

Grundstudium StR

Privatdozent Dr. Erik Kraatz

Verbreitete Fehler bei der Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums am Beispiel des Hells Angels-Falles (BGH, NStZ 2012, 272)

DOI 10.1515/jura-2014-0094

I. Einleitung

Irren ist menschlich. Oder wie ein niederländischer Schriftsteller es ausdrückte: »Die Geschichte der Irrtümer ist die Geschichte des Menschheitsgeschlechts.«¹ Es überrascht daher nicht, dass die Irrtumslehre eine zentrale Rolle in der Strafrechtsdogmatik einnimmt. Eine Schlüsselrolle für die Überprüfung ihrer großflächigen Stimmigkeit nimmt hierbei der Erlaubnistatbestands- bzw. Erlaubnistatumstandsirrtum ein². Bei diesem weiß der Täter zwar, dass er einen Straftatbestand verwirklicht, er stellt sich jedoch irrig tatsächliche Umstände vor, die, wenn sie vorliegen würden, sein Verhalten durch einen anerkannten Rechtfertigungsgrund rechtfertigen würden. So kann sich der Täter über das Vorliegen einer rechtfertigenden Situation generell irren (z.B. T glaubt in einer dunklen Gasse, O wolle ihn überfallen, so schlägt er ihn als erster nieder) oder über das Ausmaß der Bedrohung (z.B. T wird von O mit einer Spielzeugpistole angegriffen, die er für eine echte hält und daher in Todesangst mit seiner eigenen Pistole das Feuer eröffnet). Bei der Behandlung dieser Irrtumskonstellationen ist problematisch, dass einerseits § 16 StGB nicht zu »passen« scheint, weil dieser – nach der herkömmlichen Unrechtsdogmatik – nur den Irrtum über tatsächliche Umstände erfasst, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, während es beim Erlaubnistatbestandsirrtum um tatsächliche Elemente geht, die erst auf der Rechtfertigungsebene Relevanz entfalten. Andererseits scheint aber auch das Gegenstück des § 17 StGB nicht zu

»passen«, da dieser zwar Irrtümer über das Unrecht erfasst, jedoch nach herkömmlichem Verständnis nur »falsche rechtliche Bewertungen, nicht aber Irrtümer im tatsächlichen Bereich«³. Der Reform-Gesetzgeber von 1975 hat bei diesem »Grenzfall zwischen Tatumstands- und Verbotsirrtum«⁴ bewusst von einer ausdrücklichen Normierung zugunsten eines der beiden Irrtümer abgesehen: § 20 des Entwurfs von 1962 sah hierfür zwar zunächst vor, dass der Täter nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden könne, sondern nur wegen fahrlässiger Begehung, wenn dem Täter der Irrtum vorwerfbar und im Gesetz fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht sei⁵. Für die irri- ge Annahme tatsächlicher Umstände, welche die Tat nach dem rechtfertigenden Notstand (heute § 34 StGB) rechtfertigen würde, ordnete dagegen § 39 Abs. 2 des Entwurfs von 1962 an, dass der Täter dennoch wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden könne, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen sei; einzig die Strafe sei zu mildern⁶. Sprich: Mal sollten die Rechtsfolgen des heutigen § 16 StGB, mal die Folgen des heutigen § 17 StGB eintreten. Dies befriedig-

³ Kudlich, in: Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch (2010), § 16 Rn. 23.

⁴ Joecks, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2. Aufl. Jahr 2011), § 16 Rn. 117.

⁵ § 20 des Entwurfs von 1962 lautete (BT-Drs. IV/650): »§ 20 – Irrtum über rechtfertigende oder entschuldigende Umstände. (1) Wer bei begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würden, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. (2) Er wird jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht.«

⁶ § 39 Abs. 2 des Entwurfs von 1962 lautete (BT-Drs. IV/650): »§ 39 – Rechtfertigender Notstand. [...] (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche die Tat nach Absatz 1 rechtfertigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist. Die Strafe ist nach § 64 Abs. 1 mit folgender Maßgabe zu mildern: 1. An die Stelle von Zuchthaus tritt Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren. 2. An die Stelle des erhöhten Mindestmaßes einer Gefängnisstrafe tritt das gesetzliche Mindestmaß. 3. das Höchstmaß einer Gefängnisstrafe darf fünf Jahre nicht übersteigen. § 20 ist nicht anzuwenden.«

¹ Multatuli (1820–1887), »Woutertje Pieterse« (1862–1877).

² Heuchemer, Erlaubnistatbestandsirrtum (2005), S. 40f.

Erik Kraatz: Der Autor ist Privatdozent für Straf-, Strafverfahrens- und Wirtschaftsstrafrecht an der Freien Universität Berlin und Rechtsanwalt in der Kanzlei Dr. Schulte und Partner Rechtsanwälte mbB in Berlin.

te verständlicherweise keine der vertretenen wissenschaftlichen Lehrmeinungen, so dass die Strafrechtslehrertagung 1964 für eine Ablehnung plädierte⁷, dem der Gesetzgeber schließlich folgte und damit den Streitentscheid ausdrücklich wie bis dahin der Rechtsprechung und Rechtslehre überließ⁸. Diese Resignation war dogmatisch fatal: »Nirgends ist die Diskussion so festgefahren, sind die Fronten so sehr erstarrt«⁹ und wird ein Streit mit einem derart »theoretischen Aufwand« geführt, »der in keinem Verhältnis [mehr] zur praktischen Bedeutung der Frage steht«¹⁰. Und an keiner anderen Stelle besteht ein derartiges »Theorienwirrwarr«¹¹ mit teils »abenteuerlichen Namensgebungen«¹² wie der »rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie« oder der »vorsatzunrechtsausschließenden eingeschränkten Schuldtheorie«, so dass es nicht verwundert, dass die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums bei Studierenden häufig als »Buch mit sieben Siegeln« gilt und hier in Klausuren und Hausarbeiten immer wieder die gleichen Fehler begangen werden. Dabei verbergen sich gerade hinter den einzelnen Theorien und damit in deren Auseinandersetzung Grundsatzzfragen der strafrechtlichen Dogmatik, so dass heutzutage noch immer gilt, was *Herzberg* vor nun fast 25 Jahren schrieb¹³: Wer den Erlaubnistatbestandsirrtum »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 [...] noch kein Strafrecht«, weil er sich »im Zentrum seiner Dogmatik nicht auskennt«.

Zur Anschauung soll folgender Fall dienen:

Beispielsfall (nach BGH, NSTZ 2012, 272 mit Anm. *Satzger*, JK 6/12, StGB § 32/37): A, der für Disziplin zuständige »Sergeant at Arms« des Motorrad- und Rockerclubs »Hells Angels« befürchtete aufgrund der Aussagen eines »Überläufers« einen Angriff durch die konkurrierenden »Bandidos« mittels Schrotflinte. Zeitgleich erging in anderer Sache ein Durchsuchungsbeschluss für das Haus des A. Da A als gewaltbereit eingeschätzt wurde, wollte das Spezialeinsatzkommando (SEK) A gegen 6 Uhr morgens im Schlaf überraschen. Im Haus brannte kein Licht, die Rolläden waren runtergelassen. Als Türöffnungsspezialist K bereits zwei

der drei Türverriegelungen unter lautem Knacken aufgebrochen hatte, wurde A wach, schaltete das Licht ein und ging mit seiner Pistole zur verglasten Haustür, wo er die Umrisse einer Person erkannte. Da der Beamte trotz des Lichts den Türaufbruch fortsetzte, schloss A, es könne kein normaler Einbrecher sein, so dass er einen Angriff auf sein Leben durch mehrere bewaffnete »Bandidos« annahm. Er rief »verpisst euch« und als dies nichts brachte, schoß er zweimal auf die Person vor der Tür, deren Tod billigend in Kauf nehmend. Das zweite Geschoss drang durch die Öffnung des Schutzpanzers am Oberarm ein und verletzte K tödlich. Erst jetzt gaben sich die Beamten zu erkennen. A ließ sich widerstandslos festnehmen.

Strafbarkeit des A wegen der Schüsse? Unterstellen Sie hierbei, dass der Polizeieinsatz durch die §§ 102ff. StPO gedeckt und damit rechtmäßig war!

