

Examinatorium Strafrecht AT

Bearbeitet von

Prof. Dr. Bernhard Hardtung, Prof. Dr. Holm Putzke

1. Auflage 2016. Buch. XX, 360 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 65783 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

B. Die Rechtswidrigkeit beim vorsätzlichen vollendeten Handlungsdelikt.

139

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die analoge Anwendung führt dazu, dass der auf die Abwesenheit von rechtfertigenden Umständen bezogene Vorsatz fehlt. Damit fehlt die subjektive Voraussetzung der Rechtswidrigkeit. Weil sie fehlt, ist die Rechtswidrigkeit zu verneinen.

714

„Aufbautechnisch“ würde diese Ansicht im Fall 123 so gliedern:

715

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand? +.
2. Subjektiver Tatbestand? +.

II. Rechtswidrigkeit

1. Objektive Rechtswidrigkeit (= Abwesenheit rechtfertigender Umstände)?
+.
2. Subjektive Rechtswidrigkeit (= Vorsatz hinsichtlich der Abwesenheit rechtfertigender Umstände)? -.

[III. Schuld ist nach Verneinung des Punktes II 2 nicht mehr zu prüfen.]

bb) Die „Schuldtheorien“

Nach diesen Ansichten lässt der Erlaubnismumstandssirrtum erst die Schuld des vollendeten Vorsatzdeliktes entfallen.

716

(1) Verneinung der „Vorsatzschuld“

Viele in der Lit. bejahen beim Erlaubnismumstandssirrtum Tatbestand und Rechtswidrigkeit und verneinen erst in der Schuld die „Vorsatzschuld“, die eine besondere Schuldvoraussetzung beim Vorsatzdelikt sein soll (sog. rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie).²⁹⁴

717

Die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie wird gelegentlich als die herrschende Ansicht bezeichnet.²⁹⁵ Es ist aber sehr zweifelhaft, ob sie das ist. Die Unrechtstheorie hat inzwischen wohl mindestens ebenso viele Anhänger, ua den BGH (s. Fn. 293), und wahrscheinlich sogar mehr, wenn man den Blick auf die kritischen Überprüfungen der neueren Zeit beschränkt.²⁹⁶

718

Vertiefung: Diese Ansicht behauptet von sich, auch sie wende § 16 I 1 analog an. Aber das stimmt nicht: Analogie bedeutet, dass man einem rechtlich geregelten Fall einen ähnlichen, aber nicht geregelten in seiner Rechtsfolge gleichstellt.²⁹⁷ Das tut diese Lehre aber nicht, denn sie verneint ja gerade nicht den Vorsatz (das ist die Rechtsfolge des § 16 I 1), sondern „erfindet“ eine ganz neue Rechtsfolge. Sie knüpft also an andere Voraussetzungen als die des § 16 I 1 eine andere Rechtsfolge als die des § 16 I 1. Hier von einer „Analogie“ zu sprechen ist ungefähr so passend, als würde man erklären, man singe jetzt das Lied „Hänschen klein“, nur mit anderem Text und anderer Melodie.

719

²⁹⁴ Zu allem s. zB Jescheck/Weigend AT S. 464 f.; Fischer StGB § 16 Rn. 22; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 478 f.

²⁹⁵ So von Otto AT § 15 Rn. 21; Maurach/Zipf AT I § 37 Rn. 23; s. auch Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 74 ff. (91 Fn. 46).

²⁹⁶ S. BGHSt 3, 105 (106 ff.); BGHSt 31, 264 (286 f.); BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 1 u. 5; BGH NJW 1992, 516 (517); BGH NStZ 1996, 29 (30); BGHSt 45, 219 (224 f.); 378 (384); BGH NStZ 2001, 530; 2004, 204 (205); 2014, 30 f.; Baumann/Weber/Mitsch AT § 21 Rn. 29; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 16 Rn. 17; Eser/Burkhardt StrafR I Fall 15 Rn. 20; Haft AT S. 258 f.; Kindhäuser AT § 29 Rn. 19; Kühl StrafR AT § 13 Rn. 71 ff.; NK-StGB/Puppe § 16 Rn. 137–139; Roxin StrafR AT I § 14 Rn. 55, 64; Stratenwerth/Kuhlen StrafR AT § 9 Rn. 161 ff.; jeweils mwN.

