

Grundfragen der Irrtumsdogmatik

I.

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Das Strafrecht hat mich schon einmal nach Ankara geführt, das war 2009. In jenem Jahr fand in Istanbul ein Kongress der AIDP statt, also der *Association Internationale de Droit pénal*. Nach dem Kongress hat eine kleine Gruppe von Teilnehmern noch eine Reise durch die Türkei gemacht, ich durfte dabei sein, und unsere erste Station war Ankara. Damals rechnete ich allerdings nicht damit, noch einmal im Dienste des Strafrechts hierher zurückzukommen. Um so mehr freut und ehrt es mich, heute vor Ihnen sprechen zu dürfen! Auch deshalb, weil Mitveranstalter dieser Tagung Ihr Kassationshof ist – und mir der Kontakt zur Rechtsprechung besonders am Herzen liegt. Und ganz besonders dankbar bin ich dafür, dass Sie es mir erlaubt haben, zu Ihrem Thema: den Irrtümern im Strafrecht, keinen reinen Landesbericht vorzulegen, sondern über *Grundfragen der Irrtumsdogmatik* zu sprechen.

II.

1. a) Die erste dieser Grundfragen lautet, ob man Irrtümer über den Sachverhalt anders behandeln will als Irrtümer über das Verbot. Im deutschsprachigen Rechtskreis nennt man die Irrtümer über den Sachverhalt „**Tatbestandsirrtümer**“ und die über das Verbot „**Verbotsirrtümer**“. Und dort werden diese Irrtümer tatsächlich unterschiedlich behandelt – wie auch in der Türkei: Der Tatbestandsirrtum hat die milde Folge, dass nur noch wegen fahrlässiger Tat bestraft werden kann; was erstens einen Fahrlässigkeitstatbestand im Besonderen Teil voraussetzt und zweitens, wenn es den gibt, zu einem deutlich milderen Strafraumen führt. Hingegen befreit ein Verbotsirrtum nur dann von einer Strafe, wenn er vollkommen unvermeidbar war, und dies richtet sich nach einem besonders strengen Maßstab. Und wenn der Irrtum nach diesem Maßstab vermeidbar gewesen ist, wird der Täter trotz seines Irrtums wegen vor-

sätzlicher Tat schuldig gesprochen und kann lediglich einem milderen Strafraumen unterworfen werden – muss es aber nicht, und selbst der mildere Strafraumen ist meist härter als jener des Fahrlässigkeitsdelikts. Das türkische Strafgesetzbuch ist noch strenger und versagt dem Täter, wenn der Irrtum vermeidbar war, einen milderen Strafraumen ganz.

Einem solchen *dualistischen* System lässt sich ein *monistisches* gegenüberstellen. In ihm gibt es nur eine Art des Irrtums: fehlendes Unrechtsbewusstsein. Dadurch geht kein Irrtumsfall verloren, denn auch ein Tatbestandsirrtum beseitigt das Unrechtsbewusstsein: Wer im Restaurant aus Versehen den Schirm eines anderen Gastes mitnimmt, weil er diesen Schirm für seinen eigenen hält, handelt im Tatbestandsirrtum hinsichtlich der *Wegnahme* einer *fremden* beweglichen Sache – und hat deshalb kein Unrechtsbewusstsein. Die Rechtsfolge fehlenden Unrechtsbewusstseins kann man in einem monistischen System danach bestimmen, wie vorwerfbar der Irrtum ist, das heißt wie fahrlässig. Und das ist gegenüber dem dualistischen System vorzugswürdig. Schon dessen theoretisches Fundament überzeugt nicht:

b) Dieses Fundament ist die sogenannte **Schuldtheorie**. Sie unterscheidet die Sachverhaltskenntnis – den Vorsatz – von der Verbotskenntnis, also dem Unrechtsbewusstsein. Das Fehlen des Unrechtsbewusstseins hält sie für schlimmer als ein Fehlen des Vorsatzes. Denn, so die Schuldtheorie, wenn jemand Vorsatz habe, dann appelliere diese Sachverhaltskenntnis an sein Gewissen – und sei es in der Regel vorwerfbar, trotz dieses Appells kein Unrechtsbewusstsein zu entwickeln. Zudem handele es sich bei fehlender Sachverhaltskenntnis um eine intellektuelle Fehlleistung, die weniger verwerflich sei als jenes moralische Versagen, das einem Verbotsirrtum normalerweise zugrunde liege. Doch das stimmt ebensowenig wie der Hinweis auf die vermeintliche Appellfunktion des Vorsatzes. Diese Appellfunktion kann ein Vorsatz nur haben, wenn jemand das Verbot bereits kennt oder zumindest erahnt. Das ist hinsichtlich vieler Normen des Kernstrafrechts gewiss der Fall. Aber längst nicht bei allen. Erst recht gilt dies für das Nebenstrafrecht. Denn dort gibt es zahllose Ge- und Verbote, die nur Fachleuten bekannt sind – und oft nicht einmal denen. Und wo immer jemand von einem solchen Ge- oder Verbot keine Ahnung hat, entfaltet seine Kennt-

