wertungsmäßiger Vergleich mit der Situation im Tatbestand, wo „überschießender Vorsatz“ zur Versuchsstrafbarkeit führt, rechtfertige hier eine Analogie zugunsten des Täters. So ungefähr wird auch gemeinhin die Versuchsanalogie begründet¹¹⁵. Nun liegt klar auf der Hand, daß dieser Gedankengang nahezu kongruent ist mit der Argumentation der Unrechtstheorie im Bereich des Erlaubnistatbestandsirrtums: Auch dort wird die Analogie zu § 16 StGB damit begründet, daß der Gesetzgeber dies nicht geregelt hat, aber ein Vergleich zwischen den Verbrechenstufen des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit für die analoge Anwendbarkeit von § 16 StGB spreche: Bei Versuch und dem Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente mangle es am Erfolgswert, bei Fahrlässigkeit und Erlaubnistatbestandsirrtum sei das Handlungswert verringert.

Schwierigkeiten bereitet es schließlich, die unselbständige Schuldtheorie *Jakobs'* zu verorten. Stellt man darauf ab, daß

⁹⁴ *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, S. 96; siehe auch *Salm*, Das versuchte Verbrechen, 1957, S. 85.

⁹⁵ *Roxin*, Offene Tatbestände, S. 158ff; ähnlich *Hruschka*, AT, S. 251; so auch schon v. *Weber*, JZ 1951, 263; zustimmend *Maurach*, NJW 1962, 771 f; differenzierend *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 251 ff.

⁹⁶ Siehe etwa *Welzel*, Strafrecht, § 14 I 3 b; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 254f; in LK, vor § 32 Rdn. 59; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 18 Fn. 37.

⁹⁷ Siehe *Hirsch* in LK, vor § 32 Rdn. 6; *Paefgen*, GS Armin Kaufmann, S. 410 Fn. 55.

⁹⁸ Näher dazu *Herzberg*, JA 1986, 191; JuS 1980, 480; *Puppe*, FS Lackner, S. 237.

⁹⁹ *Schmidhäuser*, StuB AT, 6/24; *Otto*, AT, § 18 IV 1 a dd; anders *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 318 Fn. 146.

¹⁰⁰ *Maurach*, NJW 1962, 771.

¹⁰¹ Siehe *Hirsch* in LK, vor § 32 Rdn. 61 a. E.

¹⁰² So auch *Paefgen*, GS Armin Kaufmann, S. 417; siehe auch *Lenckner* in Sch./Sch., vor § 32 Rdn. 15.

¹⁰³ Kritisch dazu *Schinemann* in Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 40ff.

¹⁰⁴ *Schaffstein*, GA 1975, 343.

¹⁰⁵ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 5; ähnlich *Suarez Montes*, FS *Welzel*, 1974, S. 382ff.

¹⁰⁶ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert, S. 260ff; in AK, §§ 15, 16 Rdn. 124.

¹⁰⁷ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert, S. 268.

¹⁰⁸ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert, S. 276ff.

¹⁰⁹ *Hirsch*, ZStW 94 (1982), 259; *Armin Kaufmann*, FS *Welzel*, S. 398 Fn. 13; siehe auch *Stratenwerth*, FS *Schaffstein*, 1975, S. 189ff; *Krey*, ZStW 90 (1978), 207f.

¹¹⁰ So wohl auch *Paefgen*, GS Armin Kaufmann, S. 417f.

¹¹¹ *Gallas*, FS *Bockelmann*, S. 169.

¹¹² So wohl auch *Arthur Kaufmann*, FS *Lackner*, S. 196 Fn. 47; *Maurach*, NJW 1962, 772.

¹¹³ Siehe etwa *Wessels*, AT, § 812; *Jescheck*, AT, § 31 IV 2; *Maurach/Zipf* AT/1, § 25 Rdn. 34.

¹¹⁴ Siehe dazu *Triffterer*, FS *Oehler*, 1985, S. 214, 224; *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 578.

