

III. Um hier einen – natürlich nicht repräsentativen und wahrscheinlich jedem, der ernsthaft wissenschaftliche Statistik betreibt, ein Kopfschütteln hervorrufenden – Eindruck zu verschaffen, habe ich mir bereits vor dem ersten Blick in das Buch spontan zwölf (teils klassische, teils aktuellere) Problemkreise aus den verschiedenen Bereichen des Besonderen Teils zum Zweck der Prüfung notiert, wie sie in dem Werk abgedeckt sind. Ob es nun stärker durch die Qualität des Buches oder durch den Zufall bei der »Vorauswahl« bedingt ist – jedenfalls hat *Jägers* Werk hierbei sehr gut abgeschnitten: Von den »vornotierten« Problemkreisen wurden ausführlich und vielfach sogar mit eigenen Beispielfällen mit Lösungen behandelt die Beteiligung mehrerer bei Tötungsdelikten (§ 28 StGB), das Vorbeischnuggeln von Waren an der Kasse (Abgrenzung Betrug/Diebstahl), das Verfälschen von Urkunden durch die Verwendung von Anti-Blitzfolien, die Gewaltanwendung beim Raub »durch Unterlassen«, das gefährliche Werkzeug bei den §§ 244/250 I Nr. 1 a StGB, die Anwendung von § 160 StGB bei nicht erkannter Bösgläubigkeit des Aussagenden, die Entwendung vom Wohnzweck bei der Brandstiftung, die Anwendung des § 306 b II Nr. 2 StGB bei einem geplanten Versicherungsbetrug sowie das Erfordernis der Konnexität bei der Verwerflichkeitsprüfung im Rahmen des § 240 StGB. Zumindest knapp hingewiesen wurde auf die Gefährdung von Tatfahrzeug und Tattleilnehmern im Rahmen des § 315 c StGB sowie auf die »Täuschung durch wahre Tatsachen« im Rahmen des § 263 StGB (Stichwort: rechnungsähnliche Angebotsschreiben). Ein Ausfall dergestalt, dass ein Problemkreis ganz unerwähnt oder aber so knapp behandelt worden wäre, dass man damit letztlich »nichts anfangen« könnte, war bei den Beispielen überhaupt nicht zu verzeichnen.

IV. Kleinere Kritikpunkte und »Fragezeichen« sollen nicht verhehlt werden: So stellt sich – ohne dass dies natürlich in der Sache wirklich von Bedeutung wäre – die Frage, warum die §§ 303 und 292 StGB keine »Vermögensdelikte« sein sollen (bzw. richtiger: von *Jäger* nicht unter dieser Überschrift mit behandelt werden). Bei der Frage nach der Anwendung des § 315 b StGB bei der Pervertierung von Verhaltensweisen innerhalb des fließenden Straßenverkehrs habe ich das Problem des »äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens« sowie das Erfordernis der Schädigungsabsicht nach der neueren Rechtsprechung vermisst. Auch kann man m. E. die Unterschlagung mit ihren vielen durch das 6. Strafrechtsreformgesetz aufgetretenen Fragen nicht in einem kurzen Unterabschnitt »Verhältnis Diebstahl – Unterschlagung« des Diebstahlstatbestandes (in dem im Übrigen eine Menge Informationen stecken, deren systematische Einordnung durch die Behandlung allein in zwei längeren Spezialfällen und einem Klausurhinweis jedoch nicht recht deutlich wird) abhandeln; beides einerseits Punkte, die nur zufällig nicht auf der o. g. »Zwölfer-Liste« standen, andererseits aber vielleicht auch beides Geschmacksfragen oder schlicht der unvermeidbare Rest bei der Quadratur des Kreises.

Jedenfalls ändern solche kleineren Monita nichts an einer sehr positiven Gesamteinschätzung: *Jägers* Examens-Repetitorium ist ein didaktisch gut gelungenes Buch. Bei genauerem Lesen wird schnell klar, dass es sich nicht nur um eine sehr verständlich verfasste, sondern auch um eine ausgesprochen dichte Darstellung handelt – wer als Studierender alles aufnehmen möchte, was geschrieben ist, muss sich den Stoff durch ein genaues Durchdenken des Textes und anhand des Gesetzes (auf dessen Text und Systematik erfreulicherweise immer wieder besonders deutlich hingewiesen wird) erarbeiten, und das ist gut so. Wer daher in den immer zahlreicher werdenden universitären Angeboten zur Examensvorbereitung neben den allfällig weiter verwendbaren Lehrbüchern aus dem Grundstudium auch auf eine spezielle Darstellung für Examenskandidaten verweisen möchte, kann seinen Studenten guten Gewissens den Band von *Jäger* empfehlen.