²⁹⁷ Sauer, Methodenlehre, 1940, § 38; s. auch Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 202–204.

- 720 „Aufbautechnisch“ würde diese Ansicht im Fall 123 so gliedern:

I. Tatbestand
1. Objektiver Tatbestand? +.
2. Subjektiver Tatbestand? +.
II. Rechtswidrigkeit
Eine Rechtfertigung tritt erst ein, wenn ein Rechtfertigungsgrund objektiv und subjektiv vorliegt. Das ist beim Erlaubnisumstandsirrtum nicht der Fall. Also Rechtswidrigkeit +.
III. Schuld? Mangels Vorsatzschuld –.

(2) Anwendung des § 17

- 721 Nur noch wenige sagen, der Erlaubnisumstandsirrtum sei mangels anderer gesetzlicher Regelung nach § 17 zu behandeln (sog. strenge Schuldtheorie).²⁹⁸
- 722 Dieser Ansatz führt dazu, dass man gemäß § 17 danach fragen muss, ob der Erlaubnisumstandsirrtum vermeidbar oder unvermeidbar war. Nur wenn er unvermeidbar war, ist die Schuld zu verneinen. War er vermeidbar, besteht immerhin die Möglichkeit einer Strafmilderung.
- 723 „Aufbautechnisch“ würde diese Ansicht im Fall 123 so gliedern:

I. Tatbestand
1. Objektiver Tatbestand? +.
2. Subjektiver Tatbestand? +.
II. Rechtswidrigkeit
Eine Rechtfertigung tritt erst ein, wenn ein Rechtfertigungsgrund objektiv und subjektiv vorliegt. Das ist beim Erlaubnisumstandsirrtum nicht der Fall. Also Rechtswidrigkeit +.
III. Schuld? +; T befand sich zwar in einem Verbotsirrtum gemäß § 17; aber weil er sich „grundlos“ angegriffen fühlte, war sein Irrtum vermeidbar.
IV. Strafmilderung nach § 17 S. 2? Ist möglich.

cc) Bedeutung der Ansichten für Fall 123

- 724 Im Fall 123 führen die ersten drei Ansichten zwingend zur Straflosigkeit des T aus § 223 I (aber eine fahrlässige Körperverletzung, § 229, hat er begangen). Nur die vierte (die strenge Schuldtheorie) führt zur Strafbarkeit, weil der Irrtum des T durchaus vermeidbar war. Im Gutachten würde es also genügen, sich begründet für oder gegen diese vierte Ansicht zu entscheiden. Zwischen den ersten drei müssten Sie sich nicht entscheiden (genauer sogleich ab → Rn. 729).

c) Wo und wie prüft man den Erlaubnisumstandsirrtum im Fallgutachten?

- 725 aa) Eine allgemeine Regel zum Aufbau von strafrechtlichen Fallgutachten lautet, dass man ein rechtliches Problem dort zur Sprache bringen muss, wo es sich im Prüfungsgang zum ersten Mal stellt. Das bedeutet: Man muss den Erlaubnisumstandsirrtum in

²⁹⁸ S. Maurach/Gössel/Zipf AT II § 44 Rn. 61; LK-Schroeder, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 47 ff.

B. Die Rechtswidrigkeit beim vorsätzlichen vollendeten Handlungsdelikt.

141

DIE FACHBUCHHANDLUNG

der Rechtswidrigkeitsprüfung nach Bejahung der objektiven Rechtswidrigkeit zur Sprache bringen.²⁹⁹

Im Widerspruch zu dieser allgemeinen Regel ist es noch immer weit verbreitet, den Erlaubnisumstandsirrtum erst in der Schuld zu prüfen. Das hat keine Sachgründe, sondern ist nichts weiter als ein unreflektiertes Festhalten an der Tradition. Denn früher war es ganz üblich, den Erlaubnisumstandsirrtum als Problem der Schuld anzusehen und ihn deshalb natürlich auch erst dort zur Sprache zu bringen. Heutzutage aber sind die *inhaltlichen* Überlegungen zum Erlaubnisumstandsirrtum vorangegangen und legen wie gezeigt eine Verneinung schon der Rechtswidrigkeit nahe; dem haben sich die formalen Überlegungen zum Aufbau anzupassen.