Auf den ersten Blick scheint alles einfach zu sein: A hat mit den Schüssen kausal einen Menschen getötet und damit den objektiven Tatbestand zumindest des § 212 StGB verwirklicht. Dies geschah bedingt vorsätzlich. Der Irrtum über die Identität des Opfers stellt lediglich einen error in persona dar, der bei Gleichwertigkeit von vorgestelltem und getroffenem Objekt – wie hier – unbeachtlich ist, hat der Täter doch das Opfer getroffen, auf das sich sein Vorsatz konkretisiert hat¹⁴. Auf Rechtswidrigkeitsebene stellte sich A einen Angriff eines »Bandidos« auf sein Leben vor, der jedoch objektiv nicht vorlag, so dass er sich im Erlaubnistatbestandsirrtum befand und wir uns nur noch durch das »Theorienwirrwarr« wühlen und den Streit um deren Rechtsfolgen entscheiden müssen. Doch bei einem derartigen Vorgehen hätten wir bereits zwei »beliebte« Fehler begangen:

II. Fehler Nr. 1: Vorschnelle Rechtswidrigkeitsprüfung

Zum einen neigt man – wohl auch wegen der Aufmerksamkeit, die der Streit um die Folgen des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Ausbildungsliteratur genießt – in Fällen wie dem Beispielsfall vorschnell dazu, die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes zu verneinen. Bei genauer Prüfung verlangt eine Notwehrlage zunächst einen Angriff, sprich: ein menschliches Handeln, welches das Urteil zulässt, ein rechtlich geschütztes

⁷ Vgl. hierzu *Dreher*, FS Heinitz (1972), S. 207f.; *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964), 543ff.; *Roxin*, ZStW 76 (1964), 582ff.; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (4. Aufl. 2006), § 14 Rn. 53.

⁸ BT-Drs. V/4095, S. 9.

⁹ *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964), 543.

¹⁰ *Vogel*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (12. Aufl. 2007), § 16 Rn. 114.

¹¹ *Roxin*, JuS 1973, 197 (202).

¹² *Herzberg*, JA 1989, 294; vgl. auch *Heuchemer* (o. Fn. 2), S. 36: »Früher diskutierte man um Inhalte, heute um Begriffe.«

¹³ *Herzberg*, JA 1989, 243.

¹⁴ Sog. Konkretisierungstheorie: vgl. nur *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (5. Aufl. 1996), S. 311ff.; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Aufl. 2012), § 13 Rn. 18ff.; *Roxin* (o. Fn. 7), § 12 Rn. 173ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil (43. Aufl. 2013), Rn. 247ff.

Interesse eines Menschen werde bedroht¹⁵. Aus welcher Perspektive hierbei die Prognoseentscheidung der Schadenswahrscheinlichkeit zu treffen ist, zählt zu einer umstrittenen Grundsatz-Frage: Nach einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht¹⁶ komme es auf eine objektive ex ante-Prognoseentscheidung an, d. h. auf die eines sorgfältigen objektiven Dritten in der Lage des Täters, der normativ auch noch mit dem allfälligen Sonderwissen des Handelnden ausgestattet ist¹⁷. Im Beispielsfall hätte ein objektiver Dritter aufgrund der gegebenen Situation (Erwartung eines tödlichen Angriffs der Bandidos, Fortsetzen der Haustür auch nach Einschalten des Lichts, keine Reaktion auf den Ausruf »verpissst euch«) wohl gleichfalls einen tödlichen Angriff eines Bandidos angenommen, mit der Folge, dass ein »Angriff« iSd § 32 StGB bereits objektiv vorliegen würde. Begründet wird dies damit, dass strafrechtliche Verhaltensnormen nur dann ihren Zweck erfüllen könnten, wenn sie auf prinzipielle oder situativ bedingte Erkenntnisbeschränkungen des Adressaten Rücksicht nähmen. Denn soll sich der Normadressat nach den Verhaltensnormen richten, müssen sie für diesen »umsetzbare Verhaltensrichtlinien« bleiben¹⁸. Ein Notwehrrecht etwa wäre wertlos, wenn seine Ausübung zum Glücksspiel werde, weil im konkreten Fall das entsprechende Vorliegen der Notwehrlage erst zu einem Zeitpunkt sichtbar werde, in dem es für eine effektive Verteidigung schon zu spät sei¹⁹.

Hierbei würde jedoch verkannt, dass die meisten Rechtfertigungsgründe – wie die Notwehr – dem Täter ein echtes Eingriffsrecht zubilligen, das auf Seiten des Opfers mit einer Duldungspflicht korrespondiert, weil der mit der tatbestandsmäßigen Handlung an sich gegebene Erfolgswert seine rechtliche Relevanz verliere (sog. Prinzip des mangelnden Interesses) bzw. durch einen entsprechenden »Erfolgswert« kompensiert werde (sog. Prinzip des überwiegenden Interesses)²⁰. Diese Duldung eines Grundrechtseingriffs (mit der Folge, dass das Opfer sich nicht verteidigen darf) ist nur angemessen, wenn die Umstände, die zum Rechtsgutsverzicht bzw. zum Vorrang des durch den Täter verteidigten Rechtsguts führen, auch tatsächlich vorliegen, also bei § 32 StGB wenn ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff realiter stattfindet²¹. Nur wer mit dieser – zu Recht – noch überwiegenden Ansicht²² die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes grundsätzlich aus einer (quasi allwissenden) objektiven ex post-Sichtweise beurteilt, der kann und darf im Beispielsfall das objektive Vorliegen einer Notwehrlage bezüglich eines Bandidos-Angriffs verneinen.

Jedoch darf auch dann nicht vergessen werden, dass stattdessen ein anderer Rechtfertigungsgrund objektiv einschlägig sein kann, zumeist der rechtfertigende Notstand des § 34 StGB, deren Notstandslage mit seinem weiten, ein ex ante-Prognoseelement enthaltenen Gefahrbegriff (Zustand, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht²³) vom Gesetzgeber bewusst weiter gezogen wurde als die Notwehrlage des § 32 StGB. Im Beispielsfall ist es demgegenüber eine Notwehr gegenüber einem Angriff der Polizeibeamten, der leicht übersehen wird. Nach dem Bearbeitungsvermerk ist dies vorliegend zwar nicht so tragisch, weil hiernach der mit dem Aufbrechen der Tür verbundene gegenwärtige Angriff auf das Eigentum des A sowie der durch die unmittelbar im Anschluss geplante Durchsuchung gegenwärtige Angriff auf das Hausrecht des A als durch die §§ 102ff. StPO gedeckt und damit nicht rechtswidrig war²⁴.

¹⁵ Vgl. *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (28. Aufl. 2010), § 32 Rn. 27; *Nippert/Tinkl*, JuS 2002, 964 (965).

¹⁶ *Amelung*, JURA 2003, 91 (92ff.); *Freund*, GA 1991, 387 (406ff.); *Herzberg*, JZ 1987, 536 (539f.); *ders.*, JA 1989, 243 (247f.); *ders.*, FS Stree/Wessels (1993), S. 203 (209); *Christian Schröder*, JuS 2000, 235ff.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff (1973), S. 244 ff.

¹⁷ *Paeffgen*, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Aufl. 2013), Vor § 32 Rn. 79.

¹⁸ *Herzberg*, JA 1989, 243 (248).

¹⁹ *Mitsch*, JuS 1992, 289 (291); *Rudolphi*, GedS Armin Kaufmann (1989), 1989, S. 371 (383).

²⁰ *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (28. Aufl. 2010), Vor § 32 Rn. 101; vgl. auch BGH, NJW 1989, 2479 (2481); *Küpper*, JuS 1990, 184 (187f.).

²¹ *Lenckner/Sternberg-Lieben* (o. Fn. 20), Vor § 32 Rn. 10a; vgl. auch *Paeffgen* (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 81; ansonsten würden die »Rechte des [...] Pseudo-Angreifers aufs Unerträgliche« beschnitten.

²² So *Gallas*, FS Bockelmann (1979), S. 155 (166f.); *Jescheck/Weigend* (o. Fn. 14), S. 331; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch (27. Aufl. 2011), Vor § 32 Rn. 5; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (o. Fn. 20), Vor § 32 Rn. 9ff.; *Paeffgen*, GedS Armin Kaufmann (1989), S. 399 (419f.); *ders.* (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 80ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (o. Fn. 14), Rn. 330.

²³ Vgl. nur BGHSt. 18, 271 (272); BGHSt. 48, 255 (258); *Fischer*, Strafgesetzbuch (61. Aufl. 2014), § 34 Rn. 4.

