

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 131

Der zweistufige Deliktsaufbau

Von

Klaus Rinck



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS RINCK

Der zweistufige Deliktsaufbau

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 131

Der zweistufige Deliktsaufbau

Von

Klaus Rinck



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rinck, Klaus:

Der zweistufige Deliktsaufbau / von Klaus Rinck. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 131)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10100-6

D 19

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-10100-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Die Idee, die im dreistufigen Deliktsaufbau vorgenommene Trennung von Deliktstatbestand und Rechtfertigungsgründen zumindest im Bereich der Irrtumslehre aufzuheben, ist nicht neu. Das vergangene Jahrhundert hat eine vor allem in der Nachkriegszeit lebhaft geführte Diskussion um die sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen erlebt. Angesichts dessen mag der Eindruck entstehen, eine weitere Befassung mit der Frage des Aufbaus der Deliktsprüfung könne nichts Neues mehr zutage bringen.

Es ist jedoch kaum zu leugnen, daß sich gerade die Irrtumsdogmatik in einem beklagenswerten Zustand präsentiert. Die Behandlung von Fehlvorstellungen im Hinblick auf Rechtfertigungsgründe steht unverändert im Streit einer Unzahl von Theorien, von denen aber keine eine vollauf überzeugende Lösung zu präsentieren vermag. Bei Irrtümern im Erlaubnistatbestand, die der Täter zu seinen Lasten bildet, sieht es kaum besser aus. Die im Hinblick auf die Definition sog. normativer Tatbestandsmerkmale vorzugsweise herangezogene Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre ist an Unschärfe kaum zu überbieten.

Der vorliegenden Arbeit liegt die Einsicht zugrunde, daß der tatbezogene Teil des Strafrechts durch einen grundlegenden Imperativ beherrscht wird, das *Prinzip der geringstmöglichen Interessenverletzung*. Die konsequente Durchdringung dieses Gedankens führt zu der Erkenntnis, daß das Unrecht der Tat einen homogenen Bereich bildet. Eine adäquate Abbildung dessen vermag nur der *zweistufige Deliktsaufbau* zu geben. Die logische Folgerichtigkeit und praktische Tauglichkeit dieses Ansatzes erweist sich in seiner Anwendung auf die in der Auseinandersetzung stehenden Irrtumsprobleme.

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 1999 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, der mein Vorhaben von Anfang an unterstützt und mir großes Vertrauen entgegengebracht hat. Das Zweitgutachten fertigte Herr Prof. Dr. Bernd Schünemann.

Meiner Frau danke ich herzlich für ihre geduldige Unterstützung, ohne die ich die Zeit für diese umfangreiche Abhandlung nicht hätte finden können.

Bremen, im Oktober 2000

Klaus Rinck

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Das Prinzip der geringstmöglichen Interessenverletzung	21
I. Ziel der Untersuchung	21
II. Das Rechtsgut als zentraler Begriff der Strafrechtsordnung	23
III. Die Zustimmung des Betroffenen zur Gutsbeeinträchtigung	26
1. Die Begriffe des „Gutes“ und des „Rechtsgutes“	26
2. Die Dysfunktionalität der „Differenzierungslösung“	28
a) Legitimation der „Differenzierungslösung“ mittels begrifflicher Gegebenheiten?	29
b) Legitimation der „Differenzierungslösung“ aufgrund inhaltlicher Verschiedenheiten?	31
c) Legitimation der „Differenzierungslösung“ durch die Formel vom „Verzicht auf Rechtsschutz“?	33
d) Legitimation der „Differenzierungslösung“ aus der Notwendigkeit heraus, an die Zustimmung des Verfügungsberechtigten verschiedenartige Wirksamkeitserfordernisse stellen zu müssen?	36
aa) Das Differenzierungskriterium der Kundgabe des Willens	38
bb) Das Differenzierungskriterium der Einsichtsfähigkeit	39
cc) Das Differenzierungskriterium des Willensmangels	43
3. Ergebnis	50
IV. Die Bedeutung der Rechtfertigungsgründe für die Strafrechtsordnung	50
1. Rechtfertigungsgründe als Durchbrechungen eines absoluten Verbotes von Rechtsgutsverletzungen	51
2. Das Prinzip der geringstmöglichen Interessenverletzung	53
3. Unrecht als Verstoß gegen das Prinzip der geringstmöglichen Interessenverletzung	56
V. Die objektive und die subjektive Ebene des Unrechts	57
1. Die objektive Dimension des Unrechts (Erfolgsunrecht)	57

