

Die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung in der Dogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums

Zugleich eine Besprechung von BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24*

Von Wiss. Mitarbeiter Jan Bauerkamp, Bielefeld**

Der Erlaubnistatbestandsirrtum fällt nach herrschender Sichtweise als Sachverhaltsirrtum nicht unter § 17 S. 1 StGB; vielmehr wird es als sachgerecht wahrgenommen, jenen mit unterschiedlicher Begründung dem Rechtsfolgenregime des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu unterwerfen. Obwohl jenes ein Erfordernis der Vermeidbarkeit gerade nicht kennt, fordert das BayObLG, dass die sich im Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstands befindliche Angeklagte den Sachverhalt pflichtgemäß geprüft hat. Wie diese Forderung zum Wesen des Erlaubnistatbestandsirrtums steht und ob sie dogmatisch überzeugen kann, soll im vorliegenden Beitrag näher betrachtet werden.

I. Einführung

„Wer sein Verhalten irrig für erforderlich hält, um eine Gefahr abzuwenden, obwohl er diesen Irrtum hätte vermeiden können, wird rechtlich so behandelt, als hätte er um die mangelnde Erforderlichkeit seines Eingreifens gewusst.“

So oder ähnlich könnte der aus der Entscheidung BayObLG – 206 StRR 227/24 abzuleitende Gehalt verkürzt formuliert werden. So fordert das BayObLG für das Durchdringen eines Erlaubnistatbestandsirrtums im Falle der irrigen Annahme von Umständen, bei deren Vorliegen ein rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) einschlägig wäre, dass der Angeklagte den Sachverhalt „pflichtgemäß geprüft hat“ und sieht sich damit selbst auf der Linie der höchstrichterlichen Rechtsprechung.¹ In der Sache stellt es damit das Erfordernis der Vermeidbarkeit des Erlaubnistatbestandsirrtum im Kontext des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) auf.

Im Fall ging es um eine Strafbarkeit der Angeklagten u.a. wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG, die bei der Tat der Vorstellung unterlag, ihr drogensüchtiger Bruder werde durch die Verantwortlichen der JVA in einen sog. „kalten Entzug“ versetzt, mithin vor allem nicht substituiert. Die Angeklagte berief sich auf Basis dieser erwiesenermaßen falschen Vorstellung darauf, ihren Bruder vor den möglicherweise drastischen gesundheitlichen Entzugserscheinungen durch das Einbringen von Subu-

tex-Tabletten in die JVA gerettet haben zu wollen.² Der Senat will nun die Frage, ob der so behauptete Erlaubnistatbestandsirrtum durchgreift, davon abhängig machen, ob die Angeklagte den Sachverhalt pflichtgemäß geprüft hat. Das LG habe sich dieser Fragestellung nicht hinreichend gewidmet.

Der Ursprung der Forderung nach der Vermeidbarkeit einer erlaubnistatbestandsirrtumsbegründenden Fehlvorstellung geht sachlich durchaus tiefer als es der mehr beiläufig wirkende Hinweis des BayObLG vermuten lässt. So entspricht sie dem sachlichen Gehalt einer seit längerem nicht mehr bemühten Rechtsprechungslinie von BGH und Reichsgericht.³ Ob jene dogmatisch überzeugen kann, erscheint allerdings prima facie schon deshalb fraglich, weil sie im Gegensatz zur herrschenden Rechtsfolgenbehandlung des Erlaubnistatbestandsirrtum zu stehen scheint.⁴ So wird nach derzeit herrschender Ausrichtung eine (vorsatz-)schuldbezogene Anleihe an § 16 Abs. 1 S. 1 StGB bemüht,⁵ der, im Gegensatz zu § 17 StGB – und § 35 Abs. 2 StGB – ein Kriterium der Vermeidbarkeit gerade nicht kennt. Ob es dennoch dogmatisch sachgerecht, naheliegend, oder gar zwingend ist, die Wirkung des Erlaubnistatbestandsirrtums von dessen Vermeidbarkeit in tatsächlicher Hinsicht abhängig zu machen, soll im Folgenden geklärt werden.

