

INGEBORG PUPPE

## Zur Struktur der Rechtfertigung

### *I. Das Saldierungsmodell*

Es gibt ein einfaches algebraisches Modell der Rechtfertigung, das die herrschende Lehre begründen soll, wonach der Erlaubnistatbestandsirrtum die Strafbarkeit wegen Vorsatzes ausschließt und der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum zur Strafbarkeit wegen Versuchs führt. Danach ist der Tatbestand zusammengesetzt aus einem Handlungsunwert und einem Erfolgswert, die Rechtfertigungsgründe aus einem Handlungswert und einem Erfolgswert. Nimmt der Täter irrtümlich einen Erlaubnistatbestand an, so verwirklicht er dessen Handlungswert. Dieser Handlungswert hebt den Handlungsunwert der Tatbestandsverwirklichung auf, so daß nur der Erfolgswert übrig bleibt. Dieser kann dann nur noch zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden, falls der Erlaubnistatbestandsirrtum auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruhte<sup>1</sup>. Weiß der Täter umgekehrt nichts von der objektiven Rechtfertigungslage, so hebt der objektiv verwirklichte Erfolgswert des Rechtfertigungsgrundes den Erfolgswert der Tatbestandsverwirklichung auf, so daß nur der Handlungsunwert übrig bleibt, der als Versuch strafbar ist<sup>2</sup>. In Lehrdarstellungen und im mündlichen Unterricht erfreut sich diese Argumentation für die h.L. zum Erlaubnistatbestandsirrtum großer Beliebtheit. Denn wie könnte man dem angehenden Juristen diese Lehre knapper, anschaulicher und einprägsamer klar machen?

Aber warum vermag dieses Modell, so einfach und plausibel es ist, die Gegner der herrschenden Lehre nicht zu überzeugen? Bei der Anwendung eines mathematischen Modells auf juristische Zusammenhänge ist nicht die Operation innerhalb des mathematischen Modells zweifelhaft, die ist meist äußerst trivial, sondern die Frage, ob dieses Modell die juristischen Zusammenhänge richtig wiedergibt. Das Modell läßt unerklärt, welcher Zusammenhang zwi-

1 Rudolphi, Maurach-FS (1972), S. 57 f.; SK-Samson, Stand: April 1991, vor § 32 Rz. 23; Stratenwerth, AT, 3. Aufl. 1981, Rz. 486 f.; vgl. auch Wessels, AT, 21. Aufl. 1991, § 8 I 2.

2 SK-Samson, vor § 32 Rz. 24; Jescheck, AT, 4. Aufl. 1988, S. 296; Maurach/Zipf, AT-1, 7. Aufl. 1987, S. 339.

schen Handlungsunwert und Handlungswert einerseits, Erfolgswert und Erfolgswert andererseits besteht, der es rechtfertigt, daß sie überhaupt saldiert werden. Die Tatsache, daß es jeweils Werte gleicher Art sind, genügt dazu doch wohl nicht. So wird denn auch gegen die Saldierung von Erfolgswert und Handlungsunwert eingewandt, daß eine Rechtfertigung nur dann gegeben sei, wenn alle ihre Voraussetzungen erfüllt sind<sup>3</sup>, anders als die Tatbestandsmäßigkeit, die bereits mit einer der Tatbestandsvoraussetzungen entfällt. Wenn die objektive Seite des Unrechts sich in einem Erfolgswert, also einem Schaden erschöpft, so ist sie nicht zu unterscheiden von einem unglücklichen Naturereignis, von der sozialadäquaten Verursachung eines Schadens und auch nicht von der Herbeiführung eines Schadens, die die Rechtsordnung selbst vorschreibt, beispielsweise als Strafe oder Schadensersatz. Der Unterschied zwischen Recht und Unrecht sei also im Subjektiven zu suchen; daraus ergibt sich, daß die Zurechnung des Erfolgswerts als Unrecht nur durch die vollständige Erfüllung der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen ausgeschlossen sein kann.

Gegen die Aufrechnung zwischen Handlungsunwert und Handlungswert beim Erlaubnistatbestandsirrtum wird eingewandt, daß sie rechnerisch nicht aufgeht, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Denn dann bleibt bei der Aufrechnung zwischen Handlungswert und Handlungsunwert eben diese Sorgfaltspflichtverletzung übrig, und da es ja darum geht, vorsätzliches Handlungsunrecht gegen den Handlungswert des Rechtfertigungsgrundes aufzurechnen, ist das, was übrigbleibt, eben auch Vorsatzunrecht, wenn auch gemindertes<sup>4</sup>.

Aber es geht bei der Rechtfertigung gar nicht darum, irgendwelche Werte gegen Unwerte im Sinne irgendeiner Güter- und Handlungsbilanz zu saldieren, sondern den inhaltlichen Zusammenhängen zwischen Rechtsgutsverletzung und Rechtfertigung Rechnung zu tragen. Diese Zusammenhänge werden durch das Saldierungsmodell nicht nur verschwiegen, sie werden verfälscht. Daraus gewinnen die Gegner der herrschenden Lehre Argumente, die scheinbar auch deren Ergebnis widerlegen. Die objektive Seite des Unrechts ist mit dem Ausdruck Erfolgswert ebenso unzulänglich beschrieben wie die objektive Seite der Rechtfertigung mit dem Ausdruck Erfolgswert. Daß das objektive Unrecht mehr ist als die Verursachung eines Schadens, hat die neuere Lehre

<sup>3</sup> *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 40; *ders.*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 243 ff.; *Welzel*, Lb., 11. Aufl. 1969, S. 83 ff.; *AK-Zielinski*, Bd. 1 (1990), §§ 15, 16 Rz. 55; *ders.*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 266 f.; *Gallas*, Bockelmann-FS (1979), 155, 168; *Schmidhäuser*, AT, 2. Aufl. 1975, 9/17; *ders.*, StUB-AT, 2. Aufl. 1984, 6/24; *LK-Hirsch*, 10. Aufl. 1985, vor § 32 Rz. 59 ff.

<sup>4</sup> *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 136 ff.; *ders.*, GS-Armin Kaufmann (1989), 399, 405.

von der objektiven Zurechnung herausgearbeitet. Das objektive Unrecht besteht vielmehr darin, daß eine Handlung des Täters Eigenschaften aufweist, die mit einer Sorgfaltsnorm unvereinbar sind, und daß gerade diese Eigenschaften einen schädlichen Erfolg verursacht haben<sup>5</sup>. Aber ebenso erschöpft sich die objektive Seite der Rechtfertigung nicht in der Realisierung eines Erfolgswerts, etwa der Rettung eines Rechtsgutobjekts aus einer Gefahr. Diese Rettung ist vielmehr in einer für den jeweiligen Rechtfertigungsgrund spezifischen Weise gerade mit der objektiven Seite der Tatbestandsverwirklichung verknüpft. Diese Verknüpfung besteht bei den Notrechten zunächst darin, daß die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes das mildeste Mittel ist, das gefährdete Rechtsgut zu retten, und daß darüber hinaus eine objektive Situation gegeben ist, die die Aufopferung des verletzten Interesses zugunsten des geretteten erlaubt. Diese besteht beispielsweise bei der Notwehr in dem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Rechtsgutsträgers, beim aggressiven Notstand in einer eine Solidaritätspflicht des Rechtsgutsträgers begründenden Unglückssituation. Diese objektiv gegebenen Beziehungen zwischen Rechtsgutsverletzung und Rechtfertigung sind es, denen mit der Ablehnung des objektiven Unrechts bei Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen Rechnung zu tragen ist und nicht mit irgendeiner Aufrechnung von Schäden in einer Rechtsgüterbilanz.