2. Die subjektive Dimension des Unrechts (Handlungsunrecht)	60
a) Das vorsätzliche Handlungsunrecht	60
b) Das fahrlässige Handlungsunrecht	66
VI. Ergebnis zu § 1	71
§ 2 Der Irrtum über den Rechtfertigungssachverhalt	74
I. Einleitung	74
II. Die strenge Schuldtheorie	75
1. Beschreibung der strengen Schuldtheorie	75
2. Materielle Kritik der strengen Schuldtheorie	78
3. Dogmatische Kritik der strengen Schuldtheorie	81
a) Der These, nach welcher der Irrtum über den Rechtfertigungssachverhalt als Art des Verbotsirrtums aufzufassen sei	82
b) Die Lehre vom eigenständigen normativen Gehalt des Deliktstatbestandes	83
aa) Tatbestände ohne Appellfunktion	84
bb) Appelle ohne Tatbestandsverwirklichung	85
cc) Normative Irrelevanz des auf die Rechtsgutsverletzung bezogenen Appells	88
4. Ergebnis	90
III. Die rechtsfolgenverweisende oder rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie	91
1. Beschreibung der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie	91
2. Dogmatische Kritik der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie	93
a) Die These von der Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes	94
b) Die These vom Ausschluß der „Vorsatzschuld“	95
c) Die These, nach welcher die Vorwerfbarkeit der Tat durch den Erlaubnis- tatbestandsirrtum beseitigt werde	100
3. Materielle Kritik der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie	101
a) Die Ungleichbehandlung des im Tatbestands- und des im Erlaubnistat- bestandsirrtum befindlichen Täters im Hinblick auf die Wertung von Reaktionen der von ihrem Tun Betroffenen (Notwehrproblematik)	101
b) Die Ungleichbehandlung des Teilnehmers bei einem Tatbestands- und bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum des Täters (Teilnahmeproblematik)	105

Inhaltsverzeichnis	11
c) Die Möglichkeit der Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung gegen den im Erlaubnistatbestandsirrtum befindlichen Täter ...	107
d) Die Möglichkeit der Bestrafung des im Rechtfertigungssachverhaltsirrtum befindlichen Täters wegen Vollrauschs (§ 323 a)	109
4. Ergebnis	110
IV. Die unselbständige Schuldtheorie (Jakobs)	112
1. Beschreibung der unselbständigen Schuldtheorie	112
a) Jakobs' Lösungsansatz de lege lata	112
b) Jakobs' Lösungsansatz de lege ferenda	114
2. Kritik der unselbständigen Schuldtheorie	114
a) Die gegenüber der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und der eingeschränkten Schuldtheorie vorgebrachten Argumente	114
b) Die Interpretation des Verhältnisses von Fahrlässigkeitsdelikt und Erlaub- nistatbestandsirrtum	119
c) Die Herleitung des Lösungsansatzes	121
d) Die Behandlung des Teilnehmers	123
e) Die Bestrafung des im vermeidbaren Rechtfertigungssachverhaltsirrtum handelnden Täters wegen Versuchs	124
f) Das Begriffsverständnis von „Vorsatz“ und der „vorsätzlichen Tat“	125
aa) Die These, Vorsatz sei eine durch die Bewußtseinspsychologie vor- rechtlich determinierte Kategorie	127
bb) Die These, Vorsatz sei eine durch das materielle Verhältnis von De- littstatbestand und Rechtfertigung normativ eingrenzbare Kategorie	129
3. Ergebnis	133
V. Die kombinierte Anwendung von § 49 Abs. 1 und 2 (Krümpelmann)	133
1. Beschreibung des Ansatzes Krümpelmanns	133
2. Kritik des Ansatzes Krümpelmanns	134
a) Die These von der Eigenständigkeit der Putativrechtfertigung	134
b) Die Berufung auf kriminalpolitische Gründe	137
c) Die Befürwortung eines weiten Strafrahmens	138
d) Die Behandlung der Teilnahmehaftung	141
3. Ergebnis	142
VI. Die eingeschränkte Schuldtheorie	143
1. Beschreibung der eingeschränkten Schuldtheorie	143