II. Erlaubnistatbestandsirrtum als „Wandler zwischen den Welten“

Der Erlaubnistatbestandsirrtum findet, anders als es etwa der Entwurf 1962 vorsah,⁶ in der aktuellen Fassung des Strafgesetzbuchs keine explizite Erwähnung; über seine Voraussetzungen wie Rechtsfolgen schweigt sich das Gesetz mithin aus. Der Gesetzgeber überließ diese Frage damit Justiz und Wissenschaft. Das bedeutet im Übrigen nicht, dass der Irrtum mit dem geltenden Recht nicht handhabbar wäre – allerdings bedingt seine Eigenart als Sachverhaltsirrtum, der gleichsam

* Das Urteil ist online abrufbar unter <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2024-N-20107> sowie veröffentlicht in BeckRS 2024, 20107.

** Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie (Prof. Dr. Michael Lindemann) der Universität Bielefeld. Er dankt Prof. Lindemann und Roman Kollenberg für die Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Hinweise bei der Manuskripterstellung.

¹ BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 18.

² BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 1 ff. 9.

³ Vgl. so etwa RGSt 62 137 (138); 63, 215 (227); BGHSt 1, 329; 2, 111 (114); 3, 8 (9); 14, 1 (2); zu einer vollständigen Abbildung der einschlägigen Judikate des Reichsgerichts vgl. etwa Vogel/Bülte, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 113 Fn. 325.

⁴ Anschaulich Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 63, 83, die überzeugend konstatieren, dass sich die Rechtsprechung so in der Sache der sog. strengen Schuldtheorie annahm.

⁵ Vgl. hierzu II. 2.

⁶ Vgl. § 20 StGB-E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 14, 134 f.; mit Blick auf die Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale vgl. hierzu Grünwald, in: Hauser/Rehberg/Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 183 (187).

das Unrechtsbewusstsein tangiert, in Kombination mit der gesetzgeberischen Zurückhaltung in dieser Sache, eine dogmatische Unsicherheit, die es verbietet, eine Forderung wie die des BayObLG ohne vorhergehende Befassung mit dem Wesen des Erlaubnistatbestandsirrtum zu verwerfen.

1. Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Unrechtsbewusstsein

Demjenigen, der einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegt, fehlt das Unrechtsbewusstsein, definiert als das Bewusstsein, mit seinem konkret vorgebrachten Verhalten strafrechtlich relevantes Unrecht zu tun.⁷ Diese banal anmutende Erkenntnis muss der Ausgangspunkt einer jeden Betrachtung des Erlaubnistatbestandsirrtums sein. Mit Blick auf den von § 17 StGB erfassten Verbotsirrtum könnte der falsche Eindruck entstehen, das Unrechtsbewusstsein sei auf die bloße Verbotskenntnis, im Sinne des Bewusstseins, dass das konkrete Verhalten grundsätzlich unter ein strafbewehrtes Verbot fällt,⁸ beschränkt. So wie das Unrecht einer Tat nicht allein davon abhängig ist, dass der Täter ein Verhalten vorbringt, welches kategorisch unter einen Verbotstatbestand subsumiert werden kann, kann auch das diesbezügliche Bewusstsein nicht auf den Verbotstatbestand beschränkt bleiben. Vielmehr besteht neben dieser generellen Wertungsdimension des Unrechts auch eine einzelfallbezogene Dimension, namentlich die der Erlaubnistatbestände. Derjenige, der einen Erlaubnistatbestand an seiner Seite weiß, handelt nicht rechtswidrig, verwirklicht mit seinem Verhalten also im Ergebnis kein strafrechtlich relevantes Unrecht. Dann muss dieser Umstand allerdings beim Unrechtsbewusstsein gleichermaßen Berücksichtigung finden – derjenige, der davon ausgeht, sein Handeln sei wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt, handelt also ohne Unrechtsbewusstsein. Daneben ist zumindest erwähnenswert, dass § 17 StGB von der „Einsicht, Unrecht zu tun“ spricht und daher mit Blick auf den Wortlaut eine Einschränkung auf die Verbotskenntnis nicht zwingend andeutet.⁹ Die amtliche Überschrift spricht

⁷ So auch *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020 § 16 Rn. 33, § 17 Rn. 18, „ihm fehlt die Unrechtseinsicht“; vgl. etwa auch *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, 8. Aufl. 2024, § 26 Rn. 43, der – zu Recht – davon ausgeht, dass auch ein Tatbestandsirrtum Auswirkungen auf das Unrechtsbewusstsein hat; so auch *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 75; vgl. auch die Definition bei *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.5.2025, § 17 Rn. 6: „Inhalt des Unrechtsbewusstseins ist, dass der Täter den Widerspruch seines Handelns zur Strafrechtsordnung kennt“.