bb) Eine zweite allgemeine Regel für Fallgutachten lautet, dass man bei streitigen Fragen knapp die Ansichten und ihre Konsequenzen für den zu begutachtenden Fall darstellt. Wenn man (wie soeben in → Rn. 725 ff. dargelegt) den Erlaubnisumstandsirrtum in der Rechtswidrigkeit behandelt, ist es völlig korrekt, nach Nennung der Ansichten, die die Rechtswidrigkeit ausschließen (Unrechtstheorien), zur umfassenden Darstellung des Meinungsstandes auch die Schuldtheorien zu nennen. Denn es wäre gekünstelt und für den Leser eines Fallgutachtens lästig, wenn man die Schuldtheorien hier noch verschweigen würde.

Vertiefung: Man hält häufig sachlich Zusammengehörendes auch darstellerisch zusammen, obwohl es nicht richtig zu den Aufbauregeln passt. Das darf man ohne Not tun, denn Aufbauregeln sind keine zwingenden logischen oder rechtlichen Regeln, sondern nur pragmatische Regeln der Nützlichkeit; und solche Regeln sind immer nur Faustregeln. Ein anderes Beispiel, bei dem man in allgemeiner Übereinstimmung die „normalen“ Aufbauregeln außer Acht lässt, sind etwa die objektiv-subjektiven Mischmerkmale, deren Elemente man zusammenhält und gebündelt im objektiven Tatbestand prüft (ab → Rn. 353). Ein weiteres Beispiel ist der Meinungsstreit zur sog. Folgeunterschlagung (ein Dieb benutzt die gestohlene Sache nach dem Diebstahl wie seine eigene), wo die Rspr. schon den Tatbestand des § 246 I verneint, die HL hingegen die Unterschlagung erst auf der Konkurrenzebene hinter dem Diebstahl zurücktreten lässt; auch hier bringt man vernünftigerweise beide Ansichten schon im objektiven Tatbestand zur Sprache.³⁰⁰

cc) Eine dritte allgemeine Regel für Fallgutachten lautet, dass man einen Meinungsstreit nur entscheidet, wenn es für das Ergebnis darauf ankommt. Also muss man beim Erlaubnisumstandsirrtum folgende Konstellationen unterscheiden:

1. Es ist *nur die Strafbarkeit des Täters* zu prüfen:

a) Der Erlaubnisumstandsirrtum war für ihn *unvermeidbar*:

Alle dargestellten Ansichten kommen zu demselben Ergebnis, nämlich zur Straflosigkeit des Täters. Eine Entscheidung ist also überflüssig.

Vertiefung: Genau besehen fehlt es dann sogar schon an der *objektiven Rechtswidrigkeit*, weil der Täter sich ja nicht sorgfaltswidrig verhalten hat, ihm also kein Verhaltensunwert vorgeworfen werden kann (genauer bei Fall 125).

b) Der Erlaubnisumstandsirrtum war für ihn *vermeidbar* (s. Fall 123):

Nur die strenge Schuldtheorie kommt zur Bejahung der Strafbarkeit. Also muss man sich auch nur für oder gegen diese Theorie entscheiden. Es mag aber leichter sein, diese Theorie nur indirekt abzulehnen, indem man die Argumente für die Unrechtstheorien anführt (s. dazu die Musterlösung bei → Rn. 743).

2. Es ist *auch die Strafbarkeit eines Beteiligten* zu prüfen (s. dazu sogleich Fall 124 bei → Rn. 736 und → Rn. 739 ff.):

Man kann bei der Strafbarkeit des Haupttäters wie oben unter 1 verfahren; dann muss man die Entscheidung des Meinungsstreites zum Erlaubnisumstandsirrtum

²⁹⁹ Ebenso zB Kühl StrafR AT § 13 Rn. 77; Schlehofer JuS 1992, 572 (578).

³⁰⁰ S. dazu etwa Mitsch JuS 2007, 555 (558); Poller/Härtl JuS 2004, 1075 (1076 f.).

DIE FACHBUCHHANDLUNG

bei der Prüfung des Beteiligten bringen. Das würde aber Streitdarstellung und Streitentscheidung trennen und deshalb die Verständlichkeit des Fallgutachtens mindern. Deshalb halten wir es in solchen Situationen für besser, auch die Streitentscheidung schon beim Haupttäter zu bringen und bei der Prüfung des Beteiligten dann auf das beim Haupttäter Gesagte zu verweisen.