²⁴ Der Streit, ob bei dem für eine Rechtswidrigkeit notwendigen Widerspruch zur Rechtsordnung auf den Erfolgswert der drohenden Verletzung (und damit darauf, ob der Angegriffene den bevorstehenden Angriff zu dulden hat: so *Jescheck/Weigend* [o. Fn. 14], S. 341f.; *Spendel*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch [12. Aufl. 2010], § 32 Rn. 57 und 60ff.) oder auf den Handlungswert abzustellen ist (so *Erb*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch [2. Aufl. 2011], § 32 Rn. 35; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil [2. Aufl. 2001], § 6 Rn. 73; *Lackner/Kühl* [o. Fn. 22], § 32 Rn. 5; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1 [8. Aufl. 1992], § 26 Rn. 14ff.; *Sinn*, GA 2003, 96 [106f.]) und damit darauf, ob zugunsten des Angreifers selbst ein Rechtfertigungsgrund streitet, kann of-

Ohne diesen Bearbeitungsvermerk hätte man sich zunächst inzident ernsthafte Gedanken machen müssen, ob die Durchsuchung wegen Verstoßes gegen das in den §§ 105 Abs. 2, 106 und 107 StPO normierte Verbot der Heimlichkeit²⁵ nicht prozessual rechtswidrig war, auch wenn § 105 StPO als Annexkompetenz bei der Anordnung der Durchsuchung sämtliche Maßnahmen erfasst, die typischerweise zur Erreichung des Anordnungszwecks notwendig sind²⁶, jedoch nur insoweit, als die Maßnahme verhältnismäßig ist²⁷. Und liegt eine erhöhte Gefahr für den Beschuldigten vor: Gelingt es der Polizei, den Beschuldigten im Schlaf zu überraschen, mag dies zwar aus Polizeisicht ein probates Mittel sein, um einen möglichen gefährlichen Widerstand zu unterbinden. Es besteht jedoch das Risiko der Eskalation, wenn nicht alles nach Plan verläuft, etwa wenn der Beschuldigte erwacht – so kann selbst ein Unschuldiger (§§ 102ff. StPO setzen nur einen Anfangsverdacht voraus!) mit hoher Wahrscheinlichkeit zunächst einmal annehmen, er werde von Verbrechern überfallen und sich wehren, was wiederum zu erhöhten Zwangsmaßnahmen seitens der Polizeibeamten bis hin zum Schusswaffeneinsatz führen kann²⁸. Spätestens als A das Licht einschaltete, hätten die Beamten ihr Vorgehen aufgeben müssen. Diese prozessuale Unzulässigkeit begründet zwar nicht stets eine materiell-straftrechtliche Rechtswidrigkeit, sondern nach dem strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff²⁹ nur bei einem Verstoß gegen die Zuständigkeit, gegen wesentliche Förmlichkeiten sowie gegen eine pflichtgemäße Prüfung der sachlichen Voraussetzungen des Einschreitens und Ausübens des zustehenden Ermessens. Vorliegend wird man in der Offenheit der Durchsuchung jedoch eine wesentliche Förmlichkeit erblicken müssen, so dass ein rechtswidriger Angriff der Polizeibeamten anzunehmen ist.

Gegen einen solchen wäre jedoch ein vorheriger Warnschuss *erforderlich* gewesen³⁰, an dem es hier fehlt. *Rotsch*³¹ argumentiert zwar, für die Erforderlichkeit sei auf eine verobjektivierte ex ante-Sicht abzustellen, d. h. »so-

lange der Polizeieinsatz als solcher aus der ex ante-Sicht eines besonnenen Beobachters in der Lage des Angegriffenen nicht erkennbar« war, sei auch »der sofortige Schusswaffeneinsatz von der Notwehrvorschrift des § 32 StGB gedeckt«. Derartige Anscheinsgefahren können jedoch – worauf *Engländer*³² zutreffend verweist – dem Angreifer nur dann zur Last fallen, wenn sie ihm zurechenbar sind; »die irrtümliche Annahme eines lebensbedrohlichen Angriffs durch die Mitglieder einer rivalisierenden Bande resultiert indes aus Bandenstreitigkeiten, die nicht in den Verantwortungsbereich der Polizei fallen«. Mangels Erforderlichkeit scheidet also selbst bei einer Rechtswidrigkeit der Durchsuchung eine Notwehr aus, so dass der BGH die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung zu Recht offen lassen konnte.

An der *Gebotenheit* wäre eine Rechtfertigung dagegen nicht gescheitert. Hierbei wird zwar vertreten, bei einem rechtswidrigen Angriff durch hoheitliches Handeln habe der Bürger diesen grundsätzlich zu dulden und sich hinterher gerichtlich (analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO) Genugtuung zu verschaffen³³. Diese Legitimation einer Duldungspflicht beruht jedoch auf der Prämisse, dass der Bürger im Allgemeinen davon ausgehen kann, bei kooperativem Verhalten gegenüber der Polizei typischerweise nur geringfügige und auf dem Rechtsweg leicht kompensierbare Rechtseinbußen zu erleiden; hieran fehlt es aber, wenn die Staatsgewalt dem Bürger nicht offen gegenübertritt sondern wie ein beliebiger Angreifer – dann muss sich der Staat auch wie ein solcher behandeln lassen!³⁴

III. Fehler Nr. 2: Voreilige Annahme eines »Erlaubnistatbestandsirrtums«

Doch selbst, wer mit der hier vertretenen Sicht das realitere Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes verneint, der darf nicht alleine wegen der subjektiven Vorstellung des A von einem Angriff einen »Erlaubnistatbestandsirrtum« annehmen. Denn ein solcher liegt nach seiner Definition nur dann vor, wenn der Täter subjektiv auf das Vorliegen von Umständen vertraut³⁵, die, wenn sie tatsächlich vorlägen, den Täter rechtfertigen wür-

fenbleiben, wenn zugunsten des Angreifers eine StPO-Befugnisnorm eingreift: *Kühl* (o. Fn. 14), § 7 Rn. 70 ff.; *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (112).

25 Vgl. hierzu BGHSt. 51, 211 ff. – Online-Durchsuchung.

26 Vgl. nur *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (112).

27 BVerfGE 20, 162 (186 f.); LG München, StraFo 2009, 146 f.; *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, Strafprozessordnung (26. Aufl. 2014), § 105 Rn. 59.

28 *Erb*, JR 2012, 207 (208).

29 Vgl. nur BGHSt. 4, 161 (164); BGHSt. 21, 334 (363); *Fischer* (o. Fn. 23), § 113 Rn. 11.

30 Ebenso *Engländer*, NStZ 2012, 274 (275); *Esser/Langbauer*, JA 2013, 28 (29); *Madla*, StV 2012, 334 (335).

31 ZJS 2012, 109 (112).

32 NStZ 2012, 274 (275 Fn. 11).

33 Hierzu *Erb* (o. Fn. 24), § 32 Rn. 74 ff.

34 Zutreffend *Erb*, JR 2012, 207 (209).

35 So die subjektiven Anforderungen entsprechend der Abgrenzung zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit: BGH bei Holtz, MDR 1978, 108 (109); *Vogel* (o. Fn. 10), § 16 Rn. 120; anders

den. Erst wenn im Sinne einer hypothetischen Rechtfertigungsprüfung die vorgestellten Umstände den Täter tatsächlich rechtfertigen würden, liegt wirklich ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der als solcher bezeichnet werden darf; ansonsten ist wegen des zusätzlichen Rechtsirrtums über die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes (sog. Erlaubnisgrenzirrtum) und damit insgesamt wegen Doppelirrtums (Tatsachen- und Rechtsirrtum) ein (in der Regel vermeidbarer) Erlaubnisirrtum nach § 17 StGB zu bejahen³⁶.

In der im Beispielfall notwendigen hypothetischen Notwehr-Prüfung ist eine Notwehrlage noch unproblematisch zu bejahen, da A sich einen Angriff eines Banditen auf sein Leben vorstellte, der wegen des Aufbrechens der ersten beiden Verriegelungen unmittelbar bevorstand und damit gegenwärtig war; an der Rechtswidrigkeit eines derartigen Angriffs ist nicht zu zweifeln.

