

**Bei dem vorliegenden Text handelt es sich
um die Manuskript-Version eines Beitrages,
erschieden in:**

*Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of
Law and Ethics, Themenschwerpunkt: Strafrecht
und Rechtsphilosophie – Zugleich Gedächtnis-
schrift für Prof. Dr. Joachim Hruschka von der Uni-
versität Erlangen-Nürnberg Band 27, 2019, S. 649
ff.*

*Die Rechte liegen beim Verlag Duncker & Humblot,
Berlin*

Wenn Täter und Richter dasselbe wissen, aber
unterschiedlicher Meinung sind

– Weshalb Irrtümer über Wertungen den Vorsatz nicht be-
rühren –

von [Dr. Tobias Rudolph](#)

I. Beweis und Zurechnung innerer Tatsachen

1. Findet Vorsatz im Kopf des Richters oder im Kopf des Täters statt?

Im Jahr 1985 widmete *Joachim Hruschka* Theodor Klein-
knecht in dessen Festschrift einen Beitrag mit dem Titel „Über
Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes“.¹ Darin setzte
sich *Hruschka* mit dem Fall auseinander, dass ein Mann ein
geladenes Jagdgewehr auf sein Opfer richtet, den Abzug be-
dient und ins Herz trifft. Vor Gericht behauptet der Täter spä-

¹ *Hruschka*, „Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes“, in: FS für
Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, Gössel/Kauffmann (Hrsg.), Mün-
chen: Beck, 1985, S. 191 ff.

ter, er habe nicht gewusst, „daß er mit der Abgabe des Schusses sein Opfer töten oder verletzen würde.“² Eine solche Einlassung hat vor Gericht wenig Aussicht auf Erfolg. Wohl jeder Strafverteidiger musste schon die ernüchternde Erfahrung machen, dass Vorsatz eher „im Kopf des Richters“ als im „Kopf des Täters“ stattzufinden scheint. Das kann zum einem damit zu tun haben, dass der Richter der Einlassung des Angeklagten nicht glaubt. Dabei handelt es sich um eine Beweisfrage. Vorrangig ist jedoch zu klären, was es überhaupt zu beweisen gilt. Der Richter kann die Einlassung des Angeklagten auch glauben, aber dennoch für irrelevant halten. Dann handelt es sich um eine Rechts- bzw. eine Zurechnungsfrage.

Hruschka arbeitet in seinem Beitrag heraus, dass die Differenzierung zwischen Beweis- und Zurechnungsregeln historisch nicht immer klar vorgenommen wurde.³ Er gelangt zu der Überlegung, dass es sich beim Vorsatz nicht um eine „Tatsache“ handelt, die bewiesen werden müsse. Vielmehr handele es sich um etwas „Geistiges“, das nicht „festgestellt und bewiesen“, sondern „zugerechnet“ werde. Die Feststellung, jemand habe vorsätzlich gehandelt, sei demnach kein deskriptives, vielmehr ein „askriptives Urteil“.⁴

Ich halte diese Schlussfolgerungen *Hruschkas* nicht für zielführend.⁵ Zwar trifft es zu, dass alle Zurechnungsurteile – beginnend damit, dass ein Mensch „frei“ ist, zu „handeln“ – letztlich auf einer bloßen „Idee, deren objektive Realität auf keine Weise nach Naturgesetzen, mithin auch nicht in irgendeiner Erfahrung, dargetan werden kann“,⁶ gründen. Das gilt auch für den Vorsatz. Schon *Kant* wies indes den Weg auf, wie mit

² Ebd., S. 194.

³ *Hruschka* zitiert (ebd., S. 193) in diesem Zusammenhang § 369 der Preussischen Criminalordnung von 1805: „Zum Beweise des bösslichen Vorsatzes ist es hinreichend, wenn der Verbrecher eine gesetzwidrige That mit Bewußtseyn vorgenommen hat.“ Derartige Beweisregeln sind dem modernen Strafprozess, in dem der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gilt, grundsätzlich fremd, vgl. § 261 StPO.

⁴ Ebd., S. 201 (Hervorhebung im Original).

⁵ Vgl. dazu *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, S. 37.

⁶ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1797), Akad. Ausg., Bd. 4, S. 459; vgl. dazu *Rudolph* (Fn. 5), S. 34. Man könnte statt von einer „Idee“ auch von einer „Fiktion“ sprechen. Dies würde allerdings implizieren, dass man sicher wüsste, dass es so etwas wie menschliche Freiheit nicht „gibt“.

den Grenzen menschlicher Erkenntnis umzugehen ist: Der transzendentalen Idee der Freiheit ist die „praktische Freiheit“ gegenüberzustellen. Praktische Freiheit liegt vor, wenn die Entscheidungen einer Person durch „Bewegursachen, welche nur von der Vernunft vorgestellt werden“ bestimmt werden.⁷ Die praktische Freiheit kann durch Erfahrung bewiesen werden.⁸ Dieses Verständnis der praktischen Freiheit liegt auch der Rechtsanwendung zu Grunde. Vereinfacht ausgedrückt: Wir tun so, *als ob* wir freie Wesen wären. Das bedeutet, dass die tatsächlichen Kriterien herauszuarbeiten sind, unter denen wir mancher Menschen Verhalten als „frei handelnd“ oder als „vorsätzlich handelnd“ bezeichnen, das anderer hingegen nicht.

Im Gegensatz zu einer Handlung oder einem tatbestandlichen Erfolg handelt es sich beim Vorsatz um eine sog. „innere Tatsache“. Dieser kann man sich nur durch Rückschlüsse aus äußerlich erkennbarem Verhalten annähern. Das kann im Strafprozess Schwierigkeiten bereiten. Die prozessualen Herausforderungen sind jedoch nicht der einzige Grund, weshalb der Beweis des Vorsatzes häufig Kopfzerbrechen bereitet. Ein anderer Grund liegt darin, dass es sich beim Vorsatz als „innerer Tatsache“ um ein Faktum handelt, das aus der Sicht des Richters *bewertet* werden muss. Das Urteil des Richters ist ein Wertungsakt, also normativ.⁹ Das Beweisproblem entpuppt sich daher vielfach als ein Abgrenzungsproblem zwischen Tatsachen und Wertungen. Die Gedanken *Hruschkas* lassen sich vor diesem Hintergrund in einem anderem Sinne weiterverfolgen. Sie weisen den Weg zu folgender These: *Für den Vorsatz ist es irrelevant, ob der Täter die Wertungen des Richters teilt bzw. nachvollzieht.*

⁷ Kant, Kritik der reinen Vernunft (1781), Akad. Ausg., Bd. 3, S. 521.

⁸ Ebd., S. 521.

⁹ Der Begriff „normativ“ ist nicht misszuverstehen in dem Sinne, dass er der Beliebigkeit Raum gibt. Vielmehr geht es darum, das richtige Maß anzulegen, wenn man sich den Fakten nähert. Dieses Maß zu entwickeln und einheitlich anzuwenden ist (eine) Aufgabe der Rechtswissenschaft. Vgl. dazu *Rudolph* (Fn. 5), S. 38 ff.