Professor Dr. Hans Kudlich, Erlangen

*Michael Heuchemer, Der Erlaubnistatbestandsirrtum.* (Strafrechtliche Abhandlungen, NF, Bd. 157). Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2005. 377 S., kart. EUR 84,80.

Die dogmatisch richtige Lösung des sog. Erlaubnistatbestandsirrtums ist eine der klassischen Fragen und Herausforderungen der Strafrechtswissenschaft. Sie in einer Dissertation zu behandeln, ist sicher mutig, muss sich der Verfasser doch stets dem Einwand ausgesetzt sehen, von einem solchen Unterfangen sei angesichts der seit langem zwischen den Fronten der strengen und der (in unterschiedlichen Varianten vertretenen) eingeschränkten Schuldtheorie verhärteten Diskussion kein besonderer Ertrag zu erwarten. Bestenfalls, so könnte man vermuten, enthält die Arbeit eine differenzierte Rekonstruktion der unterschiedlichen

von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Lösungsansätze, der eine weitere Lehrmeinung hinzugefügt wird.

*Michael Heuchemer* ist diesen Versuchen und Gefahren seines Themas erfreulicherweise nicht erlegen. Statt einer seitenlangen Wiedergabe der Ansichten im Schrifttum (das natürlich dennoch nicht unberücksichtigt bleibt [vgl. 149–221], aber geschickt in die Begründung der eigenen Meinung eingeflochten wird), gelingt es dem *Autor*, die etablierten Vorstellungen von der sachgerechten Lösung dieser Irrtumskonstellation durch die Gegenüberstellung von Fallgruppen zu hinterfragen (47 ff.), in einem neuen Licht erscheinen zu lassen und damit den Leser vom ersten Kapitel an zu fesseln. Statt eine neue Theorie des Erlaubnistatbestandsirrtums zu entwickeln, begnügt sich *Heuchemer* mit einer neuen Begründung einer bestehenden Lehrmeinung (nämlich der strengen Schuldtheorie), die er strafrechtsdogmatisch in einem vollständig anderen Bezugsrahmen, nämlich dem Funktionalismus in der Tradition von *Günther Jakobs* verortet (26, 133–137, 200 ff.). Damit hat er die Voraussetzungen für eine qualitativ hochwertige Dissertation sicher erfüllt. Er hat ein schwieriges Thema auf eigenständige Weise bearbeitet und eine bisher bestehende Lücke des funktionalen Straftatsystems, eine von diesen Prämissen ausgehende Theorie des Erlaubnistatbestandsirrtums, die von den diesem Spektrum der Strafrechtswissenschaft verpflichteten Autoren bisher noch nicht vorgelegt wurde, geschlossen. Ob *Heuchemer* im Ergebnis zuzustimmen ist oder nicht, hängt daher nicht von der fraglos gegebenen wissenschaftlichen Leistung des *Autors* ab, sondern von der Einstellung des Lesers gegenüber dem Funktionalismus in der von *Günther Jakobs* und seinen Schülern vertretenen zugespitzten Variante, zu der *Heuchemer* wohl von dem Erstgutachter seiner Arbeit, *Bernd von Heintschel-Heinegg* (vgl. z. B. dessen am Funktionalismus von *Jakobs* orientierte Auslegung des § 24 StGB in ZStW 109 [1997], 29–57), inspiriert wurde. Da *Heuchemer* völlig auf eine rechtssoziologische und weitgehend auch auf eine rechtsphilosophische Fundierung (vgl. aber 275–292 zur Zurechnungslehre *Hegels*) des Funktionalismus verzichtet, ist die Arbeit zudem ein aussagekräftiges Anschauungsbeispiel für eine »reine« funktionale Argumentation, die die Tragweite dieses Ansatzes und seine kriminalpolitische Intention verdeutlicht und daher auch dem insoweit unvoreingenommenen Leser eine Stellungnahme erleichtert.

