

Einleitung

„Es ist nicht zu leugnen, dass die hier im Anschluss an *Blei* gemachte Unterscheidung Ähnlichkeit aufweist mit der des RG zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtümern, deren Sinn die Gleichstellung der letzteren Irrtumsart mit dem vorsatzrelevanten Tatsachenirrtum ist. Einen Einwand kann das nicht begründen, auch wenn es üblich geworden ist, die Irrtumslehre des RG als überholt und kaum noch erörterungswürdig abzutun. Berechtigter wäre im Gegenteil der Vermutung Raum zu geben, dass eine so lang praktizierte Judikatur einen richtigen Kern gehabt haben muss,“ schreibt *Herzberg* in einem Aufsatz über das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH.¹ Diese Ermahnung, es sich mit dem RG nicht ganz so leicht zu machen, hat ihm wenig genützt. Es ist nach wie vor üblich, eine Lehre, die auch nur in den Ergebnissen derjenigen des RG nahe kommt, schon deshalb zu verwerfen, ohne sich weiter mit ihrer Begründung auseinander zu setzen.² *Herzberg* selbst ist es nicht besser ergangen. *Burkhardt* wirft ihm vor, er habe „vergessen, was man einmal wusste. Die Unterscheidung des RG ist – wie bereits ausgeführt – einer erdrückenden Kritik zum Opfer gefallen. Wer sie in der ein oder anderen Form wieder beleben möchte, müsste erst einmal versuchen, die gegen sie erhobenen Einwände zu entkräften.“³ Genau dies soll hier geschehen. Dabei wird sich erweisen, dass die erdrückende Kritik an der Unterscheidung des RG zwischen dem sog. strafrechtlichen und dem sog. außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum ihre Kraft vor allem aus der unglücklichen Terminologie des RG schöpft und dass seine Kritiker nicht nur bei dieser Kritik, sondern auch bei der Entwicklung ihrer eigenen Lehre selbst dieser unglücklichen Terminologie verhaftet sind.

Die Redeweise vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum

Das macht schon das Argument deutlich, das die Gegner des RG aus § 258 gewinnen. Bewahrt der Täter einen anderen vor der öffentlichen Verfolgung wegen einer Tat, die er für eine Ordnungswidrigkeit hält, die in Wahrheit aber eine Straftat ist, z.B. § 21 StVG, so hat er

¹ JuS 1980, 469 (473).

² *Paeffgen*, in: NK, 2. Aufl., Vor § 32 Rn 250 ff.; *Burkhardt* JZ 1981, 681 (687).

³ JZ 1981, 681 (687).

den Vorsatz der Strafvereitelung i.S. von § 258 nicht, weil in § 258 von einer Verfolgung „dem Strafgesetz gemäß“ die Rede ist.⁴ Trotzdem ist sein Irrtum ohne Zweifel ein strafrechtlicher, weil er den Inhalt eines Strafgesetzes betrifft. Auch im umgekehrten Fall ist der strafrechtliche Irrtum des Täters erheblich, nämlich dann, wenn er die Tat des von ihm Geschützten irrtümlich für eine Straftat hält, während sie in Wirklichkeit eine Ordnungswidrigkeit ist. Dieser Irrtum begründet dem Begriff nach einen strafbaren untauglichen Versuch.⁵ Dies widerspricht der Lehre des RG nur deshalb, weil dieses von einem Strafrechtsirrtum spricht, statt von einem Irrtum über diejenige Norm, die für den Täter selbst gilt und die er übertritt.

Die Redeweise vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum erweckt den Eindruck, als unterschieden sich diese beiden Irrtümer nur dadurch, dass sich der eine auf Normen des Strafgesetzbuches bezieht, der andere auf Normen in anderen Gesetzen. Der sog. strafrechtliche Rechtsirrtum bezieht sich auf denjenigen Straftatbestand, den der Täter objektiv übertreten hat oder zu übertreten glaubte. Im ersteren Fall liegt ein sog. Subsumtionsirrtum vor, im zweiten ein sog. umgekehrter Subsumtionsirrtum. Beide sind nach allgemeiner Überzeugung für die Strafbarkeit des Täters irrelevant. Der Subsumtionsirrtum schließt sie nicht aus, der sog. umgekehrte Subsumtionsirrtum begründet sie nicht. Der sog. außerstrafrechtliche Rechtsirrtum wird nun dahin beschrieben, dass er sich in genau der gleichen Weise auf Normen bezieht, nur dass diese nicht im Strafgesetzbuch stehen, sondern in anderen Gesetzen. In einem solchen Irrtum befindet sich z.B. der Täter, der eine Sache verkauft, aber noch nicht übereignet hat und sie deshalb für fremd hält, weil er das Abstraktionsprinzip nicht beherrscht,⁶ oder der Täter, der seine Sache sicherungshalber an einen anderen übereignen wollte und nicht weiß, dass der Übereignungsversuch wegen des Fehlens der Vereinbarung eines Besitzkonstituts nicht wirksam ist. Nach der Rechtsprechung begründet ein solcher Irrtum einen strafbaren Unterschlagungsversuch, wenn der Täter sich dennoch als Eigentümer der Sache geriert.⁷ Dagegen wird nun eingewandt, dass ein außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum die Strafbarkeit ebensowenig begründen könne wie ein strafrechtlicher. Ein Täter dürfe nicht deshalb bestraft werden, weil es ihm an Rechtskenntnissen gefehlt habe.⁸ Die reichsgerichtliche

⁴ BGHSt 15, 210 (213); *Cramer*, in: Müko-StGB, 2003, § 258 Rn 39.

⁵ *Puppe*, GA 1990, 145 (159) = Strafrechtsdogmatische Analysen (2006), 265 (282); auch *Herzberg*, JuS 1980, 469; jetzt aber anders in MüKo, § 22 Rn 22, indem er „rechtswidrige Tat“ jetzt als Sammelbegriff i.S. von *Roxin* versteht. Der Streit ist allerdings deshalb akademisch, weil § 258 Abs. 3 die Strafbarkeit eines solchen Versuchs mangels Strafbarkeit einer (wirklichen oder vermeintlichen) Vortat auf Null reduziert.

⁶ *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn 253.

⁷ OLG Stuttgart NJW 1962, 65 (66).

⁸ *Burkhardt*, JZ 1981, 681 (687 f.); *Zaczyk*, in: NK, § 22 Rn 48; *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn 256 f.

Unterscheidung zwischen einem außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum, der Strafbarkeit begründen könne und einem strafrechtlichen, der sie nicht begründen könne, sei ganz äußerlich.⁹

Aber der Irrtum, der in diesen Fällen die Strafbarkeit des Täters begründet, besteht nicht darin, dass er die Normen des Sachenrechts über den Erwerb und die Übertragung von Eigentum nicht kennt, sondern darin, dass er diese einzelne Sache für eine für ihn fremde hält. Diese Vorstellung begründet den Vorsatz der Unterschlagung, gleichgültig ob sie richtig ist oder falsch. Ob die Falschheit einer solchen Vorstellung auf einem Irrtum über tatsächliche Ereignisse beruht, die einen Eigentumswechsel zur Folge gehabt hätten, oder auf Fehlvorstellungen über Rechtsnormen, die einen Eigentumswechsel zur Folge gehabt hätten, macht dabei keinen Unterschied.¹⁰ Denn zum Sinn des Begriffs Fremdheit gehört nicht, dass der Täter sich irgendwelche Vorstellungen darüber gemacht hat, wie der Eigentümer zu seinem Eigentum gekommen ist. Wenn aber eine Vorstellung nicht notwendiger Bestandteil des Vorsatzes ist, also für den Vorsatz überflüssig ist, so kann sie den Vorsatz auch nicht ausschließen, wenn sie falsch ist.¹¹ Die Beschreibung des sog. außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums als Irrtum über Rechtsnormen ist also nicht richtig. Der Täter irrt über Rechtsverhältnisse, die er vorfindet. Dies sind nicht Normen, sondern Tatsachen, sog. institutionelle Tatsachen.¹² Auf diese institutionellen Tatsachen verweisen die Tatbestandsmerkmale, die Rechte und Rechtsverhältnisse beschreiben wie z.B. fremde Sache, eine Sache, die fremdem Jagdrecht unterliegt, Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht, rechtswidrige Bereicherung. Diese Tatsache muss der Täter kennen, um im Sinne eines Tatbestandes vorsätzlich zu handeln, der ein solches Rechtsverhältnis als Merkmal aufweist. Daraus folgt nach dem sog. Umkehrschluss des RG, dass der Täter einen untauglichen Versuch begeht, ein solches Rechtsverhältnis zu verletzen, wenn er dessen Bestehen irrtümlich annimmt. Hiergegen richtet sich vor allem die Kritik an der Lehre des RG. Diese Kritik hat das Ziel, darzutun, dass ein Täter, der sich wegen Verkennung von Rechtsnormen, die außerhalb des Strafrechts liegen, strafbar zu machen glaubt, ebenso ein strafloses Wahndelikt begeht wie derjenige, der auf Grund der Verkennung einer Strafnorm glaubt, diese zu übertreten.¹³

⁹ *Roxin*, Allgemeiner Teil/2 Rn 397; *Burkhardt*, JZ 1981, 681 (687); *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht (1903), 179 f.

¹⁰ *Puppe*, GA 1990, 145 (157 f.) = *Analysen* (2006), 265 (279 f.); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 48; *Herzberg*, GA 1993, 439 (446 f.); *Reiß*, wistra 1986, 193 (199); *Kindhäuser*, Allgemeiner Teil 27/29.

¹¹ *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 140 f.; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung (1992), 1 ff.; anders *Jakobs*, Allgemeiner Teil 8/58 f.

¹² *Searle*, Sprechakte (1971), 78 ff.; *Darnstädt*, JuS 1978, 441 (443); *Puppe*, GA 1990, 145 (156 ff.) = *Analysen* (2006), 265 (278 ff.).

¹³ *Burkhardt*, JZ 1981, 681 (685 f.); *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn 264 f.; *Zaczyk*, in: NK, § 22 Rn 45; *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 22 Rn. 85 ff.