Mit der subjektiven Seite der Rechtfertigung verhält es sich nicht anders. Der Täter macht ja nicht etwa geltend, daß er mit seiner rechtswidrigen Handlung auch etwas Gutes habe bewirken wollen oder sogar mehr Gutes als Schlechtes; das tut auch der edle Räuber *Rinaldo Rinaldini*, der die Reichen beraubt, um die Armen zu beschenken. Es bestanden vielmehr in der Vorstellung des Täters gerade diejenigen tatsächlichen Beziehungen zwischen Rechtsgutsverletzung und Rechtsgutsrettung, von denen die Rechtsordnung die Rechtfertigung der Verletzung des einen zur Rettung des anderen Guts abhängig macht<sup>6</sup>; deshalb fehlt die subjektive Seite des Unrechts.

Die sachliche Richtigkeit dieser Aufspaltung in objektives und subjektives Unrecht einerseits, objektive und subjektive Rechtfertigung andererseits, kann bestritten werden und wird auch bestritten. Wir haben bisher nicht dargetan, daß jener Zusammenhang zwischen rechtfertigenden Tatsachen und Verwirklichung des objektiven Tatbestandes, der dessen Zurechnung ausschließen soll, nur aus der Beziehung zwischen objektiver Tatbestandsverwirklichung und den objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung bestehen kann. Warum sollen nicht auch deren subjektive Voraussetzungen dazu gehören? Die objek-

5 Vgl. SK-Rudolphi, vor § 1 Rz. 57; LK-Jescheck, vor § 13 Rz. 59 ff.; Sch-Sch-Lenckner, 24. Aufl. 1991, vor § 13 ff., Rdnr. 93 ff., jeweils m.w.N.

6 Frisch, Lackner-FS (1987), 113, 126; Rudolphi, Maurach-FS (1972), 51, 57.

tiven Rechtfertigungstatsachen heben die Rechtsverletzung als solche ja keineswegs auf. Es wird die Auffassung vertreten, daß auch die objektive Rechtmäßigkeit, also das Eingriffsrecht gegenüber dem betroffenen Rechtsgutsträger und dessen Duldungspflicht, davon abhängt, daß auf der Seite des Eingreifenden die subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen gegeben sind. Nur wer zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffs handelt, ist danach legitimiert, dem Angreifer gegenüber das Recht durchzusetzen; nur demgegenüber, der auch um der Rettung des in Gefahr geratenen überwiegenden Gutes willen handelt, ist der Inhaber eines Gutes verpflichtet, dessen Aufopferung zu dulden<sup>7</sup>. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß insoweit hinsichtlich der verschiedenen Rechtfertigungsgründe verschiedenes gilt.

Es gibt einen Rechtfertigungsgrund, für den diese These plausibel ist, anhand dessen man aber auch deutlich machen kann, warum sie für die meisten Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Notrechte, nicht plausibel ist: das Züchtigungsrecht. Wenn der Vater, der in übler Laune von der Arbeit kommt, sein kleines Kind, das ihm zur Unzeit in den Weg läuft, ohrfeigt, so ist er auch dann nicht objektiv gerechtfertigt, wenn das Kind eine Verfehlung begangen hat, durch die es diese Ohrfeige als "maßvolle Züchtigung" verdient. Die Mutter darf und soll dem Vater in den Arm fallen, auch wenn sie von der Verfehlung des Kindes weiß. Das liegt daran, daß die Ohrfeige, die der Vater nicht in der Absicht der Erziehung des Kindes ausgeteilt hat, die ihr zugeschriebene erzieherische Wirkung, die sie rechtfertigen soll, nicht entfalten kann oder doch nicht entfalten soll. Selbst wenn das Kind irrtümlich annimmt, der Vater habe es wegen seiner Verfehlung geohrfeigt, erwächst ihm daraus nicht die Verpflichtung, die Ohrfeige als Strafe zu akzeptieren, denn diese ist tatsächlich nicht in der "wohlwollenden" Gesinnung ausgeteilt worden, die die Schmerzzufügung als Handlungsziel rechtfertigen soll.

Bei den Notrechten ist das anders. Sie werden zur Wahrung eines überwiegenden Interesses an einem objektiven Resultat gewährt, die auch stattfindet, wenn das Notrecht nicht in Rettungsabsicht, aber mit den rettungstauglichen Mitteln und unter Einhaltung der durch den Rettungszweck vorgegebenen Beschränkungen ausgeübt wird. Der Angreifer wird auch dann in die Schranken des Rechts zurückverwiesen, wenn es dem Verteidiger nicht um die Abwehr zu tun ist, und sogar dann, wenn dieser von dem Angriff nichts weiß. Die Aufopferung des geringerwertigen Rechtsguts erfüllt den Rettungszweck, um dessentwillen die Rechtsordnung die Notstandshandlung erlaubt, wenn sie objektiv dazu geeignet und das mildeste Mittel ist<sup>8</sup>. Deshalb ist der Träger des aufgeopferten Rechtsguts verpflichtet, die Aufopferung zu dulden, auch wenn

<sup>7</sup> Gallas (Fn. 3), S. 177; Schmidhäuser, *StuB-AT*, 6/24; *ders.*, *AT*, 9/17.

<sup>8</sup> Frisch (Fn. 6), S. 113 (117).

der Täter damit ganz andere Zwecke verfolgt oder gar von der Notstandssituation überhaupt nichts weiß. Ein Dritter, der um die Erfüllung der Rechtfertigungsvoraussetzungen weiß, darf weder den Angreifer vor der Abwehr noch den Träger des aufgeopferten Rechtsguts vor dem Eingriff bewahren. Anders als beim Züchtigungsrecht, wo die Körperverletzung ohne Erziehungswillen nicht stattfinden und nicht hingenommen werden soll, auch wenn eine ihr objektiv entsprechende Verfehlung vorliegt, kann man bei der Rechtfertigung kraft überwiegenden Interesses schwerlich sagen, daß das überwiegende Interesse eben preisgegeben werden soll, wenn seine Wahrung ohne den Rettungswillen oder auch das Rettungswissen erfolgen würde. Wird diesem Interesse, unabhängig von der subjektiven Befindlichkeit des Eingreifenden, durch den Eingriff in der von der Rechtsordnung akzeptierten Weise gedient (mildestes Mittel), so kann die objektive Rechtfertigung des Vorgangs nicht von subjektiven Befindlichkeiten des Täters abhängen<sup>9</sup>.

Daraus erhellt, daß bei einem Fahrlässigkeitsdelikt die Rechtfertigung nicht von subjektiven Erfordernissen, wie Verteidigungs- oder Rettungswille oder Kenntnis objektiver Rechtfertigungsvoraussetzungen, abhängig sein kann<sup>10</sup>. Ginge es nur darum, negative und positive Werte zu saldieren, so könnte man dem Täter das Benefiz einer solchen Saldierung verweigern, weil er nicht in rechtstreuer Gesinnung gehandelt hat und deshalb der Erfolgswert nicht sein Verdienst ist, oder weil die Sorgfaltspflichtverletzung durch den zufälligen Erfolgswert nicht mitkompensiert ist<sup>11</sup>. Aber all dies ändert eben nichts daran, daß objektiv zwischen dem Erfolgswert und dem Erfolgswert diejenigen Beziehungen bestanden, kraft deren der Erfolgswert herbeigeführt werden durfte. Daher fehlt die objektive Seite des Unrechts, von der bei Fahrlässigkeit die Strafbarkeit in der Regel abhängt.