Im Folgenden wird eine Rückkehr zur konsequenten Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenirrtümern, wie sie schon das Reichsgericht¹⁰ vorgenommen hat, im Rahmen der Irrtumslehre befürwortet. Eine Differenzierung zwischen Irrtümern über Wertungen des Strafrechts und außerstrafrechtlichen Normen ist dabei entbehrlich. Ebenfalls entbehrlich ist es, den Vorsatz mit Formeln wie der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ zu belasten. Im Ergebnis wird eine sich im Vordringen befindliche Auffassung¹¹ durch ein Vorsatz-Konzept bestätigt, das auf einer konsequenten Umsetzung des Vorrangs von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung¹² beruht.

2. Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale

a) Wertungen und Tatsachen

Das von *Hruschka* gebildete Beispiel beschreibt die Zuspitzung einer Konstellation, bei der sich Richter und Täter trotz übereinstimmender Tatsachenkenntnis nicht über die Gefährlichkeit einer Handlung einig sind. Eine derartige Abweichung der Vorstellung des Täters von derjenigen des maßgeblichen Urteilers (= Irrtum) kann verschiedene Ursachen haben. Beruht die Abweichung darauf, dass der Täter bestimmte *Tatsachen* übersehen hat (beispielsweise, dass ein Gewehr geladen war), handelt es sich um einen typischen Fall fehlenden Vorsatzes, der *de lege lata* unter § 16 StGB fällt. Problematisch wird es, wenn die Abweichung der Vorstellungen ihre Ursache

¹⁰ RGSt 1, 368; 2, 268; vgl. dazu *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Berlin: Duncker & Humblot, 2014, S. 71 ff., m.w.N.

¹¹ Ähnliche Gedanken finden sich beispielsweise bei *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Frankfurt a.M.: Lang, 1987; *Dopsch*, „Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale“, in: GA 1987, S. 1 ff.; *Hotz*, „Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über rechtsinstitutionelle Umstände“, in: JuS 2016, 221 ff.; *Kindhäuser*, „Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum“, in: GA 1990, S. 407 ff.; *Puppe*, „Tatirrtum, Rechtsirrtum und Subsumtionsirrtum“, in: GA 1990, S. 145 ff.; *Rinck*, Der zweistufige Deliktsaufbau, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, S. 323 ff.; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. 118 ff.; *Wissmann*, Der Irrtum im Urheberstrafrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, S. 189 ff., *Heinrich, B.*, „Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale“, in: Heinrich, M./Jäger/Schünemann, et al. (Hrsg.), FS für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. I, Berlin: De Gruyter, 2011, S. 449 ff., 451; *Glandien*, Fehlvorstellungen im Markenstrafrecht, Baden-Baden: Nomos, 2018, S. 74 ff.

¹²Ich habe dieses Verhältnis von ex-ante-Betrachtungen zu ex-post-Betrachtungen als „Korrespondenzprinzip im Strafrecht“ bezeichnet, vgl. Fn. 5.

in einer anderen *rechtlichen Bewertung* hat. Das lässt sich an einem Fall veranschaulichen, bei dem Täter und Richter exakt dieselbe Kenntnis aller relevanten Tatsachen haben, jedoch von unterschiedlichen Wertungen ausgehen:¹³

T sammelt und verbreitet über das Internet Aufnahmen des Fotografen David Hamilton aus den 1970er Jahren. Diese zeigen halbnackte Mädchen. T ist der Auffassung, es handele sich um Kunstwerke. Der maßgebliche objektive Urteiler (er sei hier Richter R1 genannt) ist hingegen der Auffassung, dass die abgebildeten Körperhaltungen in „unnatürlich geschlechtsbetonter“ Weise erfolgen und damit den Tatbestand des § 184c StGB erfüllen.¹⁴

T und sein Richter sehen und bewerten dieselben Bilder. Eine Abweichung ihrer Wahrnehmungen im Tatsächlichen ist auszuschließen.¹⁵ Die Gedanken des T lassen sich als „Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale“ bezeichnen. Den Tatsachen des gesetzlichen Tatbestandes sollen nach der h.M. die Wertungen der normativen Tatbestandsmerkmale grundsätzlich gleichgestellt sein.¹⁶ Ein Irrtum über Wertungen des Tatbestandes müsste demnach den Vorsatz ausschließen. Diese Konsequenz – nämlich Straflosigkeit oder nur Bestrafung wegen Fahrlässigkeit (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB) – wird jedoch nahezu nie gezogen. Vielmehr soll nach der h.M. ein Irrtum über Wertungen den Vorsatz dann – ausnahmsweise (!?) – doch nicht ausschließen, wenn es dem Täter nach einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ möglich gewesen sein soll, das Unrecht seiner Tat zu erkennen.¹⁷ Dabei komme es, so

¹³ Ein ähnliches Beispiel findet sich bei *Kindhäuser* (Fn. 11), S. 408.

¹⁴ Gemäß § 184c des geltenden deutschen StGB ist es strafbar, wer eine jugendpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. Dazu gehören gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB auch Abbildungen, die die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten vierzehnjährigen Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung zeigen.

¹⁵ Selbstverständlich ist auch ein Irrtum über Tatsachen im Bereich des § 184c StGB denkbar, beispielsweise wenn T davon ausgeht, die Modelle seien über 18 Jahre alt, diese jedoch in Wirklichkeit jünger sind.

¹⁶ Vgl. etwa *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 16, Rn. 43 f., m.w.N.

¹⁷ Der Topos der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ geht zurück auf *Mezger*, Anm. zum Urteil des RG vom 7. April 1927, in: JW 1927, S. 2006 f. *Welzel*, „Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme“, in: JZ 1954, S. 276 ff., 279, spricht von einer „Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein“.

Roxin, darauf an, ob der Handelnde den „sozial-normativen Bedeutungsgehalt“ des Tatbestandsmerkmals erkannt habe.¹⁸

Ob das der Fall ist, lässt sich dem oben geschilderten Sachverhalt nicht entnehmen. Dies liegt nicht etwa daran, dass die *tatsächlichen* Tätervorstellungen in der Sachverhaltsbeschreibung unzureichend formuliert wurden. Vielmehr geht es überhaupt nicht um die tatsächlichen Vorstellungen des Täters. Die „Parallelwertung“ vollzieht nämlich der Richter. Hierbei von einer „Wertung“ zu sprechen, ist gleichwohl euphemistisch. Denn einen gesetzlichen Maßstab dafür, was in der Laiensphäre „parallel gewertet wird“, gibt es nicht. Auf einen *allgemeinen Maßstab, der für jedermann gilt*, abzustellen, ist ebenfalls nicht sinnvoll. Denn strafrechtliche Verhaltensnormen richten sich potenziell an jedermann¹⁹ – und damit auch und gerade an den „Laien“. Zwar gibt es Fälle, bei denen von einem Laien nicht erwartet werden kann, das Recht konkret zu kennen. Auf die *individuelle Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums* abzustellen macht indes (zumindest *de lege lata*) ebenfalls keinen Sinn. Denn gemäß § 17 StGB ist dieser Maßstab im Rahmen der Schuld anzulegen.²⁰ Was bleibt, ist die Beliebigkeit des jeweiligen Richters²¹ – die im Ergebnis fast immer dazu führt, dass Wertungsirrtümer für irrelevant erklärt werden.²²

¹⁸ Roxin, „Über Tatbestands- und Verbotsirrtum“, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), FS für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln/München: Carl Heymanns, 2008, S. 375 ff., 377.