nis des Sachverhalts keine Appellwirkung. Das gleiche gilt für Tatbestände, die schwierige Auslegungsfragen stellen. Denn bei ihnen klärt sich erst vor Gericht, ob ein Verhalten sie erfüllt habe, und dann lässt sich dem Handelnden nicht vorwerfen, sein Verhalten hätte doch an sein Gewissen appellieren müssen – wenn es *de facto* eine gute Chance gab, dass ein Gericht dieses Verhalten für rechtmäßig erklären werde. Ferner trifft nicht zu, dass der Verbotsirrtum in der Regel ein moralisches Versagen wäre. Vielmehr besteht ein solches Versagen vornehmlich darin, ein Delikt trotz Kenntnis des Verbots zu begehen.

c) Gegen die Schuldtheorie lassen sich weitere gewichtige Argumente ins Feld führen. Vor allem ist es gar nicht möglich, sauber zwischen Sachverhaltsirrtümern und reinen Verbotsirrtümern zu unterscheiden. Grund dafür sind die zahlreichen Verweise von Straftatbeständen auf andere, **vortatbestandliche Normen**, für die sich dann stets fragt, ob sie samt ihrem rechtlichen Ergebnis noch zum Sachverhalt gehören – oder ob sie schon als Teil der Verbotsnorm betrachtet werden müssen. Ein Beispiel ist der Tatbestand der Steuerhinterziehung: Er verweist auf die vortatbestandlichen Normen des Steuerrechts, aus denen der Steueranspruch des Staates folgt. Sind jetzt diese Normen und ihr Ergebnis, der Steueranspruch, noch Teil des Sachverhalts – so dass in einem Tatbestandsirrtum handelt, wer, warum auch immer, irrig annimmt, weniger Steuern zu schulden? Oder gehört das Steuerrecht schon zur Gebotsnorm – mit der Folge, dass nur jene Umstände den Sachverhalt bilden, die den Steueranspruch begründen, etwa eine bestimmte Höhe des Einkommens, dass aber der Steueranspruch selbst und das Steuerrecht zum Gebot gehören und folglich nur ein Verbot-sirrtum vorliegt, wenn jemand diesen Anspruch verkennt, aber sich der steuerrechtlich relevanten Umstände bewusst ist?

In der deutschen Dogmatik spiegelt sich diese Unmöglichkeit einer sauberen Abgrenzung in dem endlosen Streit um die Unterscheidung von **normativen Tatbestandsmerkmalen** und **Blankettmerkmalen**. Denn die Klassifizierung eines Begriffs als normatives Tatbestandsmerkmal erstreckt den Sachverhalt auf das Ergebnis der vortatbestandlichen Norm, das der Täter dann, um Vorsatz zu haben, in seiner „Laiensphäre“ kennen muss. So auch bei der Steuerhinterziehung (sogenannte Steueran-

spruchstheorie): Das Merkmal, dass zu wenig Steuern bezahlt wurden („Steuerverkürzung“), betrachtet die Rechtsprechung als normatives Tatbestandsmerkmal, so dass die Rechtsfolge der steuerrechtlichen Normen: der Steueranspruch des Staates, ein Teil des Sachverhalts wird und Vorsatz nur derjenige hat, der weiß, dass er zu wenig Steuern bezahlt. Die Klassifizierung eines Begriffs als Blankettmerkmal hingegen lässt die vortatbestandliche Norm im Verbot oder Gebot aufgehen, so dass die Unkenntnis von ihrer Existenz und ihren Folgen nur noch ein Verbotsirrtum ist. Und es gibt im deutschen Recht zahlreiche Tatbestandsmerkmale, für die rettungslos umstritten ist, ob sie nun normative Tatbestandsmerkmale seien oder Blankettmerkmale. Kein Wunder, denn es hat noch niemand ein brauchbares Kriterium für die Unterscheidung dieser Merkmalsarten vorschlagen können.