*Heuchemer* nähert sich den zum Erlaubnistatbestandsirrtum vertretenen Lehrmeinungen nicht über deren jeweilige dogmatische Begründung, sondern über die Plausibilität der Ergebnisse, die er an erdachten und an der Rechtsprechung entnommenen Fallkonstellationen überprüft (47–110). Um die seines Erachtens gegebenen Nachteile der eingeschränkten Schuldtheorie zu belegen, konfrontiert er einen von ihm sog. »verzeihlichen Putativnotwehrrexxess« (= Doppelirrtum, der vorliegt, wenn der Täter irrtümlich vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ausgeht und auf der Grundlage dieser Vorstellungen außerdem sein vermeintliches Recht überschreitet; zu den von *Heuchemer* zugrunde gelegten Definitionen vgl. 27 f.) mit einem »unverzeihlichen« Erlaubnistatbestandsirrtum. Während der Putativnotwehrrexxess nach den Regeln des Verbotsirrtums behandelt wird, schließt der Erlaubnistatbestandsirrtum nach der eingeschränkten Schuldtheorie analog § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatz bzw. nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie zumindest den Vorsatz-Schuldvorwurf aus. Dieses Ergebnis ist für den *Autor* dann wertungswidersprüchlich, wenn die bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum zugrunde liegende fehlerhafte Tatsachenwahrnehmung »unverzeihlich« ist, das heißt der Irrtum auf »ungewöhnlich egoistischen Gründen« (53) beruht, eine »rechtsfeindliche Gesinnung« (54–56) indiziert bzw. sich der Täter aufgrund seiner Fehleinschätzung als »eigenständig« und »gütergefährlich« (62) erweist und sein Verhalten somit »in der auf den gegenseitigen Respekt der Rechtssphären ausgerichteten Rechtsordnung unerträglich« (53) ist.

Um den oben genannten Wertungen zum Durchbruch zu verhelfen und im Fall des »unverzeihlichen« Erlaubnistatbestandsirrtums wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestrafen zu können, wendet sich *Heuchemer* im Folgenden gegen die »psychologisierende« Zurechnungs- und Verbrechenslehre (z. B. 23, 25), die nach seiner Auffassung nur auf den psychischen Befund des Vorliegens eines Irrtums und seine Einordnung auf einer der Systemebenen abstellt und damit den Weg für eine differenzierende Beurteilung der Ursachen des Irrtums als Anhaltspunkt für die Gesinnung des Täters gerade abschneidet. Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist für den *Autor* insofern lediglich ein Anschauungsbeispiel und damit Vorreiter für die von ihm geforderte konsequent funktionale Zurechnungslehre, nach der subjektive Fehlvorstellungen nicht schematisch entlasten dürfen, sondern nur den Anlass für

eine am Kriterium der »Verzeihlichkeit« orientierte wertende Gesamtbetrachtung bilden. In konsequenter Fortsetzung dieses Gedankens kritisiert er – wie bereits *Jakobs* – die starre Regelung des § 16 StGB, die zumindest bei aus Rechtsfeindschaft entstandenen Irrtümern nach seiner Auffassung zu unplausiblen Ergebnissen führt (216).

