



2 FÜR KÄSE INS KITCHEN (STRAFRECHT)

Hinweis vom HLB-Team:

Wen die Unsicherheit quält, welche Tatbestände aus dem StGB denn nun am wahrscheinlichsten in der eigenen Examensklausur abgefragt werden, dem sei ein Blick in die **Examensstatistiken** der Uni Köln ans Herz gelegt.¹ Wenig überraschend wird der Allgemeine Teil des Strafrechts ausnahmslos jedem Examenskandidaten begegnen: Insbesondere die Bereiche „**Täterschaft & Teilnahme**“, „**Irrtümer**“ sowie der „**Versuch**“ sind beliebter Prüfungsstoff. Ebenso sicher sollten konkurrenzrechtliche Fragestellungen beherrscht werden, da sie entscheidend für die Prüfungsreihenfolge und Klausurtaktik sind. Den zweithäufigsten Themenkomplex stellen sodann bereits die Eigentums- und Vermögensdelikte: Unter ihnen kommen der **Diebstahl** (§§ 242 ff. StGB) sowie der **Betrug** (§ 263 StGB) am häufigsten vor (inklusive der bekannten Abgrenzungen in 3-Personen-Verhältnissen).

¹<https://klausurenkurs.uni-koeln.de/klausurenkurs/auswertung-der-examensklausuren%20> (aufgerufen: 18.07.23).

Dieser Empirie tragen wir mit unserer Juli-Entscheidung des OLG Zweibrücken (Urt. v. 11.07.2022 – 1 OLG 2 Ss 7/22) Rechnung. Wie der Käse die Maus in die Mausefalle lockt, so lockt diese Entscheidung die Prüflinge in den Examensfall: Ein Verkehrsunfall, ein Diebstahl, ein **Dienstwaffenträger**, eine Irrtumsproblematik, Bezüge zur aktuellsten BVerfG-Rechtsprechung – alles ist dabei. Im Kern geht es um die Frage, ob sich ein **Polizeibeamter des Diebstahls mit Waffen in einem besonders schweren Fall** nach § 242 Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit.a Var. 1, § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB schuldig gemacht hat, indem er die zuvor im Zuge eines Verkehrsunfalls aus einem Kühllaster gefallenen und ungenießbar zu werden drohenden Käselaibe zwecks Verzehr in seinen Kofferraum räumte und mit sich nahm – die geladene Waffe im Holster.

DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG

In diesem Monat haben wir eine Revisionsentscheidung des OLG Zweibrücken für euch aufbereitet.² Nach den Feststellungen des Tatgerichts, dem LG Frankenthal (Pfalz), verunfallte auf einer Autobahn ein LKW, der über tausend

² OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.07.2022 – 1 OLG 2 Ss 7/22, BeckRS 2022, 20727.

Kartons Käse zu je 20 kg in einem Kühlcontainer geladen hatte. Durch den Unfall brach der Kühlcontainer auf und einige Käsekartons fielen auf die Fahrbahn. Der verletzte Fahrer wurde ins Krankenhaus gebracht, während die Polizei die Unfallstelle sicherte.

Nachdem die Sicherungsmaßnahmen abgeschlossen waren, fuhr der Angeklagte A, ein Polizeibeamter der Autobahnpolizei, der auch zweifelsfrei als solcher zu erkennen war, mit einer Kollegin in einem Polizeitransporter zur Unfallstelle. Auf sein Geheiß hin reichte ihm ein Mitarbeiter des mit der Bergung beauftragten Unternehmens sechs der Käsekartons, die sich noch in dem Container befanden. Sie waren unbeschädigt und wiesen einen Gesamtwert von 369,- EUR auf. Während der gesamten Zeitspanne trug der Angeklagte seine geladene Dienstwaffe am Halfter. Zwei der Kartons stellte A seinen Kollegen im gemeinsamen Pausenraum zur Verfügung; einen Karton überließ er der Kollegin. Der Verbleib der restlichen Kartons konnte nicht aufgeklärt werden. Am Tag nach dem Unfall wurde die verbliebene Ware begutachtet. Eine Woche nach dem Unfall verfügte die Eigentümerin die Vernichtung des beschädigten Käses, während sie einen unbeschädigten Teil noch veräußern konnte.