Fraglich ist jedoch, ob die Abgabe der beiden Schüsse in Richtung auf die Umrisse der Person vor der Tür (mit bedingtem Tötungsvorsatz) und damit tödliche Schüsse ohne eine vorherige Warnung auch erforderlich waren. So hatte das Landgericht in erster Instanz einen vorherigen Warnschuss für erforderlich gehalten³⁷. Erforderlich ist eine Verteidigungshandlung dann, wenn der Täter von mehreren gleich wirksamen (geeigneten!) Verteidigungsmitteln dasjenige gewählt hat, das in die Rechte des Angreifers am geringsten eingreift. Grundsätzlich ist daher bei einem Schusswaffeneinsatz dieser zunächst anzudrohen³⁸, dann ein Warnschuss abzugeben und erst dann könne auf weniger lebensgefährdende Bereiche des Körpers geschossen werden, bevor – wenn auch dies den Angriff nicht zu beseitigen vermag – tödlich geschossen werden darf. Dies ist jedoch nur der Grundsatz – entscheidend ist jeweils die »konkrete Kampfeslage«³⁹. So rechnete A damit, »dass er seinerseits von den Angreifern durch die Tür hindurch beschossen werden könne. Ihm blieb angesichts seiner Annahme, dass ein endgültiges Aufbrechen der Tür und das Eindringen mehrerer bewaffneter Angreifer oder aber ein Beschuss durch die Tür unmittelbar bevorstand, keine Zeit zur ausreichenden Abschätzung des schwer kalkulierbaren Risikos. Bei dieser zugespitzten Situation ist nicht ersichtlich, warum die Abgabe eines

Warnschusses die Beendigung des Angriffs hätte erwarten lassen.« Zudem hätte ein Warnschuss nur zur weiteren Eskalation geführt, dass die Angreifer ihrerseits zurückgeschossen hätten. Auf einen derartigen »Kampf mit ungewissem Ausgang muss sich ein Verteidiger [aber] nicht einlassen«, wie der Bundesgerichtshof betonte⁴⁰ und damit eine hypothetische Erforderlichkeit bejahte. An der Gebotenheit und am subjektiven Rechtfertigungselement ist nicht zu zweifeln.

IV. Fehler Nr. 3: Fehler bei der Streitdarstellung um die Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums

Erst jetzt kann von einem Erlaubnistatbestandsirrtum gesprochen, bei dem der Streit um seine Rechtsfolgen »bisweilen [nicht nur] mit geradezu missionarischem Eifer« geführt wird⁴¹, sondern aufgrund der vielfältigen materiellen und methodischen Kritik und Gegenkritik derart ausdifferenziert und hoch komplex ist, dass Fehler fast schon vorprogrammiert sind⁴². Wer diesen Streit verstehen will, der darf ihn zum einen nicht nur auf den Erlaubnistatbestandsirrtum beziehen, sondern auf die viel grundsätzlichere Frage der dogmatischen Stellung des Unrechtsbewusstseins im Deliktsaufbau und der muss zum anderen die historische Dimension des Hintergrunds der einzelnen Theorien und vor allem ihrer Bezeichnungen verstehen:

1. Unbeachtlichkeit des Unrechtsbewusstseins

Das Reichsgericht hielt das Unrechtsbewusstsein noch für kein Verbrechenmerkmal, weder zum Vorsatz noch zu einem, bei Beginn der Rechtsprechungspraxis des Reichsgerichts noch nicht anerkannten, vom Vorsatz unabhängigen Verbrechenmerkmal der Schuld gehörend; für ein »vorsätzliches Verschulden« genügte die Kenntnis der ob-

BGH, VRS 40 (1971), 104 (107): es reiche, wenn der Täter es »für möglich hält«, verprügelt zu werden.

³⁶ Vgl. BGHSt. 35, 347 (349f.); Roxin (o. Fn. 7), § 14 Rn. 80; Schuster, JuS 2007, 617ff.

³⁷ BGH, NStZ 2012, 272 (273).

³⁸ BGHSt 26, 256 (258), BGH, StV 1999, 145 (146) und BGH, NStZ 2001, 591 (593).

³⁹ BGH, NJW 1991, 503 (504).

⁴⁰ BGH, NStZ 2012, 272 (274).

⁴¹ Paeffgen (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 103.

⁴² Dies zeigt sich daran, dass selbst Teilnehmer der Diskussion die Zuordnung zu den verschiedenen Meinungslagern nicht mehr überblicken können (so die zutreffende Wertung von Heuchemer [o. Fn. 2], S. 36).

jektiven Tatbestandsmerkmale⁴³. Daher beseitigte nur ein Tatirrtum (error facti) nach § 59 StGB a. F. sowie ein diesem gleichgestellter außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum (error iuris) den Vorsatz, nicht dagegen ein strafrechtlicher Rechtsirrtum (error iuris criminalis nocet). Die Abgrenzung zwischen einem strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum war teilweise derart willkürlich nach dem Grundsatz der Strafwürdigkeit (wohl eher: nach der »Schweinehundtheorie«)⁴⁴, dass das Reichsgericht »mit dieser Lehre so einsam und verlassen da [stand], wie wohl sonst in keiner wichtigen Frage«⁴⁵, so dass diese Rechtsprechungspraxis nach 1945 aufgegeben wurde⁴⁶.

2. Vorsatztheorien

a) »Klassische« Vorsatztheorie

Die bis in die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts vorherrschende »klassische« Vorsatztheorie⁴⁷ erblickte (ursprünglich ausgehend von einem zweistufigen Deliktsaufbau⁴⁸) entsprechend der römisch-rechtlich verwurzelten Lehre vom »dolus malus«⁴⁹ neben dem Wissen und Wollen der Tatbestandsmerkmale gerade das Unrechtsbewusstsein (sprich: die Kenntnis der Rechtswidrigkeit bzw. wider des Rechts zu handeln⁵⁰) als Kern des Vorsatzes, so dass in allen Fällen fehlenden Unrechtsbewusstseins und damit auch in den Fällen des Erlaubnistatbestandsirrtums mangels positiver Kenntnis eines »bewussten Rechtsbruchs« keine Vorsatzstrafe (auf die heutige Rechtslage übertragen: nach § 16 Abs. 1 StGB) eintreten konnte. Diese Sichtweise ist jedoch nicht mehr vertretbar, seit sich der Gesetzgeber zum 1. 1. 1975 mit der Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum (§§ 16 und 17 StGB) für die ab ca. 1950 vorherrschenden Schuldtheorien⁵¹ entschied und das Be-

wusstsein der Rechtswidrigkeit als selbstständiges Schuld-element betrachtete. Dies ergibt sich daraus, dass der vermeidbare Verbotsirrtum nach § 17 S. 2 StGB den Vorsatz unberührt lässt und nur zu einer fakultativen Milderung der Vorsatzstrafe nach § 49 Abs. 1 StGB führt; Gleiches gilt für die Regelung des Verbotsirrtums in § 11 Abs. 2 OWiG⁵².

b) Modifizierte Vorsatztheorien

Sämtliche Versuche im Schrifttum⁵³, die Vorsatztheorie de lege lata zu retten, weil zum Vorsatz das Bewusstsein von der Sozialschädlichkeit gehöre⁵⁴ oder weil nach dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip eine Vorsatzstrafe »gerechterweise« nur angezeigt sei, »wenn der Täter sich bewusst über das Recht hinweggesetzt hat«⁵⁵, sind dogmatisch nur durchführbar, wenn man § 16 StGB »nur als Teilregelung«⁵⁶ begreift, deren Rechtsfolgen auch den nicht geregelten Verbotsirrtum betreffen würden, während § 17 StGB ausweislich seines Vermeidbarkeitserfordernisses nur für fahrlässige Taten gelte; sprich: »Tat« iSd § 17 StGB sei als Tat zu verstehen, »für die nach § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat unberührt bleibt«⁵⁷. Dieses Verständnis verstößt jedoch nicht nur gegen die Legaldefinition des »Tat«-Begriffs in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sondern führt – wie die klassische Vorsatztheorie – zu dem unhaltbaren Ergebnis, dass ein Täter, der aus Egoismus oder Gleichgültigkeit das ihm aufdrängende Unrecht seiner Tat nicht erkannte, nach § 16 Abs. 1 StGB nicht wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestraft werden könnte⁵⁸.

⁴³ Vgl. RGSt. 2, 268 (269); RGSt. 8, 182 (183); RGSt. 53, 81 (85).

⁴⁴ Vgl. zur Kritik nur *Maurach/Zipf* (o. Fn. 24), § 37 Rn. 8.

⁴⁵ *Hippel*, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band (1930), S. 343.

⁴⁶ Vgl. BGHSt. (GS) 2, 194 ff.; OLG Oldenburg, SJZ 1950, 834 f.

⁴⁷ Zu den Vertretern zählten etwa *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2/1, (2. Aufl. 1914), S. 140 ff.; *Mezger*, Strafrecht (3. Aufl. 1949), S. 320; *Olshausen*, Strafgesetzbuch (12. Aufl. 1942), Vor § 51 Anm. 8e.