¹¹⁵ Siehe etwa *Wessels*, AT, § 812; *Jescheck*, AT, § 31 IV 2; *Lenckner* in Sch./Sch., vor § 32 Rdn. 15; *Maurach/Zipf* AT/1, § 25 Rdn. 34; *Stratenwerth*, AT, Rdn. 493 f.

ihr zufolge ein Erlaubnistatbestandsirrtum nichts am Vorliegen eines vorsätzlichen, schuldhaften Delikts ändert, korrespondierte sie mit der Strafflosigkeitslösung beim Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente. Zur von *Jakobs* befürworteten Versuchsanalogielösung beim Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente¹¹⁶ käme man bei der Umkehrung, wenn man betont, daß er auf den Erlaubnistatbestandsirrtum den Fahrlässigkeitsstrafrahmen entsprechend anwenden will — er versteht dies allerdings als „Konkretisierung des Vorsatzstrafrahmens“¹¹⁷. *Jakobs*, der für beide Problemkreise eine (gesetzliche) „Sonderregel“ fordert¹¹⁸, gewinnt seine Ergebnisse — konsequenterweise — primär durch wertende Lückenfüllung.

Im Überblick ergibt das Umkehrprinzip also folgendes:

Erlaubnistatbestandsirrtum	Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente
Extrem subjektive Unrechtslehre (hypothetisch)	Vollendungslösung
Vorsatztheorien Lehre von den negativen Tatbestandselementen	Versuchslösung
Unrechtstheorie rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie	Versuchsanalogie
Unselbstständige Schuldtheorie Rechtsfolgenselbstständige strenge Schuldtheorie	Strafflosigkeitslösung (extrem objektive Unrechtslehre Spendels)

Unsere bisherigen Überlegungen ergeben zunächst einmal die Möglichkeit, einige Theorien ausscheiden zu können, die bei der Umkehrung entweder zu Extrempositionen führen oder aber (unter diesem Gesichtspunkt!) dogmatische Inkonsistenzen aufweisen. Es verbleiben sodann die Vorsatztheorien, die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und die Unrechtstheorie. Um das nochmals zu wiederholen: Damit ist *ein* Argument herausgearbeitet und natürlich kein Beweis gegen irgendeine Theorie geführt. Demzufolge soll der nächste Schritt auf dem Weg zu einer einzigen Theorie höchst pragmatisch erfolgen: Wir scheidet die Vorsatztheorien deshalb aus, weil ihnen — auch in der Modifikation *Ottos*¹¹⁹ — der Vorwurf der Unvereinbarkeit mit §§ 16, 17 StGB gemacht wird — riskant für Prüfungsarbeiten; wir vergessen dabei aber nicht die Worte *Arthur Kaufmanns*, selbst Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, daß es für die Vorsatztheorien Argumente gibt, „die noch lange nicht als abgetan gelten können“¹²⁰.

Damit verbleiben nur noch die soeben erwähnte Lehre und die Unrechtstheorie. Ihre Unterscheidung reduziert sich letztendlich darauf, ob man einen zwei- oder dreistufigen Verbrechensaufbau bevorzugt. Da auch bezüglich der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zunehmend innerhalb der ersten Stufe zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit unterschieden wird¹²¹, ist zu konstatieren, daß beide Theorien nicht nur „viel näher beieinander hegen“ als andere, sondern sich sogar „so sehr vermischen“, daß man im Einzelfall sogar Schwierigkeiten hat, einen Autor einzuordnen¹²². Meine Entscheidung, eine der Theorien hier vorzuziehen, soll demzufolge nochmals nur mit einem höchst pragmatischen Argument begründet werden: Der dreistufige Verbrechensaufbau ist „didaktisch leichter zu vermitteln“¹²³, er entspricht dem, mit dem es der Student gemeinhin zu tun hat.