## II. Die sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre, die die Aufspaltung zwischen objektivem und subjektivem Unrecht, wie sie in der Unterscheidung zwischen Vollendung und Versuch einerseits, Vorsatz und Fahrlässigkeit andererseits in unserem Strafgesetz angelegt ist, in die Rechtfertigungsgründe hinein fortsetzt, wird üblicherweise als Lehre

9 Frisch (Fn. 6), S. 113 (144).

10 SK-Samson, nach § 16 Rz. 32; Rudolf Schmitt, JuS 1963, 64 (68); Schaffstein, Welzel-FS (1974), S. 573 f.; Stratenwerth, AT; Rz. 1120; Jescheck, AT, S. 532; Himmelreich, Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971, S. 100 ff.; Baumann-Weber, AT, 9. Aufl. 1985, S. 300; Spindel, Bockelmann-FS (1979), 245 (256 f.).

11 So Alwart, GA 1983, 433 (455); Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 7. Aufl. 1989, § 44 Rz. 17 f.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 255 ff., 266.

von den negativen Tatbestandsmerkmalen bezeichnet. Dieser allzu plakative Name hat ihr sehr geschadet, weil er unnütze Angriffsflächen bietet. Man hat oft versucht, sie anhand von Theoremen zu widerlegen, die sie gar nicht aufgestellt hat oder doch jedenfalls im Zusammenhang der Irrtumslehre nicht aufzustellen braucht. Sie wäre treffender als Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand zu bezeichnen. Sie behauptet nämlich nicht etwa, daß die Rechtfertigungsgründe nichts anderes seien als die Negation von Tatbestandsmerkmalen.

Daß sie das nicht sind, sieht man leicht, sobald man einmal den Versuch unternimmt, einen solchen Gesamtunrechtstatbestand niederzuschreiben. Es kämen dabei nicht mehrere negative Tatbestandsmerkmale zustande, sondern nur ein einziges, allerdings recht monströses Merkmal. Es müßten nicht nur alle Rechtfertigungsgründe alternativ verneint, sondern deren Voraussetzungen kumulativ in Klammern gesetzt werden. Denn ein Rechtfertigungsgrund greift ja nur ein, wenn alle seine Voraussetzungen gegeben sind. Der Gesamtunrechtstatbestand sähe also etwa so aus: Wer einen Tatbestand erfüllt und nicht [(ein rechtswidriger Angriff gegen den Täter vorliegt und die Handlung geeignet ist, den Angriff abzuwehren, und die Handlung das mildeste Mittel ist, den Angriff abzuwehren ...) oder (eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut besteht und die Tatbestandsverwirklichung geeignet ist die Gefahr abzuwenden, und die Tatbestandsverwirklichung das geringste Mittel ist, die Gefahr abzuwenden und das gerettete Rechtsgut das verletzte wesentlich überwiegt ...) oder ... es folgen weitere durch oder verknüpfte Klammern, in denen jeweils alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes stehen].

Die "Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen" wird auch nicht mehr in dem Sinne vertreten, daß dies "negative Merkmal" i.S. des § 16 StGB "zum gesetzlichen Tatbestand gehört", so daß der Ausschluß des Tatbestandes eines Vorsatzdelikts bei Erlaubnistatbestandsirrtum sich direkt aus § 16 StGB ergäbe. Es kommt vielmehr nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 16 StGB nur eine analoge Anwendung seines Rechtsgedankens auf die irriige Annahme rechtfertigender Tatsachen in Betracht<sup>12</sup>.

Die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand unterscheidet sich von den sog. Schuldtheorien, der strengen wie der eingeschränkten, dadurch, daß sie das Vorsatzunrecht für die *sedes materiae* hält. Sie geht davon aus, daß es für die Beurteilung eines objektiven Sachverhalts als rechtmäßig keinen Unterschied macht, ob eine tatsächliche Voraussetzung des Tatbestandes fehlt oder die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind, und folgert daraus, daß es für die Beurteilung der Sachverhaltsvorstellung des Täters keinen Unterschied macht, ob er irrtümlich eine Tatbestandsvoraussetzung nicht kennt oder irrtümlich an das Vorliegen der Voraussetzungen

<sup>12</sup> Dazu Grünwald, GS-Noll (1984), S. 183, 187 ff.

eines Rechtfertigungsgrundes glaubt. Maßgeblich für das Rechtmäßigkeitsurteil sei allein, daß im ersteren Fall der objektive Sachverhalt mit den Geboten der Rechtsordnung nicht im Widerspruch steht, im letzteren Fall der subjektive, d.h. die tatsächlichen Vorstellungen des Täters<sup>13</sup>.

Die sog. eingeschränkte Schuldtheorie lehnt diese Erklärung der Ergebnisse der herrschenden Lehre deshalb ab, weil sie bei Teilnahme eines nicht irrenden Gehilfen oder Anstifters zu Strafbarkeitslücken führen müsse. Läßt man nämlich beim irrenden Haupttäter den Vorsatzvorwurf entfallen, so entfalle damit auch die vorsätzliche Haupttat als Grundlage akzessorischer Zurechnung von Teilnahme<sup>14</sup>. Vertreter der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand versuchen, dieses Ergebnis zu verhindern, indem sie in der Teilnahmelehre mit dem reinen Tatbestandsverwirklichungsvorsatz arbeiten<sup>15</sup>. Gegen diesen Vorschlag bestehen jedenfalls keine logischen Bedenken, d.h. er enthält keinen Widerspruch. Die Frage, ob eine Tat, mit Tatbestandsvorsatz, aber im Erlaubnistatbestandsirrtum begangen, Vorsatzunrecht darstellt, ist logisch unabhängig von der, ob sie als Haupttat einer Anstiftung oder Beihilfe fungieren kann, falls ausnahmsweise mittelbare Täterschaft nicht in Betracht kommt<sup>16</sup>. Es gibt zwar ein Verständnis der Akzessorietät, das die zweite Frage auf die erste zurückführt: die Unrechtsteilnahmetheorie; aber das ist nicht das einzig mögliche. Man kann den Grund dafür, das unser positives Recht für Anstiftung und Beihilfe eine vorsätzliche Haupttat voraussetzt, auch darin finden, daß das Manko des Teilnehmers an Beherrschung und Steuerung des äußeren Tatverlaufs durch die bewußte Steuerung des Haupttäters ausgeglichen werden muß.

Den Grundlagen der Akzessorietät der Teilnahme kann hier nicht weiter nachgegangen werden, aber die eingeschränkte Schuldtheorie kann, nachdem sie es entgegen der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand ablehnt, am Erlaubnistatbestandsirrtum das Unrecht des Vorsatzdelikts scheitern zu lassen, nicht mehr begründen, warum es nun an der Vorsatzschuld fehlen soll. Denn es findet sich in der Schuld kein selbständiges Element mehr vor, an dem der Vorwurf

13 SK-Samson, vor § 32 Rz. 7; ders., StrR I, 6. Aufl. 1985, S. 122; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl. 1970, 132 ff., 173 ff.; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 66 ff., 170 f., 178 ff.; auch Lange, JZ 1953, 9; Frisch, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschließungsgrund im deutschen Strafrecht, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. III, 1990, S. 262 ff.

14 Wessels, AT, § 11 III 1 a); Dreher/Tröndle, 45. Aufl. 1991, § 16 Rz. 26; Jescheck, AT, S. 419; Dreher, Heinitz-FS (1972), 207, 222.