⁴⁸ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil (11. Aufl. 2003), § 12 Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. zur Dogmengeschichte *Hruschka*, FS Roxin (2001), S. 441 (442 ff.).

⁵⁰ *Mezger* (o. Fn. 47), S. 330 f.; *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch (17. Aufl. 1974), § 59 Rn. 76.

⁵¹ Vgl. nur *Bockelmann*, NJW 1950, 830 ff.; *Busch*, FS Mezger (1954), S. 165 (168); *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre (1968), S. 56 Fn. 89; *Maurach*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil (4. Aufl.

1971), S. 468 f.; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951), S. 33 ff.; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht (11. Aufl. 1969), S. 164 ff.

⁵² Vgl. hierzu nur *Jescheck/Weigend* (o. Fn. 14), AT, S. 453.

⁵³ So *Geerds*, JURA 1990, 421 (429 f.); *Langer*, GA 1976, 193 (214 ff.); *Otto*, Grundkurs Strafrecht (7. Aufl. 2004), § 15 Rn. 5 ff.; ders., ZStW 87 (1975), 539 (594 f.); *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil (2. Aufl. 1975), 10/64; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch (2. Aufl. 1984), 7/89; ders., JZ 1979, 361 ff.

⁵⁴ So *Otto* (o. Fn. 53), § 15 Rn. 5; ders., ZStW 87 (1975), 539 (594 f.); Der Vorsatz bestehe aus einem »finalen Unrechtselement« (Tatbestandsvorsatz im herkömmlichen Sinn) und dem »materiellen Unrechtsbewusstsein« (»Bewusstsein der Sozialschädlichkeit«); ebenso *Geerds*, JURA 1990, 421 (429 f.).

⁵⁵ *Schmidhäuser* (o. Fn. 53), 10/64.

⁵⁶ *Schmidhäuser*, JZ 1979, 361 (369).

⁵⁷ *Schmidhäuser*, JZ 1979, 361 (369).

⁵⁸ Vgl. zu letzterer Kritik nur *Heuchemer* (o. Fn. 2), S. 154 ff., der von einer »Apologie der Tatsachenblindheit« spricht, weil der Täter die Tatsachen ja durchaus kenne; vgl. zur Begründung einer Vorsatztheorie de lege ferenda *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 584 ff.

3. Schuldtheorien

Allein aus ihrer Abgrenzung zu diesen Vorsatztheorien werden sämtliche Theorien, die entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 17 StGB den Vorsatz allein auf die Kenntnis der Umstände des objektiven Tatbestandes beziehen, wozu das Unrechtsbewusstsein nicht gehöre, als »Schuldtheorie« bezeichnet⁵⁹; ein aktuelles Unrechtsbewusstsein zähle noch nicht einmal zu den Voraussetzungen des Schuldvorwurfs, für den ein potentielles Unrechtsbewusstsein (also dass der Täter zur Unrechtseinsicht hätte gelangen können) genügt⁶⁰ – eine fehlende Unrechtseinsicht beseitige nach § 17 StGB einzig bei einer Unvermeidbarkeit des Irrtums den Schuldvorwurf. Die dogmatischen Details sind freilich heftig umstritten:

a) Strenge Schuldtheorie

Eine – wie *Paeffgen*⁶¹ deprimierend meint – biologisch aussterbende Ansicht im Schrifttum, zu der vorwiegend die Finalisten zählen⁶², erblickt ausnahmslos jeden Irrtum auf der Rechtswidrigkeitsebene als Verbotsirrtum iSd § 17 StGB, gleichgültig, ob er auf einer fehlerhaften Rechtsicht oder ob er wie der Erlaubnistatbestandsirrtum auf einer falschen Tatsachensicht beruht; konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so soll er nach dem betreffenden Vorsatztatbestand (mit Milderungsmöglichkeit) bestraft werden. Für diese Sichtweise hat sich aufgrund eines Vorschlags von *Maurach*⁶³ die Bezeichnung »strenge Schuldtheorie«

eingebürgert, weil sie für den Erlaubnistatbestandsirrtum keine (für den Täter günstigere) Ausnahme zulässt⁶⁴. Begründet wird diese Sichtweise damit, dass das Gesetz als Irrtumsformen nur § 16 StGB und § 17 StGB kenne und die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nicht im Sinne des § 16 StGB Umstände des gesetzlichen Tatbestandes seien, so dass der entsprechende Irrtum nur § 17 StGB unterfallen könne; für eine analoge Anwendung des § 16 StGB bleibe kein Raum, da eine Analogie eine planwidrige Regelungslücke voraussetze, die durch die Existenz des § 17 StGB gerade nicht bestehe, habe der Gesetzgeber⁶⁵ den Erlaubnistatbestandsirrtum nach seinem insoweit nicht im Gesetzestext niedergeschlagenen Gesetzeswortlaut auch ausklammern wollen⁶⁶ – damit habe der Gesetzgeber den Erlaubnistatbestandsirrtum »als besonderen Fall des Verbotsirrtums durch § 17 StGB abschließend vorgegeben«⁶⁷. Eine derartige Einordnung sei auch gerecht, da der im Erlaubnistatbestandsirrtum befindliche Täter bewusst und gewollt in fremde Rechtsphären eindringe und damit wisse, etwas »an sich« Verbotenes zu tun; diese »Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes« hätte ihn zu einer sorgfältigen Sachverhaltsprüfung veranlassen müssen. Verletze er diese, so wiege dieses Unrecht seines Verhaltens schwerer als jenes eines vorsatzlos oder nur fahrlässig handelnden Täters⁶⁸. Damit vermeide die strenge Schuldtheorie die von den herrschenden eingeschränkten Schuldtheorien – die eine Lösung direkt oder analog § 16 StGB suchen und allenfalls wegen Fahrlässigkeit bestrafen – eine »nur schwer nachvollziehbare Straffreiheit« in den »Fällen, in denen es keine Fahrlässigkeits-Tatbestände gibt«⁶⁹.

Gegen die strenge Schuldtheorie wird zumeist die vom Bundesgerichtshof⁷⁰ geprägte Behauptung der prinzipiellen »Rechtstreue« des im Erlaubnistatbestandsirrtums Handelnden vorgebracht, so dass der Täter allenfalls bei der Erfassung des tatsächlichen Geschehens unachtsam gewesen sei, was eher einem Fahrlässigkeitsvorwurf entspreche. Hinter dem Schlagwort der »Rechtstreue«, die bei so manchem im Erlaubnistatbestandsirrtum Handelnden sicherlich »häufig der Realität spottet«⁷¹, verbirgt sich das

⁵⁹ Kritisch zu diesen Bezeichnungen, weil der Streit mit den Vorsatztheorien überholt sei: *Puppe*, in: *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Aufl. 2013), § 16 Rn. 123.

⁶⁰ So ausdrücklich BGHSt. (GS) 2, 194 (201); *Maurach/Zipf* (o. Fn. 24), § 30 Rn. 27.

⁶¹ *Paeffgen*, FS Frisch (2013), S. 403 (405).

⁶² Vgl. nur *Bockelmann*, NJW 1950, 830 ff.; *Gössel*, JR 1978, 292 (293); *ders.*, FS Triffterer (1996), S. 93 (98); *Hartung*, NJW 1951, 209 (210); *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37 ff.; *Paeffgen* (o. Fn. 22), S. 399 ff.; *ders.* (o. Fn. 61), S. 403 (405 ff.); *ders.* (o. Fn. 17), Vor §§ 32 ff. Rn. 108 ff.; *Sax*, JZ 1976, 429 (430); *Welzel* (o. Fn. 51), S. 168 ff.; zu den wenigen jüngeren Vertretern zählt etwa *Heuchemer* (o. Fn. 2), S. 144 ff. (kritisch zu seinem Konzept *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 [780 ff]); hierzu neigend auch *Erb* (o. Fn. 24), § 32 Rn. 246. Der strengen Schuldtheorie vergleichbar ist die unselbstständige Schuldtheorie von *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil (2. Aufl. 1991), 11/53, der die Strafrahenprobleme der strengen Schuldtheorie durch einen Rückgriff auf den Strafrahen der Fahrlässigkeits-Tatbestände zu lösen sucht (sog. Sperrwirkung der Existenz und des Strafrahens des Fahrlässigkeits-Tatbestandes für die allfällige Strafbarkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums).