Die „Überdehnung des Anwendungsbereichs“ eines Tatbestandes als Wahndelikt

Der heute einflussreichste Vertreter dieser Lehre ist *Burkhardt*. Er beschreibt das Wahndelikt dahin, dass der Täter irrtümlich den Anwendungsbereich eines Strafgesetzes überdehne.¹⁴ Dabei kann es sich nur um den Anwendungsbereich des objektiven Tatbestandes handeln, denn, dass der subjektive Tatbestand nicht vorliegt, soll ja erst bewiesen werden. *Burkhardt* sagt sehr deutlich, was er unter dem Anwendungsbereich eines objektiven Tatbestandes versteht, nämlich seine Extension. Er erläutert dies wie folgt: „Unter Extension eines Ausdrucks (auch Begriffsumfang) verstehe ich, herkömmlichem Sprachgebrauch folgend, einfach die Menge der Gegenstände, Zustände oder Sachverhalte, auf die dieser Ausdruck zutrifft.“¹⁵ Damit kann nicht gemeint sein, dass der Täter die Extension des Tatbestandes kennen müsse, um vorsätzlich zu handeln, denn die kennt der Täter niemals, sie liegt zum Zeitpunkt seiner Tat auch nicht fest, weil der Tatbestand für die Zukunft offen ist. Gemeint sein kann nur, dass der Täter darüber irrt, dass seine Handlung zur Extension, zum Begriffsumfang, zum Anwendungsbereich des objektiven Tatbestandes gehört. Aber das glaubt irrtümlich jeder Täter, der einen Versuch begeht. Wer einen Versuch begeht, glaubt, dass er den objektiven Tatbestand des betreffenden Strafgesetzes erfüllt. Er erweitert also dessen Anwendungsbereich (Extension) um genau einen Fall, nämlich den seinen.¹⁶ Der Unterschied zwischen Versuch und Wahndelikt kann also nicht darin bestehen, dass nur der Täter eines Wahndelikts den Anwendungsbereich des Tatbestandes erweitere, der Täter eines Versuchs aber nicht. Was der Täter eines Wahndelikts fälschlich erweitert, ist nicht nur der Anwendungsbereich der Vorschrift, sondern ihr Sinn. Nicht nur die Extension, sondern die Intension,¹⁷ womit freilich stets auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Tatbestandes verbunden ist. Aber diese Erweiterung des Anwendungsbereichs macht keinen Unterschied zwischen Versuch und Wahndelikt aus.

Die Überdehnung des Sinnes eines Tatbestandes als Wahndelikt

Der Inhalt der den Tatvorsatz begründenden Vorstellung des Täters ist der deskriptive Sinn des Tatbestandes, nicht mehr und nicht weniger. Dies habe ich an anderer Stelle entwickelt,¹⁸

¹⁴ *Burkhardt*, JZ 1981, 681 (683).

¹⁵ *Burkhardt*, JZ 1981, 681 (685).

¹⁶ *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 145; *Kindhäuser*, AT 30/28.

¹⁷ *Puppe*, GA 1990, 145 (155 f.) = *Analysen* (2006), 265 (277 f.); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 145.

¹⁸ *Puppe*, GA 1990, 145 ff. = *Analysen* (2006), 265 ff.; zust. *Herzberg*, GA 1993, 439 (442).

und möchte es daher hier nur zur Vermeidung von Missverständnissen kurz rekapitulieren. Laut § 16 ist der Inhalt des Vorsatzes die Vorstellung von den Umständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Umstände sind Tatsachen. Stellt sich der Täter Tatsachen vor, die einen Straftatbestand erfüllen, weiß er aber nicht, dass sie diesen Tatbestand erfüllen, so kann das nur daran liegen, dass er den Sinn des Tatbestandes zu eng fasst. Nimmt er umgekehrt von richtig erkannten Tatsachen, die einen Tatbestand nicht erfüllen an, dass sie diesen erfüllen, so kann das nur daran liegen, dass er den Sinn des Tatbestandes zu weit fasst, ihn überdehnt. Er befindet sich dann in einem sog. umgekehrten Subsumtionsirrtum und mag, indem er trotz dieser Vorstellung handelt, Mangel an rechtlicher Gesinnung offenbaren. Trotzdem kann er nicht bestraft werden, weil es keinen Tatbestand gibt, der seine Strafbarkeit begründet. Die von *Engisch* vorgeschlagene „Auflockerung“ dieses Umkehrverhältnisses dahin, dass ein Täter, dessen zu weite Auslegung eines Tatbestandes immerhin „vertretbar“ oder verständlich ist, wegen eines untauglichen Versuchs dieses Tatbestandes strafbar sein soll,¹⁹ ist unvereinbar mit dem Gesetz bzw. dessen als richtig vorausgesetzte (engere) Auslegung.²⁰

Der Sinn des Tatbestandes ist trennbar von seinem Wortlaut, also seinem sprachlichen Ausdruck. Wenn zwei Ausdrücke den gleichen Sinn haben, obwohl sie verschieden lauten, nennt man sie synonym. Der Täter befindet sich in einem Subsumtionsirrtum, wenn er sich den Sinn des Tatbestandes unter einem anderen sprachlichen Ausdruck vorstellt und dabei nicht weiß, dass dieser Ausdruck mit dem Tatbestand synonym ist. Aber er braucht sich nicht einmal ein Synonym des Tatbestandes vorzustellen, es genügt, wenn er sich einen Spezialfall des Tatbestandes vorstellt, also einen sprachlichen Ausdruck, der die Intension des Tatbestandes, seinen Sinn impliziert.²¹ Bei Rechtsbegriffen ist es für einen Laien in der Regel sehr viel leichter zu einer solchen speziellen Vorstellung zu gelangen, als zum allgemeinen Begriff des Tatbestandsmerkmals. Wenn eine Kundin das Preisschild von einer Ware ablöst, um es gegen ein anderes, einen niedrigeren Preis anzeigendes auszutauschen, so mag sie mit Recht behaupten, sie habe nicht gewusst, dass sie eine Urkundenfälschung begeht. Sie hat aber gewusst, dass sie das Kaufangebot eines Einzelhändlers verfälscht, das durch eine feste Verbindung zwischen Preisschild und Ware dargestellt war. Diese Vorstellung impliziert den allgemeinen Begriff einer Erklärung im Rechtsverkehr, die ihren Aussteller erkennen lässt. Befindet ein Täter sich in einem Tatbestandsirrtum, so werden wir von ihm niemals eine Beschreibung des in seiner

¹⁹ FS Heinitz (1972) 185, (199 ff.); zust. *Haft*, JuS 1990, 430 (434).

²⁰ *Puppe*, in: FS Lackner (1987), 199 (221) = Analysen (2006), 309 (330).

²¹ *Puppe*, GA 1990, 145 (150 f.) = Analysen (2006), 265 (270 f.); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 42.

Vorstellung gegebenen Sachverhaltes erhalten, die mit dem Tatbestand synonym ist oder ihn impliziert.²²

Die Substituierbarkeitsthese

Wenn die These richtig ist, dass der Inhalt des Vorsatzes der deskriptive Sinn des Tatbestandes ist, so ist damit jene vernichtende Kritik widerlegt, der die reichsgerichtliche Unterscheidung zwischen dem strafrechtlichen und dem sog. außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum zum Opfer gefallen ist. Es handelt sich um die sog. Substituierbarkeitsthese von *Kohlrausch*. Diese Unterscheidung des RG soll auch deshalb ein reiner Formalismus sein, weil der Gesetzgeber oder der Rechtsanwender einen außerstrafrechtlichen Irrtum ohne weiteres in einen strafrechtlichen umwandeln könnte, indem er die Bezeichnung eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses durch dessen zivilrechtliche oder öffentlichrechtliche Entstehungsbedingungen ersetzt (substituiert).²³ Dadurch würde sich der Anwendungsbereich des Straftatbestandes nicht ändern. Es ist zwar richtig, dass sich der Anwendungsbereich eines objektiven Tatbestandes nicht ändern würde, wenn es tatsächlich gelänge, ein in ihm bezeichnetes Rechtsverhältnis durch eine vollständige alternative Aufzählung aller seiner von Rechts wegen möglichen Entstehungsvorgänge zu ersetzen, aber dadurch würde der Sinn des objektiven Tatbestandes verändert und damit auch der Inhalt des tatbestandsmäßigen Vorsatzes²⁴ und damit schließlich auch der Anwendungsbereich des ganzen Tatbestandes. Deshalb soll der Gesetzgeber die Tatbestände so formulieren, dass ihr Unrechtsgehalt darin zum Ausdruck kommt. Es ist also für ihn gar nicht erstrebenswert, die in den Tatbeständen beschriebenen Rechte und Rechtsverhältnisse durch ihre Entstehungsbedingungen zu ersetzen, selbst wenn dies ausnahmsweise möglich ist.²⁵ Er hat gut daran getan, in den Wildereitattbestand zu schreiben, wer ein Tier tötet, das fremdem Jagdrecht unterliegt und nicht eine Aufzählung der jagdbaren Tierarten und der weiteren Bedingungen, unter denen für diese nach dem BJagdG ein Jagdrecht begründet wird. Für den Vorsatz der Wilderei ist es nicht nötig, dass der Täter das Tier, das er tötet, seiner Gattung nach richtig bestimmt. Er muss nur wissen, dass dieses Tier fremdem

²² *Puppe*, GA 1990, 145 (150 f.) = Analysen (2006), 265 (271 f.).

²³ *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht (1903), 179 f.; *Burkhardt*, JZ 1981, 681 (687); *Eser*, in: Schönke/Schröder § 22 Rn 89; *Jakobs*, FS Rudolphi (2004), 107 (114); *NK-Paeffgen* vor §§ 32 Rn. 263.

²⁴ *Puppe*, GA 1990, 145 (155 f.); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 38; *Herzberg*, GA 1993, 439 (447 f.).

²⁵ *Herzberg* zeigt auf, dass es kaum möglich ist, die Entstehungsbedingungen eines Rechtsverhältnisses so zu beschreiben, dass man keinen Begriff verwendet, der das Rechtsverhältnis selbst als Sinnelement enthält, wie z.B. der Begriff Einigung über den Eigentumsübergang den Begriff Eigentum (in: MüKo, § 22 Rn 73; so auch schon *Puppe*, GA 1990, 145 [154 f.] = Analysen [2006], 265 [276 f.]; *dies.*, in: NK, § 16 Rn 46 ff.).