2. Die Bezeichnung „eingeschränkte Schuldtheorie“ sowie ihre Verwendung im weiteren und engeren Sinne	145
3. Die Vertreter der eingeschränkten Schuldtheorie	149
a) Nicht zu den Vertretern der eingeschränkten Schuldtheorie zu rechnende Autoren	152
b) Vertreter der eingeschränkten Schuldtheorie	162
4. Der Begriff des Unrechtsvorsatzes	170
5. Die Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes	174
a) Bedeutung der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes	174
b) Auswirkungen der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes im Rahmen der kausalen Handlungslehre	175
aa) Entbehrlichkeit einer gesonderten Rechtswidrigkeitsprüfung	175
bb) Kein rechtsfreier Raum, kein nicht strafwürdiges Unrecht „hinter“ dem Deliktstatbestand	176
c) Auswirkungen der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes innerhalb einer personalen Handlungs- und Unrechtslehre	177
aa) Die Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes in der neueren Literatur	177
bb) Konsequenzen der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes insb. im Hinblick auf die Behandlung von Tatbestands- und Erlaubnistatbestandsirrtum	178
cc) Vereinbarkeit der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes mit der rechtsfolgeneinschränkenden Schuldtheorie	180
dd) Unvereinbarkeit der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes mit der eingeschränkten Schuldtheorie	180
ee) Der Bruch mit der überkommenen Lehre von der Indizwirkung als Konsequenz für die Vertreter der eingeschränkten Schuldtheorie	181
6. Die Funktion der Rechtfertigungsgründe, als selbständige Erlaubnisnormen Eingriffsrechte bzw. Duldungspflichten zu erzeugen. Rechtswidrigkeit, Rechtmäßigkeit und Rechtfertigung	182
a) Die Kritik der eingeschränkten Schuldtheorie an den Ergebnissen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	182
b) Die Ergebnisse des zweistufigen Deliktsaufbaus	184
c) Die Ergebnisse des dreistufigen Deliktsaufbaus auf der Basis der eingeschränkten Schuldtheorie	184
aa) Die Verwendung einer uneinheitlichen Terminologie	185
bb) Die versteckte Einführung einer neuen Kategorie	186

Inhaltsverzeichnis	13
7. Die Teilnahme an der im Erlaubnistatbestandsirrtum begangenen Tat	190
a) Norminterpretation und Begriffsverständnis im Streit um die Teilnehmerhaftung	191
b) Würdigung der für und wider die Strafbarkeit des Teilnehmers vorgetragenen Argumente	195
8. Ergebnis	199
VII. Ergebnis zu § 2	199
§ 3 Der umgekehrte Irrtum über den Rechtfertigungssachverhalt	201
I. Einleitung	201
II. Die Lehre von der objektiven Rechtfertigung	207
1. Beschreibung der Lehre von der objektiven Rechtfertigung	207
2. Kritik der Lehre von der objektiven Rechtfertigung	207
a) Unvereinbarkeit einer objektiven Rechtfertigungslehre mit dem Gesetzeswortlaut	207
b) Die für die Lehre von der objektiven Rechtfertigung vorgebrachten Argumente	209
c) Überprüfung der Lehre von der objektiven Rechtfertigung anhand einiger Beispiele	214
aa) Spendels erster Beispielfall	214
bb) Spendels zweiter Beispielfall	215
cc) Spendels dritter Beispielfall	218
dd) Hillenkamps Beispielfall	222
3. Ergebnis	222
III. Die Vollendungslösung	223
1. Beschreibung der Vollendungslösung	223
2. Materielle Kritik der Vollendungslösung	224
a) Die seitens der Vollendungslösung vorgenommene Interpretation des Begriffs „Erfolg“	224
b) Die Ergebnisse der Vollendungslösung	225
c) Die für die Vollendungslösung vorgebrachten Argumente	229
3. Dogmatische Kritik der Vollendungslösung	239
4. Ergebnis	245