¹⁹ Ausnahmen hierzu stellen Sonderdelikte wie § 356 StGB (Parteiverrat) oder § 339 StGB (Rechtsbeugung) dar, die nur für einen bestimmten – rechtskundigen – Personenkreis gelten. Ausgerechnet beim Parteiverrat, bei dem es eine Vielzahl von ungelösten Auslegungsproblemen gibt (vgl. dazu *Rudolph/Gerson*, „Ist es ein Parteiverrat nach § 356 Abs. 1 StGB, wenn ein Mandant kein Kronzeuge sein will? – Zur Strafbarkeit der gleichzeitigen Verteidigung bei potenziellen Interessenkonflikten“, in: StV 2019, 210 ff.), sollen Rechtsirrtümer unbeachtlich sein (vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.07.1999, Az.: 2 StR 24/99). Demgegenüber werden bei Richtern – unangemessen – milde Maßstäbe angelegt (vgl. etwa OLG München, Beschl. v. 04.06.2014, Az. 3 Ws 656, 657/13 KI; kritisch dazu die Anm. von *Strate*, in: StraFo 2014, 423 f.).

²⁰ Den §§ 16, 17 StGB liegt die sog. Schuldtheorie zu Grunde, zu der sich der BGH schon 1952 bekannt hat, vgl. BGHSt 2, 194 ff.

²¹ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 11), S. 418: „Die Parallelwertung ist bezogen auf das zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung erforderliche Tatwissen keine parallele, sondern eine schlicht falsche Wertung.“

²² Vgl. dazu auch *Rinck* (Fn. 11), S. 345; *Heinrich* (Fn. 11), S. 456 ff., jeweils m.w.N.

Der Regel-Ausnahme-Mechanismus der h.M. ist nicht nur praktisch bedeutungslos, sondern auch dogmatisch fragwürdig. Denn die ohnehin schwierige Aufgabe, zu ermitteln, welche *Tatsachen* ein Täter tatsächlich erkannt hat, wird durch die Überlagerung mit pseudo-objektiven Maßstäben („Laiensphäre“) zusätzlich erschwert. Überzeugender und konsequenter erscheint es daher, als Ausgangspunkt die auf das Reichsgericht zurückgehende Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsirrtümern zu nehmen. Danach unterfallen § 16 StGB nur solche Irrtümer, *die Tatsachen* betreffen. Irrtümer *über Wertungen* sind hingegen allein am Maßstab des § 17 StGB zu messen. Diese Unterscheidung ist nicht immer leicht. Im obigen Beispiel führt sie jedoch zu einem eindeutigen Ergebnis: Es liegt zwar kein Irrtum i.S.v. § 16 StGB vor, dafür aber ein solcher i.S.v. § 17 StGB.²³ Es kommt dann darauf an, ob der Irrtum des T vermeidbar war – was angesichts des Umstandes, dass es sich um einen Grenzfall handelt, durchaus nahe liegt.

b) Selbstbelastende Wertungsirrtümer

Die Schwächen der h.M. werden noch deutlicher, wenn es um selbstbelastende Irrtümer geht.

W sammelt und verbreitet Bilder, die halbnackte Jugendliche zeigen. Er geht davon aus, dass er sich damit strafbar macht. Der maßgebliche objektive Urteiler (er sei hier Richter R2 genannt)²⁴ ist indes der Auffassung, es handele sich um natürliche Darstellungen künstlerischer Art, die sich unter keinen Straftatbestand subsumieren lassen.

Diese Konstellation lässt sich auf der Grundlage der hier favorisierten Unterscheidung von Wertungen und Tatsachen leicht lösen: Da sich W nur über *Wertungen* irrt, liegt ein sog. umgekehrter Verbotsirrtum vor – und damit ein strafloses Wahndelikt.²⁵

²³ Ähnlich der Fall, bei dem ein Autofahrer ein Verkehrszeichen optisch wahrnimmt, aber fehlerhaft interpretiert, vgl. OLG Bamberg, Beschl. v. 27.01.2017, Az. 3 Ss OWi 50/17, das einen Verbotsirrtum annimmt.

²⁴ Es geht hier nicht darum, dass verschiedene Richterpersönlichkeiten verschiedener Meinung sein können. Der ideale objektive Urteiler hat immer recht, da sein Urteil maßgeblich ist.

²⁵ Ein solches ist nach einhelliger Auffassung grundsätzlich nicht strafbar, vgl. dazu *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage

Die Lehre von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ hingegen stößt spätestens hier an ihre Grenzen. Denn nimmt man die These ernst, dass der Vorsatz sich auch auf die Wertungen des Tatbestandes beziehen muss, hat dies auch für den Tatentschluss im Rahmen eines Versuchs zu gelten.²⁶ Eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ lässt sich aber im Rahmen des Tatentschlusses nicht sinnvoll unterbringen.²⁷ Würde W in dem o.g. Umkehr-Beispiel eine Parallelwertung der Laiensphäre zutreffend in dem Sinne vornehmen, dass er das Recht *richtig* erkennt, bliebe von seinem Irrtum nichts mehr übrig. Die Wertung des Täters und die des Richters liefen dann tatsächlich „parallel“. Wenn der Täter zutreffend – d.h. in Übereinstimmung mit dem objektiven Urteiler, davon ausgeht, dass sein Verhalten die Schwelle zur Strafbarkeit noch nicht überschritten hat – stellte sich die Frage nach einer Anwendung der §§ 16 oder 17 StGB nicht mehr. Andererseits bliebe auch vom Sachverhalt nichts mehr übrig. Die Floskel von der „Parallelwertung“ hätte dann i.E. nur den Effekt, einen eindeutigen Sachverhalt in sein Gegenteil zu verkehren.

Die Annahme, dass die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ dazu führt, dass W das Recht *falsch* erkennt, führt ebenfalls nicht weiter. Da W in seiner rechtlichen Wertung ohnehin fehlerhaft, laufen die Vorstellungen des „Laien“ auch nach ihrer Normativierung nicht „parallel“ zu denen des Richters. Die „Parallelwertung“ wirkte dann nicht mehr als Korrektiv der tatsächlichen Tätervorstellungen. Es findet schlicht überhaupt keine „Parallelwertung“ mehr statt. Dann ist es aber auch nicht sinnvoll, einen selbstbelastenden Wertungsirrtum einem selbstbelastenden Tatsachenirrtum gleichzustellen. Andernfalls würde W wegen (untauglichen) Versuchs²⁸ bestraft, weil

2017, Rn. 40 ff; s.a. *Rudolph*, „Der Nürnberger Zahngold-Fall“, in: JA 2011, S. 346, 347 f.