Jagdrecht unterliegt.²⁶ Wenn also der Täter ein Mauswiesel tötet, in der irrigen Meinung, es sei eine Maus, gleichzeitig aber glaubt, dass Mäuse jagdbar seien, hat er den Vorsatz, ein fremdes Jagdrecht zu verletzen.²⁷ Diesen Vorsatz hat er übrigens auch dann, wenn es tatsächlich Maus ist und er Mäuse zu den jagdbaren Tieren zählt.

Herzberg hat dargelegt, dass der Gesetzgeber die Entstehungsbedingung eines in einem Straftatbestand bezeichneten Rechtsverhältnisses ändern könnte, ohne dadurch die Anforderungen an den tatbestandsmäßigen Vorsatz zu ändern.²⁸ Er könnte z.B. das Abstraktionsprinzip abschaffen oder eine Übereignung ohne Besitzkonstitut zulassen, und dadurch den Anwendungsbereich des Diebstahlstatbestandes und des Unterschlagungstatbestandes ändern, weil dann in bestimmten Fällen für den Täter fremdes Eigentum entstehen würde, in denen es nach heutigem Recht nicht entsteht. Aber damit würde er nicht den Sinn des objektiven Diebstahlstatbestandes oder des Unterschlagungstatbestandes ändern, oder, wie *Herzberg* es etwas weniger eindeutig ausdrückt, die „Grundentscheidung“ des Strafgesetzgebers.²⁹

Der Irrtum über Rechtsverhältnisse und die Formel von der Parallelwertung in der Laiensphäre

Zu der erdrückenden Kritik, der die reichsgerichtliche Unterscheidung zwischen einem sog. umgekehrten Subsumtionsirrtum und einem Versuchsstrafbarkeit begründenden außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum zum Opfer gefallen ist, gehört auch der Einwand, dass der Täter, der sein Verhalten wegen eines sog. außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums für strafbar hält, lediglich eine zu strenge Wertung vornehme, dass man aber niemanden nur wegen zu strenger Wertmaßstäbe bestrafen dürfe.³⁰ Diese Kritik nimmt ihren Ausgangspunkt vom Verständnis der Rechte und Rechtsverhältnisse bezeichnenden Merkmale als normative Tatbestandsmerkmale und von der Lehre *Mezgers*, dass im Bezug auf diese Merkmale der Vorsatz eines Täters eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ beinhaltet.³¹ Aber die Erkenntnis, dass ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis besteht, ist nicht ein Akt der Wertung, sondern, wie jede andere Tatsachenerkenntnis auch, ein Akt der Kognition. Wenn ich wissen will, wem das Auto gehört, das vor meiner Türe steht, notiere ich mir die Zulassungsnummer und schaue ins

²⁶ Anders *Kindhäuser*, GA 1990, 407 (421 f.).

²⁷ *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 39; *dies.*, AT/1 19/3.

²⁸ JuS 1980, 469 (472).

²⁹ JuS 1980, 469 (473).

³⁰ *Jakobs*, AT 25/42; *Reiß*, wistra 1986, 193 (197 f.).

³¹ *Mezger*, Lehrbuch (1933), 325 ff.; *ders.*, JZ 1951, 179 f.

Kraftfahrzeugregister. Wenn ich nicht weiß, welcher Teil eines Grundstücks mir gehört und welcher meinem Nachbarn, wird mir kein Akt der Wertung den Gang zum Katasteramt ersparen. Aber auch wenn ich nicht weiß, ob eine von mir vorgenommene Sicherungsübereignung wirksam ist oder nicht, hilft es mir nicht, in mich zu gehen, ich muss nicht mein Wertbewusstsein befragen, sondern einen Rechtsanwalt, oder einen Blick in das Gesetz tun. Wenn der Wanderer, der eine Abwurfstange findet, nicht weiß, dass Abwurfstangen gem. § 1 Abs. 5 BJagdG dem Jagdrecht unterliegen, wird ihm kein Akt der Wertung den Vorsatz vermitteln, durch ihre Mitnahme den Wildereitatzbestand zu erfüllen. Wenn der Hotelgast sich mit seiner wertvollen Fotoausrüstung bei Nacht aus dem Hotel schleicht, ohne seine Rechnung bezahlt zu haben, so hat er den Vorsatz der Pfandkehr nicht, wenn er nicht weiß, dass der Hotelier an dieser Fotoausrüstung ein Pfandrecht erworben hat. Da hilft auch keine Parallelwertung in der Laiensphäre, etwa in dem Sinne, dass der Hotelier kraft einer Art von Selbsthilferecht die Fotoausrüstung einbehalten könnte.³² Wer umgekehrt ein Pfandrecht oder fremdes Eigentum annimmt, das in Wahrheit nicht besteht, sei es, weil er irrtümlich Ereignisse annimmt, durch die dieses Rechtsverhältnis von Rechts wegen entstanden wäre, sei es, dass er irrtümlich Rechtsnormen annimmt, die das Rechtsverhältnis auf Grund von tatsächlich gegebenen Ereignissen zur Entstehung gebracht hätten, legt an sein Handeln keine zu strengen Wertmaßstäbe an, sondern er stellt sich von Rechts wegen bestehende Voraussetzungen seines Handelns vor, die den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen würden, er begeht also einen untauglichen Versuch.

Auf Tatbestandsmerkmale, die tatsächlich eine Wertung ausdrücken, wird die Lehre von der sog. Parallelwertung in der Laiensphäre überhaupt nicht angewandt, sondern die von der Unbeachtlichkeit des Subsumtionsirrtums.³³ Irrt nämlich der Täter über ein Tatbestandsmerkmal, das eine Bewertung ausdrückt, so gilt dies als irrelevant, sowohl dann, wenn er irrtümlich glaubt, dieses Merkmal sei erfüllt, als auch dann, wenn er irrtümlich glaubt, es sei nicht erfüllt. Werthaltige Tatbestandsmerkmale sind z.B. pornografische Schrift, zum Rassenhass aufstacheln, böswillig verächtlich machen, eine Befugnis missbrauchen oder besonders ver-

³² *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 48 ff.

³³ Heimtücke i.S.d. § 211: BGHSt 3, 264 f.; 22, 77 (80); *Lackner/Kühl*, § 15 Rn 17, § 211 Rn 9; *Eser*, in: *Schöne/Schröder*, § 211 Rn 38; *Tröndle/Fischer*, § 211 Rn 34b; *Schaffstein*, in: FS OLG Celle (1961), 175 (195 ff.); Verwerflichkeit i.S. § 211: BGH NJW 1967, 1140 f.; grobe Verkehrswidrigkeit i.S. § 315c: BayObLG NJW 1969, 565 f.; BayObLG DAR 1983, 248; Garantienpflicht i.S. § 13: BGHSt GS 16, 155 (159); Verwerflichkeitsklausel i.S. § 240 Abs. 2: BGHSt GS 2, 194, (211); BayObLG NJW 1961, 2075; OLG Frankfurt DAR 1967, 222; OLG Hamburg NJW 1968, 663; OLG Karlsruhe NJW 1973, 378 (379); BayObLG NJW 1992, 521 (522); Vermögensbetreuungspflicht i.S. § 266: BGH wistra 1986, 25; Pflichtwidrigkeit i.S. § 356: BGHSt 7, 17 (23); 18, 192 (200); pornografische Schrift i.S. § 184: BGHSt 37, 55; ohne vernünftigen Grund i.S. § 17 TierSchG: OLG Köln NStE 1995, 116; auffälliges Missverhältnis i.S. § 302a a.F.: OLG Köln WuM 1987, 202 f.; Erforderlichkeit der Tötung i.S. § 22a BJagdG: OLG Karlsruhe NJW 1991, 116 f.

werfliche Anwendung eines Mittels zu einem Zweck. Nach h.L. schließt die irrtümliche Verneinung eines solchen Merkmals durch einen Täter, der zu laxen Wertmaßstäben an sein Handeln anlegt, seinen tatbestandsmäßigen Vorsatz nicht aus,³⁴ und die irrtümliche Annahme eines solchen Merkmals auf Grund zu strenger Wertmaßstäbe begründet ihn nicht. In aller jüngster Zeit hat der BGH die Irrelevanz eines Wertungsirrtums bestätigt, indem er im Mannesmann-Prozess die Angeklagten nicht mit der Verteidigung gehört hat, sie hätten die Geldzahlungen in zweistelliger Millionenhöhe an die scheidenden Manager von Mannesmann nicht für missbräuchlich gehalten.³⁵ Dabei war übrigens von Parallelwertung in der Laiensphäre mit keinem Wort die Rede. Wäre die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre als Voraussetzung des Tatbestandsvorsatzes auf diesen Fall angewandt worden, so hätte der BGH die Angeklagten freisprechen müssen, weil sie ihr Verhalten selbst nicht als missbräuchlich gewertet haben.³⁶ Der BGH hat die Formel von der Parallelwertung in der Laiensphäre zwar nie ausdrücklich verworfen, er wendet sie aber auch nicht mehr an. Es gibt wohl keinen Topos, der mehr Verwirrung in das Verständnis des Sinnes von Tatbeständen und Tatbestandsmerkmalen gebracht hat, als die Bezeichnung der Rechte und Rechtsverhältnisse benennende Tatbestandsmerkmale als normativ und der Topos von der Parallelwertung in der Laiensphäre.

Der Umkehrschluss der Rechtsprechung

Das Argument, mit dem sowohl das RG als auch bis auf den heutigen Tag der BGH im Einzelfall begründet, dass ein sog. umgekehrter außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum des Täters einen untauglichen Versuch begründet und nicht bloß ein Wahndelikt, ist der sog. Umkehrschluss des RG.³⁷ Er wird dadurch ausgeführt, dass man zwischen der irrigen Vorstellung des Täters und der Wirklichkeit die Wahrheitswerte vertauscht. Ergibt sich in diesem Hilfsfall ein

³⁴ *Tröndle/Fischer*, § 131 Rn 18, § 184 Rn 42; vgl. *Ostendorf*, in: NK § 131 Rn 15, siehe auch vorherige Fn. 33.

³⁵ BGHSt 50, 331 (346), ebenso BGHSt 47, 184 ff. für Spenden an den Verein, dessen Vorsitzender der Aufsichtsratsvorsitzender der spendenden AG war.