d) Eine genauso verwirrende Fortsetzung hat das Abgrenzungsdilemma, wenn es um **Genehmigungserfordernisse** geht. Eigentlich könnte es für die Schuldtheorie ganz einfach sein: Wer ein solches Erfordernis nicht kennt, handelt lediglich in einem Verbotsirrtum – wenn er sich sonst aller Umstände des Falles bewusst ist. Aber das ist selbst den glühendsten Anhängern der Schuldtheorie zu hart. Daher will die deutsche Rechtsprechung darauf abstellen, um was für ein Genehmigungserfordernis es sich handle: Gehe es um eine eigentlich sozial anerkannte und nützliche Tätigkeit, so sei der Irrtum über das Genehmigungserfordernis schon ein Tatbestandsirrtum, da die Genehmigung in solchem Fall bereits den Tatbestand ausgeschlossen hätte. Man spricht dann von einem „präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“, ein Beispiel ist die Führerscheinplicht im Straßenverkehr. Handle es sich hingegen um eine eigentlich geächtete und gefährliche Tätigkeit, sei der Irrtum über das Genehmigungserfordernis ein Verbotsirrtum; denn dann würde die Genehmigung erst ein Rechtfertigungsgrund gewesen sein. Die Rede ist in diesen Fällen von einem „repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt“, Beispiele sind die Verbote des Kriegswaffenexports und des Drogenbesitzes ohne Genehmigung. Das hört sich zunächst plausibel an, führt aber bei der praktischen Anwendung sofort zu Widersprüchen und Ungerechtigkeiten, weil auch sozial anerkannte und nützliche Tätigkeiten oft latent gefährlich sind, etwa das Fahren mit Lkws (für das man eine Zulassung des Fahrzeugs und eine Fahrerlaubnis braucht), und ihre soziale Anerkennung verlieren, wenn die Genehmi-

gung fehlt, etwa bei einem ungenehmigten Transport giftiger Chemikalien durch einen Fahrer ohne Fahrerlaubnis. Und weil umgekehrt auch scheinbar geächtete und gefährliche Tätigkeiten gerade dann, wenn eine Genehmigung vorliegt, sozial erwünscht und kaum mehr gefährlich sind; zum Beispiel der Umgang eines Arztes mit Betäubungsmitteln (Drogen).

e) Wählt man ein **monistisches Modell**, gelangt man zu gerechteren Rechtsfolgen, weil man sie jetzt allein davon abhängen lassen kann, worauf es ankommt: von der Vorwerfbarkeit des Irrtums. Und die richtet sich nicht automatisch nach seinem Bezugspunkt (Sachverhalt oder Verbot). Vielmehr wusste schon der in Deutschland bekannte Strafrechtslehrer Karl Binding: „Irrtümer werden nie durch ihren Gegenstand, sondern nur durch die Art schwer, durch die man sie nicht vermieden hat.“¹ Wie genau die Vorwerfbarkeit eines Irrtums bemessen werden kann und welche Rechtsfolgen an sie geknüpft werden sollten, kann ich hier nicht ausführlich erörtern, komme darauf aber gerne in der Diskussion zurück.

f) Der Grund meines Plädoyers für das monistische Modell ist erstens meine Überzeugung, dass sich das Strafrecht auch und gerade mit den Bestimmungen zu Irrtümern an seinem Zweck auszurichten hat – das führt zu einer „**funktionalen Verbrechenslehre**“ –, zweitens die Überzeugung, dass dieser Zweck nicht der Schutz von Rechtsgütern ist, sondern die maßvolle und geordnete Befriedigung elementarer Gerechtigkeitsbedürfnisse, das heißt elementarer Vergeltungsbedürfnisse, und drittens der empirische Befund, dass diese Vergeltungsbedürfnisse entscheidend davon abhängen, ob der Täter mit Unrechtsbewusstsein handelt: Der bewusste Bruch des Rechts lässt eine Tat in den Augen der Rechtsgemeinschaft besonders verwerflich erscheinen; nicht hingegen die wertfreie Kenntnis dieses oder jenes Sachverhalts.