II. Zu einigen Einwänden

Haben wir uns insoweit entschieden, verbleiben kurz die zwei wichtigsten Einwände zu prüfen (die übrigens gegen die Lehre von den negativen Tatbestandselementen genauso zu erheben wären): Beide hängen damit zusammen, daß auf der Grundlage der Unrechtstheorie der im Erlaubnistatbestandsirrtum Befindliche nicht das Vorsatzunrecht verurteilt, bei nicht sorgfaltswidrigem Irren sogar überhaupt nicht unrechtmäßig handelt¹²⁴.

Der *erste Einwand* betrifft, wie schon erwähnt, Strafbarkeitslücken, weil infolge der limitierten Akzessorität herrschender Ansicht zufolge mangels vorsätzlicher (und rechtswidriger) Haupttat keine Beteiligung, insbesondere Anstiftung, möglich ist. Dem ist nun entgegenzuhalten, daß regelmäßig, wie es auch in unserem Sachverhalt der Fall ist, nunmehr mittelbare Täterschaft des Tatveranlassers vorliegt, eben weil der Tausführende als im Tatbestandsirrtum befindlich, also als „defekt“ behandelt wird. Die befürchteten Strafbarkeitslücken bleiben nur in Fallgestaltungen, die „in der Praxis selten sind“¹²⁵; die veröffentlichte Judikatur kennt gerade einen Fall¹²⁶, dessen Einschlägigkeit noch dazu umstritten ist¹²⁷. Denkbar ist dies nur in Konstellationen, in denen sich der Tatveranlassende in Unkenntnis über den Irrtum des Ausführenden befindet (siehe aber §301 StGB!), ihm eine deliktspezifische Absicht fehlt oder es sich um ein eigenhändiges oder um ein Sonderdelikt handelt¹²⁸.

Im übrigen sei zu dem Argument „Strafbarkeitslücken“ ergänzend gesagt: Es wird vor allem von Vertretern der strengen Schuldtheorie bzw. der Vollendungslösung häufig der Einwand vorgebracht, andere Ansichten eröffneten Strafbarkeitslücken dort, wo der Gesetzgeber Fahrlässigkeit bzw. Versuch nicht unter Strafe gestellt hat. Ich habe hier dieses hochproblematische Argument völlig ausgeblendet. Ganz kurz: Zunächst ist zu fragen, ob eine solche Lücke denn überhaupt „planwidrig“ wäre; Strafrecht ist gerade hier (siehe §§ 15, 231 StGB!) fragmentarisch. Zudem ist auch vor dem Horizont von Gewaltenteilung und Analogieverbot sorgfältig zu prüfen, inwieweit die etwaige Lücke durch Rechtsanwendung geschlossen werden sollte: „Denn eine Dogmatik, die Unzulänglichkeiten des Gesetzes durch Ad-hoc-Theorien zu kurieren sucht, ist keine gute Dogmatik“¹²⁹.

Das *zweite Argument* betrifft die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr: Handelte der ohne Sorgfaltspflichtverletzung im Erlaubnistatbestandsirrtum befindliche Angreifer nicht rechtswidrig, so wäre dem Angegriffenen die Notwehr versagt: Dann, so meint ein Teil der Literatur, wenn der Irrtum dem Angreifer nicht mehr vorwerfbar ist, sei praktisch kein Handlungsunwert mehr gegeben. Ich habe dieser Lehre an anderer Stelle in dieser Zeitschrift einige Bedenken entgegengebracht¹³⁰; ich möchte mich deshalb hier auf eine weitere Überlegung beschränken: Was wäre denn nach dieser Lehre,

¹¹⁶ *Jakobs*, AT, 11. Abschn. Rdn. 23f.

¹¹⁷ *Jakobs*, AT, 11. Abschn. Rdn. 58.

¹¹⁸ *Jakobs*, AT, 11. Abschn. Rdn. 23 Fn. 35.

¹¹⁹ Siehe dazu *Otto*, AT, § 15 II 2 f.

¹²⁰ *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 196 Fn.49.