³⁶ Dies war offenbar auch die Rechtsansicht des Landgerichts, das die Einstellung des Verfahrens nach der Zurückverweisung des BGH u.a. so begründet hat: „Bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses an einer weiteren Strafverfolgung ist überdies zu berücksichtigen, dass ungeachtet der richtungweisenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs tatsächliche und rechtliche Fragen offen geblieben sind, deren rechtskräftige Klärung innerhalb eines überschaubaren Zeitraums ersichtlich nicht möglich wäre. [...] Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. November 2005 handelt es sich im Wesentlichen um Fragen des subjektiven Tatbestandes“ (LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 9/2006, S. 1 f.) Die Lehre aus dem Fall Mannesmann ist, dass ein Instanzgericht zu Gunsten des Angeklagten dem BGH jederzeit die Gefolgschaft verweigern kann, wenn der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft damit einverstanden ist. Denn nach der Rechtsansicht des BGH waren die Elemente des subjektiven Tatbestandes gegeben, da die Angeklagten die Geldsummen ja kannten, die sie den Managern von Mannesmann selbst bewilligt hatten.

³⁷ RGSt 42, 92 (94); 66, 124 (126); 72, 109 (112); BGHSt 13, 235 (239 f.); 14, 345 (350); 15, 210; 42, 268 (272 f.); OLG Düsseldorf, NJW 2001, 167; OLG Stuttgart NJW 1962, 65 f.

vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum i.S. von § 16, so ist der Ausgangsfall, so die These des Umkehrschlusses, ein strafbarer untauglicher Versuch. Hat z.B. im Ausgangsfall der Täter, der eine Sache weiterverkaufte, irrtümlich geglaubt, sie wirksam an einen anderen zur Sicherung übereignet zu haben, so wäre der umgekehrte Fall der, dass der Täter die Sache tatsächlich wirksam zur Sicherung übereignet hat, diese Sicherungsübereignung aber selbst fälschlich für unwirksam hält. In diesen Hilfsfall weiß der Täter nicht, dass er sich eine fremde Sache zueignet, er befindet sich also in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum. Nach dem sog. Umkehrschluss soll daraus folgen, dass der Täter im Ausgangsfall einen untauglichen Versuch und nicht bloß ein Wahndelikt begangen hat.³⁸

Diese Argumentation ist nur unter zwei Voraussetzungen schlüssig: 1. Der subjektive Tatbestand des Versuchs ist identisch mit dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts, 2. Für den Versuch ist gemäß der Legaldefinition in § 22 objektiv nichts erforderlich, außer dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zu ihr ansetzt. Die zweite Prämisse wird von einigen Autoren bestritten in Bezug auf die sog. Rechtspflichtmerkmale.³⁹ Das sind Rechtsstellungen des Täters selbst, die der Tatbestand eines Sonderdelikts voraussetzt. Diese müssen nach der Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen nicht nur subjektiv sondern auch objektiv gegeben sein, wenn der Täter sich nach diesen Sonderdelikten strafbar machen soll. Gegen eine solche Lehre ist logisch nichts einzuwenden, sie ist mit dem sog. Umkehrschluss nicht zu widerlegen,⁴⁰ sie widerlegt aber, entgegen *Roxin*,⁴¹ auch den Umkehrschluss nicht. Das gilt auch für die Ansicht von *Zaczyk*, der diesen Gedanken auf alle Rechte und Rechtsverhältnisse ausdehnt, die in einem Tatbestand vorausgesetzt werden. Ein Rechtsverhältnis, so argumentiert er, das im konkreten Fall nicht vorhanden ist, könne das Recht auch nicht schützen.⁴² Aber mit diesem Argument kann man die Strafbarkeit eines jeden Versuchs ablehnen, jedenfalls den eines Versuchs am untauglichen Objekt. Wenn in dem Busch, auf den der Täter in Tötungsabsicht schießt, niemand steckt, wenn unter der Bettdecke, in die er in der gleichen Absicht hineinsticht, niemand liegt, gibt es kein Objekt, das die Rechtsordnung im konkreten Fall schützen kann und das ihres Schutzes bedarf. Ebensowenig ist mit dem Umkehrschluss eine Ansicht zu widerlegen, die einen Versuch nur bei einer gewissen Gefährlichkeit (Tauglichkeit) bejaht. Umgekehrt ist aber mit der Möglichkeit solcher Rechtsansichten auch nicht

³⁸ OLG Stuttgart NJW 1962, 65 f.

³⁹ *Zaczyk*, in: NK, § 22 Rn 39; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1 11/65.

⁴⁰ *Puppe*, in: FS Lackner (1987), 199 (215 f.) = *Analysen* (2006), 309 (325 f.); anders *Bruns*, (1955), 10 ff. (14 f.).

⁴¹ AT/2 29/406.

⁴² *Zaczyk*, in: NK, § 22 Rn 37; *ders.*, (1989), 229 ff.

die logische Gültigkeit des Umkehrschlusses zu widerlegen,⁴³ sondern nur seine oben aufgezeigten Prämissen.

Schließlich ist mit dem Umkehrschluss allein auch nicht die Ansicht zu widerlegen, dass der Täter sich nicht nur eine Vorstellung von dem Rechtsverhältnis machen muss, das im Tatbestand beschrieben ist, sondern auch von dessen Entstehungsbedingungen, um einen Versuch zu begehen. Dann müsste aber gemäß unserer Prämisse 1 dasselbe auch für das vollendete Delikt gelten, mit der Konsequenz, dass der Täter, der das Rechtsverhältnis als bestehendes richtig erkennt, sich aber falsche Vorstellungen über seine Entstehungsgeschichte macht, wegen eines vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum straflos wäre.⁴⁴ Konsequenterweise müsste dann auch der Täter straflos sein, der sich überhaupt keine Vorstellungen über die Entstehungsgeschichte des Rechtsverhältnisses macht, denn eine Vorstellung, die für den Vorsatz überflüssig ist, kann diesem auch dann nicht entgegenstehen, wenn sie falsch ist.⁴⁵ Der Umkehrschluss des RG gilt also nicht in jeder denkbaren Rechtsordnung, er gilt aber in der unseren unter den beiden oben dargestellten Prämissen.⁴⁶ Wenn dies richtig ist, so folgt aus der tatbestandsausschließenden Wirkung der Unkenntnis eines im Tatbestand beschriebenen Rechtsverhältnisses die versuchsbegründende Wirkung der irrigen Annahme dieses Rechtsverhältnisses.

Die logische Tragweite des Umkehrschlusses

Die Gegner der vom RG und vom BGH vorgenommenen Unterscheidung zwischen Versuch und Wahndelikt machen es sich mit dem Umkehrschluss meistens ziemlich leicht. Manchmal unter Hinweis auf seinen nur formalen Charakter oder darauf, dass es nicht auf Logik, sondern auf Teleologie ankommt⁴⁷, stets aber unter Berufung auf ihre anderweitig begründeten Ergebnisse erklären sie lediglich, dass das Ergebnis dieses Verfahrens falsch sei.⁴⁸ Wenn aber der Umkehrschluss ein logisches Argument aus allgemein anerkannten Prämissen ist, so genügt zu seiner Widerlegung nicht, dass man das gegenteilige Ergebnis anderweitig begründet. Man muss vielmehr den Nachweis führen, dass das Argument zu Unrecht den Anspruch er-

⁴³ *Puppe*, in: FS Lackner (1987), 199 (216) = *Analysen* (2006), 309 (326).

⁴⁴ So nur *Jakobs*, AT 8/59.

⁴⁵ *Puppe*, in: NK, § 15 Rn. 73; *dies.*, (1992), 1 ff.

⁴⁶ *Puppe*, in: FS Lackner (1987), 199 (213 ff.) = *Analysen* (2006), 309 (323 ff.); *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 154.

⁴⁷ *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn 110 f., Rn 250 ff.; *Hillenkamp*, in: LK-StGB, § 22 Rn 180; *Heuchemer*, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum* (2005), 254 ff., der eine ironische Äußerung dazu für bare Münze nimmt, a.a.O., S 257.

⁴⁸ *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn. 110; *Zaczyk*, in: NK, § 22 Rn 35, 42 ff.

hebt, ein logisches zu sein, d.h. man muss in dem Argument selbst einen logischen Fehler finden.

Meines Wissens hat nur ein Autor dies ernsthaft versucht, nämlich *Spendel*. In Auseinandersetzung mit dessen Kritik am Umkehrschluss soll überprüft werden, ob es sich um ein logisch gültiges Verfahren handelt oder nicht. Der Umkehrschluss geht jeweils von einer einzelnen Bedingung aus, von der zweifelhaft ist, ob sie für die Strafbarkeit notwendig ist oder nicht. Sie ist aber niemals dafür hinreichend. Trotzdem wird aus dem Umkehrschluss die Strafbarkeit wegen eines untauglichen Versuchs gefolgert. Deswegen, so meint *Spendel*, müsse sich in diesem Umkehrschluss der sog. Kehrsatz verbergen, der logisch unzulässige Schluss von einer notwendigen Bedingung auf das Bedingte.⁴⁹ Was können wir also logisch schließen aus der Aussage, dass eine bestimmte Tatsache eine notwendige Bedingung für eine Rechtsfolge ist oder dass eine bestimmte Tatsache keine notwendige Bedingung für eine Rechtsfolge ist?

Ist eine Tatsache eine notwendige Bedingung für den Eintritt einer Rechtsfolge, so ist das Fehlen dieser Tatsache hinreichende Bedingung für den Ausschluss der Rechtsfolge.

$$T \leftarrow R \leftrightarrow \neg T \rightarrow \neg R$$

Das ist die logisch gültige Schlussformel der Kontraposition. Sie lässt sich, wie jede Äquivalenz, auch umgekehrt schreiben.

Ist das Fehlen einer Tatsache hinreichende Bedingung für den Ausschluss einer Rechtsfolge, so ist die Tatsache notwendige Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge.

$$\neg T \rightarrow \neg R \leftrightarrow T \leftarrow R$$

Beide Formeln lassen sich auch negieren:

Wenn eine Tatsache nicht notwendige Bedingung für den Eintritt einer Rechtsfolge ist, so ist das Fehlen dieser Tatsache nicht hinreichende Bedingung für den Ausschluss der Rechtsfolge

$$\neg(T \leftarrow R) \leftrightarrow \neg(\neg T \rightarrow \neg R)$$

⁴⁹ *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441 (453 ff.), zustimmend *Schmitz*, Jura 2003, 593 (595).