Dem A war bewusst, dass der Käse noch im Eigentum eines anderen stand, als er ihn mitnahm. Er wusste auch, dass Transportgut verunfallter LKW üblicherweise durch einen Havariekommissar geprüft wird. Dieser gibt dann eine Empfehlung hinsichtlich der weiteren Verwendung an den Eigentümer ab. A wusste, dass eine solche Freigabe noch nicht erfolgt war, als er die Kartons abtransportiert hat. Nach den zum Vorstellungsbild des A getroffenen Feststellungen des Landgerichts war er allerdings davon überzeugt, dass die Rechtsguthaberin kein Interesse mehr an der Ware habe und einer hypothetischen Anfrage der Ansichnahme sicher zustimmen würde, weil die Kühlkette unterbrochen wurde, das Wetter warm war und Käse verderblich ist. Eine löchrige Argumentation, wie sich zeigen sollte.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das Landgericht Frankenthal (Pfalz) sprach den Angeklagten entgegen dem amtsgerichtlichen Urteil vom Vorwurf des Diebstahls mit Waffen frei (bitte lies **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB**). Er habe einem Erlaubnistatbestandsirrtum (im Folgenden auch „ETBI“)³ unterlegen, weil er vom mutmaßlichen Einverständnis der Rechtsguthaberin ausgegangen sei und handelte daher **ohne Vorsatz (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB)**. Das OLG Zweibrücken hat nun entschieden, dass diese Annahme durch die Feststellungen des Landgerichts zum Vorstellungsbild des A nicht hinreichend belegt wurden. Das Urteil des Landgerichts wurde daher aufgehoben und ihm die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

PRÜFUNGSMASSSTAB

In einer Revisionsentscheidung prüft das zuständige Gericht gem. **§ 337 Abs. 1 StPO** lediglich, ob das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, also eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (**Abs. 2**). Es handelt sich um ein rein schriftliches Verfahren. Eine erneute Beweisaufnahme findet nicht statt. Durch die Revision können sowohl Verfahrensfehler (vgl. insb. die in **§ 338 StPO** aufgeführten absoluten Revisionsgründe⁴) als

³ **FYI:** Universität wird regelmäßig auch vom „Erlaubnistatbestandsirrtum“ gesprochen, lat. *error facti*. Warum mancher Rechtsgelehrter diese Formulierung bevorzugt, verrät der Blick ins Gesetz (**§ 16 StGB** = „Tatumstände“). In der Sache bezeichnet der „EUI“ jedoch dasselbe Phänomen wie der ETBI.

⁴ **FYI:** Klausurklassiker im zweiten Examen sind hier insb. die verschiedenen Fälle der **Präklusion** des Angeklagten, z.B. bei Mitwirkung eines **abgelehnten Richters** nach **§ 25 Abs. 1 StPO** i.R.d. **§ 338 Nr. 3 StPO**, bei **Unzuständigkeit des Gerichts** (vgl. **§ 338 Nr. 4 StPO**, der die

auch die möglicherweise falsche Anwendung sachlichen Rechts gerügt werden. Letzteres war vorliegend gegenständlich.

TATBESTAND

Auch wenn der objektive Tatbestand in der Revisionsentscheidung keine Rolle spielte und die Prüfung erfahrene Jurastudierende nicht vor unüberwindbare Herausforderungen stellt, ist er doch als Klausurfall nicht uninteressant. Es bedarf sowohl einer Abgrenzung des Trickdiebstahls zum Betrug als auch einer kurzen Diskussion einer teleologischen Reduktion für Berufswaffenträger im Qualifikationstatbestand des **§ 244 Abs. 1 S. 1 lit. a Var. 1 StGB**.

ABGRENZUNG TRICKDIEBSTAHL UND SACHBETRUG

Bei den Käsekartons handelt es sich um fremde, bewegliche Sachen. Denn die Eigentümerin der Ware hat ihre Rechte an der Ware weder aufgegeben noch in sonstiger Weise verloren. Schließlich war der angetroffene Mitarbeiter mit der Bergung der Ware, nicht mit deren Entsorgung beauftragt.⁵ Zudem bezog sich das Herausgabeverlangen des A auf Kartons, die sich noch im Kühlcontainer befanden. Sie waren auch noch im Gewahrsam der Geschädigten, als A mit seiner Kollegin mit dem Polizeitransporter bei der Unfallstelle vorfuhr.

Dieser **Gewahrsam** müsste gebrochen wor-

den, mithin gegen den Willen⁶ des Berechtigten aufgehoben worden sein. Das ist keine triviale Frage: Zunächst übte der Fahrer der Käseproduzentin (Mit-) Gewahrsam aus. Mit dessen Krankenseinlieferung übernahm jedenfalls der Mitarbeiter des Bergungsunternehmens die tatsächliche Sachherrschaft über die Kartons, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen. Dieser überreichte zum guten Schluss auf dessen Ersuchen hin dem A die Kartons.