²⁶ Vgl. *Hotz* (Fn. 11), S. 222: „Will man das Umkehrprinzip korrekt anwenden, muss man Tatsachen- und Bedeutungskennntnis zugleich umkehren.“

²⁷ In diesem Zusammenhang auch *Kindhäuser* (Fn. 11), S. 420: „Unter der falsch gewählten Prämisse ist keine Möglichkeit ersichtlich, einer der beiden Ansichten den Vorzug zu geben; *ex falso sequitur quodlibet*.“

²⁸ § 184c Abs. 5 StGB.

er das Recht zu seinen Lasten falsch auslegt. Das hat mit „Parallelwertung“ nichts zu tun, sondern stellte lediglich eine – fragwürdige²⁹ – Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit auf reine Wertungsirrtümer dar.

c) Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale

Probleme tauchen in der Praxis regelmäßig auf, wenn der Übergang zwischen Wertungen und Tatsachen fließend ist. Die von der h.M. vorgenommene Unterscheidung zwischen normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen³⁰ hilft dabei nicht weiter.³¹ Diese Begriffs-Differenzierung verschleiert vielmehr den Blick für die maßgebliche Abgrenzung von Tatsachen und Wertungen. Denn bei genauerer Betrachtung enthält jedes (!) Tatbestandsmerkmal auch normative Elemente.³² Selbst die scheinbar universellen Begriffe „Mensch“ (§ 212 StGB) oder „Person“ (§ 223 StGB) können in den Grenzbereichen (Einsetzen der Eröffnungswehen, Herztod usw.) Abgrenzungsprobleme bereiten, die *wertend* gelöst werden müssen.³³

d) Irrtum über die Gefahr

Nach der Lehre von der objektiven Zurechnung³⁴ setzt die Zurechnung bei Erfolgsdelikten eine „rechtlich missbilligte Gefahr“ voraus – also ein wertendes Urteil. In diesem Bereich sind Irrtümer über Wertungen nicht nur denkbar, sondern praktisch höchst relevant. Das lässt sich am Beispiel der aktuell vieldiskutierten Raser-Fälle³⁵ veranschaulichen. Wenn

²⁹ Vgl. dazu *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 89, m.w.N.

³⁰ Nachweise bei *Safferling* (Fn. 11), S. 126 ff.

³¹ So auch *Kindhäuser* (Fn. 11), S. 409.

³² In diesem Sinne beispielsweise auch *Wolf*, „Der Sachbegriff im Strafrecht“, in: Schreiber/Otto (Hrsg.), Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. V, Berlin/Leipzig: de Gruyter, 1929, S. 44 ff.; *Gössel*, „Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts“, in: GA 2006, S. 279 ff., 281; *Herzberg/Hardtung*, „Grundfälle zur Abgrenzung von Tatumstandsirrtum und Verbotsirrtum“, in: JuS 1999, S. 1073; *Dopsch* (Fn. 11), S. 1 ff.; weitere Nachweise bei *Papathanasiou* (Fn. 10), S. 45 ff.

³³ Diese Bsp. nennen auch *Herzberg/Hardtung*, ebd., S. 1073.

³⁴ Vgl. etwa *Eisele*, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu den §§ 13 ff., Rn. 90 ff., m.w.N.

³⁵ Vgl. dazu etwa *Hörnle*, „Vorsatzfeststellung in „Raser-Fällen““, in: NJW 2018, S. 1576 ff.; *Bechtel*, „Die Raser-Fälle als Katalysator vorsatzdogmatischer Diskussion“, in: JuS 2019, S. 114 ff.

ein Porschefahrer in der Nacht mit 220 km/h Fahrtgeschwindigkeit in einer Großstadt auf einer Hauptverkehrsstraße über ein rote Ampel fährt, und es dadurch zu einer tödlichen Kollision mit einem Radfahrer kommt, tendiert die Rechtsprechung zur Annahme von Vorsatz.³⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Fahrer subjektiv tatsächlich glaubt, das Risiko, dass es zu einer tödlichen Kollision kommt, beherrschen zu können. Das ist nach der hier vertretenen Auffassung meist richtig. Denn die Ursachen der Selbstüberschätzung des P dürften ihre Wurzeln regelmäßig im Bereich einer fehlerhaften (genauer: von derjenigen des berufenen Richters abweichenden) *Wertung* haben. Aus Sicht des objektiven Urteilers ist die Vorstellung des P, die Situation beherrschen und kontrollieren zu können, maßlose Selbstüberschätzung. Sofern P nicht an kognitiven oder geistigen Mängeln leidet, wird man ihm unterstellen können, dass er die *Tatsachen*, die dem richterlichen Urteil über die Gefährlichkeit der Situation – und damit über die Erfolgsszurechnung – zu Grunde lagen, zutreffend erkannt hat. Zwar konnte P aus der maßgeblichen *ex-ante*-Perspektive nicht genau wissen, ob und wann ein Radfahrer auftaucht. Das konnte der Richter aus der für ihn ebenfalls maßgeblichen (!) *ex-ante*-Perspektive³⁷ indes auch nicht. Gerade der Umgang mit der Unsicherheit darüber, was passieren wird, ist ein zentrales *wertendes* Element bei der Beschreibung dessen, was unter „rechtlich missbilligter Gefahr“ zu verstehen ist.

e) Irrtümer im Vorfeld des Tatbestandes

Die hier vertretene Auffassung steht in der Tradition der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Auch dieses ging davon aus, dass Wertungsirrtümer, die sich auf Tatbestandsvoraussetzungen des StGB (bzw. damals des RStGB) beziehen, grundsätzlich unbeachtlich für den Vorsatz sind. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts wurden jedoch Rechtsirrtümer, die sich auf Vorschriften *außerhalb des StGB* beziehen, dem vorsatzausschließenden Tatirrtum gleichgestellt.³⁸ Eine

³⁶ So etwa BGH, Beschl. v. 16.01.2019, Az. 4 StR 345/18.

³⁷ Vgl. dazu umfassend *Rudolph* (Fn. 5), insbes. S. 51 ff.

³⁸ Vgl. RGSt 1, 368; 57, 235; 72, 305 ff.

solche Differenzierung ist heute entbehrlich.³⁹ Denn eine Vorschrift wie § 17 StGB in der aktuellen Fassung, die es ermöglicht, bei vermeidbaren Verbotsirrtümern von Strafe abzusehen, gab es noch nicht, als das Reichsgericht seine Differenzierung vorgenommen hat.⁴⁰ Um der Härte des *error iuris nocet* zu entkommen, sah sich das Reichsgericht gezwungen, Irrtümer über außertatbestandliche Merkmale dem Vorsatzbegriff zuzuordnen.⁴¹ Da § 17 StGB durch die „Vermeidbarkeits-Klausel“ die Möglichkeit bietet, auf Wertungsirrtümer schuldangemessen zu reagieren, besteht keine Notwendigkeit mehr für diese Differenzierung des Reichsgerichts.⁴²

f) Verfassungsrechtliche Vorgaben

*Papathanasiou*⁴³ begründet die These, dass Wertungskenntnis zum Vorsatz gehöre, mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schuldprinzips.⁴⁴ Das überzeugt nur bedingt. Dem Verfassungsrecht lässt sich nicht entnehmen, ob Vorstellungen eines Täters über Wertungen Bestandteil des Vorsatzes sind oder nicht.⁴⁵ Wenn eine Norm den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügt, ist das außerdem keine Frage des Vorsatzes.

³⁹ Anders *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, Rn. 66 f., die in weiten Teilen mit dem hier vertretenen Ansatz übereinstimmt, bezüglich Blankettnormen jedoch Wertungsirrtümer im Rahmen des Vorsatzes für relevant hält. *Safferling* (Fn. 11), S. 134, bezeichnet dies als „etwas überraschend“.