Wenn das Fehlen einer Tatsache nicht hinreichende Bedingung für den Ausschluss einer Rechtsfolge ist, ist die Tatsache nicht notwendige Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge.

$$-(\neg T \rightarrow \neg R) \leftrightarrow -(T \leftarrow R)$$

Daraus, dass eine bestimmte Tatsache notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist, lässt sich also in der Tat nur ein Schluss auf die Verneinung von Strafbarkeit ziehen und zwar dann, wenn diese Bedingung nicht erfüllt ist. Gehen wir also von dem Satz als feststehend aus, dass eine bestimmte Vorstellung des Täters als notwendige Bedingung in Verbindung mit anderen Tatsachen einen strafbaren Versuch begründet, so ergibt sich, dass dieser strafbare Versuch (und naturgemäß auch das vollendete Delikt) entfällt, sofern diese Vorstellung fehlt. Das ist der Umkehrschluss vom Versuch auf den Tatbestandsirrtum. Geht man von dem Satz als feststehend aus, dass das Fehlen einer bestimmten Vorstellung einen Tatbestandsirrtum begründet, so ergibt die Umkehrung, also die Annahme, dass diese Vorstellung vorhanden ist, für sich allein noch keine Strafbarkeit wegen Versuchs. Diese ergibt sich nur dann und dadurch, dass man die übrigen notwendigen Bedingungen eines Versuchs, also die übrigen Vorsatzelemente und den Anfang der Ausführung als gegeben voraussetzt.

Aus der Negation der Notwendigkeit einer Bedingung für die Strafbarkeit lässt sich nicht auf die Strafbarkeit schließen. Aber es lässt sich feststellen, dass das Fehlen dieser Bedingung jedenfalls kein Grund ist, die Strafbarkeit abzulehnen. Dies lässt sich auf den Subsumtionsirrtum anwenden. Ist die richtige Subsumtion des eigenen Verhaltens unter den Tatbestand keine notwendige Bedingung des Vorsatzes, so schließt das Fehlen dieser Subsumtion den Vorsatz und damit die Strafbarkeit nicht aus. Die Umkehrung dieses Satzes ergibt: Schließt das Fehlen der Vorstellung von der Subsumierbarkeit des eigenen Verhaltens unter den Tatbestand den Vorsatz nicht aus, so kann das Vorhandensein dieser Subsumtion die Strafbarkeit nicht begründen, in dem Sinne, dass es notwendige Bedingung einer Strafbarkeit wäre. Diese Aussage ist als solche logisch sehr schwach. Das Argument wird aber dadurch eindrucksvoll, dass bei einem umgekehrten Subsumtionsirrtum per Definition alle Voraussetzungen des subjektiven Tatbestandes fehlen.

Die logische Grundlage des Umkehrschlusses des RG ist also nicht der Kehrsatz, sondern die logisch gültige Schlussform der Kontraposition.⁵⁰ Diese ist als logische Schlussform natürlich trivial. Ihre Anwendung in der Rechtswissenschaft kompliziert sich dadurch, dass sie aus ei-

⁵⁰ Näher dazu *Puppe*, in: FS Lackner (1987), 199 (209 ff.) = *Analysen* (2006), 309 (319 ff.).

ner längeren Argumentation erst einmal herausgefiltert werden muss und dass die Argumentation eine Reihe von Voraussetzungen enthält, die nicht ausgesprochen werden. Aber unter diesen weiteren Voraussetzungen bestätigt der Umkehrschluss in seinen vier Formen die Irrtumslehre des RG und ist ein zuverlässiges Verfahren, um im Einzelfall einen bestimmten Irrtum zu klassifizieren, wenn beispielsweise zweifelhaft ist, ob es sich um einen Tatbestandsirrtum oder einen Subsumtionsirrtum handelt.⁵¹

Anhand der Kontraposition lässt sich nun auch Aufzeigen, dass die These, dass falsche Vorstellungen über die Genese eines Rechtsverhältnisses nur ein Wahndelikt und keinen Versuch begründen, unvereinbar ist mit dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass der Täter das erforderliche Wissen um ein tatbestandsmäßiges Rechtsverhältnis besitzt, auch wenn er sich keine Vorstellungen über seine Entstehungsgeschichte macht. Auf diesen allgemein anerkannten Grundsatz ist die Negation der Kontraposition wie folgt anzuwenden: Ist ein Sachverhalt keine notwendige Voraussetzung für eine Rechtsfolge, so schließt die Negation dieses Sachverhalts die Rechtsfolge nicht aus. Ist also eine richtige Vorstellung über die Genese des tatbestandsmäßigen Rechtsverhältnisses nicht notwendiger Bestandteil des Vorsatzes, so schließt das Fehlen einer solchen Vorstellung also eine falsche Vorstellung über die Genese des Rechtsverhältnisses den Vorsatz nicht aus.

Nun kann man einen logisch gültigen Schluss zwar nicht widerlegen, aber dadurch gegenstandslos machen, dass man die Prämissen so ändert, dass das gewünschte Ergebnis auch bei diesem Schluss heraus kommt. Um das Ergebnis zu erzielen, dass eine falsche Vorstellung des Täters über die rechtlichen Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses den Vorsatz ausschließt, obwohl er sich über die Genese überhaupt keine Vorstellung zu machen braucht, um vorsätzlich zu handeln, müsste man die notwendige Bedingung des Vorsatzes wie folgt formulieren: Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er sich entweder überhaupt keine Vorstellungen über die rechtlichen Entstehungsbedingungen eines Rechtsverhältnisses macht, oder die richtige Vorstellung darüber hat. Dann würde gem. der Kontraposition die falsche Vorstellung über die Genese des Rechtsverhältnisses den Vorsatz ausschließen, denn ein solcher Täter macht sich ja weder überhaupt keine Vorstellung über die Genese des Rechtsverhältnisses noch die richtigen. Logisch ist das alles möglich. Aber die logisch korrekte Formulierung der Theorie von der Beachtlichkeit des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums bringt ihren Mangel

⁵¹ Näher dazu *Puppe*, in: FS Lackner (1987), 199 (213 ff.) = Analysen (2006), 309 (323 ff.); Der Umkehrschluss des RG ist eben nicht nur eine Faustregel, *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn 154 oder gar „Merkregel“ *Schmitz*, Jura 2003, 593 (596).

in aller Deutlichkeit zum Vorschein. Die Anforderungen an den Inhalt des tatbestandsmäßigen Vorsatzes werden durch den Tatbestand und seine Auslegung bestimmt, sie müssen also für alle Anwendungsfälle dieses Tatbestandes die gleichen sein. Der notwendige Inhalt des Vorsatzes kann nicht davon abhängig gemacht werden, was der Täter sich im Einzelfall gedacht oder nicht gedacht hat.

Verschiedene Arten von „Verweisungsbegriffen“

Die Lehre des RG und des BGH von der Unbeachtlichkeit des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums, also auch die Lehre von *Herzberg* und *Blei* von den sog. Verweisungsbegriffen hat sich also bestätigt und bisher aller Kritik standgehalten. Die Terminologie, in die sie gekleidet ist, insbesondere der Ausdruck Verweisungsbegriffe,⁵² ist allerdings ebenso missverständlich, wie die des RG vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum. Gemeint sind Irrtümer über das Bestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, das in einem Tatbestand bezeichnet ist. Diese Tatbestandsmerkmale verweisen aber nicht auf die außerstrafrechtlichen Normen, die die Entstehung und das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses regeln, sondern bezeichnen schlicht die Tatsache, dass dieses Rechtsverhältnis besteht. Es gibt nun aber in einzelnen Tatbeständen Merkmale, für die tatsächlich gilt, dass sie auf außerhalb des Strafrechts liegende Normen verweisen und zwar auf ihren vollständigen Inhalt, also ihren Tatbestand und ihre Rechtsfolge. Das sind die sog. Blankettmerkmale. Die außerstrafrechtlichen Normen, auf die sie verweisen, bestimmen nicht die Entstehungsmöglichkeiten eines tatbestandlich vorausgesetzten Rechts oder Rechtsverhältnisses, sondern den Inhalt der mit Strafe bewehrten Rechtspflicht selbst.

Herzberg spricht neuerdings in Anlehnung an *Roxin* von „Sammelbegriffen“⁵³, die „aufzufächern“ seien. Aber weder *Herzberg* noch *Roxin* geben allgemeine Kriterien dafür an, wann ein solcher Sammelbegriff vorliegt und wann ein sonstiger Verweisungsbegriff. Dies soll offenbar der Auslegung des einzelnen Tatbestandes des Besonderen Teils überlassen bleiben. Damit verliert aber die Lehre *Herzbergs* ihren Erkenntniswert, weil man, von Tatbestand zu Tatbestand, nach Gefühl entscheiden könnte, ob der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum Strafbarkeit begründet oder nicht, man könnte, wie es *Roxin* selbst ausdrückt, zwischen der Lehre

⁵² *Herzberg* selbst hält an dem Terminus Verweisungsbegriffe jetzt auch nicht mehr fest, in: GS Schlüchter (2002), 189 (206).

⁵³ *Roxin*, AT/2 29/409; *Herzberg*, in: MüKo, § 22 Rn 74, 91.