Hierin könnte ein tatbestandsausschließendes Einverständnis zu sehen sein. Dann läge kein Diebstahl vor und es wäre ein Sachbetrug zu prüfen. An dieser Stelle ist jedoch entscheidend, dass A in einem Polizeitransporter vorfuhr und zudem voll uniformiert war. Der Mitarbeiter des Bergungsunternehmens sah sich auf das Herausgabegesuch des Uniformierten **vermeintlich zwingender staatlicher Gewalt** ausgesetzt, weshalb es bei seinem Einverständnis an der inneren Freiwilligkeit fehlte (er dachte, er habe keine andere Wahl). Er ging davon aus, dass er an der Entziehung der Sache nichts ändern könne, egal wie er sich verhielte. Trotz des äußeren Erscheinungsbildes eines Weggebens, fand hier daher ein Gewahrsamsbruch statt. Durch das Verstauen der Kartons im Auto wurde dann neuer Gewahrsam begründet.

BERUFSSWAFFENTRÄGER

Das Vorliegen des objektiven Tatbestands des **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB** kann in der Klausur relativ zügig festgestellt werden.

örtliche Zuständigkeit sowie die Zuständigkeit der in **§ 74e GVG** genannten **besonderen Straf-kammern** (Schwurgericht, Wirtschaftsstrafkammer und Staatsschutzkammer) oder der – in Praxis und Klausur wohl bedeutsamste Grund – der vorschriftswidrigen **Abwesenheit** eines Verfahrensbeteiligten (**§ 338 Nr. 5 StPO**; z.B. Verteidiger, Angeklagter; nach **§ 185 GVG** auch Urkundspersonen, Dolmetscher etc.).

⁵ Dießner, FD-StrafR 2022, 451338.

⁶ **FYI:** Das schließt auch ein Handeln „ohne“ den Willen des Berechtigten mit ein (wer gar keinen Willen über einen Umstand bildet, billigt diesen auch nicht); insoweit ist die definitorische Dopplung redundant. Ansonsten gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz: Ein Eingriff in die Rechtsgüter einer Person, der mit deren Willen erfolgt, ist kein Unrecht („**volenti non fit iniuria**“).

Denn mit der geladenen Dienstwaffe führt der Angeklagte bei dem Geschehen bewusst ein-
satz- und gebrauchsbereit sogar eine **Waffe im technischen Sinne** bei sich⁷. Der Streit um den Begriff des anderen gefährlichen Werkzeuges kann dahinstehen.⁸ Kurz zu problematisieren ist jedoch, ob **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB** für Berufswaffenträger **teleologisch zu reduzieren** ist und dann nicht vorliegt, wenn der Täter die Waffe allein aus dienstlichen Gründen und ohne jeglichen Bezug zum Diebstahl mitgeführt hat (Wachmänner, Polizeibeamte). Danach läge die Qualifikation hier nicht vor, weil sich keine Angaben in den Feststellungen zu einem Verwendungsvorbehalt der Waffe finden. Vertreter dieser Ansicht argumentieren mit einer verfassungsrechtlich bedenklichen Unproportionalität von Schuld und Strafe angesichts der hohen Freiheitsstrafe von nicht unter sechs Monaten. Allerdings bietet der Wortlaut keinen Anhaltspunkt für eine Differenzierung zwischen legal und illegal getragenen Waffen. Es gibt auch keinen Erfahrungssatz dahingehend, dass Berufswaffenträger ihre Dienstwaffe besonnener oder seltener benutzen würden. Im Gegenteil kann

man argumentieren, dass sie sogar besonders geübt im Einsatz von Waffen sind und daher weniger Hemmungen haben und zugleich schwerere Folgen bei ihrem Einsatz bewirken würden. Somit trägt der gesetzgeberische Grund für die Strafschärfung für sie genauso: die **latent bestehende gesteigerte Gefährlichkeit** der Situation aufgrund der Einsatzbereitschaft einer Waffe.⁹ Aus diesen Gründen lehnt auch die h.M. eine solche Tatbestandseinschränkung ab.

⁹ Zu allem MüKoStGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, StGB § 244 Rn. 30; Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB § 244 Rn. 6.



⁷ FYI: Inwieweit im Strafrecht i.R.d. des „Waffen“-Begriffs auf das WaffenG und dessen Anhänge zurückgegriffen werden kann, lest ihr in unserer Juni-Entscheidung.

⁸ FYI: Einigkeit besteht immerhin darüber, dass der Begriff des „anderen gefährlichen Werkzeuges“ in **§ 244 Abs. 1 Nr. 1a** sich nicht allein am Begriff der „Waffe“ des **§ 224 Abs. 1 Nr. 2** anlehnen darf. Dann wäre bereits der zwar bewusst getragene, aber ohne (Nötigungs-)Verwendungsabsicht mitgeführte Ledergürtel taugliches Qualifikationsmerkmal. Hier werden sowohl objektive (Gefährlichkeit des Ggst. „nach außen“) als auch subjektive (wofür will der Täter den Ggst. verwenden; n.b.: **§ 244 Abs. 1 Nr. 1b**) Theorien in konkreter (Stichwort: innere Haltung genau *dieses* Täters) od. abstrakter (Wertungen der allg. Lebenserfahrung; Stichwort: „**typischerweise**“) Variante vertreten.