IV. Die Versuchslösung	246
1. Unmittelbare Anwendung der § 22 f. auf der Basis eines dreistufigen Deliktsaufbaus	246
2. Analoge Anwendung der § 22 f. auf der Basis eines dreistufigen Deliktsaufbaus	248
3. Ergebnis	251
V. Die Gestalt des subjektiven Rechtfertigungselementes bei der Vorsatztat	251
1. Der Streitstand zur Frage der Rechtfertigungsabsicht in der Literatur	251
2. Das Erfordernis der Motivation durch den Rechtfertigungszweck in der Rechtsprechung	254
3. Bestimmung einer konkreten Gestalt des subjektiven Rechtfertigungselementes auf der Basis eines zweistufigen Deliktsaufbaus	256
a) Behandlung von Möglichkeitsvorstellungen über Erlaubnisnormen im zweistufigen Deliktsaufbau	257
b) Verdeutlichung der Ergebnisse des zweistufigen Deliktsaufbaus anhand von Beispielen	258
c) Die für die Ergebnisse des zweistufigen Deliktsaufbaus sprechenden Argumente	261
aa) Wertungsmäßige Gleichheit des Handelns im Vertrauen auf eine Erlaubnisnorm und des Handelns im Vertrauen auf den Nichteintritt eines deliktstatbestandlichen Erfolges	262
bb) Die These von der Appellfunktion des Tatbestandes als Wurzel einer differenzierenden Behandlung von Möglichkeitsvorstellungen auf Delikts- und Erlaubnistatbestandsebene	263
cc) Das Erfordernis der Gleichbewertung des Handelns im Vertrauen auf das Bestehen der Rechtfertigungssituation und des im Hinblick auf den Erlaubnistatbestand unbewußt fahrlässigen Tuns	263
dd) Fördert die auf der Basis des zweistufigen Deliktsaufbaus entwickelte Lösung in übertriebener Weise Schutzbehauptungen?	265
ee) Beeinflussung der Gestalt des subjektiven Rechtfertigungselementes durch Modifikationen der Vorsatzlehre	265
4. Auseinandersetzung mit dem Ansatz Alwerts	266
5. Ergebnis	270
VI. Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten	271
1. Problembeschreibung	271
a) Merkmale der hier interessierenden Konstellation	271
aa) Fahrlässige Verwirklichung des Deliktstatbestandes bei Vorsatz bezüglich des Fehlens eines Erlaubnistatbestandes	272

bb) Vorsatz hinsichtlich des Deliktstatbestandes bei fahrlässiger Annahme des Gedecktheits durch einen Erlaubnistatbestand	274
cc) Fahrlässiges Handlungsunrecht bzgl. des Delikts- wie auch des Erlaubnistatbestandes	274
b) Abgrenzung zu anderen Problemlagen	275
c) Der Stand der Meinungen	279
2. Stellungnahme auf der Grundlage des zweistufigen Deliktsaufbaus	281
3. Veranschaulichung der auf der Grundlage des zweistufigen Deliktsaufbaus entworfenen Lösung anhand eines Falles aus der Rspr.	283
4. Notwendigkeit einer abweichenden Behandlung sog. „schlichter Tätigkeitsdelikte“?	285
5. Bestrafung bloß fahrlässigen Handlungsunrechts als dem Gesetzgeber vorbehaltene Entscheidung	289
6. Ergebnis	290
VII. Zweiaktige Rechtfertigungskonstellationen	291
1. Problembeschreibung	291
2. Stellungnahme zur Behandlung zweiaktiger Rechtfertigungskonstellationen ..	292
a) Bei Ausführung des ersten Aktes handelt der Täter ohne die Absicht, den zweiten folgen zu lassen	292
aa) Bestrafung wegen vollendeter Tat	293
bb) Bestrafung wegen Versuchs	295
cc) Ergebnis: Irrelevanz des (hier sog.) „besonderen subjektiven Rechtfertigungselementes“	298
b) Der Täter führt den ersten Akt mit der Zwecksetzung aus, den zweiten folgen zu lassen, ändert dann aber seine Absicht	298
c) Behandlung des Täters beim Mißlingen der ersten Handlung	303
d) Anfängliches Fehlen des allgemeinen subjektiven Rechtfertigungselementes bei zweiaktigen Rechtfertigungsgründen	304
3. Ergebnis	306
VIII. Ergebnis zu § 3	307
§ 4 Die neue Konzeption des zweistufigen Deliktsaufbaus	309
I. Einleitung	309
II. Die Gegensatzpaare der L.v.d.n.T.	312
1. Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß	313