Herzbergs und *Burkhardts* „hindurchsteuern“.⁵⁴ Das allgemeine Kriterium, das Blankettmerkmale von solchen Merkmalen unterscheidet, die ein Recht oder Rechtsverhältnis bezeichnen, ist, dass die unter Strafe gestellte Pflichtverletzung nicht im Straftatbestand, sondern in der blankettausfüllenden Norm zu suchen ist. Denn dann hat der Straftatbestand ohne die blankettausfüllende Norm keinen Sinn, er ist tautologisch.⁵⁵

Blanketttatbestände und Blankettmerkmale

Im Kernstrafrecht waren solche Blankettmerkmale früher selten, tauchen aber gerade in modernen Straftatbeständen häufiger auf. Beispielsweise das Merkmal „wer gegen Rechtsvorschriften zur Sicherung des Schienenbahn-, Schwebebahn-, Schiffs- oder Luftverkehrs verstöß“ in § 315 a, das Merkmal „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ in § 324a und § 325, das Merkmal „ohne die erforderliche Genehmigung“ in § 327 und § 328, das Merkmal „entgegen einer aufgrund des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassenen Verordnung“ in § 329, das Merkmal „eine Handlung vornimmt...und dadurch seine Dienstpflicht verletzt“ in § 332 und § 334, das Merkmal „entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über subventionserhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt“ in § 264 Abs. 1 Ziff. 3. Im Nebenstrafrecht sind solche Blankettmerkmale nicht selten.⁵⁶

Dass es sich um Blankettmerkmale handelt, die durch die blankettausfüllenden Normen ergänzt werden müssen, erkennt man, wenn man versucht, die Bestimmungsnorm des betreffenden Tatbestandes zu formulieren.⁵⁷ Sie würde beispielsweise für § 264 Abs. 3 lauten: Du sollst den Subventionsgeber nicht über Tatsachen in Unkenntnis lassen, über die du ihn nach den Vorschriften über die Subventionsvergabe zu informieren verpflichtet bist. Die Bestimmungsnorm des § 324a würde lauten: Du sollst nicht Stoffe in den Boden einbringen, wenn das Verwaltungsrecht es verbietet, diese Stoffe in den Boden einzubringen. Die Bestimmungsnorm des § 329 würde lauten: Du sollst nicht Anlagen an Orten betreiben, wo dir das Betreiben dieser Anlagen durch eine aufgrund des Bundesimmissionsschutzgesetzes erlassene Verordnung verboten ist.

⁵⁴ AT/2 29/409, *ders.*, JZ 1996, 981 (986).

⁵⁵ *Puppe*, GA 1990, 145 (162) = Analysen (2006), 265 (285); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 20; *dies.*, AT/1 32/35 f.

⁵⁶ Vgl. *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), 869 ff.

⁵⁷ *Puppe*, GA 1990, 145 (162) = Analysen (2006), 265 (285); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 20; *dies.*, AT/1 32/35 f.

Nach h.L. soll der Blankettstraftatbestand dadurch zu einer sinnvollen Norm ergänzt werden, dass der Tatbestand der blankettausfüllenden Normen an Stelle des Pflichtmerkmals in den Straftatbestand eingefügt wird, sog. Lehre vom Zusammenschreiben.⁵⁸ Dadurch erhält man zwar eine Bestimmungsnorm, aber diese beschreibt kein Unrecht. Das Einbringen von Stoffen in den Boden oder die Verursachung von Luftveränderungen ist rechtsneutral, sie werden erst dadurch Unrecht, dass sie durch das Verwaltungsrecht verboten werden. Die Lehre vom Zusammenschreiben ist auch mit dem Wortlaut der Blankettstrafgesetze selbst unvereinbar, da diese die Verletzung der verwaltungsrechtlichen oder sonst in anderen Gesetzen statuierten Pflichten als Tatbestandsmerkmal enthalten. Diese Pflichten sind Rechtsverhältnisse, also institutionelle Tatsachen, auf die sich der Vorsatz des Täters genauso beziehen muss, wie auf Merkmale wie fremde Sache, Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht, dem Jagdrecht unterliegende Sache usw.

Um vorsätzlich zu handeln, muss der Täter also nicht nur wissen, dass er die tatsächlichen Tatbestandsvoraussetzungen der blankettausfüllenden Norm erfüllt, er muss auch wissen, dass dies von Rechts wegen verboten ist.⁵⁹ Das RG hat also, diesmal auch gegen den BGH,⁶⁰ darin Recht, dass ein Irrtum über den Inhalt und die Geltung einer blankettausfüllenden Norm den Vorsatz des Blanketttatbestandes ausschließt.⁶¹ Da die blankettausfüllende Norm aber mit ihrem Tatbestand und ihrer Rechtsfolge Teil des Blankettstrafgesetzes ist, das auf sie verweist, begründet der umgekehrte Irrtum über ihren Inhalt oder ihre Geltung keine Strafbarkeit als Versuch. Denn für eine solche Strafbarkeit fehlt die gesetzliche Grundlage. Das ist mit dem Umkehrschluss des RG, der wie gezeigt nur über notwendige und nicht über hinreichende Bedingungen der Strafbarkeit Aussagen macht, vereinbar⁶² und daher auch keine Widerlegung dieses Schlusses.

Im Bezug auf den Irrtum über die Rechtsfolge der blankettausfüllenden Norm, also die Rechtspflicht des Täters unterscheiden sich die Blankettmerkmale gar nicht von den Merkma-

⁵⁸ *Rudolphi*, in: SK, § 16 Rn 18; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn 100; *Schroeder*, in: LK, § 16 Rn 39; *Tröndle/Fischer*, § 1 Rn 5; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 3; *Roxin*, AT/1, 12/95; *Maurach/Zipf*, AT/1, 23/9; *Welzel*, StrafR, 168; *ders.*, MDR 1952, 584 (586); *Warda* (1955), 36 ff.; *Bachmann* (1993), 25.

⁵⁹ *Puppe*, GA 1990, 145 (165) = Analysen (2006), 265 (288 f.); *dies.*, in: NK, § 16 Rn 63 ff.; *dies.*, AT/1, 32/37 ff.; *Herzberg*, GA 1993, 439 (457 f.). Im Ergebnis weitgehend übereinstimmend *Kuhlen*, Unterscheidung (1987), 425 ff. Verweist das Blankettmerkmal nicht auf eine abstrakte Norm sondern auf eine Einzelanordnung, so gehört nach allgemeiner Ansicht zum Vorsatz auch das Wissen um den Inhalt und die Wirksamkeit der Einzelanordnung, BGH JZ zu § 145; *Horn*, in: SK, § 327 Rn 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 327 Rn 20; *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 62.

⁶⁰ BGH NSTZ 1993, 594 m.abl.Anm. *Puppe*.

⁶¹ RGSt 1, 1 (2 f.); 6, 159 (159 f.); 28, 195 (196 f.); 47, 282 (284 ff.); 50, 398 (404 f. u. 410 f.); 50, 375 (377); 51, 228 (231 f.); 56, 337 (339); 57, 15 (16 f.); 68, 225; 76, 37 (41).

⁶² *Puppe*, in: NK, § 16 Rn 159; *dies.*, GA 1990, 145 (168f.) = Analysen (2006), 265 (292f.).

len, die Rechte und Rechtsverhältnisse bezeichnen. Wer nicht weiß, was ein Jagdrecht ist, kann sich nicht vorsätzlich eine Sache aneignen, die fremdem Jagdrecht unterliegt, oder unter Verletzung fremden Jagdrechts dem Wilde nachstellen. Wer nicht weiß was ein Pfandrecht ist, und dass ein solches im Bezug auf die Sache, die er in seinen Besitz bringt, besteht, kann den Vorsatz der Pfandkehr nicht haben, da hilft auch keine Parallelwertung in der Laiensphäre. Wer nicht weiß, was die Vorschriften zur Sicherung des Schienenbahnverkehrs ihm befehlen, kann nicht i.S. von § 315 a vorsätzlich gegen sie verstoßen. Wer nicht weiß, dass er verwaltungsrechtliche Pflichten verletzt, indem er Veränderungen der Luft verursacht, handelt nicht vorsätzlich i.S. von § 325. Wer nicht weiß, dass für eine von ihm betriebene kerntechnische Anlage eine Genehmigung erforderlich ist, hat nicht den Vorsatz i.S. von § 327 „ohne die erforderliche Genehmigung“ zu handeln. Der Unterschied zu den Merkmalen, die Rechte und Rechtsverhältnisse beschreiben, besteht darin, dass der Sinn der Blankettmerkmale unvollständig ist ohne die Tatbestände der blankettausfüllenden Normen, die Inhalt, Grenze und Voraussetzungen der strafbewehrten Pflicht erst bestimmen, während Merkmale wie fremde Sache, Pfandrecht oder Jagdrecht ihren Sinn in sich selbst haben. Die Besonderheit der Blankettmerkmale besteht also nicht darin, dass zum Deliktvorsatz die Rechtsfolge der blankettausfüllenden Normen gehört, sondern dass auch ihr Tatbestand dazugehört.

Bei Blankettstrafgesetzen bleibt also für einen Subsumtionsirrtum und einen direkten Verbotirrtum nicht mehr viel übrig, denn wenn der Täter sich seiner unter Strafe gestellten Pflicht nicht bewusst ist, handelt er nicht vorsätzlich. Das hat seine Ursache darin, dass es dem Gesetzgeber selbst nicht gelungen ist, dass strafbewehrte Verbot oder Gebot abschließend und klar positiv zu formulieren. Trotzdem hat dieses Verbot nichts anderes zum Gegenstand, als positives vom Gesetzgeber in Form der blankettausfüllenden Normen gesetztes Recht. Der Bürger muss sich dieses Verbot oder Gebot aus unter Umständen weit verstreuten Spezialvorschriften selbst zusammensuchen. Dabei kommen ihm auch sein Wertbewusstsein oder seine allgemeinen Vorstellungen über die in der Gesellschaft verankerten Verhaltensnormen in keiner Weise zur Hilfe. Wenn der Strafgesetzgeber selbst nicht in der Lage ist, dass Unrecht einer Tatbestandsverwirklichung in wenigen Worten klar zum Ausdruck zu bringen, so kann auch vom Bürger nicht erwartet werden, aus der Kenntnis der ein solches Unrecht begründenden Tatsachen auf dieses zu schließen.

Zur Unterscheidung zwischen Blankettmerkmalen und Rechtsverhältnisse bezeichnenden Merkmalen

Oft erkennt man ein Blankettmerkmal an Formulierungen wie entgegen den Vorschriften... oder, entgegen den durch bestimmte Vorschriften festgelegten Pflichten. Aber es gibt auch Blankettmerkmale, die sich auf den ersten Blick wie Beschreibungen von Rechtsverhältnissen ausnehmen, die unabhängig von den strafrechtlich geschützten Rechtspflichten des Täters bestehen. Dazu gehören die viel diskutierten Merkmale „vor Gericht oder einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle“ in § 153 f. und „zur Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen zuständige Behörde“ in § 156. Sie werden von der h.L. als sog. normative Tatbestandsmerkmale aufgefasst,⁶³ also als Merkmale, die einen eigenen Sinn haben, nämlich ein Rechtsverhältnis, das vom Straftatbestand begrifflich unabhängig ist und zur Zeit der Tat bestehen muss.