15 SK-Rudolphi, § 16 Rz. 13.; Roxin, AT-1, 1992, 14/68 u. 75; LK-Roxin, vor § 26 Rz. 22; Frisch (Fn. 13), S. 263 f.

16 Grünwald (Fn. 12), S. 194 f., der auch bezweifelt, das das Ergebnis der Strafbarkeit des Nichtirrenden als Teilnehmer mangels Strafbarkeit als mittelbarer Täter um dessentwillen die eingeschränkte Schuldtheorie der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand vorgezogen wird, überhaupt richtig und erstrebenswert ist; ähnlich Roxin, AT, 14/72 f.

der Vorsatzschuld scheitern könnte. Der Irrtum hat zwar noch die Folge, daß dem Täter das Unrechtsbewußtsein fehlt; daraus ergibt sich aber nur die Behandlung des Irrtums nach § 17 StGB, wie sie die strenge Schuldtheorie vorsieht. Daß dem Täter dann auch die unrechte Tatgesinnung fehlt<sup>17</sup>, ist zwar richtig, aber doch nur insofern, als man unter rechtswidriger Gesinnung die Vorstellung des Gegebenseins der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit versteht. Man holt also auf der Schuldstufe das nach, was man gerade auf der Stufe des subjektiven Unrechts zu tun abgelehnt hat. In diesem Sinne fehlt die unrechte Tatgesinnung auch dann, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal nicht kennt, also nicht vorsätzlich handelt. Es bleibt also zu erklären, warum das Fehlen der Vorstellung der tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung das Unrecht ausschließt, das Fehlen der Vorstellung der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes aber nur die Schuld.

### III. Die strenge Schuldtheorie

Wer die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand ablehnt, steht also vor der Alternative, entweder den Erlaubnistatbestandsirrtum als Verbotsirrtum nach § 17 StGB zu behandeln, wie es die strenge Schuldtheorie tut, oder als Irrtum sui generis, der im Gesetz nicht geregelt ist, mit dem man also nach Billigkeit und Gutdünken verfahren kann<sup>18</sup>. Da mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum in der Regel ein Erlaubnisirrtum verbunden ist, hält denn auch *Paeffgen* das Problem für gesetzlich durch § 17 StGB geregelt<sup>19</sup>. Dieses positivrechtliche Argument ist aber nicht stichhaltig; denn der Erlaubnistatbestandsirrtum hat zwar einen Verbotsirrtum i.S. des § 17 StGB in aller Regel zur Folge, er ist aber nicht mit ihm identisch und impliziert ihn nicht einmal logisch. Es ist eine Art doppelter Irrtum konstruierbar, bei dem der Täter irrtümlich Rechtfertigungsvoraussetzungen annimmt, von denen er wiederum irrtümlich glaubt, daß sie für die Rechtfertigung nach dem Gesetz nicht ausreichen. Aber selbst wenn aus jedem Erlaubnistatbestandsirrtum ein Verbotsirrtum folgen würde, würde sich daraus noch nicht zwingend ergeben, daß mit der Regelung des Verbotsirrtums auch der Erlaubnistatbestandsirrtum mitgeregelt ist. Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist ein vom Verbotsirrtum begrifflich unterscheidbarer tatsächlicher Sachverhalt. Deshalb kann er nicht mit dem Verbotsirrtum durch § 17 StGB positiv

17 *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1, 46; *ders.* (Fn. 3), S. 170; *Wessels*, AT, § 11 III 1 c) und f); *Jescheck*, AT, S. 418 f.; *Roxin*, AT-1, 14/101; *LK-Spendel*, § 32 Rz. 342 f.; *Lackner*, 19. Aufl. 1991, § 17 Rdnr. 15 f.; *Dreher/Tröndle*, § 16 Rz. 27.

18 So *Jakobs*, AT, 2. Aufl. 1991, 11/42 ff. u. 58; *Krümpelmann*, ZStW Beiheft 1978, 6 ff., 47 ff.

19 *Paeffgen*, GS-Armin Kaufmann (1989), S. 399, 409 ff., 412 ff.



mitgeregelt sein; § 17 StGB kann allenfalls den Grund dafür abgeben, daß für diesen besonderen Irrtum kein Regelungsbedürfnis mehr besteht.

Aber gerade das wird von der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand und auch von der eingeschränkten Schuldtheorie bestritten. Die streitige Sachfrage geht dahin, ob zwischen den tatsächlichen Vorstellungen des Täters, die den Tatbestand erfüllen, und denjenigen, die Rechtfertigungsgründe erfüllen, in der Bewertung und den Rechtsfolgen ein Unterschied gemacht werden soll oder nicht. Unter Berufung auf die Warnungsfunktion des Wissens um die Tatbestandsverwirklichung setzt die strenge Schuldtheorie den im Erlaubnistatbestandsirrtum handelnden Täter der Strafbarkeit für Vorsatz aus<sup>20</sup>, obwohl er nach dem Inhalt seiner Vorstellungen rechtstreu gehandelt hat. Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß die Appellfunktion nicht spezifisch für die Tatbestandsverwirklichung ist. Auch wer fahrlässig handelt, hat sich über eine von der ihm bekannten Situation ausgehende Appellfunktion hinweggesetzt<sup>21</sup>.

*Paeffgen* hält dem entgegen, daß die Warnung beim Erlaubnistatbestandsirrtum nicht nur vom Wissen um irgendwelche sorgfaltserfordernden Gefahrmomente ausgeht, sondern vom Wissen um eine tatbestandsmäßige Rechtsverletzung<sup>22</sup>. Aber eben dieser Vorstellungsinhalt ist es, der in seiner Warnfunktion von der Vorstellung der Rechtfertigungsvoraussetzungen konterkariert wird. Um dies zu zeigen, ist es nicht nötig, dem Tatbestand seinen Charakter als "Wertungsstufe" abzuspochen und ihn in der Unrechtsstufe aufgehen zu lassen, wie *Paeffgen* meint. Es genügt, daran zu erinnern, daß die Rechtfertigung kein Rechenexempel ist, in dem Werte und Unwerte miteinander saldiert werden, die inhaltlich voneinander unabhängig sind. Es bestehen inhaltliche Beziehungen zwischen der Tatbestandsverwirklichung und dem rechtfertigenden Interesse, die das Unrecht gerade dieser Tatbestandsverwirklichung ausschließen, nicht etwa nur per Saldo "kompensieren". Das gleiche Verhältnis, das objektiv zwischen Tatbestandsverwirklichung und Rechtfertigung besteht, besteht auch subjektiv zwischen den entsprechenden Vorstellungsinhalten, so daß das Vorsatzunrecht von der Vorstellung eines rechtfertigenden Sachverhalts ausgeschlossen wird. Auch hier handelt es sich nicht um eine Aufrechnung, die man dem Täter verweigern könnte, weil er es bei der Ausübung seines (wirklichen oder vermeintlichen) Rechts an Sorgfalt hat fehlen lassen oder weil wegen dieses Sorgfaltsmangels die Aufrechnung nicht restlos aufgeht.

Nach der strengen Schuldtheorie wird der Bürger, der eine ihm durch einen Rechtfertigungsgrund gewährte Befugnis in Anspruch nimmt, in einen minde-

20 *Welzel*, Lb., S. 168 ff.

21 *Jakobs*, AT, 11/47; *Roxin*, AT-1, 14/65.

22 *Paeffgen* (Fn. 19), S. 407.

ren Status gesetzt dadurch, daß er für jedes Versehen, für Verkennung von Tatsachen, für jede Fehleinschätzung von Gefahren und Beseitigungsmöglichkeiten wegen vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung bestraft wird. Hierher gehört ja nicht nur der Fall, daß die rechtfertigende Situation, die sich der Täter vorstellt, überhaupt nicht gegeben ist, sondern auch all die Fälle, in denen er sich bei der Ausübung eines tatsächlich gegebenen Rechtfertigungsgrundes geirrt und deshalb dessen Grenzen überschritten hat<sup>23</sup>. Nicht nur für die Ausübung eines vermeintlichen Rechts bestraft also die strenge Schuldtheorie bei Vermeidbarkeit der Tatsachenverkennung den Täter wegen vorsätzlicher Rechtsverletzung; auch den Täter, der ein Eingriffsrecht in fremde Güter wirklich hat, soll die Strafe für vorsätzliche Verletzung eben dieser Güter treffen, sofern er sich bei der Ausübung dieses Rechtes einer vermeidbaren Verkennung von Tatsachen, einer Fehleinschätzung von Gefahren oder Wirkungen seiner Handlungsmittel oder sonst einer Fehlprognose künftiger Ereignisse schuldig macht. Beruht dagegen seine Vorstellung, rechtmäßig zu handeln, auf einem Irrtum über die den Tatbestand erfüllenden Tatsachen, so kann ihm nur eine Haftung für Fahrlässigkeit drohen.