¹²¹ Siehe etwa das Aufbauschema bei *Wessels*, AT, §19 IV L 2. Siehe auch *Krey*, BT/1, Rdn. 464: „Etikettenschwindel“.

¹²² *Herzberg*, JA 1989, 295; ähnlich *Roxin*, AT/1, §14 Rdn.54 Fn. 66. Siehe auch *Gallas*, FS Bockelmann, S.169 Fn.36: Die Unrechtstheorie laufe „praktisch auf eine Anerkennung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen hinaus“.

¹²³ *Herzberg*, JA 1986, 192.

¹²⁴ Siehe dazu *Schild*, JA 1978, 635 f.

¹²⁵ *Wessels*, AT, § 11 III 1 e; ähnlich *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 197.

¹²⁶ OLG Köln, NJW 1962, 686.

¹²⁷ Siehe *Grünwald*, GS Noll, S. 195.

¹²⁸ Siehe *Herzberg*, JA 1989, 297.

¹²⁹ *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 194.

¹³⁰ *Scheffler*, JURA 1992, 354 m. w.N.

wenn für den Angegriffenen der Erlaubnistatbestandsirrtum des Angreifers ebenfalls nicht durchschaubar ist und er sich wehrt? Dann irrte er seinerseits über die Rechtswidrigkeit des Angriffs, befände sich also seinerseits im Erlaubnistatbestandsirrtum mit der Folge, daß seine Trutzwehr zwar einen Angriff darstellt, der aber wiederum nicht rechtswidrig wäre¹³¹. Das Wehren des ursprünglichen Angreifers könnte zwar wiederum einen Angriff darstellen, der mangels erneutem nicht vorwerfbarem Erlaubnistatbestandsirrtums aber ebenfalls nicht unrechtmäßig wäre... Bestraft würde derjenige, dem als erstem der Gedanke käme, daß das energische Wehren des anderen Ausdruck davon sein könnte, daß dieser sich im Recht glaubt — ein kurioses Ergebnis. Also sollte man mit der herrschenden Ansicht auch vom Boden der Unrechtstheorie aus (sozialethisch eingeschränkte) Notwehr selbst gegen Angreifer anerkennen, die sich nicht vorwerfbar im Erlaubnistatbestandsirrtum befinden.

III. Zum Aufbau

Klärungsbedürftig ist zum Schluß noch, wie denn der so behandelte Erlaubnistatbestandsirrtum in den Delikttaufbau integriert werden kann, der damit ja kein Schuldproblem mehr ist. *Herzberg* hat auf der Grundlage der Unrechtstheorie vor kurzem vorgeschlagen, „man bringe die Darstellung des Erlaubnistatbestandsirrtums gleich nach dem Nein zur objektiven Rechtfertigung und lasse in der Schwebe, ob dieser Teil noch zur Unrechts- oder schon zur Schuldprüfung gehört“¹³². So elegant dieser „Trick“ bei Klausuren sein mag¹³³, so dürfte er doch zumindest bei Hausarbeiten schon in der Gliederung zu Schwierigkeiten führen.

Gössel — selbst ein Anhänger der strengen Schuldtheorie — meint, Verfechter der Unrechtstheorie müßten „die Irrtumsproblematik im subjektiven Tatbestand beim Umfang des Vorsatzes ... behandeln“¹³⁴. Dies ist richtig, wenn man die Lehre von den negativen Tatbestandselementen zugrunde legt; auf der Grundlage der Unrechtstheorie ist diese „Mißlichkeit“¹³⁵ nicht vonnöten.

D. Geerds, Verteidiger der modifizierten Vorsatztheorie *Ottos*, meint, bei Zugrundelegung der Unrechtstheorie müsse man „zunächst Tatbestandsmäßigkeit (einschließlich Vorsatz) und Rechtswidrigkeit des relevanten Verhaltens bejahen, um sodann im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums das Handlungsunrecht des Vorsatzdeliktes für ausgeschlossen zu erklären“¹³⁶.