⁴⁰ Das Kriterium der Vermeidbarkeit war insbesondere nicht in § 59 StGB a.F. angelegt.

⁴¹ *Safferling* (Fn. 11), S. 135.

⁴² Im Steuerstrafrecht gilt nach dem BGH heute noch die sog. Steueranspruchstheorie. Diese kann als ein Relikt aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts angesehen werden (vgl. dazu etwa *Bülte*, „Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht“, in: NStZ 2013, S. 65 ff., 68 f.; der eine Verallgemeinerung dieses Ansatzes im Wirtschaftsstrafrecht erwägt, sowie *Safferling* (Fn. 11), S. 150 ff., der auf Widersprüche mit der h.M. zur Behandlung sog. Blankettgesetze hinweist, jeweils m.w.N.). In einem Beschluss v. 08.09.2011 (Az. 1 StR 38/11) hatte der BGH noch erwogen, die Steueranspruchstheorie aufzugeben, um gleiche Maßstäbe hinsichtlich § 370 AO und § 266a StGB anzulegen. In einer neueren Entscheidung v. 24.01.2018 (Az. 1 StR 331/17) wurde der Widerspruch indes – zumindest vorläufig – in die andere Richtung aufgelöst. In beiden Entscheidungen handelte es sich bei den hier interessierenden Passagen um *obiter dicta* – was ein Indiz dafür ist, dass der Streit eher theoretische denn praktische Bedeutung hat.

⁴³ *Papathanasiou* (Fn. 10), S. 202.

⁴⁴ Es kann hier dahingestellt bleiben, ob bzw. wie die von ihr entwickelte Formel, wonach zum Vorsatz eine „Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters“ (ebd., S. 268) gehört, sich von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ inhaltlich unterscheidet.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.12.1975, Az. 1 BvL 24/75.

Vielmehr ist diese dann als verfassungswidrig aufzuheben⁴⁶ – oder zumindest verfassungskonform auszulegen.

3. Zwischenfazit

Entscheidungen, bei denen ein Irrtum über Wertungen aufgrund einer nicht vorgenommenen „Parallelwertung in der Laiensphäre“ zu einem Ausschluss des Vorsatzes geführt hat, lassen sich kaum finden.⁴⁷ Die Formulierung der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ scheint *de facto* nur die Funktion zu erfüllen, zu begründen, dass *kein* relevanter Irrtum i.S.v. § 16 StGB vorliegt. Der dogmatische Aufwand, der um diese Rechtsfigur betrieben wird, steht in keinem Verhältnis zu ihrer praktischen Relevanz.⁴⁸

Die Lehre, wonach der Täter in *irgendeiner Weise* die Wertungen des Richters nachvollziehen muss, hat kaum praktische Funktion, allenfalls eine dogmatische. Im Folgenden (II.) wird aufgezeigt werden, dass dies nicht der Fall ist. Insbesondere die Prämisse, dass die Vorstellungen des Täters denen des Richters entsprechen müssen (hier sog. Spiegelbild-Theorie), ist aufzugeben. Den rechtsstaatlichen Vorgaben des Schuldprinzips wird man durch eine konsequente Anwendung der Vermeidbarkeits-Klausel des § 17 StGB eher gerecht (III.).

II. Abschied von der Spiegelbild-Theorie

1. Warum sollten Irrtümer des Täters über Wertungen überhaupt relevant sein?

Eine selten hinterfragte Grundannahme der modernen Strafrechtsdogmatik ist die Hypothese, dass der subjektive Tatbestand (d.h. die Vorstellungen des Täters) sich auf den objektiven Tatbestand (d.h. das, was nach dem Urteil des Richters relevant ist) beziehen muss. *Safferling* spricht in diesem Zusammenhang von der „Spiegelbildfunktion“ des Vorsatzes: „Wichtig ist zunächst, dass der Vorsatz auf sämtliche

⁴⁶ So beispielsweise zuletzt die Blankettnorm des Rindfleischetikettierungsgesetzes (RiFIEtikettG), vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.11.2016, Az. 2 BvL 1/15.

⁴⁷ Ohne Aufwand lassen sich Beispiele finden, bei denen das „laienhafte“ Verständnis für nicht relevant erklärt wird, vgl. etwa BGH, Urt. v. 07.08.2003, Az. 3 StR 137/03; Urt. v. 21.02.2017, Az. 1 StR 223/16.

⁴⁸ In diesem Sinne auch *Heinrich* (Fn. 11), S. 456.

Elemente des objektiven Tatbestandes bezogen sein muss. Das ergibt sich zwingend aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, wo der gesamte Tatbestand vom Vorsatz in Bezug gesetzt wird.⁴⁹

Ich halte diese – hier sog. – „Spiegelbild-Theorie“ für falsch. Die gesetzliche Formulierung des § 16 Abs. 1 StGB ist keinesfalls „zwingend“. So ist beispielsweise schon die Verwendung des Wortes „kennen“ problematisch. „Kennen“ kann man nur etwas, das bereits existiert bzw. bereits eingetreten ist. Wörtlich genommen „kennt“ ein Täter daher so gut wie nie den tatbestandlichen Erfolg, da dieser regelmäßig zeitlich *nach* der relevanten Handlung liegt.⁵⁰ Im Übrigen richten sich die Formulierungen der gesetzlichen Deliktstatbestände des StGB nicht an potenzielle Täter, sondern an Richter. Dort steht nicht etwa „Du sollst nicht töten!“, sondern „Wer einen Menschen tötet (...) wird bestraft“. Die maßgeblichen Verhaltensnormen lassen sich folglich ohnehin nur mittelbar den gesetzlichen Tatbeständen entnehmen.⁵¹

⁴⁹ Safferling (Fn. 11), S. 119. Ein ähnlicher Gedanke wurde schon vor über 100 Jahren beispielsweise von *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. III, Tübingen: Mohr Siebeck, 1905, S. 322, geäußert, der davon ausging, dass „jeder Irrtum über ein wesentliches Stück des Tatbestandes“ den Vorsatz ausschließe, „gleichviel, ob er seinen Grund hat in der ungenügenden Kenntnis rein tatsächlicher oder vielmehr rechtlicher Verhältnisse“. *Papathanasiou* (Fn. 10), S. 268, formuliert als Grundlage ihrer WGV-Formel (=Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters): „Die gesetzgeberische Grundentscheidung über materiell wertwidrige Verhaltensweisen ist ein allen Straftatbeständen immanentes Merkmal und muss deswegen Gegensatz des Vorsatzes sein.“

⁵⁰ Die Frage, ob ein Täter *vorsätzlich* handelt, lässt sich bei Erfolgsdelikten i.d.R. schon zeitlich vor der Frage beantworten, ob auch ein Erfolg eintreten wird – d.h. vor der Frage, ob der objektive Tatbestand vollendet wird. Unterbleibt der Erfolgseintritt, bleibt eine Strafbarkeit wegen („tauglichen“) Versuchs.