Die Rechtmäßigkeit zweiter Klasse, die mit der Haftungsverschärfung für Fahrlässigkeitsunrecht bei Handeln im Erlaubnistatbestandsirrtum verbunden ist, wäre nur dann schlüssig begründet, wenn mit der Tatbestandsverwirklichung ein endgültiges Unwerturteil über das Verhalten des Täters gefällt wäre, das trotz der Rechtfertigung erhalten bleibt<sup>24</sup>. Die strenge Schuldtheorie hat aber ein solches endgültiges Unwerturteil über die Tatbestandsverwirklichung, das unabhängig davon bestehen bleibt, ob sie gerechtfertigt ist oder nicht, bisher nicht darlegen können.

Dem in einem Tatbestandsirrtum handelnden Täter und dem in einem Erlaubnistatbestandsirrtum handelnden ist gemeinsam, daß beide sich nach ihren Vorstellungen über die Tatsachen im Einklang mit dem sachlichen Gehalt der für sie gültigen Rechtsnormen befinden. Das ist gemeint mit dem Argument, daß auch der im Erlaubnistatbestandsirrtum handelnde Täter "an sich rechtstreu" sei<sup>25</sup>. In diesem Sinne ist der in einem Verbotsirrtum Handelnde nicht an sich rechtstreu, obwohl er sich nicht mit der Rechtsordnung in Widerspruch zu setzen glaubt. Der Erlaubnistatbestandsirrtum wäre mit dem Verbotsirrtum gleichzubehandeln, wenn es beim Unrecht nur um eine Verletzung des Gehorsams gegenüber der staatlichen Autorität ginge. Dann wäre aber auch der Tatbestandsirrtum wie ein Verbotsirrtum zu behandeln; konsequenterweise würden alle drei Irrtümer den Vorwurf vorsätzlichen Unrechts ausschließen

23 Puppe, JZ 1989, 728 (730).

24 Kuhlen, Die Unterscheidung zwischen vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 316 ff.

25 BGHSt 3, 105 (107); Engisch, ZStW 70 (1958), 566, 577; Roxin, AT-1, 14/61.

(Vorsatztheorie). Der Unterschied zwischen Tatbestandsirrtum und Erlaubnistatbestandsirrtum einerseits und Verbotsirrtum andererseits ergibt sich daraus, daß die Rechtsordnung nicht einen Gehorsam gegen den formalen staatlichen Befehl durchsetzen will, sondern die Akzeptanz ganz bestimmter Norminhalte. Es ist also letztlich der alte Unterschied zwischen Irrtum über Tatsachen und Irrtum über Norminhalte, um den es hier geht<sup>26</sup>, wobei hier bewußt nicht vom Rechtsirrtum und auch nicht vom Strafrechtsirrtum gesprochen wird. Dem Einwand, daß diese Unterscheidung wegen der außerstrafrechtlichen Rechtsirrtümer undurchführbar und willkürlich sei<sup>27</sup>, kann hier nicht nochmals nachgegangen werden<sup>28</sup>.

#### IV. Eine pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungsbedingung

Trotz seiner grundsätzlichen Anerkennung des Ausschlusses der Vorsatzstrafe durch einen Erlaubnistatbestandsirrtum hielt der *BGH* es für eine unerträgliche Strafbarkeitslücke, daß ein Täter, der, und sei es noch so leichtfertig, an einen ein Notrecht begründenden Sachverhalt glaubt, für seinen Eingriff in fremde Rechtsgüter nicht bestraft werden kann, wenn deren fahrlässige Verletzung nicht mit Strafe bedroht ist. Er hat deshalb einige Rechtfertigungsgründe, insbesondere den Notstand, um ein Erfordernis der gewissenhaften Prüfung der tatsächlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen ergänzt<sup>29</sup>. Es ist nicht zu bestreiten, daß ein Täter, der einen Rechtfertigungsgrund für sich in Anspruch nehmen will, die Pflicht hat, gewissenhaft zu prüfen, ob seine Voraussetzungen vorliegen, und daß die Kenntnis der Verwirklichung des Tatbestandes ihm diese Pflicht bewußt machen soll, insofern also eine Warnfunktion ausübt. Die Frage ist aber, ob die Vernachlässigung dieser Prüfungspflicht mit der Strafe für die vorsätzliche Begehung des Delikts geahndet werden soll. Dies läuft nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung auf die strenge Schuldtheorie hinaus<sup>30</sup>.

Das zeigt folgende Überlegung: Die Erfüllung der Prüfungspflicht ist, wenn sie überhaupt eine Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes ist, eine objektive. Ihre Einführung als objektives Rechtfertigungselement hätte also die Konsequenz, daß der Täter auch dann nicht gerechtfertigt handelt, wenn die übrigen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind, sofern er

26 *Kuhlen* (Fn. 24), S. 331.

27 *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, S. 182 ff.

28 Vgl. dazu *Kuhlen* (Fn. 24), S. 121 ff., 339 ff.; *Puppe*, GA 1990, 145, 154 ff.

29 *BGHSt* 1, 329 (330); 2, 112 (114); 3, 8 (11); wohl auch *BGHSt* 3, 105 (106); 14, 1 (2).

30 *Roxin*, AT-1, 14/81; vgl. auch *Jakobs*, AT, 11/24 ff.; *SK-Samson*, vor § 32 Rz. 26 ff.

seiner Prüfungspflicht nicht nachgekommen ist. Beispielhaft gesprochen: das in Gefahr befindliche Rechtsgut dürfte vom Täter nicht auf Kosten des geringerwertigen gerettet werden, wenn dieser, aus welchem Grund auch immer, nicht pflichtgemäß die Notstandslage geprüft hat. Diese Konsequenz wird nicht gezogen<sup>31</sup>, die Prüfungspflicht wird vielmehr nur ins Feld geführt, wenn ihre Erfüllung zu einem negativen Ergebnis geführt hätte, also zu der Erkenntnis, daß die objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes nicht gegeben sind. Das sind eben die Fälle, in denen ein vermeidbarer Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegt. Wenn die Lehre von der Prüfungspflicht nun die Strafbarkeit des Täters nach dem Vorsatzdelikt damit begründet, daß er den Irrtum bei pflichtgemäßem Verhalten vermieden hätte, so ist das nichts anderes als die Argumentation der strengen Schuldtheorie.