⁶³ Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil (1954), § 39 I D (= S. 405 f.).

⁶⁴ Vgl. nur *Kühl* (o. Fn. 14), § 13 Rn. 75; *Wessels/Beulke/Satzger* (o. Fn. 14), Rn. 469.

⁶⁵ BT-Drs. V/4095, S. 9.

⁶⁶ Vgl. hierzu nur *Paeffgen* (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 118.

⁶⁷ *Heuchemer* (o. Fn. 2), S. 202.

⁶⁸ *Joecks* (o. Fn. 4), § 16 Rn. 127; *Paeffgen* (o. Fn. 18), Vor § 32 Rn. 114.

⁶⁹ *Paeffgen* (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 115.

⁷⁰ Seit BGHSt. 3, 105 ff.

⁷¹ *Heuchemer*, in: *Heintschel-Heinegg*, Strafgesetzbuch (2010), § 17 Rn. 34.1.

leider nicht immer hinreichend herausgearbeitete dogmatische Argument, die Privilegierung des Erlaubnistatbestandsirrtums gegenüber den Fällen des Verbotsirrtums liege in der Minderung des Handlungsunwerts⁷², weil der im Erlaubnistatbestandsirrtum Handelnde sich nach seiner Vorstellung genauso tadellos verhalte wie derjenige, der keinen Tatbestand erfüllen wolle. Damit beseitige die Sachverhaltsfehlvorstellung die von einem Tatbestand ausgehenden Warnimpulse⁷³ und versetze den Unrechtsvorwurf des Täters auf die Stufe des Unrechtsvorwurfs, »der einem Fahrlässigkeitstäter aus der Missachtung der Warnfunktion desjenigen Wissens gemacht werden kann, auf dem seine Sorgfaltspflicht beruht« – »beide missachten eine Warnung und beide irren über Tatsachen, die das Unrecht ihrer Tat mitbegründen«⁷⁴; ein kriminalpolitisches Bedürfnis, den Erlaubnistatbestandsirrtum auch dort zu ahnden, wo kein entsprechender Fahrlässigkeitstatbestand existiert, besteht nicht⁷⁵. Hinzu tritt ein prinzipieller Wertunterschied zum Verbotsirrtum: Der im Erlaubnistatbestandsirrtum Handelnde irrt über seine Lebenssituation und damit »über das, was er tut, der im Verbotsirrtum Befangene irrt [aufgrund falscher rechtlicher Bewertung und damit aufgrund falscher Auffassung von Recht und Unrecht] darüber, ob er das, was er tut, auch darf«⁷⁶ – mit der Anwendung des § 17 StGB auf den Erlaubnistatbestandsirrtum würde also nicht nur die Ausübung der durch einen Rechtfertigungsgrund gewährten Handlungsbefugnis zu einem »riskanten Verhalten« (Handeln unter dem Risiko, ob die rechtfertigenden Umstände auch wirklich vorliegen)⁷⁷, sondern es würde vor allem der elementare qualitativer Unterschied »zwischen Wertungsirrtümern und Tatsachenirrtümern« eingeebnet⁷⁸. Beide Irrtümer schließen sich vielmehr aus, weil ein Verbotsirrtum die Kenntnis des verbotenen Sachverhalts voraussetzt⁷⁹.

⁷² Jescheck/Weigend (o. Fn. 14), S. 464f.

⁷³ Roxin (o. Fn. 7), § 14 Rn. 66.

⁷⁴ Puppe (o. Fn. 59), § 16 Rn. 128.

⁷⁵ Roxin (o. Fn. 7), § 14 Rn. 68; vgl. auch Jakobs (o. Fn. 62), 11/56: »Wenn zum Schutz vor fahrlässiger Sachbeschädigung die daran anknüpfende Schadensersatzverpflichtung ausreicht, so mag sie auch zum Schutz vor Sachbeschädigung in irriger Annahme etwa eines Notstandes genügen.«

⁷⁶ Dreher (o. Fn. 7), S. 207 (212f.); vgl. auch Kühl (o. Fn. 14), § 13 Rn. 75.

⁷⁷ Puppe (o. Fn. 59), § 16 Rn. 129; eingeräumt von Paeffgen (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 114.

⁷⁸ Streng, FS Otto, S. 469 (476).

⁷⁹ Puppe (o. Fn. 59), § 16 Rn. 127; vgl. zum kategorischen Unterschied auch Momsen, in: Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch (2010), § 32 Rn. 52.

b) Eingeschränkte Schuldtheorien

Kann der Erlaubnistatbestandsirrtum § 17 StGB nicht unterfallen, ist der Weg für eine direkte oder analoge Anwendung des § 16 StGB frei, wie es die verschiedenen Spielarten der eingeschränkten Schuldtheorie⁸⁰ mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung vertreten:

aa) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Nach der bereits im 19. Jahrhundert von *Adolf Merkel*⁸¹ entwickelten und auch in jüngerer Zeit immer wieder verteidigten, von Studierenden herkömmlich viel zu schnell abgetanen Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen⁸² bilden die unrechtsbegründenden Merkmale der einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils erst zusammen mit den »vor die Klammer« gezogenen unrechtsausschließenden Merkmalen der Rechtfertigungsgründe eine abschließende Beschreibung des (Erfolgs-)Unrechts und damit einen Gesamt-Unrechtstatbestand⁸³, der etwa für § 223 StGB lauten würde⁸⁴: »Wer einen anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird [...] bestraft, es sei denn, die Handlung ist zur Abwehr eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs, einer wesentlich überwiegende Interessen beeinträchtigenden Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut oder aus anderen gesetzlich festgelegten Gründen geboten.« Die Folge ist ein aus Gesamt-Unrechtstatbestand und Schuld bestehender nur zweistufiger Deliktsaufbau, bei dem die Rechtfertigungsmerkmale zu »negativen Tatbestandsmerkmalen« werden, deren Nichtvorliegen die Voraussetzung der Tatbestandserfüllung ist. Hiernach gehört »zum Tatvorsatz nicht nur, dass der Täter eine Tat und Tatumstände annimmt, die die objektiven Voraussetzungen eines Deliktstatbestandes erfüllen, sondern es gehört auch dazu, dass es nicht der Fall ist, dass der Täter von einer Tat und Tatumständen ausgeht, die die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungstatbestandes erfül-

⁸⁰ Vgl. zum Hintergrund dieses Namens nur Roxin (o. Fn. 7), § 14 Rn. 56.

⁸¹ Merkel (1836–1896), ein bedeutender Strafrechtsdogmatiker und Strafrechtstheoretiker.

⁸² Vertreten wird diese etwa von *Engisch*, ZStW 70 (1958), 566 (585 und 589ff.); *Arthur Kaufmann*, FS Lackner (1987), S. 185 (186ff.); *Schroth*, Vorsatz und Irrtum (1998), S. 116ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (349ff. und 371ff.); zuletzt *Rink*, Der zweistufige Deliktsaufbau (2000), S. 251ff.; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (778ff.).

⁸³ Für den Begriff »Gesamtstatbestand«: *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, 356; für den Begriff »Unrechtstatbestand«: *Engisch*, FS Mezger (1954), S. 127 (132).

⁸⁴ *Roxin* (o. Fn. 7), § 10 Rn. 14.