⁵¹ In diesem Zusammenhang ist es sinnvoll, sich den Unterschied zwischen Verhaltens- und Zurechnungsregeln sowie Sanktionsregeln zu vergegenwärtigen. *Verhaltensregeln* richten sich an jedermann, also insbesondere an den potenziellen Täter. Sie beschreiben die Ge- und Verbote eines Normensystems. Ausformuliert würden sie beispielsweise lauten: „Du sollst nicht töten“, „Du sollst keine jugendpornografischen Bilder verbreiten“ oder „Du sollst ein ertrinkendes Kind retten“. Tatbestände des Strafrechts sind regelmäßig nicht als Verhaltensregel formuliert, sondern als Sanktionsregel. *Sanktionsregeln* richten sich an den Richter bzw. Rechtsanwender. Sie lauten abstrakt formuliert: „Wenn ein Täter in zurechenbarer Weise gegen eine Verhaltensregel verstößt, sollst du ihn bestrafen“. Dementsprechend finden sich in den Deliktstatbeständen des StGB Formulierungen wie etwa „Wer einen Menschen tötet (...) wird (...) bestraft“. Von den Verhaltensregeln und den Sanktionsregeln zu unterscheiden sind die *Zurechnungsregeln*. Sie setzen früher an, nämlich bei der Frage, ob überhaupt ein menschliches Verhalten vorliegt, das als Anknüpfungspunkt einer rechtlichen (oder moralischen) Bewertung taugt. Auch die Zurechnungsregeln richten sich an den objektiven Urteiler, d.h. den Richter. Vgl. zu den Unterscheidungen *Rudolph* (Fn. 5), S. 29 ff., m.w.N.

Unabhängig von der – historisch eher zufälligen – Formulierung des Gesetzestextes⁵², sprechen grundlegende dogmatische Gründe gegen die „Spiegelbild-Theorie“. Dies zeigt sich schon daran, dass diese in Bezug auf die jedem Tatbestand innewohnenden Wertungen nicht konsequent durchgehalten wird. Niemand behauptet, dass der Täter die Wertungen, die für den Richter relevant sind, zu 100 Prozent nachzuvollziehen hat, um vorsätzlich zu handeln. Selbst diejenigen Autoren, die sich dafür aussprechen, Wertungsirrtümer (zumindest im Wirtschaftsstrafrecht) in der Regel für vorsatzausschließend zu halten⁵³, halten die „Spiegelbild-Theorie“ nicht konsequent durch.⁵⁴ Insbesondere sind auch nach dieser Ansicht sog. Subsumtionsirrtümer unbeachtlich⁵⁵ – wie auch immer diese abzugrenzen sind.

Die Lehre von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ist noch inkonsequenter. Denn der Täter nimmt gerade keine eigene Wertung vor, die zu derjenigen des Richters „parallel“ läuft. Vielmehr wird durch den Topos „Laiensphäre“ eine Wertung des Richters in die Vorstellungen des Täters hineinprojiziert. *De facto* wird damit anerkannt, dass es Wertungsirrtümer des Täters gibt, die irrelevant für den Vorsatz sind. Es ließe sich somit allenfalls noch von einer „eingeschränkten Spiegelbild-Theorie“ sprechen.

Konsequenter ist es, die Spiegelbild-Theorie vollständig aufzugeben.⁵⁶ Hat man sich von der Vorstellung gelöst, dass

⁵² Kindhäuser (Fn. 11), S. 407 f., weist auf eine weitere Schwäche in der aktuellen Formulierung des § 16 StGB hin: In § 16 Abs. 1 StGB („zum gesetzlichen Tatbestand gehört“) werden andere Begriffe – und damit andere Maßstäbe! – verwendet, als in § 16 Abs. 2 StGB („den Tatbestand (...) *verwirklichen*“).

⁵³ Vgl. etwa Bülte (Fn. 42), S. 65 ff. m.w.N.

⁵⁴ Bezüglich Tatbestandsmerkmalen, die sog. negative Wertprädikate wie etwa „pornographisch“ ausdrücken, wird nach ganz überwiegender Meinung – inkonsequenterweise – im Fall eines Irrtums keine Relevanz für den Vorsatz angenommen, vgl. dazu Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage 2018, § 15, Rn. 17.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch 5. Auflage 2017, § 16, Rn. 42 f.

⁵⁶ In diesem Sinne auch Kindhäuser (Fn. 11), S. 419: „Man kann nicht einerseits prinzipiell für den Vorsatz verlangen, daß der Täter seinem Handeln den Sinn des Tatbestandes beimißt, also alle zum Tatbestand gehörenden Inhaltsmerkmale kennt, und dies dann, wenn es zum Schwur kommt, auf die unwiderlegliche Vermutung reduzieren, der Täter sei zur Sinnerkenntnis durch Introspektion fähig.“

der Vorsatz des Täters sich auf den objektiven Tatbestand beziehen muss, besteht kein Anlass mehr, sich über eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ Gedanken zu machen.⁵⁷ Der Umstand, dass im objektiven Tatbestand normative Merkmale zu finden sind, zwingt dann nicht dazu, solche auch im subjektiven Tatbestand zu suchen. Der Topos der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ verliert damit jeden Sinn – und seinen Schrecken.

2. Abschied von der Spiegelbild-Theorie

Der Abschied von der Spiegelbild-Theorie, orientiert sich an der Vorgehensweise, für die *Hruschka* mit seinem akademischen Wirken stand: Ausgangspunkt der Strafrechtswissenschaft ist die Zurechnungslehre bzw. die Unterscheidung zwischen „*imputatio facti*“ und „*applicatio legis ad factum*“. Diese Differenzierung zwischen Zurechnungs- und Verhaltensregeln geht auf *Pufendorf* (1632–1694) und *Daries* (1714–1791) zurück⁵⁸ und wurde von *Hruschka* für die moderne Strafrechtswissenschaft adaptiert.⁵⁹ Daneben existiert eine zweite Stufe der Zurechnung. Dabei geht es – in der heute üblichen Terminologie – um die Zurechnung zur Schuld, die *imputatio iuris*. In diesem Sinne unterscheidet auch *Joerden* zwischen der „Freiheit in Bezug auf die Tat“ und der „Freiheit in Bezug auf die Bewertung der Tat“.⁶⁰

In einem Punkt folge ich dem Ansatz meines verehrten akademischen Vorbildes und Doktorvaters nicht: Nach *Hruschka*, der insoweit in der Tradition der finalen Handlungslehre⁶¹

⁵⁷ In der irreführenden Spiegelbild-Theorie liegt übrigens auch der Grund dafür, dass es bis heute weder Wissenschaft noch Rechtsprechung gelungen ist, einen relevanten „Irrtum über den Kausalverlauf“ ausfindig zu machen. Denn es ist *ex ante* nicht relevant, ob der Täter die Art und Weise des (späteren) tatsächlichen Kausalverlaufs in irgendeiner Weise voraussieht, geschweige denn nachvollzieht. Relevant kann allenfalls sein, dass ein Täter die tatsächlichen Umstände nicht kennt, die die Grundlage für das objektive *ex-ante*-Urteil darüber sind, dass eine gefährliche Situation vorliegt. Vgl. dazu *Rudolph* (Fn. 5), S. 124.

⁵⁸ Vgl. zur historischen Entwicklung *Hruschka*, „Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf“, in: *ZStW* 96 (1984), S. 692 ff.