ERLAUBNISTATBESTANDS- IRRITUM

Knackpunkt der Entscheidung ist, ob der A einem ETBI unterlag, der nach Auffassung der Rspr. analog **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB** zum Vorsatzausschluss führt. Das Landgericht hatte einen solchen Irrtum in Gestalt einer **mutmaßlichen Einwilligung** angenommen. Für das OLG trugen die Feststellungen der Vorinstanz diese Annahme hingegen nicht. Welche Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters erforderlich sind, um einen vorsatzausschließenden

ETBI anzunehmen, ist Kern der vorliegenden Revisionsentscheidung.

Während die Gerichte sich auf diese Subsumtionsfrage konzentrieren konnten, müssen Studierende daran anschließend noch den klassischen Streit um die Rechtsfolgen eines ETBIs entscheiden. Wo das Problem im Prüfungsaufbau der Klausur anzusiedeln ist, ist Geschmackssache. Der Übersichtlichkeit halber und um keiner der Rechtsansichten allein durch den **Standort** von vorneherein den Vorzug zu geben, bietet es sich an, die Frage in einen **eigenen Punkt nach der Rechtswidrigkeit** auszugliedern.¹⁰

Das Landgericht hielt die Aussage des Betroffenen, dass er angenommen habe, die Rechtsgutsinhaberin hätte der Mitnahme des Käses durch ihn zugestimmt, wäre ein rechtzeitiges Befragen möglich gewesen, für überzeugend und nachvollziehbar. Der Angeklagte begründete die Annahme mit einem mangelnden Interesse der Rechtsgutsinhaberin an der Ware aufgrund des drohenden raschen Verderbs des Käses bei warmen Wetter.¹¹

Das OLG impliziert in seiner Entscheidung, dass es für die Annahme eines vorsatzausschließenden ETBIs durchaus reicht, wenn feststeht, dass ein Angeklagter von einer **freien Verfügbarkeit über die Sache wegen einem mangelnden Interesse der Rechtsgutsinhaberin** ausgehe. Indes habe das Landgericht genau diese Feststellung hier nicht tragfähig begründet:

Unerheblich für das Interesse an der Sache sei zunächst der **wirtschaftlich geringe Wert**

¹⁰ **FYI:** z.B. „[...] Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. A handelte demnach rechtswidrig. **Fraglich ist jedoch, wie der Umstand zu bewerten ist, dass der A sich vorstellte, [...].** Er könnte mithin einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlegen sein. Dessen rechtliche Einordnung ist umstritten [...]“.

¹¹ OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.07.2022 – 1 OLG 2 Ss 7/22, BeckRS 2022, 20727 Rn. 9.

des havarierten Käses. In Bezugnahme der zum „**Containern**“ ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² betont das Gericht, dass es hierauf im Rahmen von **§ 242 StGB** nicht ankomme; die Norm schütze auch wirtschaftlich wertlose Sachen. Ein Interesse des Rechtsinhabers, selbst über die Verwendung von wirtschaftlich – und sogar emotional – wertlosen Sachen zu entscheiden, könne sich beispielsweise aus der Verpflichtung ergeben, **Verkehrssicherungspflichten** einhalten zu müssen.¹³ Die Ausführungen überzeugen, überraschen allerdings auch, da die Käsekartons hier einen nicht ganz unerheblichen wirtschaftlichen Wert aufwiesen (326,- EUR).

Entscheidend aber sind die dann folgenden Ausführungen des OLG.¹⁴ Dem Angeklagten sei nach den Feststellungen des Landgerichts die Existenz und die wesentliche **Funktion eines Havariekommissars** bekannt gewesen. Er wusste, dass dieser infolge einer Prüfung eine Empfehlung über die weitere Verwendung bzw. die Vernichtung der Ware abzugeben hatte und somit über das endgültige Schicksal der Käsekartons bescheiden würde. Dies widerspreche aber der Annahme, der Angeklagte sei gleichzeitig davon ausgegangen, dass die Rechtsgutsinhaberin kein Interesse mehr daran haben könne, vor Abschluss der Havarie-Begutachtung gefragt zu werden, ob eine Mitnahme des Käses in Ordnung sei, geschweige denn, dass sie im Fall des Gefragtwerdens sicher zugestimmt hätte. Es seien nämlich verschiedene Gründe denkbar, warum die Rechtsgutsinhaberin ein **objektives Interesse** daran haben könne, dass die Ware vollständig ge-

¹² BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19, NJW 2020, 2953, Rn. 40.