In der Sache muss man sich zwischen den Unrechts- und den Schuldtheorien entscheiden. Denn für die Strafbarkeit des Beteiligten ist Voraussetzung eine „rechtswidrige Tat“ des Haupttäters (§§ 26, 27).

Man stellt also bei Prüfung der Strafbarkeit des Täters zunächst fest, dass der Tatbestand verwirklicht ist. Bei der Rechtswidrigkeitsprüfung stellt man die Unrechts- und Schuldtheorien dar. Dann entscheidet man, ob man einer der Unrechts-theorien folgt und deshalb die Rechtswidrigkeit verneint; dabei kommen dann alle Argumente für und gegen Unrechts- und Schuldtheorien zur Sprache. Lehnt man die Unrechtstheorien ab, muss man die Rechtswidrigkeit bejahen. Erst unter der Überschrift „Schuld“ und nur beim vermeidbaren Erlaubnismumstandssirrtum ist dann zu entscheiden, welcher der Schuldtheorien man folgt. So oder so geht man danach zur Prüfung der Strafbarkeit des Teilnehmers über und stellt durch Verweis nach oben fest, dass (je nach favorisierter Ansicht) entweder eine rechtswidrige Haupttat vorlag oder eben nicht.

d) Argumente zur rechtlichen Behandlung des Erlaubnismumstandssirrtums

aa) Auslegung des § 16 I 1

- 730 Der Gesetzgeber hat bei Abfassung des StGB den dreistufigen Deliktaufbau zu Grunde gelegt, also zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit getrennt. Das lässt sich anhand der Gesetzgebungsmaterialien belegen und auch an zahlreichen Stellen im Gesetz, etwa §§ 11 I Nr. 5, 228, 240 II. Deshalb ist mit „Tatbestand“ in § 16 I 1 nur der „Tatbestand“ im Sinne des dreistufigen Deliktaufbaus gemeint. Wer sich im Erlaubnismumstandssirrtum befindet, kennt also dennoch alle Tatbestandsumstände, sodass § 16 I 1 nicht unmittelbar anwendbar ist.

bb) Analogie zu § 16 I 1

- 731 (1) Erste Voraussetzung einer Analogie ist eine Regelungslücke. Der Erlaubnismumstandssirrtum ist vom Gesetzgeber nicht geregelt worden (entweder aus Versagen oder um ein Weiterdenken in Rspr. und Wissenschaft zuzulassen); also besteht eine Regelungslücke.
- 732 Vertiefung: § 17 erfasst zwar zweifellos den Erlaubnismumstandssirrtum; denn wer rechtfertigende Umstände annimmt, hat ja gewiss nicht die Einsicht, Unrecht zu tun. Daraus darf man aber nicht folgern, es gebe also doch eine gesetzliche Regelung für den Erlaubnismumstandssirrtum, eben § 17, und also bestehe keine Lücke. Das wäre deshalb falsch, weil § 17 auf einer *allgemeineren* Ebene steht als etwa § 16 I 1. Das kann man sich klar machen, dass ja auch jedem Täter, der sich im Tatumstandssirrtum befindet, die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. § 16 I 1 ist also eine *besondere Aussage für besondere Fälle* des Verbotsirrtums (§ 17). Für den Erlaubnismumstandssirrtum hingegen fehlt eine solche besondere Aussage des Gesetzes. Und das ist die Lücke.
- 733 (2) Zweite Voraussetzung einer Analogie ist, dass die Vorschrift, deren analoge Anwendung man erwägt, in ihrem Regelungsgehalt dem zu regelnden Sachverhalt hinreichend nahe kommt. Dem Erlaubnismumstandssirrtum am ähnlichsten ist der Tatumstandssirrtum: Beide Mal irrt der Täter in erster Linie nicht über die rechtliche Beurteilung des Geschehens, sondern schon über die tatsächlichen Umstände des Geschehens. Beide Mal fehlt also der Vorstellungsunwert. Lesen Sie zum besseren Verständnis noch einmal → Rn. 382 mit Abb. 16 und vergleichen Sie damit die

B. Die Rechtswidrigkeit beim vorsätzlichen vollendeten Handlungsdelikt

145

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Situation beim Erlaubnisumstandsirrtum mit Hilfe der Abb. 30 hier in → Rn. 733! Es zeigt sich: Beide Irrtümer sind einander so ähnlich, dass eine analoge Anwendung des § 16 I 1 angebracht ist.