Das konsequent funktionale System bedarf daher vor allem »flexibler« Regelungen (293, 302 und häufiger), die für den Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums zur Vorzugswürdigkeit der strengen Schuldtheorie führen. Denn nur die strenge Schuldtheorie kann das »Alles-oder-Nichts-Prinzip des § 16 StGB durch ein axiologisch flexibleres Konzept« (215) ersetzen, dessen Ausgangspunkt § 17 StGB bildet. Auf der Grundlage dieser Norm entwickelt *Heuchemer* sodann eine nach dem Umfang der »Verzeihlichkeit« vierstufig differenzierende Lösung des Problems des Erlaubnistatbestandsirrtums (320ff.), in deren Mittelpunkt i. S. eines Indizes für die »Verzeihlichkeit« die Frage steht, inwieweit der Täter vor seiner vermeintlichen Verteidigungshandlung »pflichtgemäß« geprüft hat, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes vorliegen (209): Ist der Täter dieser Prüfungspflicht »gewissenhaft« (216) nachgekommen, so liegt in der Regel ein unvermeidbarer Irrtum vor, so dass er insoweit ohne Schuld handelt, § 17 S. 1 StGB (216, zu einer weiteren Fallgruppe vgl. 321). Unterlässt der Täter allerdings die Erfüllung seiner Pflicht, so ist die »Intensität des Nachlässigkeitsvorwurfs indiziell für die Strenge der Zurechnung« (216). Hier soll eine »volle Bestrafung« eintreten, wenn der Täter »ungebeten und drastisch in fremde Rechtsräume eingreift, ohne auf nachvollziehbare Gründe verweisen zu können« (322). Ergeben demgegenüber alle für die »Verzeihlichkeit« maßgeblichen Umstände, dass nur ein Fall mittlerer Vorwerfbarkeit vorliegt, so ist die Strafe nach den §§ 17 S. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Eine doppelte Milderung analog § 49 Abs. 1 StGB »nach der Dogmatik der §§ 49, 50 StGB« soll schließlich für die Fälle »marginalen Unrechts« in Betracht kommen (324, zusammenfassend 348).

Da *Heuchemer* bis auf einige Andeutungen (z. B. 65, 358 »positive Generalprävention« und »Opferschutz«) nicht genau darlegt, welchen konkreten kriminalpolitischen Zwecksetzungen das von ihm befürwortete funktionale System verpflichtet ist, tritt das eigentliche Kernanliegen dieser Richtung der Strafrechtsdogmatik umso deutlicher hervor. Es geht um eine möglichst freie Wertung des strafrechtlich zu würdigenden Geschehens, bei der die Gesinnung des Täters das entscheidende Kriterium darstellt (»in welchem Maße der Täter sich im Vorfeld des Irrtums um eine dem Recht gemäße Gesinnung bemüht hat«, 303). Eine strenge Gesetzesbindung ist insoweit hinderlich und ärgerlich, weshalb de lege ferenda auch § 16 StGB durch eine »flexible« Lösung ersetzt werden soll. Diese von *Heuchemer* geradezu als Credo des modernen Strafrechts beschworene Flexibilität ist allerdings nicht nur im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, sondern auch allgemein aus Gründen des Schutzes der Person vor dem Zugriff des Staates in Gestalt des Strafrechts kaum erträglich. Ob ein Irrtum als verzeihlich und die Gesinnung des Täters als »rechtstreu« eingestuft wird, kann nicht mehr verbindlich aus dem Gesetz entnommen werden, sondern unterliegt der Definitionsmacht des jeweiligen Rechtsanwenders bzw. in der Praxis des Richters, der über den Fall zu entscheiden hat. Durch diese Freiheit von den Bindungen des Gesetzes, die durch die Lösung *Heuchemers* eröffnet wird, können sich in den jeweiligen Zurechnungsurteilen nahezu beliebig Strömungen des Zeitgeistes, persönliche Feindbilder und Wertvorstellungen widerspiegeln. Bei *Heuchemer* sind es, wie seine kreativ erfundenen und bisweilen durchaus unterhaltsamen Beispiele zeigen, vor allem an Verfolgungswahn leidende Automobilliebhaber, die eine harmlose Situation als Angriff auf ihr Fahrzeug deuten (51 ff.), entsprechend reagieren und auch dann wegen eines vorsätzlichen Deliktes bestraft werden sollen, wenn sie sich bei Begehung der Tat vor sich selbst nicht im Unrecht wissen. In einem an der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat und nicht an der Gesinnung orientierten Strafrecht, das auf der Basis der Wertvorstellungen des Grundgesetzes mit Nachdruck zu verteidigen ist, hat diese Einstellung des Täters den Richter aber allenfalls auf der Ebene der Strafzumessung zu interessieren. Sie auf der Ebene der Voraussetzungen der Strafbarkeit zu berücksichtigen, bedeutet die Auflösung der bisher immer anthropomorph gestalteten Grundlagen unseres Strafrechts, der bei allem Respekt vor der Leistung des *Autors* mit Nachdruck zu widersprechen ist.