¹³ OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.07.2022 – 1 OLG 2 Ss 7/22, BeckRS 2022, 20727 Rn. 11.

¹⁴ OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.07.2022 – 1 OLG 2 Ss 7/22, BeckRS 2022, 20727, Rn. 12.

sichtet und entsprechend den Empfehlungen des Havariekommissars verwendet werde. Das OLG stellt hier zum einen auf **Obliegenheiten** gegenüber dem Transportversicherer ab z.B. bzgl. Beweissicherung und Feststellung des Restwertes. Deren Verletzung könne einen Ausfall der Versicherungsleistung bedingen (vgl. **§ 28 Abs. 2 und 3 VVG**). Zum anderen hätten sich **Haftungsrisiken** ergeben können, wenn Teile der Ware unkontrolliert in den Verkehr geraten wäre. Das OLG belässt es bei dieser allgemeinen Aussage, meint aber wohl **lebensmittelrechtliche Pflichten**, die in einer anderen Anmerkung der Entscheidung konkretisiert werden. Erklärt sich ein Lebensmittelunternehmer mit der Ansichnahme von Lebensmitteln durch Dritte einverstanden, handelt es sich lebensmittelrechtlich um ein *Inverkehrbringen* dieses Lebensmittels. Ein solches ist bei kühlpflichtigen Lebensmitteln nach Unterbrechung der Kühlkette aber nur unter Umständen zulässig, z.B. durch einen Sonderhinweis neben dem Mindesthaltbarkeitsdatum.¹⁵

Das OLG fasst zusammen, dass die Rechtsinhaberin durch die Einschaltung eines Havariekommissars ihr fortbestehendes Interesse am Verbleib der Ware objektiv deutlich gemacht habe. Da der Angeklagte von der Einschaltung des Kommissars wusste, sei die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte sei von einem mangelnden Interesse der Rechtsinhaberin überzeugt gewesen, nicht widerspruchsfrei und tragfähig begründet worden.

Die Revisionsentscheidung schließt an dieser Stelle mit der **Rückverweisung** an das Landgericht zu erneuter Verhandlung und Entscheidung.

Handelte es sich um einen abschließenden Sachverhalt in einer Klausur und käme man wie das OLG Zweibrücken zu dem Ergebnis, dass ein ETBI schon gar nicht vorliegt (!), wäre

¹⁵ Roffael/Rochus, LMuR 2023, S. 54 (57).

im Anschluss noch zu prüfen, ob A sein **Handeln gleichwohl für straffrei gehalten** hat. Falls ein solcher **Verbotsirrtum** (lat. *error iuris*) unvermeidbar gewesen ist, würde seine Schuld gem. **§ 17 StGB** entfallen.¹⁶ Das OLG lässt sich hierzu nicht aus. Von einer Unvermeidbarkeit ist aber wohl nicht auszugehen. Der BGH legt hier strenge Maßstäbe an. Außerdem stehen dem A als Beamter der Autobahnpolizei besondere Erkenntnisquellen und spezifische Expertise im Umgang mit Havariefällen zur Verfügung. Mithin hat sich A des schweren Diebstahls gem. **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB** strafbar gemacht.

DOGMATISCHE VERTIEFUNG

Der Fall bietet sich an, den Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums zu wiederholen. In Anlehnung an *Christoph*, „Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Falllösung“, JA 2016, 32 ff., kann man sich bei der Prüfung des ETBI gut an folgendem Schema orientieren: Erkennen des Problems – Tatbestand prüfen – Irrtumsfolgen diskutieren; kurz: **E.T.(B)I**. All das ist standorttechnisch im Gutachten am besten in einem eigenen Punkt nach der Rechtswidrigkeit ausgegliedert zu prüfen unter dem Punkt „Erlaubnistatbestandsirrtum“.

ERKENNEN DES PROBLEMS

Auf erster Stufe geht es darum, das Vorliegen eines ETBIs zu erkennen und solche Konstellationen auszusortieren, die auf den ersten Blick ähnlich scheinen, in Wahrheit aber anders liegen und auch anders behandelt werden, näm-

¹⁶ **FYI**: Seltene Ausnahme (!) zum allgemein anerkannten (röm.) Rechtsprinzip, lat. „*Ignorantia legis non excusat*“ – Unkenntnis des Gesetzes schützt vor Strafe nicht, hierzu z.B. der bekannte **Mannesmann-Fall** (Stichwort: treupflichtwidrige Schädigung in kompensationsloser Anerkennungsprämie).

lich die sogenannten **Erlaubnisirrtümer**.