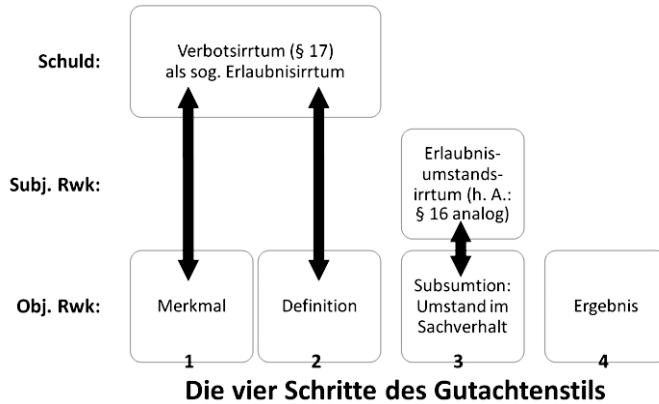


Abb. 30: Worauf bezieht sich welcher Irrtum? Rechtswidrigkeit und Schuld (II)

cc) Systematische Überlegung: Das subjektive Unrecht als Voraussetzung für die Bestrafung aus einem Vorsatzdelikt

Machen Sie sich an Abb. 2 (→ Rn. 28) und an Abb. 18 (→ Rn. 526) klar, dass wir nur dann in den Bereich der Strafbarkeit aus einem vorsätzlichen Delikt gelangen, wenn der Täter subjektives Unrecht verwirklicht hat, in seiner Tat also Vorstellungsunwert liegt. Daran fehlt es, wenn der Täter sich rechtfertigende Umstände vorstellt. Dass seine Tat objektiv immerhin Erfolgs- und Verhaltensunwert aufweist, kann nur zu einer Bestrafung wegen einer fahrlässigen Tat führen.

734

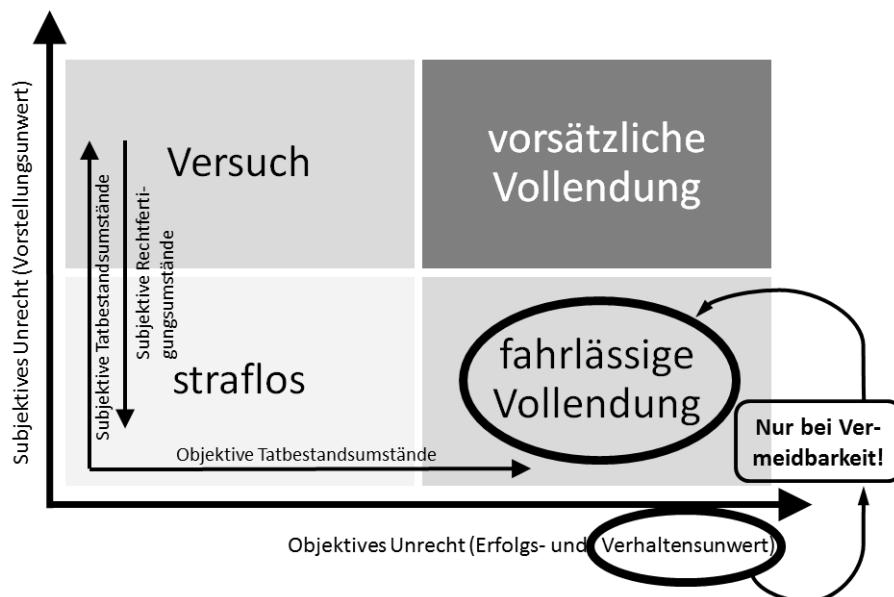


Abb. 31: Vektorrechnung für Strafrechtler V – die Fehlannahme objektiv rechtfertigender Umstände (= „Erlaubnisumstandsirrtum“ = „Erlaubnistatbestandsirrtum“)

DIE FACHBUCHHANDLUNG

dd) Systematische Überlegung: Die sachliche Bedeutungslosigkeit der Aufteilung des strafbaren Unrechts in Tatbestand und Rechtswidrigkeit

