

# Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören

## Eine Duplik auf Lichtenthäler/Scheinfeld, ZfIStw 6/2022, 420

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

*Sören Lichtenthäler* und *Jörg Scheinfeld* haben *meinem* langen Aufsatz zum „Tatumstands- und Verbotsirrtum“<sup>1</sup> eine Replik entgegengesetzt, die den Leser besticht durch geschichtshistorische Weisheit und meisterlich klare Sprache.<sup>2</sup> Was ihr fehlt, ist die Überprüfung der eigenen Thesen anhand konkreter Fälle, gesetzlicher Merkmale und deren regelgerechter Interpretation.

Meine Gegner setzen eine Prämisse, die ich bestreite. Sie gehen davon aus, dass es Verbotsirrtümer i.S.v. § 17 StGB gibt, die nicht zugleich Tatumstandsirrtümer i.S.v. § 16 StGB sind; dass also ein Mensch in manchen Fällen bei Begehung einer Tat vollkommen rechtens zu handeln glaubt und zugleich durch eben dieses Handeln vorsätzlich, also wissentlich, eine Straftat verübt.<sup>3</sup> Eine schon auf den ersten Blick in sich widersprüchliche, unhaltbare Prämisse. Zugegeben, sie war auch die des Gesetzgebers, der sie den beiden Irrtumsvorschriften zugrunde legen wollte. Man kann ihnen die Aufforderung entnehmen, es sei zu beachten, dass es Fälle geben müsse, in denen der Täter ohne Unrechtseinsicht, aber mit deliktischem Vorsatz handelt. *Lichtenthäler* und *Scheinfeld* glauben anscheinend, solche Fälle vorweisen zu können, und machen sich nicht die Mühe, es zu tun. Ich übernehme für sie die Veranschaulichung, indem ich auf eigene Beispiele zurückgreife und im Geist meiner Kontrahenten sage: Mit Kenntnis aller Umstände, die zum jeweiligen Tatbestand gehören, aber zugleich ohne Unrechtseinsicht begehen ihre Tat etwa die Geschwister, die miteinander den Beischlaf vollziehen, weil sie nach Irreführung überzeugt sind von der Streichung des § 173 Abs. 1 S. 2 StGB; oder die Studenten, die aus Dankbarkeit für ein schönes Seminar ihrem Professor den Vorteil eines teuren Buchgeschenkes gewähren und keine Ahnung haben von der Rechtswidrigkeit ihres Tuns (§ 333 Abs. 1 StGB); oder der Kaufmann, der heimlich das Telefongespräch mit seinem Geschäftspartner aufnimmt ohne Kenntnis davon, dass das Gesetz ihm das verbietet (§ 201 Abs. 1 StGB).

Haben diese Täter den Vorsatz, das jeweilige Delikt zu begehen? Ich verneine die Frage, weil die Täter bei Begehung ihrer jeweiligen Tat „einen Umstand“ nicht kennen, „der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Denn zu einem „gesetzlichen Tatbestand“ gehört zuallererst der Umstand der Gesetzlichkeit, d.h. der Umstand, dass sich Verhaltensbeschreibung und Strafordrohung als geltendes Recht *im Gesetz* vorfinden. Dieser Umstand „gehört“ zu jedem Tatbestand, den § 16 StGB erfasst. Er ist deshalb „vor die Klammer gezogen“ und schon in § 16 StGB selbst benannt. Die Vorschrift ist ihrerseits geltendes Recht und hat, weil ihre tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, in allen drei Beispielfällen die Verneinung des Vorsatzes zur Rechtsfolge. Das macht die Täter zugleich, auch bei gegebener Fahrlässig-

keit, straffrei, weil in keinem Fall „das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht“ (§ 15 StGB).

Dieser Begründung habe ich im Aufsatz schiefen, ja falschen Ausdruck gegeben. Die Replik übt daran eine Kritik, die ich akzeptiere. Von ihr nicht betroffen ist die jetzt korrigierte Begründung. Noch einmal konkret: Nicht zum Sittlichkeits-, wohl aber zum gesetzlichen Tatbestand des Geschwisterbeischlafs gehört, dass der Tatbestand im Gesetz steht. Dieser Umstand ist mit § 173 Abs. 1 S. 2 StGB gegeben, aber die Geschwister kennen ihn nicht, weil sie glauben, der Tatbestand sei aus dem StGB entfernt worden.