Um einen **ETBI** handelt es sich immer dann, wenn sich der Täter einen Sachverhalt vorstellt, bei dessen Vorliegen er gerechtfertigt handeln würde. Die mildere Behandlung des Täters rührt daher, dass er sich seiner Intention nach eigentlich an die Rechtsordnung halten will und sich nur über die tatsächlichen Umstände irrt. Ein klassisches **Beispiel** wäre ein Fremder, der sich in der Dunkelheit nähert und eigentlich nur nach dem Weg fragen will. Der Täter dagegen ist davon überzeugt, gleich ausgeraubt zu werden, und streckt den Fremden mit einem Faustschlag nieder.



Anders und davon abzugrenzen ist die Situation, in welcher der Täter den Sachverhalt (= die Umstände der Tat) richtig erkennt, sich aber darüber irrt, welche Verteidigungsinstrumente ihm die Rechtsordnung zur Verfügung stellt („*Oh, ein Fremder nähert sich. Zwar weiß ich nicht, ob er mich wirklich angreifen will oder nur nach dem Weg fragen möchte. Ich habe allerdings mal gehört, man könne in solchen Situationen präventiv einen potentiellen Angreifer niederstrecken*“). Nun möchte sich der Täter faktisch **nicht mehr rechtstreu** verhalten. In diesem Fall

kann er nur ausnahmsweise nicht oder milder bestraft werden. Es gilt der o.g. Rechtsgrundsatz: „*Unwissenheit schützt vor Strafe nicht*“. All das ist niedergelegt in **§ 17 Satz 1 StGB**. Bei der beschriebenen Konstellation handelt es sich um einen Unterfall des Verbotsirrtums¹⁷, den sog. **Indirekten Verbotsirrtum**, auch genannt **Erlaubnisirrtum**¹⁸. Nur ausnahmsweise entfällt hier die Schuld des Täters, nämlich wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte. Hieran werden jedoch strenge Anforderungen gestellt. Ein Erlaubnisirrtum liegt z.B. vor, wenn ein erkennbar schuldloses Kind (jünger als 6 Jahre) versucht, einen Erwachsenen mit einem Stock zu schlagen, und dieser das Kind mit einem Faustschlag niederstreckt, obwohl ein Ausweichen problemlos möglich gewesen wäre. Der Täter handelt nicht gerechtfertigt, da zwar eine Rechtfertigungslage vorliegt, nach h.M. bei einem Angriff Schuldloser aber ein Ausweichen vorrangig ist, sofern es dem Täter möglich und zumutbar ist.¹⁹ Im Beispiel gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Täter den Sachverhalt nicht richtig erfasst. Daher liegt auch nach seiner Vorstellung keine Rechtfertigungslage und somit kein ETBI vor. Stattdessen irrt er lediglich über die Reichweite der Verteidigungsinstrumente, die ihm das Recht zur Verfügung stellt. Es ist lediglich **§ 17 Satz 1 StGB** im Rahmen der Schuld zu

¹⁷ **FYI:** Grds. der Irrtum über die Existenz einer Verbotsnorm: Täter kennt die Norm als Ganzes nicht/hält sie für nichtig. Der Irrtum über die Reichweite einer Verbotsnorm wird als „**Subsumtionsirrtum** i.e.S.“ bezeichnet.

¹⁸ **FYI:** Irrtum über die Existenz oder Reichweite einer Erlaubnisnorm (fehlerhafte Vorstellung über die Strafrechtslage): Täter weiß zwar, dass sein Handeln einen Straftatbestand verwirklicht, er nimmt aber irrig einen nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund an (Irrtum bezieht sich also nur indirekt auf eine Strafnorm).

¹⁹ **FYI:** 3-Klang (auch beim Einsatz tödlicher Waffen) = Abkehr, Schutzwehr, Trutzwehr.

prüfen. Anders läge es wiederum, wenn der Täter durch einen psychisch stark erkrankten und daher schuldlos handelnden Erwachsenen angegriffen würde, sich zu Wehr setzen will, jedoch die Geisteskrankheit des Angreifers vor dem Sichzuwehrsetzen nicht erkennt/erkennen kann. Bei einem **Doppelirrtum** liegen beide Phänomene zugleich vor. Behandelt wird diese Irrtumsform jedoch wie ein normaler Erlaubnisirrtum. Beispiel: Ein fünfjähriges Kind rennt auf A zu. Dieser meint, es greife ihn gleich an, tatsächlich will es nur spielen. Wegen des vermeintlichen Angriffs schlägt A das Kind nieder, obwohl ihm ein Ausweichen ohne Probleme möglich gewesen wäre.