*Lenckner* will der Erfüllung einer Prüfungspflicht als objektives Rechtfertigungselement selbständige Bedeutung für diejenigen Rechtfertigungsgründe zugestehen, die kraft gerechtfertigten Risikos auch oder vielleicht gerade für die Fälle gelten, in denen sich nachträglich herausstellt, daß die Aufopferung des verletzten Rechtsguts zur Rettung des gewahrten im Einzelfall nicht notwendig war, wie beispielsweise bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Hier soll der Erfüllung der Prüfungspflicht die Aufgabe zufallen, das gerechtfertigte Risiko zu minimieren<sup>32</sup>. Aber auch in diesen Fällen kommt die rechtfertigende Wirkung nicht der Ausübung der pflichtgemäßen Prüfungshandlung zu, sondern dem objektiven Anschein, dessentwegen diese pflichtgemäße Prüfung zur Annahme des rechtfertigenden Risikos geführt hätte<sup>33</sup>. Das zeigt sich dann, wenn dieser Anschein objektiv richtig ist. Hier würde auch *Lenckner* die Rechtfertigung nicht von der Erfüllung der Prüfungspflicht abhängig machen<sup>34</sup>. Bezeichnenderweise betrachtet er als Fälle erlaubten Risikos vor allem diejenigen Rechtfertigungsgründe, bei denen es einer Rechtfertigung gar nicht bedarf, sofern die Handlung objektiv richtig war, wie beispielsweise bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen und bei der mutmaßlichen Einwilligung. Es kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob die Rechtfertigung kraft objektiven Anscheins nur für bestimmte Rechtfertigungsgründe gilt oder für alle<sup>35</sup>; jedenfalls ist es dieser Anschein, der das Verhalten des Täters objektiv rechtfertigt, nicht die Erfüllung seiner Prüfungspflicht.

Damit ist auch der Vorwurf gegen den Ausschluß der Vorsatzstrafbarkeit bei Erlaubnistatbestandsirrtum entkräftet, daß dieser zu Strafbarkeitslücken führe,

31 *Lenckner*, H. Mayer-FS (1966), S. 165, 176.

32 *Lenckner* (Fn. 31), S. 180.

33 *Rudolphi*, GS-Schröder (1978), S. 79, 86.

34 *Lenckner* (Fn. 31), S. 180.

35 Im letzteren Sinne: *Rudolphi* (Fn. 33), S. 86.

wo die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes nicht strafbar ist<sup>36</sup>. Wenn das Unrecht, das dem Täter vorzuwerfen ist, seiner Qualität nach Fahrlässigkeitsunrecht ist, so ist es keine Strafbarkeitslücke, wenn er nicht bestraft werden kann, soweit Fahrlässigkeit nicht strafbar ist. Es mag richtig sein, daß es einige Tatbestände gibt, bei denen der Gesetzgeber von einer Strafbarkeit der Fahrlässigkeit nur deshalb abgesehen hat, weil es technisch schwerlich denkbar ist, daß der Tatbestand fahrlässig erfüllt wird<sup>37</sup>. Das sind verhaltensgebundene Delikte, die nicht nur in der vorsätzlichen Verursachung eines Erfolges bestimmter Art, sondern auch in einer bestimmten Angriffsform bestehen. Man kann nicht gut fahrlässig täuschen, wegnehmen, nötigen. Aber es fragt sich doch, ob das Verhaltensunrecht dieser Angriffsform auch auf der subjektiven Seite gegeben ist, wenn der Täter unter der Voraussetzung von Tatsachen handelt, die es ihm erlauben würden, zu täuschen, wegzunehmen oder zu nötigen, und der einzige Vorwurf, den man ihm dabei machen kann, in einer fahrlässigen Verkennung des Fehlens dieser Tatsachen besteht.

Sollte es aber wirklich als Versäumnis des Gesetzgebers zu werten sein, daß er den fahrlässigen Diebstahl, die fahrlässige Nötigung oder den fahrlässigen Betrug nicht unter Strafe gestellt hat, weil er die Möglichkeit nicht bedacht hat, daß Fahrlässigkeit nicht nur in Verkennung der tatsächlichen Voraussetzung der Erfüllung des Tatbestandes, sondern auch in der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes bestehen kann, so sollte man sich mit dieser Strafbarkeitslücke eher abfinden als mit jener *capitis deminutio* jedes Täters, der einen Rechtfertigungsgrund in Anspruch nimmt.

Unsere bisherigen Überlegungen führen also zu folgendem Ergebnis: Die Unterscheidung zwischen Handlungsunwert und Erfolgsunwert, besser Sachverhaltensunwert, läßt sich in der Irrtumslehre nicht dadurch fruchtbar machen, daß man Werte und Unwerte gegeneinander aufrechnet, sondern nur dadurch, daß man die Strafbarkeit wegen Versuchs mit der Realisierung eines Handlungsunwerts, genauer eines subjektiven Unrechtsunwerts, erklärt und die Strafbarkeit wegen Vollendung mit der Zurechnung eines Erfolges kraft Realisierung eines Sachverhaltensunwerts. Sind die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt, so kann dem Täter der tatbestandsmäßige Erfolg nicht als auf unrechte Weise von ihm herbeigeführt objektiv zugerechnet werden, auch wenn er von den rechtfertigenden Tatsachen nichts wußte. Das ist der Grund dafür, daß er nicht wegen Vollendung bestraft werden kann<sup>38</sup>. Han-

36 *Jakobs*, AT, 11/50 u. 54.

37 *Jakobs*, AT, 11/50.

38 *Frisch*, *Lackner-FS* (1987), S. 113 (138); *Herzberg*, JA 1986, 190; *Wessels*, AT, § 8 I 2; *Jakobs*, AT, 11/23; *Jescheck*, AT, S. 296; *SK-Samson*, vor § 32 Rz. 24; *Sch-Sch-Lenckner*, vor §§ 32 ff. Rdnr. 15 m.w.N.

delt der Täter in der (wahren oder irrigen) Vorstellung, daß er den Sachverhaltsunwert nicht realisieren wird, so fehlt der Handlungsunwert, denn dieser besteht in nichts anderem als der Vorstellung, einen Sachverhaltsunwert zu realisieren. Das ist der Grund dafür, daß die Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Verwirklichung eines Unrechtssachverhalts ausschließt. Dazu bedarf es übrigens auch keiner weiteren subjektiven Rechtfertigungselemente im Willen des Täters, beispielsweise eines Verteidigungswillens oder eines Rettungswillens<sup>39</sup>.

*V. Der Erlaubnistatbestandsirrtum,  
der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum und der Umkehrschluß*

Der strengen Schuldtheorie ist auch vorgeworfen worden, daß es unlogisch sei, subjektive Rechtfertigungselemente zu fordern und ihnen gleichwohl, sofern sie gegeben sind, keine Strafbarkeit ausschließende Wirkung zuzusprechen<sup>40</sup>. Begründet wird das mit dem sog. Umkehrschluß des *Reichsgerichts*. Danach muß die irrige Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes den Täter entlasten, wenn der umgekehrte Irrtum, also die Unkenntnis von einer wirklichen Rechtfertigungslage, ihn belastet. Dieses Argument ist zwar bisher nicht widerlegt worden, man mißt ihm aber auch nach wie vor keine Überzeugungskraft bei<sup>41</sup>. Nun ist in der Tat in der Jurisprudenz mit formal-logischen Mitteln allein eine Theorie kaum zu widerlegen. Selbst wenn sie einen Widerspruch enthält, gibt es meistens formal-logische Techniken, diesen Widerspruch zu beseitigen, ohne den Inhalt der Theorie zu ändern; wir werden eine solche noch anwenden. Aber daraus folgt noch nicht, daß mit formal-logischen Mitteln in der Jurisprudenz keine Erkenntnisse zu gewinnen sind, und natürlich erst recht nicht, daß Widersprüche in juristischen Theorien hinzunehmen sind. Die Beseitigung eines Widerspruchs, sofern sie möglich ist, also die formal korrekte Darstellung der Theorie, kann nämlich zeigen, daß sie aus materiellen Gründen inakzeptable Sätze enthält oder auch solche, die anderen allgemein anerkannten Sätzen widersprechen. Erproben wir also, was wir mit Hilfe des Umkehrschlusses über die Kombination der strengen Schuldtheorie mit der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen herausfinden können.

Die logische Schlußform, auf der das Umkehrtheorem beruht, ist die Kontraposition. Diese besagt in Worten ausgedrückt: wenn eine Bedingung für den

<sup>39</sup> Rudolphi, Maurach-FS (1972), S. 51, 58.