2. Positive und negative Tatbestandsmerkmale	315
3. Unkenntnis und Annahme des Gegebenseins von Tatbestandsmerkmalen	320
4. Ergebnis	322
III. Die Behandlung normativer Tatbestandsmerkmale	323
1. Problembeschreibung	323
a) Die Rechtsfigur des „normativen Tatbestandsmerkmals“	323
b) Die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre	325
2. Kritik der Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre	327
a) Die Abgrenzung von Tatbestands- und Subsumtionsirrtum bei normativen Tatbestandsmerkmalen	327
aa) Die Gefahr der Erzeugung von Rechtsunsicherheit	327
bb) Die Unschärfe der Formel vom „Verständnis der sozialen Bedeutung des Tuns“	328
cc) Die mangelnde sachliche Legitimation der Formel vom „Verständnis der sozialen Bedeutung des Tuns“	330
dd) Die Außerachtlassung der individuellen Fähigkeiten des Täters	331
ee) Die durch Abhängigkeit vom Vorhandensein geeigneter Tatbestands- merkmale hervorgerufene Willkürlichkeit der Lehre von der Parallel- wertung	332
b) Die These, die Wertung sei mit dem einzelnen Tatbestandsmerkmal ver- bunden	333
c) Die Ergebnisse der Lehre von der Parallelwertung	336
aa) Die aus dem Fehlen eines verlässlichen Abgrenzungskriteriums resul- tierende Angreifbarkeit der Ergebnisse der Lehre von der Parallelwer- tung	337
bb) Der die Individualität des Handelnden außer acht lassende und des- halb zu unzutreffenden Ergebnissen führende Maßstab der „Laien- sphäre“	341
cc) Die Unzulänglichkeit eines Zwei-Kategorien-Systems	341
dd) Das Fehlschlagen der sog. „Gegenprobe“	342
3. Die Vorzugswürdigkeit der konsequenten Unterteilung in Tat- und Rechts- irrtum	346
a) Die Behandlung sämtlicher Wertungsirrtümer nach § 17	346
b) Die Flexibilität der Verbotsirrtumsregelung als eine der Struktur des Irrtums über „normative Tatbestandsmerkmale“ angemessene Lösung	347
aa) Kein Mehr an Rechtssicherheit durch Anwendung der Lehre von der Parallelwertung	347

bb) Kein Entgegenstehen der bisherigen Rechtsprechung	348
cc) De lege ferenda zu schaffender Kriterienkatalog als sinnvolles Mittel zur Verbesserung der Rechtssicherheit im Bereich der Behandlung von Verbotsirrtümern	349
4. Ergebnis	351
IV. Die Beschaffenheit des Unrechtsvorsatzes	352
1. Problembeschreibung	352
2. Der Bewußtseinsinhalt	355
a) Die Begrenztheit des Gesamt-Unrechtstatbestandes	356
aa) Begrenzte Zahl der Gegenrechte	356
bb) Rechtfertigungsgründe als UND-Verknüpfungen	361
cc) Rechtfertigungsgründe mit gleichen oder ähnlichen Tatbestandsmerkmalen	362
dd) Bewußtsein des Täters, nicht zur Verwirklichung überwiegender Gegeninteressen tätig zu werden	362
b) Arten von (Tatsachen-)Bewußtsein	363
3. Der Bereich fehlender Tätervorstellungen	370
a) Mangelnde Aussagekraft des § 16 StGB	370
b) Fehlende Tätervorstellungen im Bereich des Deliktstatbestandes	373
aa) Die rechtliche Behandlung der Beispielsfälle in der Literatur	374
bb) Die Fiktion des Handelns mit bedingtem Vorsatz als „Kunstgriff“ der Praxis	375
cc) Der Prozeß der Kenntniserlangung als gewillkürtes Verhalten	377
dd) Rechtsblindheit als Ursache für das Fehlen von Vorstellungen	378
ee) Die strafrechtliche Behandlung des Fehlens von Tatsachenvorstellungen	379
ff) Die Einbeziehung des rechtsblinden Täters in die Definition des Vorsatzbegriffs	381
gg) Inhalt und Grenzen des dolus ignorantiae iuris causa	383
c) Fehlende Tätervorstellungen im Bereich des Rechtfertigungstatbestandes	385
aa) Vollständiges Unterbleiben von Vorstellungen hinsichtlich des Erlaubnistatbestandes infolge Rechtsblindheit	386
bb) Teilweises Unterbleiben von Vorstellungen hinsichtlich des Erlaubnistatbestandes infolge Rechtsblindheit	388
4. Ergebnis	390