Liegt eine der beiden letztgenannten Konstellationen vor, ist ein ETBI lediglich anzuprüfen und abzulehnen, um danach auf Ebene der Schuld **§ 17 S. 1 StGB** zu weiter zu prüfen. Zuletzt gibt es noch den Fall des sog. **Wahndelikts** (= Umgekehrter Verbotsirrtum): Hier irrt der Täter über die Strafbarkeit seines tatsächlich legalen Handelns.

TATBESTAND PRÜFEN

Bei der Prüfung des ETBI handelt es sich um eine **hypothetische Rechtfertigungsprüfung**: Bei Vorliegen der vom Täter vorgestellten Umstände, müsste dieser gerechtfertigt gehandelt haben. Der vorgestellte Sachverhalt ist also unter die Normen und Schemata (bei Notwehr z.B. a) Notwehrlage, b) Notwehrhandlung c) subjektives Rechtfertigungselement) zu subsumieren, wobei das Hypothetische immer wieder durch Formulierungen wie „nach den Vorstellungen des Täters“, „T dachte“, „hätte“ etc. deutlich gemacht werden muss – ähnlich wie bei einer Versuchsprüfung. Im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselements bestehen keine Besonderheiten.

RECHTSFOLGEN DES ETBI

Ist das Vorliegen eines ETBIs festgestellt, ist die Frage aufzuwerfen, zu welchen rechtlichen Konsequenzen ein solcher Irrtum führt. Die **Streitdarstellung** sollte in klassischer Weise erfolgen, um die Übersichtlichkeit angesichts der Komplexität des Stoffes zu wahren. Der Streitentscheid kann bei Zweipersonenkonstellationen kürzer gehalten werden, weil hier viele Theorien regelmäßig zur Strafflosigkeit des Täters führen (u.U. aber Fahrlässigkeitsdelikte denkbar!), der genaue dogmatische Grund hierfür dann irrelevant und der Streitentscheid insoweit daher nicht erheblich ist. Liegt jedoch eine **Dreipersonenkonstellation** vor, muss bereits bei Prüfung der Haupttat eine ausführliche Stellungnahme vorgenommen werden, da nur die vorsatzschuldausschließende, rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, der auch der BGH folgt, trotz ETBI eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat bestehen lässt.

Hier eine knappe Darstellung der Meinungen, wie sie auch in der Klausur leistbar ist²⁰:

- a) Nach der einst vertretenen **Vorsatztheorie** (heute keiner Erwähnung mehr wert) war das Unrechtsbewusstsein Bestandteil des subjektiven Tatbestandes. Im Falle des ETBI hat der Täter jedoch gerade keine Kenntnis davon, Unrecht zu tun, da er sich für gerechtfertigt hält. Demnach handelt er nach den (ausgestorbenen) Vertretern dieser Ansicht ohne Vorsatz, ergo nicht tatbestandsmäßig.
- b) In Abgrenzung dazu ist nach den **Schuldtheorien** das potentielle Unrechtsbewusstsein selbstständiger Teil der Schuld. Wo indes die Rechtsfolge eines ETBI im Gesetz verankert ist, insbesondere, ob im Ergebnis der **§ 16 StGB** (direkten oder analog) anzuwenden oder gar der **§ 17 StGB** heranzuziehen ist, bleibt

²⁰ Die Theorien und Argumente im Detail etwa bei MüKoStGB/Joecks/Kulhanek, 4. Aufl. 2020, StGB § 16 Rn. 119-136.

einer der wohl examensrelevantesten Streits des Strafrecht AT.

aa) Nach der sog. **strengen Schuldtheorie** ist der ETBI stets ein Unterfall des fehlenden Unrechtsbewusstseins, gleich worin sein Grund liegt, und führt daher gem. **§ 17 Satz 1 StGB** nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums zur Strafflosigkeit. Ein Irrtum ist nur dann unvermeidbar, wenn der Täter bei Bemühung aller ihm in der Tatsituation zumutbarer Erkenntnismittel nicht die Unrechtseinsicht erlangen konnte, wobei Zweifel genügen. Hier bedarf es in der Klausur noch einmal einer ausführlicheren Subsumtion. I.d.R. wird man aber zur Strafbarkeit kommen, da an die Unvermeidbarkeit hohe Anforderungen gestellt werden.

bb) Nach den **eingeschränkten Schuldtheorien** wird der ETBI zwar teilweise auch als Fall des fehlenden Unrechtsbewusstseins anerkannt, jedoch entfällt schon auf vorangehender Stufe die Strafbarkeit, dies dann je nach Vertretern aus unterschiedlichen Gründen: Entweder scheitert die Strafbarkeit wegen fehlenden Vorsatzes (gem. **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB**; „neg. TBMM“), wegen jedenfalls fehlendem Vorsatzunrecht (analog **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB**; „vorsatzunrechtsausschließende Schuld“) oder wegen fehlender Vorsatzschuld (rechtsfolgenverweisende Schuld), die Rechtsfolge ebenso analog **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB**. **Beachte:** Die folgenden Erläuterungen (1)-(3) dienen einzig eurem Verständnis und können in der Klausur unterbleiben!