⁸ Ein so verstandener Begriff würde sowohl die Kenntnis des Verbots als auch die richtige Subsumtion erfassen, die jeweils Bezugspunkt eines Verbotsirrtums sind bzw. sein können, vgl. hierzu etwa *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 21 Rn. 21 ff.

⁹ So auch meist diejenigen Autoren (zumeist Vertreter der sog. strengen Schuldtheorie), die den Erlaubnistatbestandsirrtum unter § 17 StGB fassen wollen, vgl. *Welzel*, *Das Deut-*

hingegen vom „Verbotsirrtum“ – ein Irrtum über das „Verbot“ ist der Erlaubnistatbestandsirrtum allerdings zumindest so lange nicht, wie man Verbot als Verbotstatbestand und damit das *grundsätzliche* Verbotensein des vorgebrachten Verhaltens übersetzt.

Fehlt das Unrechtsbewusstsein irrtumsbedingt, löst § 17 StGB diesen Umstand grundsätzlich dadurch auf, diesen Irrtum für die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Deliktsbegehung als zumindest teilweise unerheblich zu erklären. So hindert das fehlende Unrechtsbewusstsein die Strafbarkeit – wegen der ursprünglich beurteilten, vorsätzlichen Tat¹⁰ – nicht, sofern der Irrtum vermeidbar war (§ 17 S. 2 StGB). Es kommt für die Frage der Strafbarkeit mithin nicht auf ein aktuell vorliegendes, sondern – negativ definiert – darauf an, dass das Unrechtsbewusstsein nicht unvermeidbar fehlt. Man kann mithin vom Erfordernis eines ohne außergewöhnliche Anstrengungen¹¹ möglichen und insoweit *potenziellen* Unrechtsbewusstseins sprechen.¹²

Der Erlaubnistatbestandsirrtum fällt nach mehrheitlicher Auffassung dennoch gerade nicht unter § 17 StGB.¹³ Begründet wird dies vornehmlich mit Wertungsgesichtspunkten: Der Betroffene verhalte sich auf Basis seiner Vorstellung gerade den Wertungen der Rechtsordnung entsprechend, treffe also unter Zugrundelegung seiner Geschehenswahrnehmung keine Wertungen, die der Rechtsordnung entgegenliefern.¹⁴ Lage

sche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 168 ff.; heute etwa *Erb*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Hrsg.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat*, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 205 ff.; mit Blick auf die Systematik der ausdrücklich vom Gesetz erfassten Irrtümer auch *Paeffgen*, in: *Freund/Murmann/Bloy/Perron* (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 403 (405 ff.).

¹⁰ So könnte man freilich bei einem Irrtum mit Blick auf eine vorsätzliche Tat immerzu an die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung denken, hierzu sogleich. Vgl. in dieser Hinsicht eindeutiger § 9 Abs. 3 öStGB.

¹¹ Vgl. zu den Anforderungen an die Vermeidbarkeitsprüfung BGHSt 2, 194 (201); zur Rechtsprechungskasustik vgl. *Eidam*, *ZStW* 127 (2015), 120 (125 ff.); *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 19 Rn. 7 ff.; *Murmann* (Fn. 7), § 26 Rn. 51 ff.; *Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 7. Kap. Rn. 51 ff.

¹² *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 17 Rn. 1 mit zahlreichen Nachweisen zur Diskussion; kritisch etwa *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 17 Rn. 53 f. m.w.N.

¹³ So etwa *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 465 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 753 f.; *Frisch*, *Strafrecht*, 2022, § 5 Rn. 112 f.; a.A. etwa *Heuchemer* (Fn. 7), § 17 Rn. 34 f. m.w.N.; *ders.*, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, S. 144 ff.