735 Erinnern Sie sich auch daran, dass wir bei → Rn. 536 ff. festgestellt hatten, wie beliebig und in der Sache bedeutungslos die Einordnung mancher Strafbarkeitsvoraussetzungen in Tatbestand oder Rechtswidrigkeit ist. Wir hatten daraus den Schluss gezogen, dass von dieser unklaren und nahezu beliebigen Einordnung nicht die rechtliche Bewertung eines Sachverhaltes abhängen darf. Dieses Anliegen deckt sich mit den bisherigen Überlegungen: Der Erlaubnisumstandsirrtum muss wie der Tatumstandsirrtum schon das Unrecht der Tat ausschließen. Ihn erst bei der Schuld unterzubringen, würde zu abweichenden Ergebnissen gegenüber dem Tatumstandsirrtum führen, die beliebig wären und auch in der Sache nicht einleuchten würden. Verdeutlichen wir das an

736 **Fall 124:** Frau F hat den Witwer W zum Freund gewonnen und ist zu ihm gezogen. Es kommt zwischen ihnen zum Streit, weil sie die Wohnung entrümpeln will. Während W spazieren geht, sortiert F eine riesige Ansammlung von Biergläsern aus. Selber ohne Führerschein, bittet sie den 18-jährigen Nachbarn N, die Gläser mit Ws Auto wegzuschaffen und im Glascontainer zu zertrümmern. Dabei bemerkt sie lächelnd, er solle sich ja nicht von W erwischen lassen. N hält für einen Scherz und glaubt leichtfertigerweise, dass die Benutzung des Autos und die Beseitigung der Gläser der Wunsch auch des W sei. F ihrerseits ist überzeugt, N habe begriffen, dass er gegen den Willen des W handle.

737 N hat das Kraftfahrzeug eines anderen in Gebrauch genommen, sodass eine Strafbarkeit nach § 248b I zu erwägen ist. Danach macht sich nur strafbar, wer „gegen den Willen des Berechtigten“ handelt. Das ist bei § 248b I unstreitig Tatbestandsvoraussetzung: Die Zustimmung des Berechtigten ist ein tatbestandsausschließendes Einverständnis (dazu → Rn. 337 ff.). Was dieses Delikt angeht, würden darum alle Irrtumslehren übereinstimmend für N einen Tatumstandsirrtum annehmen und deshalb gemäß § 16 I 1 den Vorsatz und damit die Strafbarkeit verneinen.

738 N hat auch fremde Sachen zerstört, sodass eine Strafbarkeit nach § 303 I in Betracht kommt. Hier wird die Eigentümerzustimmung von den meisten nicht als tatbestandsausschließendes Einverständnis angesehen, sondern als rechtfertigende Einwilligung (zu ihr → Rn. 612; auch schon → Rn. 351 ff.). Also würde man bejahen, dass N den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 303 I verwirklicht hat. Objektiv lag auch keine Einwilligung des W vor. Wohl aber hatte N sich eine Einwilligung vorgestellt, er befand sich also im Erlaubnisumstandsirrtum. Die Unrechtstheorien würden deshalb das fürs Vorsatzdelikt nötige Unrecht verneinen. Die Schuldtheorien hingegen würden die Rechtswidrigkeit bejahen: Die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie würde erst die Vorsatzschuld verneinen und die strenge Schuldtheorie nicht einmal das, sondern den N sogar (wegen Vermeidbarkeit des Irrtums) aus § 303 I bestrafen. Für diese verschiedene Beurteilung je nachdem, ob man den einen oder anderen Übergriff auf Ws Eigentum (Autobenutzung, Biergläserzerstörung) ins Auge fasst, kann man aber nichts in der Sache Einleuchtendes anführen. Der Gesetzgeber hätte die Voraussetzung „gegen den Willen“ genauso gut auch in § 303 I hineinschreiben oder umgekehrt auch in § 248b I weglassen können. Außerdem kann man, wie es viele tun, das Fehlen der Einwilligung *generell* als (ungeschriebenes negatives) Tatbestandsmerkmal auffassen (→ Rn. 352) und damit den Schuldtheorien im Fall 124 einfach die Grundlage entziehen: Der Erlaubnisumstandsirrtum wäre keiner mehr, sondern wäre in einen Tatumstandsirrtum verwandelt, der *unbestritten* nach § 16 I 1 den Vorsatz entfallen ließe. Die Schuldtheorien machen sich also abhängig von Zufälligkeiten der Gesetzesfassung und von dogmatischen Einordnungen, die im Grunde beliebig sind. Das spricht gegen sie.