V. Die Auseinandersetzung Hirschs mit den Argumenten der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	391
1. Einleitung	391
2. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, die Rechtfertigungsgründe könnten in die einzelnen Strafbestimmungen aufgenommen sein, womit sie eindeutig zum Tatbestand gehören würden (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 30 a) ...	393
3. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, der Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen sei Tatbestandsirrtum, weil er ein Irrtum über den Sachverhalt sei (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 30 b)	394
4. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, es gebe Fälle des Irrtums über Rechtfertigungsvoraussetzungen, in denen der Täter mit Unrechtsbewußtsein handle. Diese könne nur die L.v.d.n.T. befriedigend lösen (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 31)	397
5. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, der Täter sei beim Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen im Gegensatz zum Verbotsirrtum „an sich rechtstreu“ (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 32)	403
6. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, für die Rechtfertigungsgründe habe Entsprechendes zu gelten wie für die Leitbildtatbestände, weil sie Parallelerscheinungen zu diesen seien, nur mit umgekehrtem Vorzeichen (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 33)	409
7. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, es stehe der Unkenntnis von Tatumständen, durch welche die Rechtswidrigkeit begründet werde, logischerweise die irrtümliche Annahme von Tatumständen gleich, die sie ausschlossen (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 34)	413
8. Das Argument, die Rechtfertigungsmerkmale müßten ebenso wie die Leitbild-Tatbestandsmerkmale behandelt werden, weil sie wie diese nicht zur Wertung des Objekts, sondern zum Objekt der Wertung gehörten (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 35)	416
9. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, sie ergebe sich aus dem personalen Unrechtsbegriff (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 36)	419
10. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, die Gegenmeinung müsse beim umgekehrten Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen ein Wahndelikt und daher Strafflosigkeit annehmen (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 37)	427
11. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, die Rechtfertigungsgründe seien ebenso negative Tatbestandsmerkmale wie die Merkmale „unecht“, „ohne Sekundanten“, „unehlich“ u. dgl. (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 38)	432
12. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, gegen die Lehre vom Leitbildtatbestand spreche, daß sie bei der Einwilligung einmal den Tatbestand verneine, das andere Mal Tatbestandsmäßigkeit annehme und erst die Rechtswidrigkeit als ausgeschlossen betrachte; damit werde ein und derselbe Tatbestand ganz verschieden beurteilt (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 39)	436

13. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, die Gegenmeinung verwechselte den Tatbestand mit dem „Deliktstypus“ (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 40)	439
14. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, die Gegenmeinung sei mit dem Wortlaut des § 43 unvereinbar (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 41)	443
15. Das für die L.v.d.n.T. vorgebrachte Argument, wenn man diese ablehne, gelange man zu drei Irrtumsarten (Hirsch, Die L.v.d.n.T., § 42)	445
16. Ergebnis	447
VI. Andere gegen einen zweistufigen Deliktsaufbau vorgebrachte Argumente	449
1. Der Geltungsbereich des Grundsatzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“	449
2. Die These, es sei spezifisches Charakteristikum der Rechtfertigungsgründe, Duldungspflichten zu erzeugen	456
3. Die These, der Deliktstypus besitze den Charakter einer generellen Bewertung, das Unrechtsurteil hingegen den einer individuellen Bewertung des Geschehens	460
4. Die These, nur den Deliktstatbeständen komme die Eigenschaft zu, Träger generalpräventiver Funktionen zu sein	462
5. Der Vorgang der Gegenüberstellung von Interesse und Gegeninteresse als Begründung der systematischen Trennung von Delikts- und Erlaubnistatbestandsebene	463
6. Ergebnis	465
§ 5 Gesamtergebnis der Untersuchung	468
Literaturverzeichnis	475

§ 1 Das Prinzip der geringstmöglichen Interessenverletzung

I. Ziel der Untersuchung

Strafe knüpft an menschliche Handlungen an. Sie soll insbesondere dazu dienen, die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft von bestimmten Handlungen abzuhalten. Zweck der vorliegenden Arbeit soll sein, zu erfassen, welches die Handlungsweisen sind, zu deren Verhinderung die Mittel des Strafrechts eingesetzt werden. Es soll eine taugliche Definition, ein Prinzip, herausgearbeitet werden, welches zutreffend Art und Umfang derjenigen Verhaltensweisen kennzeichnet, die der Rechtsordnung zuwiderlaufen.

Dieses Prinzip soll nicht als blutleeres, abstraktes Gespinnst dastehen, das in löblicher, aber wenig faßbarer Weise die Strafrechtswissenschaft um rechtsphilosophische Allgemeinheiten bereichert. Es soll vielmehr ein Fundament darstellen, auf welches aufbauend sodann Schlußfolgerungen für den Aufbau der Verbrechenprüfung und für die Behandlung bestimmter Probleme der Strafrechtswissenschaft gezogen werden können. Dabei wird der Schwerpunkt auf die Konstellationen gelegt werden, deren Behandlung besonders umstritten ist: Es sind dies Fälle, in welchen die Vorstellung, welche der Täter über sein Handeln gebildet hat, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Das im nachfolgenden anschaulich zu machende grundlegende Prinzip der Strafrechtsordnung, welches die Strafbarkeit von Verhaltensweisen definitiv zu erfassen vermag, kann zur Lösung der angesprochenen Irrtumsprobleme deshalb von Nutzen sein, weil sich aus ihm nicht nur Schlußfolgerungen für den Verbrechenaufbau, sondern – in enger Verzahnung hiermit – auch für Beschaffenheit und Umfang des Vorsatzes ziehen lassen.