2. Aus Zeitgründen nicht ausführlich behandeln kann ich auch die weitere Grundfrage der Irrtumsdogmatik, wie man mit Fällen umgeht, in denen der Täter Vorsatz und Unrechtsbewusstsein hat und auch tatsächlich einen Straftatbestand verwirklicht –

¹ BINDING, Karl, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 133.

aber in etwas anderer Form als gedacht oder auf etwas anderem Weg. Zu diesen Fällen zählen die berühmten Identitätsirrtümer *Error in persona* und *Aberratio ictus*, der sogenannte abweichende Kausalverlauf und der Irrtum über Tatbestandsalternativen; wenn der Täter also zum Beispiel die erste Alternative eines Tatbestandes zu verwirklichen glaubt, tatsächlich aber die zweite vollendet. Für alle diese **Abweichungsfälle** stellt sich die Frage, ob der Irrtum beachtlich sei, und für die Antwort kommt es stets darauf an, ob man die Pläne und Motive des Täters für entscheidend hält – das wäre eine subjektive Lösung – oder ob man nach einem objektiven Maßstab darüber befindet, wie sich die Abweichung auswirkt. Die deutsche Rechtsprechung tut mal das eine und mal das andere: Bei der *Aberratio ictus* wählt sie die subjektive Lösung, beim *Error in persona* und der Kausalverlaufsabweichung hingegen eine objektive. Mein Vorschlag wäre, für alle Abweichungsfälle einen subjektiven Ansatz zu wählen und zu fragen, ob der Täter auch gehandelt haben würde, wenn er den tatsächlichen Verlauf und den tatsächlichen Erfolg vorausgesehen hätte.

3. Keine echte Grundfrage der Irrtumsdogmatik ist die Behandlung des sogenannten **Erlaubnistatbestandsirrtums**, also der irrigen Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts. In einem monistischen Rechtsfolgen-Modell versteht sich das von selbst, denn dort ist der Erlaubnistatbestandsirrtum nur einer von vielen denkbaren Gründen dafür, dass das Unrechtsbewusstsein fehlt; und es kommt dann wieder nur darauf an, wie vorwerfbar dieser Irrtum erscheint. Doch auch in dem dualistischen Modell, das in der Türkei und in Deutschland vom Gesetz vorgegeben wird, ist die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums heute kaum noch umstritten: Die deutsche Rechtsprechung betrachtet ihn als das, was er ja auch ist, nämlich als Sachverhaltsirrtum, und stellt ihn folglich einem Tatbestandsirrtum gleich. Dazu ist dann zwar im deutschen Schrifttum noch eine Detailfrage im Streit – eingeschränkte Schuldtheorie oder „rechtsfolgenverweisende“ eingeschränkte Schuldtheorie? –, doch das liegt nur daran, dass die Teilnahme in Deutschland merkwürdig geregelt ist (Stichwort „limitierte Akzessorietät“), und wirkt sich nur in ganz exotischen Fällen aus.

4. a) Etwas schwieriger ist dann wieder die letzte Frage, die ich ansprechen möchte, und zwar wie man Irrtümer behandeln sollte, die **Entschuldigungsgründe** betreffen. Entschuldigungsgründe sind Sachverhalte, die erst die Schuld beseitigen, und dies aufgrund einer Regelung, deren Ratio in der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens besteht. Hauptbeispiel des deutschen Rechts ist die Vorschrift zum entschuldigenden Notstand, § 35 des deutschen Strafgesetzbuches. Ein klarer Anwendungsfall wäre ein Schiffbrüchiger, der einem anderen Opfer des Schiffsuntergangs den Rettungsring wegnimmt, um selbst zu überleben – während der andere ertrinkt. § 35 enthält auch eine Irrtumsregelung: Wer irrig einen entschuldigenden Sachverhalt annimmt, wird nur bestraft, wenn sich der Irrtum vermeiden ließ; und die Strafe ist obligatorisch zu mildern. In der Sache geht es dann um Fahrlässigkeit hinsichtlich der Voraussetzungen einer Entschuldigung. Der entschuldigende Sachverhalt lässt sich auch als eine Situation beschreiben, in der jemand zwar zurechnungsfähig ist (steuerungsfähig) und Unrechtsbewusstsein hat, in der man aber Verständnis dafür aufbringt, dass er gleichwohl die Straftat begeht, weil die besonderen Umstände des Falles diese *menschliche Schwäche verständlich* machen; verständlich, weil auch man selbst – und jeder Richter – für einen solchen Fall nicht garantieren könnte, stärker zu sein und die Norm zu beachten, das heißt zum Beispiel selbst dann zu beachten, wenn dies das eigene Leben kostete.