¹⁴ Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 754 f.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 465 f.; *Kühl*, *Strafrecht, Allge-*

der Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht so, wie ihn sich der irrende Täter vorstellt, wären die von ihm getroffenen Entscheidungen diejenigen, die auch das Recht fordert bzw. zumindest toleriert. Diese Lage sei nicht mit der desjenigen vergleichbar, der durch seine falsche, rechtliche Einschätzung Wertungen treffe, die mit denen der Rechtsordnung kollidieren. Dieser Aspekt dringt vor allem mit Blick auf die Historie des § 17 StGB und insbesondere des Vermeidbarkeitskriteriums des S. 2 durch. So basiert die aktuelle Fassung des Gesetzes auf der Wendung der Rechtsprechung hin zur Schuldtheorie, die in BGHSt 2, 194 ihren Ursprung nahm.¹⁵ Infolgedessen wurde das Unrechtsbewusstsein der Ebene der Schuld zugewiesen, und somit als Teil der der Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens zugewiesenen Dimension der Tätervorstellung behandelt.¹⁶ Fehlt dem Betroffenen irrtumsbedingt das Bewusstsein, dass sein Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist,¹⁷ betrifft diese Frage mithin die Ebene des Schuldvorwurfs. Hiervon unabhängig bestehe die Handlungs- bzw. Tatbestandsebene, deren subjektives Element der Tatvorsatz sei.¹⁸ Auf Grundlage dieser Teilung argumentierte der *Senat* für die Unschädlichkeit eines vermeidbaren Verbotsirrtums wie folgt:

„Der Schuldspruch bleibt daher im Einklang mit dem Schuldvorwurf. Denn der Gegenstand des Vorwurfes ist bei den im verschuldeten Verbotsirrtum begangenen vorsätzlichen Verbrechen auch und zunächst der bewußt

auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete und deshalb rechtswidrige Handlungswille [...]“¹⁹

Der Schuldspruch basiere mithin auf der Entscheidung des Betroffenen, ein Verhalten vorzubringen, das als strafrechtswidrig bewertet werden könne; hiervon zunächst unabhängig liege die Fragestellung, inwiefern ihm diese Entscheidung vorgeworfen werden könne. So wird mit Blick auf den Verbotsirrtum denn auch vorgebracht, dass derjenige, der einen in diesem Sinne rechtswidrigen Willen bildet, hierdurch einen Anreiz erfahren müsste, die Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen oder sich mit Blick hierauf zumindest zu informieren.²⁰ Insoweit müsse ein solcher Irrtum die Schuld nicht entfallen lassen, sondern könne auch nur die Vorwerfbarkeit mindern.²¹ Während sich bei der Schaffung des § 21 StGB-E 1962 ausdrücklich auf diese Entscheidung berufen wurde, folgte auch der Gesetzgeber des 2. StrRG der damit verbundenen Entscheidung für die Schuldtheorie.²² Bei genauem Hinsehen ergibt sich hieraus der Ausschluss desjenigen, was vorstehend als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet wird. So wird im genannten Zitat auf den „rechtswidrige(n) Handlungswillen“ desjenigen abgehoben, der sich für eine Handlung entscheidet, die im Widerspruch zur Strafrechtsordnung steht. Der Ausgangspunkt des Schuldvorwurfs ist mithin, anders wird diese Passage kaum zu verstehen sein, dass der Betroffene willensmäßig ein Verhalten vorbringt, welches, gemessen an den Tatbeständen des Strafgesetzbuches, rechtswidrig ist; er produziert mithin Unrecht. Der *Senat* stellt insoweit darauf ab, dass er z.B. bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten den rechtlich missbilligten Erfolg gerade hervorrufen wollte (deshalb die Zentrierung auf den Willen) und insoweit im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Hier von ist die Frage, ob er sich der Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst war, zunächst unabhängig. Allerdings greift i.E. die Begrenzung des *Senats* auf die Tatbestandsmäßigkeit des Handlungswillens zu kurz; im Sinne des Argumentationsgehalts scheint hiermit auch keine sinnvolle Begrenzung einherzugehen. Vielmehr schafft der Betroffene nur dann in einer als Basis eines potenziellen Schuldvorwurfs genügenden Weise Unrecht, wenn sein Wille auf ein Verhalten bezogen ist, das schlussendlich auch rechtswidrig ist. Denn: Zwar besteht wertungsmäßig ein Unterschied zwischen einem tatbestandsmäßigen, allerdings gerechtfertigten, und einem schon tatbestandslosen Handeln. Betreffend die Rechtfertigung eines Schuldvorwurfs scheint der Wille indessen nur dann rechtswidrig und insoweit als dessen Basis legitim, wenn die Vorstellung des Betroffenen letztlich auch auf die Schaffung von Unrecht gerichtet ist. Mit Blick auf den Vorwurf „rechtswidriger Handlungswille“ macht es mithin keinen Unterschied, ob die Handlung nicht tatbestandsmäßig oder „nur“ im Einzelfall gerechtfertigt ist.

meiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 71 ff.; siehe auch BGHSt 3, 105 (107): „an sich rechtstreu“; *Gaede* (Fn. 7), § 16 Rn. 34.

¹⁵ Gegen eine entsprechende Orientierung bestehen nach Ansicht des BVerfG mit Blick auf die aktuelle gesetzgeberische Ausgestaltung auch keine durchgreifenden Bedenken, vgl. BVerfGE 41, 121 (124 f.).

¹⁶ Siehe nur die Argumentation des *Senats* für die Schuldtheorie, BGHSt 2, 194 (208 f.).

¹⁷ Richtigerweise bedarf es – freilich ohne zwingende Kenntnis des einschlägigen Straftatbestands – der Vorstellung, dass sein Verhalten strafrechtlich relevant ist. Dies wird von der Rechtsprechung weithin anders beurteilt. So ging etwa schon BGHSt 2, 194 (202) davon aus, dass der Täter nicht von der Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens ausgehen müsse, sondern „in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennen oder bei gehöriger Gewissensanspannung erkennen können.“; vgl. auch BGHSt 11, 263 (266); pointiert kritisch hierzu *Gaede* (Fn. 7), § 16 Rn. 9; vgl. auch *Heuchemer* (Fn. 7), § 17 Rn. 7 ff. Allerdings ist in dieser Hinsicht die systemimmanente Wichtigkeit des Strafrechts und Wirkung der strafrechtlichen Pönalisierung zu beachten. So kommt dem Strafrecht die Rolle der Sozialkontrolle für besonders gewichtige Verhaltensnormverstöße zu (vgl. hierzu etwa *Lindemann/Bauerkamp*, GA 2024, 678 [679]). Diese strafrechtliche Signalwirkung würde unterminiert, würde man als Verbot in diesem Sinne kein strafbewehrtes Verbot, sondern jede Art Unrecht genügen lassen; vgl. zudem auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 21 Rn. 12 ff.

¹⁸ BGHSt 2, 194 (196 f.).

¹⁹ BGHSt 2, 194 (208).

²⁰ So etwa *Bock* (Fn. 11), 7. Kap. Rn. 51.

²¹ BGHSt 2, 194 (209 f.).

²² BT-Drs. IV/650, S. 94, 135; vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 21 Rn. 7.

Beim Erlaubnistatbestandsirrtum handelt der Betroffene zwar rechtswidrig – schließlich kommt ihm ein rechtfertigender Erlaubnissatz gerade nicht zugute, weil die in seiner Vorstellung irrig angenommene Rechtfertigungslage nicht besteht. Will man allerdings, wie es der *Senat* tut, gerade auf den rechtswidrigen Handlungswillen abstellen, und hierbei gleichzeitig die Rechtswidrigkeit nicht allein auf Grundlage des Tatbestands, sondern unter Einschluss etwaiger Rechtfertigungsgründe bestimmen, kann ernstlich bezweifelt werden, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum unter den vorgenannten, die konkrete rechtliche Umsetzung des § 17 StGB tragenden Gedanken fällt. Denn der Handlungswille, den der Betroffene fasst, ist gerade nicht rechtswidrig – in dessen Vorstellung liegt schließlich eine Lage vor, in der die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Zwar bringt der Betroffene willensgemäß das von ihm anvisierte Verhalten vor, weshalb der Irrtum auch auf Ebene der Zurechnung des Sachverhalts zur Person nicht durchschlägt. Allerdings irrt er sich über die einen Rechtfertigungsgrund begründenden Voraussetzungen, sodass, würdigt man den gefassten Willen unter den Voraussetzungen der Strafrechtswidrigkeit, dieser Wille nicht rechtswidrig sein kann. Insofern bliebe zu konstatieren, dass dem Betroffenen beim Erlaubnistatbestandsirrtum zwar das Unrechtsbewusstsein fehlt, ihm ein i.S.d. § 17 StGB vorausgesetzter, aus einem rechtswidrigen Handlungswillen folgender Vorwurf aber gerade nicht gemacht werden kann. Vielmehr kann ihm letztlich allein der Vorwurf gemacht werden, in objektiver Hinsicht einen Sachverhalt hervorgebracht zu haben, der dem Recht entgegensteht.