Obwohl *Geerds* glaubt, mit diesem „Aufbauproblem“ belegen zu können, daß die Unrechtstheorie „konstruktiv völlig in der Luft hängt“, geht sein Vorschlag in die richtige Richtung. So hat vor kurzem etwa *Graul* terminologisch etwas präziser betont, daß nach dem objektiven und subjektiven Tatbestand bei Zugrundelegung der Unrechtstheorie erst das Fehlen von Rechtfertigungsgründen (objektive Merkmale) zu prüfen sei, dann die Vorstellung rechtfertigender Umstände (subjektive Merkmale)¹³⁷.

Graul schlägt dann allerdings vor, den Erlaubnistatbestandsirrtum auch auf dem Boden der Unrechtstheorie doch erst in der Schuld zu prüfen, weil ansonsten die Gefahr bestünde, „daß die Prüfung dieses Irrtums in der Rechtswidrigkeit den Prüfer nicht nur irritiert, sondern daß er sie sogar als falsch ansieht“¹³⁸. Dem kann nicht gefolgt werden, obwohl auch im vorliegenden Beitrag häufiger prüfungstaktisch motiviert argumentiert worden ist. Stimmt es, wie auch *Graul* meint, daß die Ansiedlung des Erlaubnistatbestandsirrtums auf der Rechtswidrigkeitsebene „die (einzig) logische Konsequenz dieser Konzeption ist“¹³⁹, so stellt es einen gefährlichen Rat dar, einen geradezu falschen Aufbau zu empfehlen.

Statt dessen sollte man die Rechtswidrigkeitsstufe im Delikttaufbau noch etwas präzisieren, und zwar analog dem Ver-

suchaufbau innerhalb des Tatbestandes (keine Vollendung — Tatentschluß — unmittelbares Ansetzen): Zuerst ist festzuhalten — häufig wird dies genau erörtert werden müssen —, daß keine vollendete Rechtfertigung vorliegt; grundsätzlich wird hier also zu verdeutlichen sein, daß es an der objektiven Rechtfertigungslage fehlt. Sodann wäre „versuchte Rechtfertigung“ zu prüfen: Bestand ein Entschluß, eine gerechtfertigte Handlung zu unternehmen? Hier an dieser Stelle ist dann festzustellen, daß kein Unrechtsvorsatz vorgelegen hat. Danach ist zu prüfen, ob (nur) eine an sich rechtfertigende Handlung ausgeführt wurde; andernfalls läge ein Putativrechtfertigungsexzeß vor.

Einen Putativrechtfertigungsexzeß könnte man aufgrund des Sachverhalts des Ausgangsfalls für eine der beiden Bonner Bürgerinnen konstruieren: Diejenige, die nicht bloß die Telefonleitung kappte, sondern gleich den (teuren?) Telefonapparat zertrümmerte, könnte hinsichtlich § 317 StGB die Grenzen des Verteidigungsnotstandes in §228 BGB infolge der Wahl der nicht geringstmöglichen Abwehrhandlung überschritten haben. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, hätte diese Bonner Bürgerin aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen keinen Rechtfertigungsgrund auf ihrer Seite gehabt. In diesem Fall ist *nur* ein indirekter Verbotsirrtum gegeben¹⁴⁰ mit der Folge, daß zur Schuldprüfung überzugehen ist und bei Unvermeidbarkeit des Irrtums Strafflosigkeit eintritt, ansonsten Strafmilderung möglich ist (§ 17 StGB).

Ergibt die Prüfung das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums, ist, sofern es einen Fahrlässigkeitstatbestand im Gesetz gibt, in dessen Rahmen nur „in abgekürzter Form“¹⁴¹ zu untersuchen, ob die irrtümliche Annahme einer rechtfertigenden Situation auf einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung beruht.