Mit einem erneuten Blick auf die Gerechtigkeitsintuitionen der Menschen erscheint es mir sachgerecht, auch die Rechtsfolgen der irrigen Annahme eines entschuldigenden Sachverhalts – also einen Entschuldigungstatbestandsirrtum – davon abhängen zu lassen, wie vorwerfbar er ist. Nachrangig ist dann in meinen Augen, ob man dies so tut wie das türkische Recht in Artikel 30 Absatz 3 des türkischen Strafgesetzbuches oder so wie das deutsche Strafgesetzbuch in seinem § 35 Absatz 2; ob man also, wie in der Türkei, nur den unvermeidbaren Irrtum berücksichtigt – oder ob man, wie in Deutschland, in Fällen eines vermeidbaren Irrtums immerhin eine obligatorische Strafrahmengmilderung anordnet.

b) Wofür ich allerdings abschließend noch werben will, das ist eine **einheitliche Behandlung** aller Irrtümer über Sachverhalte, die deshalb zu einer Milderung der

Rechtsfolgen führen, weil man *Nachsicht mit menschlicher Schwäche* hat. Das ist im deutschen Recht keineswegs nur in Vorschriften der Fall, die als Entschuldigungsgründe anerkannt sind. So gibt es zum Beispiel im Besonderen Teil mehrere Regelungen, die Taten zu eigenen Gunsten oder zugunsten naher Angehöriger straffrei stellen, etwa bei der Strafvereitelung. Manche Regelungen führen zwar nicht zur Straffreiheit, aber immerhin zu einer Milderung; so bei der Beleidigung, der Körperverletzung und dem Totschlag, wenn das Opfer den Täter zuvor schwer beleidigt oder misshandelt hatte. Auch solche – im weitesten Sinne – Privilegierungen beruhen auf der Gerechtigkeitsintuition, dass man für derartige Fälle typischerweise keine eigene Normtreue garantieren könnte und daher Nachsicht mit der menschlichen Schwäche derer übt, die dazu tatsächlich nicht in der Lage gewesen sind.

Regelungen mit dieser Ratio finden sich in Deutschland über das gesamte Strafrecht verstreut und mit unterschiedlichen, aber stets begünstigenden Rechtsfolgen. Stimmig und wünschenswert wäre es, sie irrtumsdogmatisch gleichzustellen, heißt für Deutschland: § 35 Absatz 2 StGB analog anzuwenden. Zulässig ist das aber *de lege lata* natürlich nur, wenn der Gesetzgeber nichts anderes gewollt hat. Und es funktioniert nur, wenn die entlastende Regelung so aufgebaut ist wie § 35 Absatz 1 StGB. Das heißt, dass die Entlastung einen objektiven Sachverhalt bedingt, der sich in der Vorstellung des Täters spiegeln muss. Ist die fragliche Norm rein subjektiv formuliert, also als Absicht, oder rein objektiv, so ist für eine Analogie erneut kein Raum. *De lege ferenda* wäre es aber zu wünschen – und dies, meine ich, nicht nur im deutschen Recht –, dass alle Regelungen zur Nachsicht mit menschlicher Schwäche die gleiche Normstruktur bekommen und die gleiche Irrtumsregelung. Wesentlich weniger gerecht erschiene es mir hingegen, die Folgen von Irrtümern davon abhängen zu lassen, ob eine Norm zur Nachsicht mit menschlicher Schwäche als Entschuldigungsgrund eingeordnet wird oder als Tatbestandsausschluss, Strafausschlussgrund oder Strafzumessungsregel. Denn dieser verbrechenssystematische Ansatz ginge am Inhalt der jeweiligen Norm vorbei und führte in irrtumsdogmatische Zufälligkeiten und Wertungswidersprüche, die man in der deutschen Dogmatik leider ausgiebig besichtigen kann.

III.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, damit bin ich bereits am Ende dieses Vortrags. Und wie es die antiken Rhetoriklehrer empfehlen, die auch auf dem Gebiet der heutigen Türkei tätig gewesen sind, habe ich mir das Allerwichtigste für den Schluss aufgehoben. Es besteht darin, Ihnen für Ihre warmherzige und perfekte Gastfreundschaft zu danken! Und dafür zu danken, dass Sie auch in außenpolitisch schwierigen Zeiten das internationale Gespräch der Strafrechtler aktiv aufrechterhalten. Ankara ist dafür ein guter Ort. Und jetzt bin ich gespannt auf Ihre Anmerkungen!