B. Die Rechtswidrigkeit beim vorsätzlichen vollendeten Handlungsdelikt.

149

DIE FACHBUCHHANDLUNG

ee) Die Beteiligtenstrafbarkeit als Argument bei der Rechtsfindung?

Wie hat F sich in Fall 124 strafbar gemacht? F könnte den N angestiftet haben zum 739 unbefugten Gebrauch des Wagens (§§ 248b I, 26). Eine Anstiftung begeht aber nur, wer einen anderen zu dessen „vorsätzlich begangener“ Tat bestimmt (§ 26). Weil N den Tatbestand des § 248b nicht vorsätzlich verwirklicht hat, ist F auch nicht wegen Anstiftung dazu strafbar.

F könnte den N aber angestiftet haben zur Sachbeschädigung (§§ 303 I, 26). Folgt 740 man der modernen Minderheitsansicht, wonach jede Zustimmung des Berechtigten schon den Tatbestand entfallen lässt (vgl. soeben → Rn. 738), wäre auch die Sachbeschädigung keine „vorsätzlich begangene“ Tat des N. Sieht man hingegen mit der traditionellen herrschenden Ansicht bei § 303 die Zustimmung des Eigentümers als rechtfertigende Einwilligung an, so hat N den Tatbestand der Sachbeschädigung objektiv und subjektiv verwirklicht: Er hat vorsätzlich fremde Sachen zerstört. § 26 verlangt aber noch mehr, nämlich die Anstiftung eines anderen zu dessen „vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat“. Objektiv war die Sachbeschädigung rechtswidrig, denn es lag kein Rechtfertigungsgrund vor. Weil N aber an eine Einwilligung des W glaubte, befand er sich im Erlaubnisumstandsirrtum. Die Unrechtstheorien würden deshalb das fürs Vorsatzdelikt nötige Unrecht verneinen, ihnen zufolge hätte N also keine rechtswidrige Tat begangen; also könnte F auch nicht wegen Anstiftung bestraft werden. Die Schuldtheorien aber würden die Rechtswidrigkeit bejahen; ihnen zufolge könnte F also wegen Anstiftung bestraft werden (alle weiteren Voraussetzungen liegen nämlich vor).

Die Schuldtheorien führen diese Beteiligtenstrafbarkeit als Argument für ihre Vorzugswürdigkeit an. Das muss scharf zurückgewiesen werden, und zwar aus zwei Gründen. Der erste entstammt der Methodenlehre und betrifft die Systematik als Rechtsfindungsquelle: Wir haben uns soeben (→ Rn. 735 ff.) klargemacht, dass es keinen Sachgrund dafür gibt, die Opferzustimmung bei § 248b I schon im Tatbestand und bei § 303 I erst in der Rechtswidrigkeit zur Geltung zu bringen. Es ist also ein schwerer systematischer Fehler, aus dieser Unterschiedlichkeit auch noch Konsequenzen zu ziehen: Wer das tut, behandelt Gleisches willkürlich ungleich, und das ist verfassungswidrig (Art. 3 I GG). Das Teilnahmeargument entpuppt sich als Eigenitor: Es ist von *Übel* für eine Theorie, eine Strafbarkeit aus sich ableiten zu müssen, die einen Wertungswiderspruch zu feststehender, vom Gesetz eindeutig gewollter Straflosigkeit bedeutet. – Der zweite Grund hängt mit dem ersten zusammen und entstammt ebenfalls der Methodenlehre, betrifft aber sozusagen eine „höhere Ebene“: Weder bei der Auslegung noch bei der Rechtsfortbildung ist es eine akzeptable Rechtsfindungsmethode, sich beim zu beurteilenden Fall zu fragen, welches Ergebnis man selber wohl gerne hätte, und dann eine „Theorie“, die zum gewünschten Ergebnis führt, gerade damit zu begründen, dass sie zu diesem Ergebnis führt. Gewiss kann man diese Theorie damit so manchem schmackhaft machen, der sich ebenfalls dieses Ergebnis wünscht. Wer sich davon aber verlocken lässt und dafür Wertungswidersprüche in Kauf nimmt, sucht das Recht nicht mühselig, sondern macht es sich bequem.