Dies ergibt folgendes Schema:

A. Vorsatzdelikt

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. objektiv
2. subjektiv

II. Rechtswidrigkeit

1. keine (vollendete) Rechtfertigung? = keine rechtfertigende Situation
2. Erlaubnistatbestandsirrtum („versuchte Rechtfertigung“)
 - a) Rechtfertigungswille = kein Unrechtsvorsatz
 - b) rechtfertigende Handlung = kein Putativrechtfertigungsexzeß

B. Fahrlässigkeitsdelikt

Somit bleibt abschließend nur noch eine Frage klärungsbedürftig, deren Beantwortung manche Anleitungen zum Delikttaufbau beim Erlaubnistatbestandsirrtum schuldig bleiben: An welcher Stelle hat denn nun die Auseinandersetzung mit den nicht bevorzugten Theorien zu erfolgen? Äußerst fragwürdig wäre es, den Theorienstreit zu „zerfleddern“ und etwa schon beim Tatbestandsvorsatz zu fragen, ob dieser vom

¹³¹ Vgl. *Paeffgen*, GS Armin Kaufmann, S.417f; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 297ff.

¹³² *Herzberg*, JA 1989, 297; kritisch *D. Geerds*, JURA 1990, 431 Fn.154.

¹³³ So auch *Graul*, JuS 1992, L52.

¹³⁴ *Maurach/Gössel*, FuL-Strafrecht, S.10 Fn.47; kritisch dazu *Herzberg*, JA 1989, 297 Fn.43; *Graul*, JuS 1992, L 51 m. w.N.

¹³⁵ *Maurach/Gössel*, FuL-Strafrecht, S. 10 Fn.47.

¹³⁶ *D. Geerds*, JURA 1990, 431.

¹³⁷ *Graul*, JuS 1992, L 50f; ähnlich *Wessels*, AT, §19 IV L 3.

¹³⁸ *Graul*, JuS 1992, L 52.

¹³⁹ *Graul*, JuS 1992, L 52; ähnlich *Wessels*, AT, §19 IV L 3.

¹⁴⁰ Siehe *Wessels*, AT, §11 III 3 b; unklar *Maurach/Gössel*, FuL-Strafrecht, S. 110f.

¹⁴¹ *Wessels*, AT, § 19 IV L 4 a. E.; ähnlich *Graul*, JuS 1992, L52.

Erlaubnistatbestandsirrtum berührt würde¹⁴². Richtschnur des Gedankengangs ist der vom Bearbeiter gewählte, nicht der von anderen bevorzugte Deliktsaufbau¹⁴³. Richtig ist es dagegen (immer ausgehend von der Unrechtstheorie), im Rahmen der Feststellung des Rechtfertigungswillens zu fragen, ob der Unrechtsvorsatz vom Erlaubnistatbestandsirrtum berührt wird oder ob dieser Irrtum nicht vielmehr ein Problem von (Tatbestands-) Vorsatz, Vorsatzschuld, Unrechtsbewußtsein oder Strafraumen sei. Aber auch hier braucht der Bearbeiter die verschiedenen Ansichten nur kurz anzusprechen, wenn sie bei der Lösung des konkreten Falles das Ergebnis nicht beeinflussen. Nur die Ansichten, die zu einer anderen Sachentschei-

dung führen würden, muß der Bearbeiter genauer erörtern¹⁴⁴; sind sie nur hinsichtlich des Hintermannes („Krüger“) entscheidungserheblich, erst bei der Prüfung von dessen Strafbarkeit¹⁴⁵.

Nach alledem müßte es möglich sein, einige „Irrtümer über den Irrtum“¹⁴⁶ zu vermeiden.

¹⁴² So aber *Braunschneider*, Das Skript — Strafrecht AT, 3. Aufl. 1990/91, S. 58f.

¹⁴³ Siehe *Wessels*, AT, §19 IV L 1.

¹⁴⁴ Siehe dazu *Wessels*, AT, § 19 IV L 4.

¹⁴⁵ *Graul*, JuS 1992, L52.

¹⁴⁶ *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 185.