(1) Die (nur noch vereinzelt vertretene) **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen** legt den Wortlaut „*Tatbestand*“ gem. **§ 16 StGB** dahingehend aus, dass dieser einen Gesamt-Unrechtstatbestand normiert. Demnach sind auch die Rechtfertigungsgründe mitsamt deren Voraussetzungen im Einzelnen Bestandteile des gesetzlichen Tatbestandes einer Strafnorm: Die einzelnen Rechtfertigungsvoraussetzungen werden sodann folgerichtig als negative Tatbestandsmerkmale verstanden,

was dazu führt, dass ihr Nichtbestehen ein Tätervorsatz-bedürftendes Tatbestandsmerkmal darstellt. Bei einem entsprechenden Irrtum über eines dieser „negativen“ Merkmale (z.B. Bestehen einer Notwehrlage) führt dies zu einer direkten Anwendung des **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB**.

(2) Die **Unrechtstheorie** geht davon aus, dass zwischen dem Tatbestandsirrtum gem. **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB** und der nur innerlich vorgestellten Annahme von rechtfertigenden Tat Umständen jedenfalls wertungsmäßig kein Unterschied besteht. Daher entfalle analog **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB** das Vorsatzunrecht.

(3) Die **rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie** (h.M.) lässt die Rechtswidrigkeit unberührt. Da sich der Täter aber rechtstreu verhalten wollte, entfällt der Vorsatzschuldvorwurf. Dem Vorsatz (i.Ü. auch der Fahrlässigkeit) wird hier also eine **Doppel-funktion** unterstellt: Er ist einerseits eine Verhaltensform und bestimmt somit den **Handlungsunwert** einer Tat („Umstandskennntnis“). Darüber hinaus ist er andererseits auch Träger des **Gesinnungsunwertes** und damit eine Schuldform.

c) Ein **Streitentscheid** könnte wie folgt aussehen:

Die Vorsatztheorie ist heute nicht mehr vertretbar, weil sich der Gesetzgeber mit Einfügung der **§§ 16, 17 StGB** zu einer Schuldebene bekannt hat.

Für die strenge Schuldtheorie spricht der Wortlaut von **§ 17 StGB**, der auch einen ETBI erfasst. Dem Täter fehlt das Unrechtsbewusstsein. Dagegen sprechen jedoch die Gesetzesmaterialien, die zeigen, dass der Gesetzgeber die Handhabung des ETBI bewusst Wissenschaft & Praxis überlassen wollten.

Teleologisch passt die *ratio* von **§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB** zudem besser auf die Konstellation des ETBI als jene des **§ 17 StGB**: Der Täter will sich nämlich an sich **rechtstreu**

verhalten. Er hat deshalb kein Unrechtsbewusstsein, weil er sich über tatsächliche Umstände irrt – wie bei einem Tatumstandsirrtum – und nicht, weil er sich über die Wertungen der Rechtsordnung irrt – wie bei einem Verbotsirrtum. Aus diesen Gründen ist den eingeschränkten Schuldtheorien zu folgen.

Beachte: Folgt man dieser h.M., dass der Vorsatz bzw. die Vorsatzschuld bei Vorliegen eines ETBI entfällt, darf nach dann festgestellter fehlender Strafbarkeit wegen des Vorsatzdelikts nie vergessen werden, eine Strafbarkeit wegen **fahrlässiger Begehung** gem. **§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB** (analog) zu prüfen! Hierbei ist auf Kongruenz zur Subsumtion zu **§ 17 StGB** im Rahmen der strengen Schuldtheorie zu achten: Sollte das fehlende Unrechtsbewusstsein ausnahmsweise unvermeidbar gewesen sein, hat der Täter erst recht nicht fahrlässig gehandelt. Bei **Dreipersonenkonstellationen** kann die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen mit dem Wortlaut von **§§ 32, 34 StGB** abgelehnt werden. Dieser zeigt, dass auch der Gesetzgeber von einer eigenen Rechtswidrigkeitsstufe ausgeht und das Fehlen von Rechtfertigungsgründen nicht bloß als Teil des Tatbestandes sieht. Gegen die vorsatzunrechtsausschließende eingeschränkte Schuldtheorie sprechen **Strafbarkeitslücken**, die sich für Teilnehmer und bei Sonderdelikten auch für mittelbare Täter auf tun würden.²¹

²¹ Verfasser: Julian Albrecht, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann.

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann, Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.