<sup>40</sup> Roxin (Fn. 13), S. 160; dazu Puppe, Lackner-FS (1987), S. 199, 236 f.

<sup>41</sup> Herzberg, JuS 1980, 469 (480); Paeffgen (Fn. 19), S. 429; Roxin (Fn. 13), S. 160.

Eintritt einer Folge notwendig ist, so entfällt die Folge, sofern die Bedingung fehlt, oder kürzer, wenn B für F notwendig ist, so gilt, kein F ohne B. Wir können es uns hier ersparen, diesen Zusammenhang nochmals logisch abzuleiten; wir werden uns auch im weiteren zur Bequemlichkeit des Lesers der Verwendung logischer Formeln enthalten und teilweise auch auf eine logisch genaue, aber sprachlich umständliche Charakterisierung der Bedingungsbeziehungen verzichten. All dies findet sich an anderer Stelle<sup>42</sup>. Die Bedingung der Strafbarkeit, um die es hier geht, ist das Fehlen der Rechtfertigungsvorstellung, also das kontradiktorische Gegenteil des subjektiven Rechtfertigungselements. Die hier analysierte Theorie besagt, daß das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements Strafbarkeit wegen Versuchs oder gar wegen Vollendung begründet, falls der Täter in Unkenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen handelt. Wenn man daraus folgert, daß das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements Strafbarkeit begründet, so folgt daraus nach der Kontraposition, daß das Vorhandensein subjektiver Rechtfertigungselemente Strafbarkeit ausschließt. Das Ergebnis widerspricht der strengen Schuldtheorie, die Strafbarkeit trotz Vorhandenseins des subjektiven Rechtfertigungselements annimmt, sofern der Irrtum vermeidbar war.

Dieser Widerspruch kann allerdings beseitigt werden, denn der Schluß von der Strafbarkeit des Handelns im umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum auf die Notwendigkeit des subjektiven Rechtfertigungselements zur Begründung von Strafbarkeit ist nicht zwingend. Es könnte ja sein, daß das subjektive Rechtfertigungselement bei Handeln im Erlaubnistatbestandsirrtum durch etwas anderes ersetzbar ist. Das würde bedeuten, daß die strafbarkeitsbegründende notwendige Bedingung nicht das subjektive Rechtfertigungselement für sich allein ist, sondern alternativ entweder das subjektive Rechtfertigungselement oder jenes andere Verbrechenmerkmal. Das gesuchte Merkmal muß ein solches sein, das beim umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum fehlt und beim Erlaubnistatbestandsirrtum gegeben ist. Es kommt also nur die objektive Rechtfertigungslage in Betracht. Daraus ergibt sich folgende alternative Formulierung der notwendigen Bedingung der Strafbarkeit: Entweder die Rechtfertigungsvoraussetzungen fehlen objektiv und der Täter konnte seinen Irrtum darüber vermeiden, oder die Rechtfertigungsvoraussetzungen fehlen nach der Vorstellung des Täters.

Diese Form einer Voraussetzung der Strafbarkeit ist logisch sicher möglich, aber inhaltlich wenig überzeugend. Hier wird ein subjektives Verbrechenmerkmal durch ein objektives ersetzt und umgekehrt. Daß den Verfechtern dieser Theorie diese Merkwürdigkeit bisher entgangen ist, liegt daran, daß man die Frage nach der Rechtsfolge eines Erlaubnistatbestandsirrtums und eines

42 Puppe, Lackner-FS (1987), S. 199, 202 ff.

umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums nicht dahin formuliert, unter welchen Bedingungen der Täter sich strafbar macht, sondern dahin, unter welchen Bedingungen er gerechtfertigt ist. Dann werden die Wahrheitswerte der Bedingungssätze umgekehrt, und aus der anstößigen Disjunktion von objektiven und subjektiven Rechtfertigungselementen wird eine völlig harmlose Konjunktion: Der Täter ist gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen der Rechtfertigung objektiv gegeben sind und er dies weiß. Hier zeigt sich, was formale Logik auch in der Jurisprudenz zu leisten vermag; sie zeigt, welche mit der ursprünglichen Darstellungsweise gleichbedeutenden weiteren Darstellungsweisen der Theorie es noch gibt, und man kann dann überprüfen, ob sie plausibel sind. Die Theorie überzeugt nur insoweit, als alle ihre Darstellungsweisen plausibel sind. Unsere einfachen logischen Operationen haben gezeigt, daß man zu einem zwischen subjektiven und objektiven Inhalten alternierenden Strafbarkeitserfordernis durch das Theorem gelangt, daß die Strafbarkeit nach dem Vorsatztatbestand nur dann kraft Rechtfertigung ausgeschlossen ist, wenn sowohl die objektiven als auch die subjektiven Rechtfertigungselemente vorliegen. Eben dies ist die These der strengen Schuldtheorie i.V. mit der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen. Sie wirkt formuliert als Voraussetzung der Rechtfertigung sogar einfacher und plausibler als die h.L., die die Rechtfertigungsgründe in eine objektive und eine subjektive Rechtfertigung aufspaltet. Die Fragwürdigkeit der Forderung sowohl der subjektiven als auch der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen enthüllt sich durch ihre logische Umformung, die sich ergibt, wenn man statt nach den Voraussetzungen der Rechtfertigung nach denen der Rechtswidrigkeit fragt und so zu dem Ergebnis kommt, das Unrecht einer Vorsatztat liegt vor, wenn entweder die objektiven oder die subjektiven Elemente des Rechtfertigungsgrundes fehlen.

Nun gibt es sogar im Strafgesetz eine Irrtumsart, die gerade so geregelt ist. Das ist der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes. Danach ist der Täter, der unter dem Einfluß der Vorstellung von einer Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit handelt, gleichwohl strafbar, wenn entweder die Gefahr objektiv gegeben war oder er seine irriige Annahme der Gefahr nicht vermeiden konnte. Hier läßt sich aber die disjunktive Verwendung subjektiver und objektiver Tatsachen damit erklären, daß den objektiven Entschuldigungsvoraussetzungen selbst keinerlei Bedeutung für die Entschuldigung zugeschrieben wird. Sie haben mittelbare Bedeutung nur insofern, als sie es dem Täter unmöglich (unvermeidbar) machen, sich von dem aus ihrer Vorstellung für ihn erwachsenden psychischen Druck dadurch zu befreien, daß er ihre Falschheit feststellt. Damit läßt sich unsere disjunktive Bedingung der Entschuldigung auf eine konjunktive zurückführen: Der Täter ist unvermeidbar dem psychischen Druck der Vorstellung von notstands begründenden Gefahren ausgesetzt. Unser geltendes Recht verweigert eben dem Täter die Nachsicht, die es für sein rechtswidriges Verhalten nach § 35 StGB aufbringt, weil er aus



Angst um Leib, Leben oder Freiheit falsch gehandelt hat, sofern er es versäumt hat, sorgfältig nach anderen Auswegen aus der Drucksituation zu suchen. Ob das rechtspolitisch richtig ist, mag man bestreiten, in sich konsistent ist es.

Die Anwendung des Umkehrschlusses, d.h. der Kontraposition, auf den Erlaubnisirrtum und den umgekehrten Erlaubnisirrtum lehrt, daß die strenge Schuldtheorie mit der Aufstellung subjektiver Rechtfertigungserfordernisse nur dann vereinbar ist, wenn man den objektiven Rechtfertigungsstatsachen keine selbständige Relevanz für die Rechtmäßigkeit zugesteht. Es kommt nicht von ungefähr, daß die strenge Schuldtheorie meist in Verbindung mit einer Auffassung von Unrecht als reinem Handlungsunrecht auftritt, der der Erfolg nur als objektive Strafbarkeitsbedingung gilt<sup>43</sup>.