Selbstverständlich fehlt in allen drei Fällen, die *Lichtenthäler* und *Scheinfeld* als Paradebeispiele zugunsten der h.L. anführen könnten, den Tätern auch „die Einsicht, Unrecht zu tun“. Darum muss neben § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch § 17 S. 1 StGB Anwendung finden, wenn die Täter „diesen Irrtum nicht vermeiden konnte[n]“. Das etwaige Zugeständnis eines unvermeidbaren Verbotsirrtums hat nun zwar keine praktische Relevanz, dafür aber durchaus eine moralische. Denn mit der Verneinung von Vorsatz, die das jeweilige Delikt entfallen lässt, ist ja nicht auch die Schuld des Täters verneint. Ihm wird die weitere Aussage des Gesetzes, er habe auch „ohne Schuld“ gehandelt, willkommen und vielleicht wichtig sein. Ob ihm außer der Schuldverneinung auch noch, weil er ohne Sorgfaltsverstoß geirrt hat, ein Handeln im Rahmen des „erlaubten Risikos“ zuzubilligen ist, lasse ich hier offen.

Man betrachte einmal die Fälle genauer, für die einige oder viele Verfechter der Schuldtheorie (Einhelligkeit herrscht in keinem Fall!) das Zusammentreffen von Deliktvorsatz und Verbotsirrtum annehmen! Allemal verleugnen sie, was sie einräumen müssten: Dass der Täter „bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Besonders ungeniert tut das die von *Scheinfeld* wohl favorisierte Spielart der Schuldtheorie, die einen Gegensatz von faktischem und rechlichem Irrtum behauptet und für ausschlaggebend erklärt. Meine Beispiele sind u.a. § 246 StGB und § 370 AO. Zum gesetzlichen Unterschlagungstatbestand gehört der Umstand, dass die Sache, die die Täterin sich oder einem Dritten zueignet, für sie „fremd“ ist, d.h. im Eigentum eines anderen steht. Und zum gesetzlichen Steuerhinterziehungstatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO gehören die Umstände, dass der Täter die Finanzbehörden „über steuerlich erhebliche Tatsachen“ in Unkenntnis lässt und dadurch „Steuern verkürzt“. Den ersten Umstand kennt etwa die Lebensgefährtin des Erblassers nicht, die sich aufgrund eines vom Erblasser eigenhändig unterschriebenen, aber mit dem Computer geschriebenen, also unwirksamen Privattestaments (vgl. § 2247 BGB) für die Alleineigentümerin des zur Erbmasse gehörenden Autos hält und es ihrem Sohn schenkt. Die zweitgenannten Umstände kennt z.B. der Neffe nicht, dem sein Onkel zum Abitur 50.000 Euro geschenkt hat und der irrig glaubt, dass dies steuerlich unerheblich sei und er durch Untätigbleiben keine Steuern verkürze. Die genannte Spielart der Schuldtheorie missachtet einfach in beiden Fällen die

<sup>1</sup> Herzberg, ZfIStw 3/2022, 253.

<sup>2</sup> *Lichtenthäler/Scheinfeld*, ZfIStw 6/2022, 420 (in dieser Ausgabe).

<sup>3</sup> *Lichtenthäler/Scheinfeld*, ZfIStw 6/2022, 420 (421).

dem § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu entnehmende Verneinung des Vorsatzes, und zwar aus dem völlig gesetzesfremden Grund, das Nichtkennen der Umstände beruhe jeweils auf einem Rechtsirrtum. Die Argumentation lautet also: Der Neffe kennt sehr wohl den Umstand, dass er Steuern verkürzt. Denn es ist ja ein *error iuris*, der ihn glauben lässt, er schulde dem Staat keine Steuer. Und die Scheinerbin, die sich irrtümlich für die Alleineigentümerin des Autos hält, kennt trotzdem den Umstand der Fremdheit der Sache, weil ihr Irrtum auf Unkenntnis einer Gesetzesvorschrift beruht.

Mit Recht weigern sich auch im Lager der Schuldtheorie die meisten, so zu argumentieren. Sie gehen einen anderen Weg, um im Geiste des Gesetzgebers Fälle zu finden, in denen Deliktvorsatz und Verbotsirrtum zusammentreffen. Der Weg ist die Unterscheidung zwischen Tatbestandsmerkmal und „allgemeinem Verbrechenmerkmal“. Man lehrt, dass auch dann, wenn das Gesetz ausdrücklich oder durch ein ungeschriebenes Merkmal eine Unrechtsvoraussetzung aufstellt, diese als „allgemeines Verbrechenmerkmal“ für den Vorsatz irrelevant sein könne.

Ein Beispiel: Ehrgeizige Professoren einer Fachhochschule ohne Promotionsrecht verleihen dem Absolventen A für seine hervorragende Abschlussarbeit den Grad „Doktor der Informatik“. A führt nun „unbefugt“, aber im Glauben an seine Befugnis den „akademischen Grad“ (§ 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB). Viele Anhänger der Schuldtheorie sind in so einem Fall, ohne es zu merken, im Grunde bereit, die Frage der Repliküberschrift zu bejahen, indem sie den Vorsatz verneinen, weil A den zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand des Befugnismangels nicht gekannt, also ohne Unrechtsbewusstsein gehandelt habe. Tragfähig ist diese Begründung nur, wenn man die Vorsatztheorie schon *de lege lata* als richtig anerkennt.