e) Muster-Klausurlösung zu Fall 123

Im Folgenden finden Sie ein Muster, wie man eine Klausurlösung zu Fall 123 742 formulieren kann. Die Texte in eckigen Klammern sind erläuternde Zusätze und gehören nicht zur Lösung.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

743

A. Körperverletzung (§ 223 I)

I. Tatbestand

1. T hat dem O körperliche Schmerzen zugefügt und ihn somit körperlich misshandelt. Außerdem hat er ihn blutig geschlagen und damit an der Gesundheit geschädigt, nämlich einen krankhaften Zustand herbeigeführt, der der Heilung bedarf.
2. T muss gemäß § 15 vorsätzlich gehandelt haben. Die dafür erforderliche Kenntnis (§ 16 I 1), dem O körperliche Schmerzen zuzufügen und ihn an der Gesundheit zu schädigen, hatte er. Ob für den Vorsatz auch ein Wollen der Tatbestandsverwirklichung nötig ist, kann dahinstehen, denn T wollte den O verletzen.

II. Rechtswidrigkeit

1. T könnte objektiv aus Notwehr (§ 32) gerechtfertigt gewesen sein. Dazu müsste er von O angegriffen worden sein. O hat T aber nicht angegriffen, sondern wollte nur eine Zigarette aus der Tasche holen.

[Vertiefung: Orientiert man sich am konventionellen Aufbau („objektiv vor subjektiv“), muss man streng genommen jetzt noch feststellen, dass der voreilige T auch im Hinblick auf das Fehlen eines Angriffes pflichtwidrig gehandelt, also das erlaubte Risiko überschritten hat (vgl. das Gegenbeispiel in Fall 125). Weil dies aber von kaum einem Prüfer erkannt und jedenfalls von keinem erwartet wird, empfiehlt es sich zurzeit noch, bei einer (wie hier) gegebenen Pflichtverletzung den Punkt zu überspringen und sich auf die Behandlung des Erlaubnisumstandsirrtums zu beschränken.]

T ist also nicht objektiv gerechtfertigt.

2. Möglicherweise liegt das Unrecht der vorsätzlichen Körperverletzung nicht vor, weil T irrg. Umstände annahm, die ihm das Recht zum Zuschlagen gegeben hätten (sog. Erlaubnisumstandsirrtum).

T stellte sich vor, von O gegenwärtig und rechtswidrig angegriffen zu werden. Auf der Basis dieser Vorstellung wäre der Schlag die erforderliche, nämlich die geeignete und mildeste Verteidigung gegen den Angriff gewesen. Sie wäre auch iSd § 32 I geboten gewesen. T befand sich somit in einem Erlaubnisumstandsirrtum.

Vielleicht ist der Erlaubnisumstandsirrtum als vorsatzausschließender Umstandsirrtum iSd § 16 I 1 zu behandeln. Dann müsste T einen Umstand verkannt haben, der „zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Verkannt hat T das Fehlen eines Angriffs. Es kommt also darauf an, ob dieses Fehlen zu den Umständen gehört, die im „gesetzlichen Tatbestand“ beschrieben sind. Manche Autoren bejahen das (Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen). Die wohl hM tut das zwar nicht, sie wendet § 16 I 1 aber analog auf den Erlaubnisumstandsirrtum an und verneint so ebenfalls den Vorsatz (eingeschränkte Schuldtheorie [uE besser: Unrechtstheorie]). Beide Ansichten verneinen also bereits das für das Vorsatzdelikt nötige Unrecht. Andere Lehren dagegen bejahen das Unrecht des Vorsatzdeliktes und verschieben das Problem in die Schuld. Dort verneinen sie dann entweder die „Vorsatzschuld“ (rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie) oder wenden § 17 an (strenge Schuldtheorie). Nur vom letzten Standpunkt aus kommt es hier darauf an, ob Ts Irrtum vermeidbar war. T hatte keinen konkreten Grund für die Annahme, O werde ihn mit einem Messer angreifen. Deshalb hätte er seinem ersten Gedanken nicht blind vertrauen dürfen,