⁵⁹ *Hruschka*, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin: de Gruyter, 1976, S. 35.

⁶⁰ *Joerden*, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, S. 33.

⁶¹ Deren bekanntester Vertreter ist *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1969, S. 33 ff.

steht, handelt es sich beim aktuellen „Wissen“ um die Handlungsmöglichkeiten um ein konstitutives Merkmal einer strafrechtlich zurechenbaren Handlung.⁶² Fahrlässigkeit ist nach diesem Maßstab ein Fall außerordentlicher Zurechnung.⁶³ Nach dem hier vertretenen Konzept ist jedoch nicht das „Wissen“ bzw. das „Erkannt-Haben“ der Ausgangspunkt strafbaren Verhaltens. Zu den notwendigen Bedingungen einer (strafbewehrten) Pflicht gehört lediglich, dass ein Täter aufgrund seiner körperlichen Fähigkeiten in der Lage ist, pflichtgemäß zu handeln („Möglichkeit“) und dass er darüber hinaus die kognitiven Fähigkeiten hat, dies auch zu tun („Erkennbarkeit“).⁶⁴ Das potenzielle Wissen genügt für die ordentliche Zurechnung.

Auf dieser Grundlage lässt sich Vorsatz als ein „Plus“ gegenüber der Fahrlässigkeit begreifen. Die notwendigen Bedingungen von Fahrlässigkeit entsprechen den notwendigen Bedingungen pflichtgemäßen Handelns. Sie liegen vor, wenn ein Täter aus der ex-ante-Perspektive eines objektiven Urteilers die Möglichkeit hatte, eine Situation in der Außenwelt zu verändern und dies erkennen konnte. Die hinreichenden Bedingungen einer Pflicht liegen vor, wenn es ein Gesetz gibt, aus dem sich ein konkreter ex-ante-Handlungs- oder Unterlassungsbefehl ableiten lässt (also beispielsweise: „Du darfst keinen anderen Menschen dadurch in Lebensgefahr bringen, dass du mit einem geladenen Gewehr auf ihn zielst“). Hat ein Täter aus einer ex-post-Perspektive die Möglichkeit der Pflichtverletzung *erkannt*, liegt Vorsatz vor.

Entscheidend für den Vorsatz in diesem Modell ist, dass das, was der Täter gemäß dem *ex-post*-Urteil tatsächlich erkannt hat, mit dem korrespondiert, was nach dem *ex-ante*-Urteil des objektiven Urteilers maßgeblich war. Mit anderen Worten: So wie eine *Pflichtverletzung* nur dann vorliegt, wenn

⁶² Hruschka (Fn. 57), S. 17 f.; ders. Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., Berlin: de Gruyter, S. 327; ähnlich Joerden (Fn. 60), S. 32.

⁶³ Vgl. dazu Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (Fn. 62), S. 188.

⁶⁴ Näher dazu Rudolph (Fn. 5), S. 84 ff.

sich *ex ante* eine entsprechende Pflicht formulieren lässt, kann von Vorsatz nur dann die Rede sein, wenn bereits *ex ante* für den Täter *erkennbar* war, dass er die Möglichkeit hatte, in einem bestimmten Sinne von seinen körperlichen Fähigkeiten Gebrauch zu machen.

Entscheidend für die Zurechnung ist, dass das *ex-ante*-Urteil und das *ex-post*-Urteil in den zugrunde gelegten Fakten und in dem Maßstab, der zur Beurteilung angelegt wird, *miteinander korrespondieren*. Dieses Korrespondenzprinzip liegt auch der Lehre von der objektiven Zurechnung zugrunde: Ein tatbestandlicher Erfolg ist objektiv einer bestimmten Handlung zuzurechnen, wenn durch diese Handlung *genau diejenige* rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen wurde, die sich dann auch realisiert hat.⁶⁵

3. Zurechnung und Pflicht

Die Bedenken *Safferlings*, wonach bei einer „Aufweichung der strengen Spiegelbildfunktion“ es „den Gerichten anheim fallen“ würde, „die subjektiven Erfordernisse für die objektiven Elemente jeweils selbständig festzulegen“⁶⁶, sind unbegründet. Die Verknüpfung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand ist nicht willkürlich. Sie entsteht dadurch, dass beiden Urteilen die einheitliche Frage zugrunde liegt, ob ein Subjekt eine *bestimmte Pflicht* verletzt hat. Sowohl das objektive Urteil darüber, ob eine „Handlung“ bzw. ein „Erfolg“ vorliegt, als auch das Urteil über das subjektive „Erkannt-Haben“ – also den Vorsatz – korrespondieren einem *ex-ante*-Urteil darüber, *ob und weshalb* der Betroffene in der konkreten Situation einer strafrechtlichen Handlungs- oder Unterlassungspflicht unterliegt.⁶⁷

Besonders anschaulich lässt sich dies am Beispiel der Handlungspflichten, d.h. der strafrechtlichen Unterlassungsdelikte, verdeutlichen. Wenn ein Vater zusieht, wie sein Kind

⁶⁵ Vgl. dazu etwa *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 15, Rn. 156 ff.

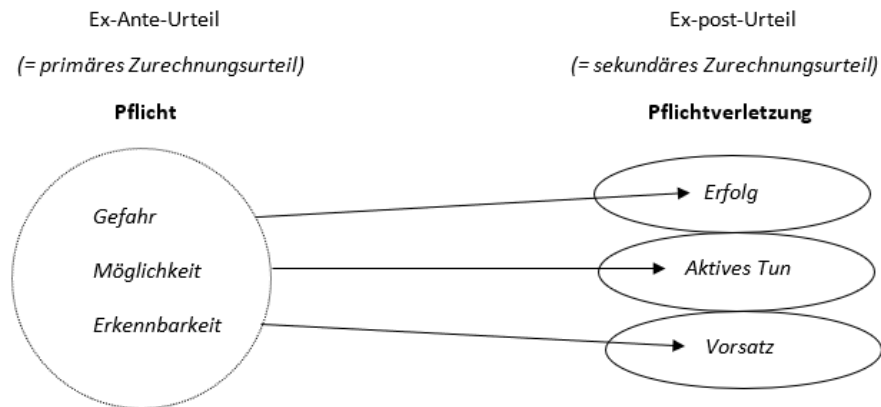
⁶⁶ *Safferling* (Fn. 11), S. 119.

⁶⁷ Ich bezeichne die *ex-post*-Urteile über den „Erfolgseintritt“, den „Vorsatz“ – und auch das aktive „Tun“ als Komplementärbegriff zum Unterlassen – als „sekundäre Zurechnung“. Vgl. *Rudolph* (Fn. 5), S. 17 ff.

im See ertrinkt, kann er dabei in verschiedenster Weise „handeln“ und dies auch „vorsätzlich“ tun – beispielsweise sich eine Zigarette anzünden. Vorsatz *im strafrechtlichen Sinne* wird daraus erst dadurch, dass aus der strafrechtlichen Verhaltensregel „Du sollst nicht töten“ bzw. „Du sollst dein Kind vor dem Tod bewahren“ in der aktuell gefährlichen Situation die konkrete Pflicht erwächst, sofort tätig zu werden. Eine solche Pflicht erwächst nur dann, wenn alle notwendigen Bedingungen einer Pflicht erfüllt sind. Das bedeutet, dass der Vater aus einer *ex-ante*-Perspektive über die körperlichen und kognitiven Fähigkeiten verfügt, das Kind zu retten. Verkennt er die Gefahr, weil er beispielsweise laute Musik hört, dann handelt er u.U. fahrlässig. Erkennt er die Gefahr und bleibt dennoch untätig, handelt (bzw. unterlässt) er vorsätzlich im strafrechtlichen Sinne.