Schließt man sich dieser Argumentation an,²³ stellt sich die Frage, wie die Strafrechtsordnung auf einen solchen Irrtum reagiert: Die Anwendbarkeit des § 17 StGB ist nach den vorstehenden Erwägungen ausgeschlossen. Eine vorsätzliche Tatbegehung liegt indessen unstreitig vor, solange man das Unrechtsbewusstsein als Teil der Schuld und nicht des Vorsatzes ansieht. Gleichzeitig irrt der Betroffene nicht über einen Tatumstand i.S.d. § 16 StGB. Hiermit ergibt sich eine gesetzgeberische Lücke, deren Schließung Gegenstand einer langwährenden Diskussion in Literatur und Rechtsprechung ist.²⁴

2. Lösungsversuche als Ausfüllung der gesetzlichen Lücke

Als Lösungen dieser gesetzlichen Lücke haben sich mit der Zeit einige Ansätze herausgebildet, die vor allem darum bemüht sind, die als sachgerecht empfundene Handhabung des vorsatzausschließenden Sachverhaltsirrtums gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch für den Erlaubnistatbestandsirrtum zu

ermöglichen.²⁵ Hierfür wird entweder versucht, die Fragestellung unmittelbar auf Ebene des Vorsatzes zu behandeln oder eine entsprechende Anwendung dieser Norm auf Ebene der Schuld und des Unrechtsbewusstseins zu ermöglichen. Unter der herrschenden Auffassung, nach der das Unrechtsbewusstsein als Bestandteil der Schuld betrachtet wird, wäre eine direkte Lösung über § 16 StGB nur gangbar, wenn man die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe als Tatumstände i.S.d. § 16 StGB sehen und sie so als negative Tatbestandsmerkmale gruppieren würde (sog. Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale).²⁶ Demnach erfordert der Vorsatz auf einen Gesamtunrechtstatbestand – neben der Vorstellung betreffend die Merkmale eines jeden Tatbestands – Wissen und Wollen mit Blick darauf, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes nicht vorliegen. Diese Ansicht wird herrschend zu Recht abgelehnt.²⁷ Hierfür wird etwa der Wertungsunterschied zwischen der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit vorgebracht, der im Übrigen über die separate Darstellung der Rechtfertigungsgründe in §§ 32 ff. StGB auch Eingang in das Strafgesetzbuch gefunden hat.²⁸ So ergibt sich, wie obig dargestellt, ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen dem tatbestandlosen und dem gerechtfertigten Täter, wenngleich beide kein Unrecht schaffen.²⁹ Ein Gesamtunrechtstatbestand würde diesen nivellieren. Zudem wird darauf hingewiesen, dass diese Lehre mit den Grundsätzen der Vorsatzlehre kollidiert: So muss sich der Täter hinsichtlich etwaiger Tatbestandsmerkmale positive Vorstellungen machen; er muss etwa gerade davon ausgehen, dass er das Opfer bei einer vorsätzlichen Körperverletzung verletzt. Beim Nichtvorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes dürfte sich der Betroffene jedoch regelmäßig keine Vorstellungen über deren Nichtvorliegen, vielleicht sogar gar keine Vorstellungen betreffend etwaige Rechtfertigungsgründe machen.³⁰ Durchgreifend er-

²⁵ An dieser Stelle wird die mittlerweile contra legem stehende sog. Vorsatztheorie wegen der eindeutigen Festlegung in § 17 StGB ausgespart; vgl. zu den heutigen Vertretern *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 121 f., § 14 Rn. 61a f.; vgl. auch *Heuchemer* (Fn. 13), S. 149 ff.