Aber auch die Vertreter des reinen Handlungsunrechts würden sich wohl kaum zu der Erklärung verstehen, die Bedeutung der Erfüllung der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzung erschöpfe sich darin, die Unvermeidbarkeit der ihnen entsprechenden Tätervorstellung zu begründen: Mit Sicherheit unvereinbar ist eine disjunktive Rechtswidrigkeitsbedingung, in der die objektive Rechtswidrigkeit die subjektive ersetzt und umgekehrt, mit einer Unrechtskonzeption, in der die objektive Rechtsverletzung und damit auch die Erfüllung des objektiven Tatbestandes eines Erlaubnissatzes selbständige Unrechtselemente sind<sup>44</sup>.

Bisher haben wir den Umkehrschluß, also die Kontraposition, wie üblich nur auf subjektive Verbrechenmerkmale und ihre Negationen angewandt. Aber das gleiche logische Verfahren läßt sich auch auf die Frage anwenden, welche Bedingungen die Zurechnung des objektiven Unrechts (zum Vorsatz) begründen und welche sie ausschließen. Die Anhänger der strengen Schuldtheorie sind durchweg für eine Strafbarkeit wegen Vollendung bei umgekehrtem Erlaubnistatbestandsirrtum<sup>45</sup>.

Das kann auch nicht anders sein. Wer das subjektive Rechtfertigungselement für sich allein nicht ausreichen läßt, um den Vorsatzvorwurf auszugleichen, kann auch den objektiven Rechtfertigungssachverhalt nicht genügen lassen, das objektive Unrecht zu beseitigen. Sonst müßte er als subjektives Unrecht eine Vorstellung bewerten, die ihrem Inhalt nach kein Unrecht wäre. Nach dieser Lehre gelten also für die Zurechnung der objektiven Tatbestandsverwirklichung bzw. deren Ausschluß genau die gleichen Bedingungen wie für die der subjektiven. Auch der Erfolg wird immer zum Vorsatz zugerechnet, wenn der Täter sich keinen Rechtfertigungssachverhalt vorstellte. Stellte er sich

43 Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 258; Zielinski (Fn. 11), S. 262 f.

44 Eine solche Unrechtskonzeption vertritt auch Paeffgen (Fn. 19), S. 412 ff.

45 Paeffgen (Fn. 19), S. 399 (421 ff.); Zielinski (Fn. 11), 259 (266); Armin Kaufmann (Fn. 43), S. 243 ff.; vgl. auch Welzel, *Lb.*, S. 83 f.; LK-Hirsch, vor § 32 Rz. 59.

einen solchen vor, so wird zugerechnet, wenn die Vorstellung nicht wahr und nicht vermeidbar war. Die Relevanz des objektiven Rechtfertigungssachverhalts auch für den Wegfall des objektiven Unrechts des Vorsatzdelikts erschöpft sich also darin, die Unvermeidbarkeit des subjektiven Rechtfertigungssachverhalts zu ersetzen.

Mit Hilfe der Kontraposition läßt sich zeigen, daß auch die Version der eingeschränkten Schuldtheorie, die beim Erlaubnistatbestandsirrtum den Erfolg zum Vorsatz zurechnet<sup>46</sup>, zu einer zwischen objektiven und subjektiven Sachverhalten alternierenden Unrechtsbedingung gelangt. Bei der üblichen Darstellung dieser Theorie als Lehre von den Bedingungen der Rechtfertigung ergibt sich eine harmlose Konjunktion objektiver und subjektiver Bedingungen. Was ist prima facie gegen die These einzuwenden, daß die Tat nur gerechtfertigt ist, wenn sowohl die objektiven als auch die subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen gegeben sind? Fragt man aber stattdessen nach den Bedingungen der Rechtswidrigkeit des Erfolges, so zeigt sich auch hier eine Disjunktion von objektiven und subjektiven Sachverhalten. Der Erfolg wird zum Vorsatzunrecht zugerechnet, wenn entweder das objektive oder das subjektive Rechtfertigungselement fehlt.

Löst man sich von den Systemkategorien Rechtfertigung und Entschuldigung, auf die die eingeschränkte Schuldtheorie so viel Wert legt, und fragt nach den Bedingungen der Strafbarkeit und Strafflosigkeit im Ergebnis, so zeigt sich, daß die objektiven Rechtfertigungsbedingungen für dieses Ergebnis keine Rolle mehr spielen, wenn sie das objektive Erfolgsunrecht nicht beseitigen. Denn nach der eingeschränkten Schuldtheorie (und der Vorsatztheorie) ist der Täter immer dann nicht nach dem Vorsatzdelikt strafbar, wenn die subjektiven Rechtfertigungsbedingungen erfüllt sind, gleichgültig, ob die objektiven erfüllt sind oder nicht. Und nach der Vollendungslösung wird dem Täter der Erfolg immer zum Vorsatz zugerechnet, wenn die subjektiven Rechtfertigungsbedingungen fehlen, gleichgültig, ob die objektiven gegeben sind oder nicht. Nach dieser Theorienkombination erschöpft sich die Relevanz der objektiven Rechtfertigungsbedingungen in folgendem: Sind die subjektiven Rechtfertigungsbedingungen gegeben, so hängt es von den objektiven ab, ob der Täter gerechtfertigt oder (nur) entschuldigt ist.

Die Anwendung der Kontraposition auf die verschiedenen Lehrsätze der Rechtfertigung und des Irrtums über Rechtfertigungstatsachen zeigt also, daß die Kombinationen einiger dieser Sätze, die in der Lehre vertreten werden, zwar nicht unlogisch (widersprüchlich) sind, aber zu inakzeptablen Strafbarkeits-

46 Gallas (Fn. 3), 155 (177); Schmidhäuser (Fn. 3), der auch in diesem Zusammenhang gehört, obwohl er ein Anhänger der Vorsatztheorie und nicht der eingeschränkten Schuldtheorie ist, denn auch nach der Vorsatztheorie schließt der Erlaubnistatbestandsirrtum Vorsatzschuld aus.

bedingungen führen. Diese sind inakzeptabel, weil sie objektive Bedingungen durch subjektive ersetzbar machen und umgekehrt. Dem steht unser allgemeines Verständnis von der Struktur des Unrechts entgegen, das zwischen objektivem und subjektivem Unrecht trennt. Diese Trennung findet ihren Ausdruck in der Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht einerseits und Versuchs- und Vollendungsunrecht andererseits. Die Rede vom Gesamtunrechtstatbestand oder den Rechtfertigungstatbeständen als "negativen Tatbestandsmerkmalen" besagt, richtig verstanden, nur, daß diese Trennung zwischen objektiven und subjektiven Unrechtsbedingungen für die Rechtfertigungsgründe in gleicher Weise gilt wie für die Tatbestände. Es geht nicht darum, dem Tatbestand und der Rechtswidrigkeit ihre Eigenständigkeit als Verbrechenlemente oder Wertungsstufen zu nehmen.

Wenn es so etwas wie eine objektive Rechtfertigung überhaupt geben soll, so muß ihr auch die Wirkung zugestanden werden, das objektive Unrecht der Tatbestandsverwirklichung zu beseitigen. Wenn es so etwas wie subjektive Rechtfertigungserfordernisse gibt, so muß ihre Erfüllung genügen, das subjektive Unrecht des Vorsatzdelikts auszuschließen. Aber weder das eine noch das andere ist als Ergebnis eines Rechenexempels mit negativen und positiven Handlungs- bzw. Erfolgswerten adäquat darzustellen und gegen andere Konzepte der Rechtfertigung zu verteidigen.