Die Auswahl der Fakten – und damit die Auswahl dessen, was für eine „Handlung“ bzw. für „Vorsatz“ relevant ist – obliegt alleine dem Richter, der sich dabei von den gesetzlichen Verhaltensregeln leiten lässt. Dementsprechend wird dem Täter in dem eingangs geschilderte Gewehr-Fall eine aktive Tötungshandlung zugerechnet, da er *genau das getan hat*, was ihm in dieser konkreten Situation verboten war – nämlich den Abzug zu drücken. Wenn er – davon wird ausgegangen – dabei genau diejenigen tatsächlichen Umstände *erkannt hat*, die den objektiven Urteiler dazu veranlassen, *ex ante* von einer Gefahr auszugehen, liegt vorsätzliches Handeln vor.

Der hier vertretene Ansatz basiert auf einer Korrespondenz zwischen dem ex-ante-Urteil darüber, ob eine strafrechtlich relevante Pflicht vorliegt (primäres Zurechnungsurteil) und dem ex-post-Urteil darüber, ob bzw. wie gegen diese Pflicht verstoßen wurde (sekundäres Zurechnungsurteil).⁶⁸ Die Zusammenhänge lassen sich zusammengefasst wie folgt veranschaulichen:



4. Vorsatz und Irrtum *de lege ferenda*

Das vorgestellte Konzept lässt sich mit den aktuellen Formulierungen der §§ 15, 16 StGB vereinbaren. Diese lassen bewusst einiges offen.⁶⁹ Der in § 16 StGB verwendete Begriff „Umstand“ kann insbesondere sowohl als „Spiegelbild des objektiven Tatbestandes“ als auch als „für die Pflichtverletzung relevante Tatsache“ verstanden werden.

Gleichwohl ist das Recht ständig im Fluss. Für künftige Gesetzesfassungen wird folgende Formulierung vorgeschlagen:⁷⁰

⁶⁸ Näher dazu *Rudolph* (Fn. 5), insbes. S. 17 ff.; s.a. oben, Fn. 67.

⁶⁹ Zur historischen Zurückhaltung des Gesetzgebers vgl. *Vogel*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006, Bd. I, vor § 15, Rn. 1 ff.; zu den Formulierungsschwächen des § 16 StGB s.a. *Kindhäuser* (Fn. 11), S. 407 f. sowie oben, S. 12 sowie Fn. 52.

⁷⁰ Einen positiven Formulierungsvorschlag für eine Vorsatz-Definition macht auch *Safferling* (Fn. 11), S. 189. Da er für die „Kenntnis“ das „Bewusstsein der sozialen Relevanz“ voraussetzt, scheint der von ihm eingeschlagene Weg nicht mit der gebotenen Konsequenz verfolgt zu werden. Vgl. dazu die Rezension von *Pawlik*, in: ZIS 2010, S. 339 ff., 340.

§ 15 StGB: *Pflichtwidriges Verhalten wird als fahrlässige Tat bestraft, sofern diese ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. Pflichtwidrig handelt, wer einen Tatbestand verwirklicht, obwohl er die für ihn erkennbare Möglichkeit hatte, dies nicht zu tun.*

§ 16 StGB: *Wer alle Tatsachen erkennt, die für die Erfüllung eines objektiven Deliktstatbestandes erforderlich sind (und gleichzeitig davon ausgeht, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungstatbestandes nicht vorliegen),⁷¹ handelt vorsätzlich.*

Eine Änderung des Wortlauts von § 17 StGB ist nicht veranlasst.

III. Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern

In der täglichen Gerichtspraxis spielt die komplizierte Vorsatz-Dogmatik so gut wie keine Rolle. Eine Verteidigungsstrategie, die darauf aufbaut, dass ein Beschuldigter das Recht verkannt habe, ist schwach. Im Zweifel würde ein Richter dem Angeklagten – so wie in dem Ausgangsfall *Hruschkas* – ohnehin nicht glauben.⁷² Den Vorsatz-Begriff durch „Normativierungen“ bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen, führt daher nicht zu gerechteren Ergebnissen.⁷³ Stattdessen ist eine „Verstärkung der Schuldstation“ von Nöten.⁷⁴ Die Frage der „Unvermeidbarkeit“ von Verbotsirrtümern tritt in den Vordergrund und muss neu definiert werden.⁷⁵ *Safferling*⁷⁶ und

⁷¹ Mit der in Klammer gesetzten Passage wird ein zweistufiger Deliktsaufbau zu Grunde gelegt, vgl. dazu *Hruschka* (Fn. 62), S. 197; *Rinck* (Fn. 11), S. 309 ff., m.w.N.

⁷² Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 08.09.2011, Az. 1 StR 38/11: „Die bloße Berufung eines Angeklagten auf einen derartigen Irrtum nötigt das Tatgericht nicht, einen solchen Irrtum als gegeben anzunehmen.“

⁷³ Nicht selten werden „schwierige Fälle“ in der Praxis ohnehin nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt. Dies trägt nicht zur Rechtsfortbildung bei.

⁷⁴ *Safferling* (Fn. 11), S. 146.

⁷⁵ Ebd., S. 146.

⁷⁶ Ebd., S. 224 ff.

*Glandien*⁷⁷ entwickeln in ihren Monografien hierzu starke Ansätze.⁷⁸

Insbesondere in Konstellationen, in denen Rechtsfragen besonders komplex, umstritten oder ungeklärt sind, sind Rechtsirrtümer häufig „unvermeidbar“. Konstellationen, bei denen auch ein „Profi“ nur schwer prognostizieren kann, wie sie im Streitfall bewertet werden, sind keinesfalls auf das Nebenstrafrecht beschränkt.⁷⁹ Ein Richter, der dies anerkennt, beweist die für die Ausübung seines Amtes erforderliche Demut: Er ist nur ein Mensch, dem in einer besonderen Situation die Aufgabe zukommt, sich der Perspektive eines idealen objektiven Urteilers anzunähern.

⁷⁷ *Glandien* (Fn. 11), S. 339.

⁷⁸ *Rinck* (Fn. 11), S. 349 f., schlägt einen Katalog gesetzlich festgeschriebener Kriterien für die Vermeidbarkeit nach dem Vorbild des § 46 StGB vor.

⁷⁹ Aktuell ist es beispielsweise schwer voraussagbar, welche Maßstäbe sich in der Rechtsprechung zur Konkretisierung der Strafbarkeit gemäß den §§ 299a, 299b StGB bei Kooperationen im Gesundheitswesen herauskristalisieren werden. Die Möglichkeit einer verbindlichen Auskunft, wie sie beispielsweise das Steuerrecht vorsieht (§ 89 AO), existiert im Strafrecht nicht. Ein solches Rechtsinstitut wäre durchaus hilfreich.