Ein wesentlicher Teil der Untersuchung wird dem Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, dem sog. Erlaubnistatbestands- oder Erlaubnissachverhaltsirrtum, zu widmen sein, dessen zutreffende Behandlung neben der (mittlerweile durch Gesetzgebungsakt unterschiedenen) Auseinandersetzung um Schuld- und Vorsatztheorie als das wohl umstrittenste und am intensivsten diskutierte Thema der Strafrechtswissenschaft der Nachkriegszeit gelten kann und, wenn auch einiges erschöpfend erörtert worden ist oder zu sein scheint, durchaus noch aktuell im Brennpunkt der Kontroverse steht¹. Des

¹ Vgl. zunächst die Darstellungen der Kommentare: *Lackner/Kühl*, StGB²², § 17 Rz. 9–18; *Tröndle*, StGB⁴⁸, § 16 Rz. 20–27; *Cramer* in: Schönke/Schröder, StGB²⁵, § 16 Rz. 14–18 *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB²⁵, Vor §§ 32 Rz.21; *Puppe* in: NK, StGB¹, § 16

weiteren wird eine Befassung mit seiner Umkehrung stattfinden, die gleichsam den etwas im Schatten stehenden Zwillingbruder darstellt: Gemeint sind Handlungen, bei welchen der Täter zu seinen Ungunsten sprechende tatsächliche Umstände im Bereich der Erlaubnisnormen annimmt, während seine Tat in Wahrheit die diesbezügliche Rückendeckung der Rechtsordnung genießt, bei denen also ein sog. „umgekehrter“ Erlaubnistatbestands- oder – sachverhaltsirrtum vorliegt². Eine dritte Konstellation, welche etwa von *Maurach/Zipf* als das „derzeit am wenigsten gelöste Problem der gesamten Irrtumslehre“³ eingestuft wird, ist der Irrtum über einzelne Tatbestandsmerkmale, denen eine rechtliche Wertung innewohnt. In diesem Bereich finden wir den – wenig glücklich so bezeichneten – Irrtum über „normative Tatbestandsmerkmale“ einerseits, dessen Behandlung sich nach § 16 richten soll, den sog. „Subsumtionsirrtum“ andererseits, der allenfalls die Grundlage eines Verbotsirrtums darstellen können soll. Schwierigkeiten sieht die Literatur

Rz. 138–163; *Rudolphi* in: SK, StGB⁵, § 16 Rz. 10–15; *F.-Chr. Schroeder* in: LK, StGB¹¹, § 16 Rz. 47–55. Zahlreiche Aufsätze der letzten Jahre thematisieren das Problem: *Graul*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, JuS 1992, L 49 – L 52; *Herzberg*, Unrechtsausschluß und Erlaubnistatbestandsirrtum bei versuchter und bei vollendeter Tatbestandserfüllung, Festschrift für *Stree/Wessels*, 1993, S. 203 ff.; *Puppe*, Zur Struktur der Rechtfertigung, Festschrift für *Stree/Wessels*, 1993, S. 183 ff.; *Scheffler*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993, S. 617 ff.; *Schroth*, Die Annahme und das „Für-Möglich-Halten“ von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Festschrift für *Arthur Kaufmann*, 1993, S. 595 ff.; *Dieckmann*, Plädoyer für die eingeschränkte Schuldtheorie beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Jura 1994, S. 178 ff.; *Gössel*, Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhaltes, Festschrift für *Triffterer*, 1996, S. 93 ff.; *Koriath*, Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1996, S. 113 ff.; *Joerden*, Der praktische Fall – Strafrecht: Abenteuer eines Antiquitätenhändlers, JuS 1996, S. 622 ff.; *Lesch*, Unrechtseinsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtums, JA 1996, S. 504 ff. (mit Übersicht zum Streitstand beim Erlaubnistatbestandsirrtum); *Streng*, Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum?, ZStW 109 (1997), S. 862 ff.; *Geppert*, Die Anstiftung (§ 26), Jura 1997, S. 299 ff.