²⁶ *Kaufmann*, JZ 1954, 653 ff.; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (792); vgl. darstellend auch *Mitsch* (Fn. 7), § 14 Rn. 74.

²⁷ Vgl. nur *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 116; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 192 f., 749.

²⁸ *Frister* (Fn. 11), § 14 Fn. 45.

²⁹ Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 192 f.; instruktiv dazu *Hirsch*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 8 m.w.N.

³⁰ Vgl. hierzu *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 116. Die Lage ist insofern wohl auch nicht mit dem Umstand um das tatbestandsausschließende Einverständnis etwa beim Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) vergleichbar. Hier wird der Betroffene regelmäßig um die Tatsache wissen, sich zumindest aber in dieser Hinsicht ein Urteil gebildet haben, dass das Opfer mit dem Gewahrsamswechsel nicht einverstanden ist; a.A. *Kindhäuser/Zimmermann*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 21.

²³ Anders diejenigen Autoren, die sich der strengen Schuldtheorie zuwenden, vgl. *Welzel* (Fn. 9), S. 168 ff.; heute etwa *Erb* (Fn. 9), S. 205 ff.

²⁴ Zur Überblicksdarstellung vgl. etwa *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 109 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 745 ff.; *Bock* (Fn. 11), 7. Kap. Rn. 128; *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, Problem 10.

scheint vor allem auch der gesetzeshistorische Einwand, nachdem der Gesetzgeber die Entscheidung über die dogmatische Handhabung des Erlaubnistatbestandsirrtums der Rechtsprechung und Wissenschaft überantwortet hat, mithin gerade nicht davon ausging, diesen ohne Weiteres über § 16 StGB zu lösen.³¹

So findet sich die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur denn auch in der sog. eingeschränkten Schuldtheorie und der damit einhergehenden analogen³² oder entsprechenden³³ Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB für den Erlaubnistatbestandsirrtum wieder. So wird die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zum Teil damit begründet, die Rechtsfolgen erschienen, gerade in Anbetracht der Tatsache, dass der Betroffene keine Wertungen trafe, die dem Recht entgegenstünden, sachgerecht. Das Verhalten laufe insofern am Wesen des Vorsatzes als Entscheidung „gegen das Recht“ vorbei. Es bestehe folglich kein Vorsatz auf die Verwirklichung von Unrecht.³⁴ Zum Teil wird der Vorsatz hingegen – zusätzlich zur tatsächlichen Handlungsebene – als Schuldform verstanden und beim Vorliegen des Erlaubnistatbestandsirrtum abgelehnt. Die Vorsatzschuld setze eine rechtsfeindliche Gesinnung voraus, die dem Täter fehle, der sich einen Sachverhalt vorstelle, in dessen Verlauf er gerechtfertigt handle.³⁵

Welcher dieser beiden Ansichten man nun folgen will, scheint für die hier behandelte Frage unerheblich, denn: In jedem Fall knüpfen sie an den Erlaubnistatbestandsirrtum die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dieser kennt das Kriterium der Vermeidbarkeit des Irrtums allerdings gerade nicht. Vielmehr verbleibt für diesen Fall allein die Alternative, in der mangelnden Vergewisserung vom Vorliegen der tatsächlichen Umstände einen Sorgfaltsmangel zu erblicken und eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht zu ziehen. Diese Regelung ist im Sinne einer unterschiedlichen Behandlung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auch sachgerecht. Weshalb dies für die direkte Anwendung gelten soll, für eine auf der Ebene der Schuld hergeleitete analoge oder entsprechende Anwendung der Regelung hingegen nicht, ist nicht ohne Weiteres einsichtig. So liegt dem gerade die Annahme der

Vergleichbarkeit der Konstellationen zugrunde. Es bedarf insoweit der näheren Analyse der Argumentation der überkommenen Rechtsprechungslinie.