len.«⁸⁵ Ein Erlaubnistatbestandsirrtum würde daher einen Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB darstellen, der zum Ausschluss des Tatbestandsvorsatzes führt. Abstrakt theoretisch wäre diese Theorie durchaus umsetzbar⁸⁶. Das herkömmlich hier zu lesende Gegenargument, in den §§ 32, 34, 228 StGB werde als Rechtsfolge der Einschlägigkeit eines Rechtfertigungsgrundes vom Gesetzgeber nicht eine fehlende Tatbestandsmäßigkeit, sondern ausdrücklich eine fehlende Rechtswidrigkeit genannt⁸⁷, ändert nichts daran, dass dogmatisch Unrechtsbegründung (Tatbestand) und Unrechtsausschluss (Rechtfertigung) Teilelemente der »höheren Einheit«⁸⁸ Unrecht bilden. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Missbrauch von Notrufen (§ 145 StGB), bei dem das Vorliegen eines rechtfertigenden Notstandes bereits einen »Missbrauch« und damit den objektiven Tatbestand ausschließt⁸⁹. Der begriffliche Ausschluss mal der Rechtswidrigkeit, mal des Tatbestandes erscheint vielmehr häufig als rein zufällige stilistische Fassung des Gesetzes⁹⁰. Der eigentliche Grund dafür, die generelle Unrechtsbegründung (Tatbestand) und eine ausnahmsweise Rechtfertigung (Rechtswidrigkeit) als selbstständige Kategorien anzuerkennen, liegt vielmehr in deren unterschiedlichen kriminalpolitischen Funktionen⁹¹: Die Tatbestände fassen mit generalpräventiver Wirkung die Umstände zusammen, die die Strafwürdigkeit eines Delikts ausmachen, während die Rechtfertigungsgründe auf allgemeinen sozialen Ordnungsprinzipien beruhen, die erst im Einzelfall mittels einer Abwägung einander widerstreitender rechtlich geschützter Interessen ein Unrechtsurteil abgeben, aber selbst im Falle der Rechtfertigung nichts daran ändern, dass die Handlung eine an sich verbotene Tötung oder Beleidigung bleibt. Ein gerechtfertigtes Verhalten wird daher von der Rechtsordnung gestattet, während ein tatbestandsloses Verhalten quasi im »rechtsfreien Raum« angesiedelt und durchaus rechtswidrig sein kann: So ist beispielsweise die Wegnahme fremder Gegenstände zum bloßen Gebrauch (mangels Zueignungsabsicht) tatbestandslos, als verbotene Eigenmacht iSd § 858 BGB aber durchaus rechtswidrig und damit fähig,

das Notwehrrecht des Opfers auszulösen⁹². Das herkömmliche Argument mit Verweis auf §§ 32, 34 StGB müsste daher besser lauten, dass diese jeweils eine »Tat« voraussetzen, nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB also eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, während es sich bei Einschlägigkeit eines Rechtfertigungsgrundes nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen mangels Erfüllung des Unrechtstatbestandes noch nicht um »Taten« in diesem Sinne handeln könnte⁹³.

bb) Tatbestandsvorsatzausschließende eingeschränkte Schuldtheorie

Ausgehend von einem dreistufigen Delikttaufbau liegt der Erlaubnistatbestandsirrtum auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, so dass nur eine analoge Anwendung des § 16 StGB möglich erscheint, die nach einer Ansicht zu einem Ausschluss des Tatbestandsvorsatzes führen soll⁹⁴. Gegen diese Spielart der eingeschränkten Schuldtheorie wird von Studierenden gerne argumentiert, sie führe zu Strafbarkeitslücken, weil mangels vorsätzlicher Haupttat eine Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) nicht möglich wäre und ein bösgläubiger Hintermann bei Sonderdelikten auch nicht als mittelbarer Täter bestraft werden könnte⁹⁵. Hierbei wird jedoch verkannt, dass der eigentliche Tatbestandsvorsatz bezogen auf die Elemente des objektiven Tatbestandes (zunächst) bejaht wird und auch bejaht werden muss, kennt der Täter beim Erlaubnistatbestandsirrtum doch den Tatbestand, so dass (wie von den Anhängern der strengen Schuldtheorie vorgebracht) die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes voll zur Geltung kommt. Ob dieser Vorsatzteil bereits im Sinne der Teilnahmevorschriften für eine »vorsätzliche Haupttat« ausreicht, ist – worauf *Puppe*⁹⁶ zu Recht hingewiesen hat – »eine Frage der Teilnahmelehre, nicht der Irrtumslehre« – als Lösung kommt etwa (wie von *Streng*⁹⁷ vorgeschlagen) eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB in Betracht, indem man die Vorstel-

⁸⁵ *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (2. Aufl. 1988), S. 210.

⁸⁶ Ebenso etwa *Streng* (o. Fn. 78), S. 469 (478).

⁸⁷ So bereits *Dreher* (o. Fn. 7), S. 207 (220).

⁸⁸ *Roxin* (o. Fn. 7), § 10 Rn. 18.

⁸⁹ Beispiel nach *Herzberg*, JA 1989, 243 (244f.), der auch die Vergewaltigung (§ 177 Abs. 1 und 3 StGB) als Norm nennt, bei der eine Rechtfertigung kaum möglich sei.

⁹⁰ Ebenso *Roxin* (o. Fn. 7), § 10 Rn. 16.

⁹¹ Vgl. zur folgenden Kritik *Dreher* (o. Fn. 7), S. 207 (217ff.); *Roxin* (o. Fn. 7), § 10 Rn. 19ff.; *Scheffler*, JURA 1993, 617 (618); *Streng* (o. Fn. 78), S. 469 (477f.).

⁹² Beispiel nach *Roxin* (o. Fn. 7), § 10 Rn. 21.

⁹³ *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (792).

⁹⁴ So etwa BGHSt. 31, 264 (286f.); BGHSt. 32, 243 (248); BGHSt. 45, 219 (224f.); BGH, NJW 1952, 1023; BGH, NSTZ-RR 2013, 139 (141) mit Anm. *Bosch*, JK 4/13, StGB § 32/38; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil (6. Aufl. 2013) § 14 Rn. 32ff.; *Kühl* (o. Fn. 14), § 13 Rn. 73; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (28. Aufl. 2010), § 16 Rn. 18.

⁹⁵ So etwa *Fischer* (o. Fn. 23), § 16 Rn. 22b; *Arthur Kaufmann* (o. Fn. 82), S. 185 (194ff.); *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil (6. Aufl. 2013), § 29 Rn. 23.

⁹⁶ *Puppe* (o. Fn. 59), § 16 Rn. 136; zustimmend *Roxin* (o. Fn. 7), § 14 Rn. 77; *Vogel* (o. Fn. 10), § 16 Rn. 126.

⁹⁷ *Streng* (o. Fn. 78), S. 469 (479).

lung rechtfertigender Tatbestände als besonderes persönliches Merkmal auffasst, von dem Teilnehmer nicht profitieren können. Letztlich ist es aber eine Sache des Gesetzgebers, Strafbarkeitslücken zu schließen. Und wenn im Übrigen der Gesetzgeber bei der Neufassung der §§ 26, 27 StGB die Möglichkeit der Teilnahme an fahrlässiger Tat bewusst ausschloss, was im Rahmen eines Tatbestandsirrtums nach § 16 StGB nicht erkennbar kritisiert wird, ist nicht einzusehen, wieso dies im Bereich des Erlaubnistatbestandsirrtums, wo sich das Problem seltener stellen wird (zumeist wird eher eine mittelbare Täterschaft vorliegen), eine nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücke begründen soll⁹⁸. Viel entscheidender ist der Einwand, dass es nicht nur deliktssystematisch als problematisch erscheint, einen bereits bejahten Tatbestandsvorsatz auf der Ebene der Rechtswidrigkeit rückblickend wieder zu verneinen, sondern logisch auch nur durchführbar wäre, wenn man »den Vorsatz gewissermaßen aufspaltet«⁹⁹, wofür diese Lehre jedoch keine dogmatische Begründung liefert und daher »theoretisch in der Luft« hängt¹⁰⁰.

cc) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie

Die erstmals von *Gallas* in einer Fußnote angedachte Spielart der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie, wonach »die irrtümliche Annahme einer rechtfertigenden Situation zwar den Vorsatz als solchen unberührt ließe, die Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt aber ausschliesse, weil der damit vorausgesetzte Schuldtypus in diesem Ausnahmefall nicht gegeben wäre«¹⁰¹, spricht: analog § 16 Abs. 1 StGB entfalle die Vorsatzschuld mangels unrechter Tatgesinnung, ist mit ihrer »selbstgenügsamen Selbstgewissheit«¹⁰² inzwischen zur herrschenden Meinung¹⁰³ avanciert, der sich im vorliegenden Hells Angels-Fall auch ausdrücklich der Bundesgerichts-

hof anschloss¹⁰⁴. Dies liegt nicht nur im Charme dieser Theorie, den einmal bejahten Tatbestandsvorsatz unangestastet zu lassen¹⁰⁵, sondern primär¹⁰⁶ in der Ermöglichung einer Teilnahme strafbarkeit. Diese alleine hätte jedoch – wie oben bereits aufgezeigt – keiner weiteren Theorie in der Irrtumslehre bedurft. Zudem ist der hiermit gewonnene Vorteil dogmatisch hart erkaufte: Der Erlaubnistatbestandsirrtum wird hiernach als »Irrtum sui generis«¹⁰⁷ erst auf der Ebene der Schuld und damit dogmatisch an sich analog dem Verbotsirrtum behandelt, als Rechtsfolge wird aber auf jene des § 16 StGB verwiesen (daher rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie) mit der Folge, dass die Bestrafung aus einem Vorsatzdelikt entfalle und allenfalls eine Fahrlässigkeitsbestrafung möglich sein soll – nicht von ungefähr hat *Schünemann*¹⁰⁸ diese primär vom Finden einer adäquaten Sanktion getragenen Theorie¹⁰⁹ als »eigentümlichen Zwitter« bezeichnet. Sie möchte zum einen ein vorsätzliches Verhalten mit einer Fahrlässigkeitsstrafe versehen und beruht damit ersichtlich auf einer Trennung zwischen Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld, verkennt hierbei aber, dass eine derartige Trennung eine reine Fiktion darstellt¹¹⁰. Vielmehr fehlt dem Täter nur deshalb die eine Vorsatzschuld begründende Tatgesinnung, weil ihm bereits die vorsatzunrechtsbegründende Tatvorstellung fehlt¹¹¹.