Auch *Herzberg* versteht sie so und zieht daraus die Konsequenz, dass der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Zuständigkeit nicht zu kennen braucht, um im Sinne der Aussagedelikte vorsätzlich zu handeln.⁶⁴ Aber dieses Ergebnis befriedigt ihn offensichtlich nicht, denn er ist bestrebt, Ausnahmen davon zu machen, so, wenn „die Täterin ihre Lüge...zwar vom Eid erfasst, nicht jedoch zum Vernehmungsgegenstand gehörend gesehen hat. Das klingt haarspalterisch, ist aber eine unumgängliche Differenzierung. Man muss im Auge behalten, dass das Tatbestandsmerkmal einer innerhalb des Vernehmungsgegenstandes liegenden Falschbekundung als Verweisungsmerkmal zugleich auch eine Grundentscheidung strafrechtlichen Normverständnisses darstellt.“⁶⁵ *Herzberg* unterscheidet also innerhalb der von ihm sog. Verweisungsbegriffe zwischen solchen, deren Kenntnis für den Vorsatz genügt und solchen, die die Grundentscheidung des Gesetzgebers betreffen und bei denen „eine die Grundentscheidung betreffende rechtsirrig Überdehnung als umgekehrter Subsumtionsirrtum zu werten ist.“⁶⁶ An dieser Stelle bedient sich *Herzberg* der gleichen Terminologie wie *Burkhardt*, indem er von Überdehnung des Tatbestandes spricht. Diese Konzession droht aber, der Lehre von *Herzberg* ihren Erkenntniswert zu nehmen, zumal er keine allgemeinen Kriterien

⁶³ BGHSt 3, 248 (254); *Vormbaum*, in: NK, § 153 Rn 101, der allerdings ohne Begründung auch die von Rechts wegen bestehenden Voraussetzungen der Zuständigkeit zur Eidesabnahme zum Vorsatz zählt, NK § 153 Rn 105 f.; ähnlich *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Vor § 153 Rn 32; *Rudolphi*, in: SK, § 153 Rn 6.

⁶⁴ JuS 1980, 469 (475).

⁶⁵ *Herzberg*, JuS 1980, 469 (477); vgl. dazu auch *ders.*, in: GS Schlüchter (2002), 189 (200 ff.).

⁶⁶ JuS 1980, 469 (477).

dafür angibt, welche Überdehnung die Grundentscheidung des Gesetzgebers betrifft und welche nicht.

Aber diese Konzession ist gar nicht nötig, wenn man erkennt, dass es sich bei den Merkmalen zur Abnahme von Eiden zuständig und zur Abnahme von Versicherungen an Eides statt zuständig gar nicht um solche handelt, die Rechte und Rechtsverhältnisse bezeichnen, welche von den Straftatbeständen unabhängig sind, sondern um Blankettmerkmale, die keinen anderen Sinn haben, als auf außerstrafrechtliche Normen zu verweisen, die die mit Strafe bewehrten Wahrheitspflichten des Zeugen bzw. des Ausstellers einer Versicherung an Eides statt inhaltlich festlegen.

Die Worte Eid und eidesstattliche Versicherung haben nämlich keinen anderen Sinn als den, dass eine mit Strafe bewehrte Wahrheitspflicht besteht. Der Eid ist keine Gotteslästerung mehr und auch keine bedingte Selbstverfluchung. Die Eidesformel müsste eigentlich nicht lauten „ich schwöre es so wahr mir Gott helfe“ sondern „ich schwöre es bei Strafe des Meineids“.⁶⁷ Die Merkmale zur Abnahme von Eiden zuständig und zur Abnahme von Versicherungen an Eides statt zuständig werden denn auch von der h.L. dahin ausgelegt, dass sie nur dann erfüllt sind, wenn alle durch die Normen des Prozessrechts bzw. andere Verfahrensvorschriften festgelegten Voraussetzungen für die Wahrheitspflicht erfüllt sind. Das Gericht oder die sonstige Stelle muss nicht nur generell zur Abnahme von Eiden zuständig sein, es müssen vielmehr alle Verfahrensvorschriften erfüllt sein, von denen die Zulässigkeit der Abnahme eines Eides, bzw. einer eidesstattlichen Versicherung, also die strafbewehrte Wahrheitspflicht des Bürgers abhängt, inklusive der Tatsache, dass seine Bekundung zum Vernehmungsgegenstand i.S. dieser Verfahrensvorschriften gehört.⁶⁸ Die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Abnahme eines Eides bzw. einer eidesstattlichen Versicherung sind also Bestandteil der Tatbestände der Aussagedelikte. Das hat die Konsequenz, dass der Täter nur dann vorsätzlich i.S. dieser Delikte handelt, wenn er sich die geltenden Voraussetzungen einer solchen Zuständigkeit und den Inhalt seiner Wahrheitspflicht richtig vorstellt. Nimmt er an, dass von ihm vorausgesetzte Tatsachen eine solche Wahrheitspflicht begründen, die es von Rechts wegen nicht tun, so hat er also nicht den tatbestandsmäßigen Vorsatz, begeht also ein Wahndelikt.⁶⁹

⁶⁷ Puppe, GA 1990, 145 (163 f.) = Analysen (2006), 265 (286 f.); dies., AT/2 35/27f.; dies., in: NK, § 16 Rn 23.

⁶⁸ Rudolphi, in: SK, § 154 Rn 5.

⁶⁹ Puppe, GA 1990, 145 (164) = Analysen (2006), 265 (287); dies., in: NK, § 16 Rn 23; dies., AT/2 35/25 ff.

Damit dürfte einer der schwerwiegendsten Einwände gegen die Lehre von *Herzberg* behoben sein.⁷⁰

Eines der irrtumsrechtlich umstrittensten Tatbestandsmerkmale ist „steuerlich erhebliche Tatsache“ in § 370 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 AO. Einige Autoren und teilweise die Rechtsprechung behandeln es als Beschreibung eines Rechtsverhältnisses mit der Folge, dass die irrtümliche Annahme der Steuererheblichkeit einer Tatsache den Vorsatz der Steuerhinterziehung mitbegründet und damit eine Strafbarkeit wegen Versuchs, wenn der Täter über diese Tatsache täuscht oder sie verschweigt, in der Erwartung, dadurch Steuern zu verkürzen.⁷¹ *Roxin* und *Herzberg* zählen dieses Merkmal zu den Sammelbegriffen, die sie wie Blankettmerkmale behandeln⁷² mit der Folge, dass ein Versuch ausgeschlossen ist, wenn die Tatsachen von Rechts wegen nicht steuererheblich sind. Um sich den Sinn des Merkmals steuererheblich klar zu machen, muss man seinen Zusammenhang mit dem Merkmal „steuernverkürzt“ berücksichtigen. Mit Steuern ist hier ein bestimmter Steueranspruch gemeint, also ein Rechtsverhältnis. Dieses muss sich der Täter als bestehend vorstellen, um i.S. von § 370 AO vorsätzlich zu handeln. Unter „steuererhebliche Tatsache“ versteht das Gesetz also eine Tatsache, die einen bestimmten Steueranspruch mitbegründet. Dies ist eine Rechtsfolge dieser Tatsache, die von der Tatsache selbst begrifflich unabhängig ist. Hält also der Täter irrtümlich eine Tatsache für erheblich zur Begründung eines bestimmten von ihm angenommenen Steueranspruchs, so hat er den Vorsatz, Steuern zu verkürzen, wenn er zu diesem Zweck über diese Tatsachen täuscht, auch wenn der Steueranspruch nicht besteht oder die Tatsache für ihn nicht erheblich ist. Entgegen dem ersten Anschein ist das Merkmal „steuererheblich“ also kein Blankettmerkmal, sondern es bezeichnet ein Rechtsverhältnis, nämlich den Inhalt eines Steueranspruchs. Dasselbe gilt für das Merkmal „subventionserhebliche Tatsache“ in § 264 Abs. 1 Ziff. 1 und 3.⁷³

⁷⁰ Keine Blankettmerkmale sind die von *Herzberg* zur Erläuterung des Ausdrucks „Sammelbegriffe“ angeführten Ausdrücke „Verbrechen“ in § 23 und § 30 und „rechtswidrige Tat“ in § 26 und § 27 (in: MüKo, § 22 Rn 91). Diese Vorschriften des Allgemeinen Teils sind keine Tatbestände, sondern Ergänzungsnormen zur Bildung neuer Tatbestände anhand der Straftatbestände des Besonderen Teils des Strafrechts. Ihre Ergänzungsbedürftigkeit hat mit dem Phänomen der Blankettstrafgesetze nichts gemein und trägt zu dessen Erklärung nichts bei. Deshalb folgt entgegen *Herzberg* (in: MüKo, § 22 Rn 92) daraus, dass in § 258 der Ausdruck „rechtswidrige Tat“ ebenfalls auftaucht, nicht, dass es sich um ein Blankettmerkmal handelt, so dass der Täter nach § 258 wissen müsste, welchen Straftatbestand sein Schützling verwirklicht hat.

⁷¹ RGSt 68, 44 (53 f.); *Samson*, Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht, in: Kohlmann (Hrsg.) Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht (1983), 99 (111 f.).

⁷² *Herzberg*, in: MüKo, § 22 Rn 74, 91; *Roxin*, AT/2, 29/409; *ders.*, JZ 1996, 981 (986); im Ergebnis ähnlich *Reiß*, *wistra* 1986, 193 (199).

⁷³ *Puppe*, GA 1990, 145 (163) = *Analysen* (2006), 265 (286).

Wertprädikate als Tatbestandsmerkmale

Schließlich gibt es noch eine dritte Art von Tatbestandsmerkmalen, die von *Roxin* sogenannten gesamtatbewertenden Tatmerkmale, von denen gilt, dass zum Vorsatz die Kenntnis von Tatsachen gehört, die diese Merkmale erfüllen, nicht aber die Erkenntnis von deren Sinn.⁷⁴ Das liegt daran, dass ihr Sinn kein deskriptiver ist, sondern diesmal wirklich ein normativer.⁷⁵ Sie verweisen nicht auf positive Rechtsfolgen, sondern auf die allgemeinen Wertüberzeugungen der Gesellschaft, deren Nachvollzug das Gesetz von jedem Bürger Kraft seiner Sozialisation erwartet, sofern er Tatsachen kennt, die eine solche Wertung verdienen. Der Täter, der solche Tatsachen kennt, wird deshalb mit der Verteidigung nicht gehört, er habe diese Wertung nicht gekannt oder nicht geteilt. Gesamtatbewertende Tatmerkmale sind beispielsweise die besondere Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation in § 240, pornographische Schriften in § 184, zum Rassenhass aufstacheln oder die Menschenwürde angreifen in § 130 und last but not least eine Befugnis missbrauchen i.S. von § 266.