² Diese Konstellation wird oft auch unter dem Begriff „Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes“ erörtert. Vgl. auch hier zunächst die Darstellungen der Kommentare: *Lackner/Kühl*, StGB²², § 22 Rz. 16; *Tröndle*, StGB⁴⁸, § 16 Rz. 28; *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB²⁵, Vor §§ 32 Rz. 13–20; *Puppe* in: NK, StGB¹, § 16 Rz. 166; *Samson* in: SK, StGB (5. A.), Vor § 32 Rz. 42; *Spendel* in: LK, StGB¹¹, § 32 Rz. 137–144. Aufsätze aus neuerer Zeit: *Prittowitz*, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura 1984, S. 74 ff.; *Herzberg*, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, S. 190 ff.; *Herzberg*, Subjektive Rechtfertigungselemente?, JA 1986, S. 541 ff.; *Rohrer*, Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente, JA 1986, S. 363 ff.; *F.-Chr. Schroeder*, Anm. zu BayObLG 5 St 92/90, JZ 1991, S. 682 ff.; *Scheffler*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993, S. 617 ff.; *Kühl*, Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993, S. 233 ff.; *Bandemer*, Anm. zu BGH 5 StR 493/93, JA 1994, S. 186 ff.; *Stoffers*, Einbruch mit ungeahnten Folgen, JA 1994, S. 35 ff.; *Geppert*, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, Jura 1995, S. 103 ff.; *Graul*, Der „umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum“, JuS 1994, L 73 – L 75; *dies.*, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, JuS 1995, L 41 ff.; *Otto*, Die Lehre vom Tatbestand und der Delikttaufbau, Jura 1995, S. 468 ff.

³ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT/1⁸, § 37 Rz. 48.

und auch die Rechtsprechung hier vor allem in der Abgrenzung dieser Irrtumsarten⁴.

Der individuelle Aspekt des Mittels der Strafe, welcher in erster Linie davon geprägt ist, daß diese eine Schuld bzw. Verantwortlichkeit⁵ des jeweiligen Täters für sein Handeln voraussetzt, soll nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein. Auf Fragen der Schuld wird daher nur einzugehen sein, so weit es notwendig erscheint, um die Eigenarten der Tat als solcher klarer werden zu lassen.⁶

II. Das Rechtsgut als zentraler Begriff der Strafrechtsordnung

Das Recht, zumal das Strafrecht, darf nicht der Willkür dienen. Es wäre unerträglich, wenn Bürger damit rechnen müßten, wegen irgendeiner beliebigen

⁴ In Lit. wie Rspr. immer noch von prägender Bedeutung ist die maßgeblich von *Mezger*, Strafrecht. Ein Lehrbuch² (1933), S. 238, 328; *ders.*, Strafrecht I², § 68 II 2, *Mezger/Blei*, Strafrecht I¹⁵, § 64 I 1 a, § 65 II 4 entwickelte Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre. Eigenständige Lösungsansätze zur Abgrenzung u. a. von *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; *dies.*, Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JuS 1993, S. 14 („teleologisch reduzierte Sachverhaltssicht“); *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987 (Rückkehr zur Irrtumslehre des Reichsgerichts), *Darnstädt*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978, S. 443 („natürliche“ und „institutionelle“ Tatsachen); *Haft*, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981, S. 284 („gegenstandsbezogener“ und „begriffsbezogener“ Irrtum); *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, S. 145, 154 („Kenntnis juristischer Tatsachen“); *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, 1991, S. 33 (Problem der Normkonkretisierung).

⁵ Zur Lehre von der Verantwortlichkeit vgl. *Roxin*, Strafrecht AT/1³, § 19.

⁶ Die Trennung von Unrecht und Schuld als solche soll in dieser Arbeit nicht begründet oder gar in Zweifel gezogen werden; dies kann hier nicht geleistet werden. Im Hinblick auf die *Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld* sei verwiesen auf den gleichnamigen Aufsatz von *Schünemann* in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 149, 160. *Schünemann* sieht bereits aus den Strafrechtszielen, gleich ob man diese in dem Rechtsgüterschutz durch Generalprävention oder durch gerechte Vergeltung oder auch durch eine vom Schuldprinzip legitimierte Spezialprävention erblicke, „mit Notwendigkeit zwei unterschiedliche Bewertungsperspektiven“ folgen, „nämlich einmal der aus der Sozialschädlichkeit resultierende, die Opferperspektive akzentuierende Unwert der Tat und sodann die die Täterperspektive akzentuierende individuelle Vermeidbarkeit und deshalb Vorwerfbarkeit“ (siehe bei *Schünemann* a. a. O. auch zahlreiche Hinweise auf weiterführende Literatur). Die individuelle Vermeidbarkeit bezeichnet *Schünemann* als „eine von dem realen individuellen Andershandelnkönnen repräsentierte sachlogische Struktur“. Diesem Ansatz soll gefolgt werden, wobei unterstellt wird, daß hinsichtlich des Unrechts nicht eine Betrachtung des konkreten Opfers in all seiner Subjektivität zugrundegelegt wird, sondern vielmehr die Ansicht eines an Recht und Gesetz orientierten „objektiven Dritten“, der hierbei die Werte des Opfers einnimmt.