Andere Schuldtheoretiker – auch *Lichtenthäler* und *Scheinfeld*? – würden es hier für den Deliktvorsatz genügen lassen, dass A den zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand der Führung eines akademischen Grades kennt. Vom Umstand, dass A den akademischen Grad „unbefugt“ führt, würden sie einfach behaupten, er gehöre nicht zum gesetzlichen Tatbestand. Eine Behauptung *ad hoc*. Sie dient dem Zweck, den meine Kritiker ausdrücklich verfolgen, nämlich durch Vorsatzbejahung dem § 17 StGB praktische Relevanz zu verschaffen und so dem Gesetzgeberwillen Reverenz zu erweisen. Aber was nehmen sie dafür in den Kauf! Der Täter soll, wie man oft liest, „alle Umstände des Unrechtssachverhalts erkannt haben“ – obwohl er doch den Befugnismangel nicht erkannt hat! Man schiebt § 16 StGB, dessen Voraussetzungen zu bejahen nahezu zwingend erscheint, willkürlich beiseite und mutet der Strafrechtswissenschaft die zum Himmel schreiende, oben schon angeprangerte In-sich-Widersprüchlichkeit zu: A soll, wenn er sich Doktor nennt, einerseits überzeugt gewesen sein, rechtmäßig zu handeln, andererseits aber mit Vorsatz, also bewusst ein Unrecht verübt und sich dadurch u.U. strafbar gemacht haben. Denn die Bejahung des Vorsatzes bedeutet die Annahme, dass er wesentlich die Straftat „Missbrauch von Titeln“ begangen habe. „Ich weiß“, so muss man sich die Rede des A vorstellen, „dass ich den Dokortitel missbrauche und damit vielleicht

eine Straftat begehe, und zugleich bin ich mir sicher, dass ich mit der Führung des Doktorgrades rechtmäßig handle“.

Ja, ich kenne den Willen des Gesetzgebers. In vielen Fällen soll man bei einem Täter, der ohne Unrechtseinsicht handelt, den Deliktvorsatz gleichwohl bejahen, um § 17 StGB praktische Relevanz zu verschaffen. *Lichtenthäler* und *Scheinfeld* sehen nur diesen einen Willen des Gesetzgebers. Es gibt aber noch einen anderen, auf den die Replik überhaupt nicht eingeht. Wo immer der Gesetzgeber tätig wird, da will er selbstverständlich, dass das Gesetz uns binde und Beachtung finde. Das heißt in unserem Zusammenhang, dass man den Vorsatz immer dann verneinen soll, wenn auf eine Nichtkenntnis die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zutreffen; wie z.B. auf die Nichtkenntnis des Umstandes, dass die zugeeignete Sache „fremd“ ist oder dass man den Dokortitel „unbefugt“ führt. Und jedem Gesetzgeber ist außerdem der Wille zu unterstellen, dass durch systematische Gesetzesdeutung Aussagen und Ergebnisse, die miteinander unvereinbar sind, vermieden werden. Beides zusammengefasst, ergibt sich, zum Vorteil des Täters, ein zweiter Gesetzgeberwille, der mit dem ersten konkurriert und kollidiert. Den Vorrang kann nur der zweite haben, weil die Gesetzesbindung und Widerspruchsvermeidung wichtiger sind als das Anliegen, einem Paragraphen möglichst viel Relevanz zu geben. Gewährleistet ist der Vorrang nur auf dem Fundament der Vorsatztheorie, die darum schon *de lege lata* als die richtige Irrtumslehre anzuerkennen ist. *Lichtenthäler* und *Scheinfeld* sind mit ihrer Replik, soweit sie das Gegenteil beweisen soll, gescheitert.

Umso mehr freut es mich, dass sich die Autoren auf den Widerlegungsversuch nicht beschränkt haben. *Schmidhäuser*, *Otto*, *Jakobs*, *Herzberg* und andere, sie alle glauben, der Vorsatztheorie schon nach geltendem Recht folgen zu müssen. Speziell meine Argumentation hat *Lichtenthäler* und *Scheinfeld* zu einer Gegenrede veranlasst, die zu einem guten Teil „die klare Historie“ darzulegen beansprucht und in diesem Abschnitt „eine kurze Skizze der Entstehungsgeschichte des § 17 StGB“ vorlegt. Dafür verdienen die Autoren Dank und Anerkennung. Die Skizze ist gut zu lesen und für historisch interessierte Strafrechtsdogmatiker informativ und bereichernd.