Machen wir uns das Phänomen an dem Beispiel klar, dass dem Zivilrecht am nächsten steht, dem Missbrauchstatbestand des § 266. Er ist dadurch charakterisiert, dass der Täter die Grenzen seines rechtlichen Könnens einhält, aber über die seines rechtlichen Dürfens hinausgeht. Kein Gesetzgeber kann die Grenzen dieses rechtlichen Dürfens eines Verwalters positiv vollständig abstecken. Wie viele Millionen darf die Belohnung an die scheidenden Funktionsträger einer übernommenen AG für ihre Freundlichkeit bei der Übernahme betragen?⁷⁶ Darf eine aus öffentlichen Mitteln subventionierte Verkehrsgesellschaft zur „politischen Landschaftspflege“ Spenden an den Sportverein geben, dessen Vorsitzender zufällig mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden der Gesellschaft und dem Verkehrsminister identisch ist?⁷⁷ Der Strafgesetzgeber ist also darauf angewiesen, an das Anstandsgefühl und das Wertempfinden des Normunterworfenen, hier also des Trenehmers zu appellieren. Dieser muss die Grenzen seines rechtlichen Dürfens selbst ermitteln. Verfehlt er sie, weil er zu laxen Wertmaßstäben an sein Verhalten anlegt, so steht das seinem Vorsatz, den Missbrauchstatbestand zu verwirklichen

⁷⁴ *Roxin*, Offene Tatbestände (1970), 136 ff.; *ders.*, AT/1 10/45 ff.; vgl. BGHSt 50, 331 (346); 47, 187 ff.

⁷⁵ Der „zwingende Grund“, den *Kindhäuser* in GA 1990, 407 (418) vermisst, dafür, dass nur der deskriptive nicht aber der wertende Sinn eines Tatbestandselements zum Vorsatz gehört, ist § 16. Dieser spricht von „Umständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören.“ Ein Umstand ist ein Sachverhalt (Proposition), eine Proposition ist der Sinn eines deskriptiven Satzes, danach sind die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, die Propositionen (Sinn) der deskriptiven Sätze, die eine Tatbestandsverwirklichung beschreiben (NK-*Puppe* § 16 Rn. 52 ff.).

⁷⁶ BGHSt 50, 331 ff.

⁷⁷ BGHSt 47, 187 ff.

nicht entgegen.⁷⁸ Umgekehrt aber begründet es auch keinen untauglichen Versuch, wenn er eine Pflichtverletzung, die die Rechtsordnung noch nicht als krass, also als Missbrauch i.S. von § 266 wertet, seinerseits als Erfüllung des Missbrauchstatbestands beurteilt. Sowohl die irrtümliche Annahme des Missbrauchs, also auch die irrtümliche Ablehnung sind aber nicht nur Subsumtionsirrtümer, sondern Wertungsirrtümer. Im ersteren Fall hat der Täter zu lax, im zweiten zu strenge Wertmaßstäbe an sein Verhalten angelegt. Schließt aber ein zu laxer Wertmaßstab den Vorwurf vorsätzlichen Handelns nicht aus, so kann ein zu strenger ihn auch nicht begründen. Auch hier bestätigt sich der sog. Umkehrschluss der Rechtsprechung. Wenn die Bewertung des eigenen Verhaltens im Sinne des gesamtatbewertenden Merkmals keine notwendige Bedingung des Vorsatzes ist, sofern das Merkmal objektiv erfüllt ist, kann eine Wertung im Sinne des Tatbestandsmerkmals den Vorsatz auch nicht begründen, wenn sie objektiv falsch ist.

Zusammenfassung

Es sind also ihrem Sinn nach vier verschiedene Arten von Tatbestandsmerkmalen zu unterscheiden:

1. diejenigen, die natürliche Tatsachen bedeuten, die sog. deskriptiven Tatbestandsmerkmale,
2. diejenigen, die sog. institutionelle Tatsachen bedeuten, also Tatsachen, deren Vorhandensein u.a. durch Normen bedingt ist. Diese werden als normative Tatbestandsmerkmale bezeichnet und es wird von ihnen behauptet, dass sie auf die außerstrafrechtlichen Normen verweisen, die ihre Entstehung regeln. Das ist nicht richtig, sie bezeichnen nur die Rechtsfolgen außerstrafrechtlicher Normen, also Rechte und Rechtsverhältnisse, deren begrifflicher Inhalt, also der Sinn des betreffenden Tatbestandsmerkmals, unabhängig ist von den außerstrafrechtlichen Normen, die die Voraussetzungen ihrer Entstehung oder ihres Fortbestehens regeln. Diese Normen sind nicht Gegenstand des Vorsatzes, sondern nur die Rechtsverhältnisse selbst.
3. die Blankettmerkmale, die tatsächlich auf außerhalb des Strafrechts liegende Normen verweisen, die das Gebot oder Verbot inhaltlich bestimmen, das der Straftatbestand sanktioniert. Da die Bestimmungsnormen des Straftatbestandes ohne diese sog. blankettausfüllenden Normen keinen Sinn haben, sind diese in den Tatbestand einzusetzen und zwar in ihrem vollen Inhalt, also sowohl ihr Tatbestand als auch ihre Rechtsfolge, also die durch sie festgesetzte Rechtspflicht.

⁷⁸ BGHSt 50, 331 (346).

4. gibt es gesamtatbewertende Tatmerkmale, auf die die Bezeichnung normativ wirklich zutrifft, weil sie einen normativen und keinen deskriptiven Sinn haben. Laut § 16 muss der Täter die Tatsachen kennen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, nicht aber ihre gesetzliche Bewertung. Deshalb gilt für die gesamtatbewertenden Merkmale, dass dem Täter nur die Tatsachen bewusst sein müssen, die die gesetzmäßige Wertung begründen, die Wertung selbst braucht er nicht mit zu vollziehen.

Gegenstand des Vorsatzes ist der deskriptive Sinn des Tatbestandes, nicht mehr und nicht weniger. Wer sich irrtümlich vorstellt, den Sinn des Tatbestandes zu erfüllen, begeht einen Versuch. Wer dem Tatbestand einen falschen Sinn unterstellt, begeht je nach dem, ob er diesen Sinn zu weit oder zu eng fasst, ein Wahndelikt oder einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum. Um den Sinn eines Tatbestandsmerkmals zu ermitteln, das irgendwie mit anderen Normen zusammenhängt, gilt es zu unterscheiden, ob dieses Merkmal nur auf Rechtsfolgen dieser Normen verweist, oder auch auf deren Tatbestände. Im ersteren Fall ist der Sinn dieses Merkmals ein Recht oder Rechtsverhältnis, das der Täter als bestehend vorfindet. Im letzteren Fall ist sein Sinn die außerstrafrechtliche Norm, deren Verletzung der Tatbestand unter Strafe stellt und die im Moment des Handelns für den Täter gilt. Deshalb ist die blankettausfüllende Norm in ihrem vollen Inhalt, sowohl ihr Tatbestand, als auch ihre Rechtsfolge in den Straftatbestand hineinzuschreiben, damit dieser überhaupt einen Sinn erhält.

Diejenigen Autoren, die ein Wahndelikt und keinen untauglichen Versuch annehmen, wenn der Täter ein tatbestandlich beschriebenes Recht oder Rechtsverhältnis auf Grund falscher Vorstellungen über seine möglichen Entstehungsbedingungen für gegeben hält, behandeln die Tatbestandsmerkmale, die Rechte und Rechtsverhältnisse bezeichnen, im Grunde wie Blankettmerkmale. Sie unterscheiden nicht zwischen dem außerstrafrechtlichen Sinn dieses Rechts oder Rechtsverhältnisses und dem strafrechtlichen Gebot, es nicht zu verletzen. Die Tatbestände z.B. des Diebstahls, der Unterschlagung und der Sachbeschädigung sind in ihren Augen Begriffselemente des Begriffs Eigentum bzw. fremde Sache.⁷⁹ Dadurch verlieren diese Tatbestände ihren Sinn und werden tautologisch, so dass man, um ihnen ihren Sinn wiederzugeben, die außerstrafrechtlichen Normen einsetzen muss, die die Entstehung der betreffenden Rechte und Rechtsverhältnisse im Einzelfall⁸⁰ oder gar generell⁸¹ begründen. Demgegenüber müssen wir darauf bestehen, dass Begriffe wie Jagdrecht, Pfandrecht, Anspruch (auf eine Bereicherung), Steueranspruch, Eigentum, einen eigenständigen Sinn haben, der unabhängig ist,

⁷⁹ *Jakobs*, in: FS Rudolphi (2004), 107 (114).

⁸⁰ *Jakobs*, AT 8/60; NK-Paeffgen vor §§ 32 Rn. 263.

⁸¹ *Jakobs*, AT 8/59.

sowohl von ihren Entstehungsvoraussetzungen, als auch von ihrem strafrechtlichen Schutz. Wäre der Sinn des Begriffs Eigentum, demgemäß auch der des Komplementärbegriffs fremd, nicht trennbar von den potentiellen Entstehungsbedingungen von Eigentum, so hätte nicht einmal ein Professor des Sachenrechts eine einigermaßen zutreffende und vollständige Vorstellung davon, was der Ausdruck fremde Sache für einen Sinn hat.⁸² Wäre es nicht möglich, den Sinn des Begriffs Eigentum und des Komplementärbegriffs fremd vom strafrechtlichen Schutz des Eigentums durch den Diebstahlstatbestand zu trennen, so hätte das 6. Gebot, du sollst nicht stehlen, keinen Sinn.

⁸² Puppe, in: NK, § 16 Rn 45 ff.; *dies.*, GA 1990, 145 (155) = Analysen (2006), 265 (276).