dd) Vorsatzunrechtsausschließende eingeschränkte Schuldtheorie

Richtigerweise sollte der Erlaubnistatbestandsirrtum daher mit einer verbreiteten Literaturansicht¹¹² dort behandelt werden, wo er hingehört: auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Mangels Vorliegens der objektiven Rechtfertigungselemente wurde die Verhaltensanordnung des Tatbestandes nicht suspendiert, d.h. mit deren Ver-

⁹⁸ In diese Richtung auch *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2. Aufl. 2011), Vor § 32 Rn. 101.

⁹⁹ *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (656); *Momsen* (o. Fn. 79), § 32 Rn. 53; die einzige Alternative, die aber niemand gehen möchte, wäre eine Reanimierung der Lehre vom Vorsatz als Schildelement.

¹⁰⁰ *Dreher* (o. Fn. 7), S. 207 (223).

¹⁰¹ *Gallas*, ZStW 67 (1955), 45f. Fn. 89.

¹⁰² *Paeffgen* (o. Fn. 17), Vor § 32 Rn. 106.

¹⁰³ Zu den Vertretern zählen *Fischer* (o. Fn. 23), § 16 Rn. 22d; *Gallas* (o. Fn. 22), S. 155 (170); *Gropp* (o. Fn. 24), § 13 Rn. 112ff.; *Jescheck/Weigend* (o. Fn. 14), S. 464ff.; *Krumpelmann*, GA 1968, 129ff.; *Maurach/Zipf* (o. Fn. 24), § 37 Rn. 43; *Wessels/Beulke/Satzger* (o. Fn. 14), Rn. 478f.

¹⁰⁴ BGH, NSTZ 2012, 272 (274): »Dieser Irrtum führt zum Wegfall der Vorsatzschuld.«

¹⁰⁵ Vgl. *Maurach/Zipf* (o. Fn. 24), § 37 Rn. 43: »kein Eingriff in den Verbrechensaufbau«; zutreffend *Kühl* (o. Fn. 14), § 13 Rn. 73: dieser Vorteil sei »sachlich nicht von Bedeutung«.

¹⁰⁶ Vgl. nur *Herzberg*, JA 1989, 294 (297); *Arthur Kaufmann* (o. Fn. 82), S. 185 (194).

¹⁰⁷ So ausdrücklich *Joecks* (o. Fn. 4), § 16 Rn. 125.

¹⁰⁸ GA 1985, 341 (350); dort sogar noch drastischer: »dogmatische Missgeburt«.

¹⁰⁹ Kritisch hierzu *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (655).

¹¹⁰ Ausführlich hierzu *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (657).

¹¹¹ Ebenso *Puppe* (o. Fn. 59), § 16 Rn. 135.

¹¹² Zu den Vertretern zählen *Geppert*, JURA 1997, 299 (303); *Herzberg*, JA 1989, 294 (295); *Kudlich* (o. Fn. 3), § 16 Rn. 24; *Kühl* (o. Fn. 14), § 13 Rn. 73f.; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 22), § 17 Rn. 14; *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (657f.); *Puppe* (o. Fn. 59), § 16 Rn. 138.

wirklich beging der Täter Erfolgsunrecht. Nach seiner Vorstellung befindet sich der Täter jedoch in Übereinstimmung mit dem Inhalt des geltenden Rechts, so dass ihm nicht der Vorwurf gemacht werden kann, »wissentlich einen Sachverhalt verwirklicht zu haben, den das geltende Recht als Unrecht bewertet und deshalb zu verwirklichen verbietet«¹¹³, d.h. dem Täter kann mangels »Unrechtsvorsatz« kein Handlungsunrecht (wissentliches Verwirklichen-Wollen eines Tatbestandes) angelastet werden. Da nur der »Dualismus von Handlungs- und Erfolgsunrecht«¹¹⁴ das Gesamtunrecht bildet, scheidet analog § 16 Abs. 1 StGB eine Bestrafung wegen eines Vorsatzdelikts mangels Gesamt-Vorsatzunrechts aus (daher: vorsatzunrechtsausschließende eingeschränkte Schuldtheorie bzw. Lehre vom Mangel am Vorsatzunrecht). Das Handlungsunrecht, die Warnung durch die Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung missachtet und das tatsächliche Geschehen nicht hinreichend ermittelt zu haben, wiegt nicht schwerer als das Handlungsunrecht eines Fahrlässigkeitstäters, der die Warnfunktion der ihn treffenden Sorgfaltpflicht missachtet¹¹⁵, so dass bei einer Vermeidbarkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums allenfalls ein Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht kommt¹¹⁶.

ee) Anwendung auf den Beispielfall

Erkennt man, dass A »mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohlichen Angriff durch Bandidos« ausging und dass er durch das fehlende Zu-Erkennen-Geben der Polizeibeamten selbst nach dem Einschalten des Lichts »keine Möglichkeit hatte, rechtzeitig zu erkennen, dass es sich um einen Polizeieinsatz handelte«¹¹⁷, so war der Irrtum für ihn unvermeidbar, so dass auch die strenge Schuldtheorie und damit letztlich alle Ansichten zu einer Straflosigkeit füh-

ren. In einer Falllösung hätte man daher auf einen Streitentscheid verzichten können und müssen.

V. Fehler Nr. 4: Übersehen einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Wer eine Spielart der eingeschränkten Schuldtheorie für vorzugswürdig erachtet, der darf nicht übersehen, abschließend noch auf die Möglichkeit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit direkt oder analog § 16 Abs. 1 S. 2 StGB einzugehen, wobei sich die Sorgfaltpflichtwidrigkeit darauf beziehen muss, dass der Täter nicht erkannte, dass eine objektive Rechtfertigungslage tatsächlich gar nicht vorlag. Vorliegend hätte A den Irrtum nicht vermeiden können, so dass er letztlich straflos bleibt.

VI. Fazit

Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums ist fehleranfällig. Insbesondere der Streit um seine Rechtsfolgen ist ein derartiger »Theorienwirrwarr«, dass er für Studierende kaum zu überblicken ist, zumal – wie *Momsen und Rackow*¹¹⁸ wohl nicht zu Unrecht behaupten – seine extensive Befassung in der Ausbildungsliteratur »in einigen Fällen eher zur Vernebelung als zur Aufhellung beiträgt«. Solange der Gesetzgeber aber seine Ansicht zur bewussten Nichtregelung des Erlaubnistatbestandsirrtums nicht überdenkt und durch eine ausdrückliche Regelung – wofür es genügend Beispiele im europäischen Ausland gibt – zumindest den Folgestreit um die Teilnahme an der Tat eines im Erlaubnistatbestandsirrtum Handelnden klärt, werden diese Unsicherheiten bleiben. Und falls Studierenden nach diesen Ausführungen in einer Klausur noch immer Fehler unterlaufen: Irren ist doch menschlich, oder?

¹¹³ Puppe (o. Fn. 59), § 16 Rn. 137.

¹¹⁴ Gallas (o. Fn. 22), S. 155 (168).

¹¹⁵ Ebenso Puppe (o. Fn. 59), § 16 Rn. 128.

¹¹⁶ Hierin liegt keine verbotene Analogie zu § 16 Abs. 1 S. 2 StGB zu Ungunsten des Täters (so aber Schünemann/Greco, GA 2006, 777 [792]), sondern die analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB führt zu einem für den Täter günstigen Ausschluss einer Vorsatzstrafbarkeit, von vornherein gekürzt um die Möglichkeit einer Fahrlässigkeitsbestrafung.

¹¹⁷ BGH, NStZ 2012, 272 (274); sehr kritisch hierzu Paeffgen (o. Fn. 61), S. 403 (413ff.).

¹¹⁸ *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (656).