III. Würdigung der traditionellen Rechtsprechungslinie – Vermeidbarkeit

Das BayObLG formuliert:

„Das Landgericht [...] hat jedoch zusätzlich verkannt, dass beim rechtfertigenden Notstand nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der der Senat folgt, ein Erlaubnistatbestandsirrtum und ein Entfall des Vorsatzes nur in Betracht kommen, wenn der Täter die Sachlage pflichtgemäß geprüft hat.“³⁶

Bei genauerem Blick auf dieses Bekenntnis wird klar, dass die dort in Bezug genommene Rechtsprechungslinie³⁷ weiter reicht als die Äußerungen des BayObLG es angesichts ihrer Kürze vermuten lassen. So postulieren die maßgeblichen Judikate das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung nicht allein mit Blick auf den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB), sondern umfassen auch den entschuldigenden Notstand sowie den entschuldigenden Putativnotstand (heute § 35 StGB),³⁸ den Nötigungsnotstand (§ 52 StGB a.F.),³⁹ dessen Einordnung umstritten war,⁴⁰ und den (übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstand.⁴¹ Der Ursprung und vor allem die Legitimität des vom BayObLG adaptierten Gedankens lassen sich mithin nur dann eindeutig beurteilen, wenn man ihn in diese Gesamtsystematik einordnet. Dieser Befassung in Teilen vorgreifend, möchte der vorliegende Beitrag hierzu folgende Hypothese aufstellen: Zur Annahme des Erfordernisses einer sorgfältigen Prüfung des Sachverhalts für den Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums hinsichtlich der Voraussetzungen des § 34 StGB kann nur gelangen, wer nicht sachgerecht zwischen den verschiedenen Arten des Notstands sowie ihrer Wirkung (rechtfertigend oder entschuldigend), den ihnen zugrundeliegenden Rechtsgedanken, dem tatsächlichen Vorliegen der

³¹ So etwa auch *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 12), § 16 Rn. 13; *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 116.

³² Sog. rechtsgrundverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, vgl. etwa BGHSt 49, 34 (44); BGH NStZ 2012, 273 (274); *Kühl* (Fn. 14), § 13 Rn. 73 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn. 87a; *Frister* (Fn. 11), § 14 Rn. 29 ff.

³³ Sog. rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, vgl. etwa *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (46); *ders.*, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 155 (169 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 759 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 30 Rn. 22; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 742 f.

³⁴ Vgl. nur *Frister* (Fn. 11), § 14 Rn. 33; *Kühl* (Fn. 14), § 13 Rn. 72.

³⁵ So etwa, neben den in Fn. 33 genannten Autoren, *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 464 f.

³⁶ BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 18.

³⁷ Das BayObLG zitiert allein BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 5 StR 51/86, Rn. 4; BGH, Urt. v. 21.5.1992 – 4 StR 140/92, Rn. 8; vgl. überdies die hier in Fn. 3 genannten Judikate.

³⁸ BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 5 StR 51/86, Rn. 4; BGH, Urt. v. 21.5.1992 – 4 StR 140/92, Rn. 8.

³⁹ Vgl. etwa BGHSt 18, 311 (312), wo gleichzeitig behauptet wird, dass dem Betroffenen trotz „gewissenhafter Prüfung“ noch fahrlässig ein Umstand verborgen bleiben, was wiederum eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bedingen könne. Unter dieser Prämisse wären diejenigen Voraussetzungen, die an die gewissenhaft bzw. sorgfältige Prüfung des Sachverhalts zu stellen wären, vollkommen schleierhaft.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Zieschang*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 35 Entstehungsgeschichte.

⁴¹ RGSt 62, 137 (138); 63, 215 (226 f.); 64, 101 (104); 77, 113 (116); BGHSt 1, 329 (331); 2, 111 (114); 3, 7 (9); 14, 1 ff.

jeweils notwendigen tatsächlichen Umstände, deren irrtümlicher Annahme und den jeweiligen Voraussetzungen, die an den Notstandstäter gestellt werden, differenziert. Diese (potenzielle) Verwirrung muss daher aufgelöst werden.

1. Forderung vor dem Hintergrund des entschuldigenden Notstands

Die vom BayObLG selbst vorgebrachten Judikate betreffen beide den entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB). So wird etwa in BGH – 5 StR 51/86 konstatiert, dass die „Voraussetzung für die Anerkennung eines wirklichen wie auch des vermeintlichen Notstandes ist, daß der Täter die Frage, ob die Gefahr auf andere, ihm zumutbare Weise abwendbar ist, gewissenhaft geprüft hat“.⁴² Dies sei nicht erst seit der Normierung in § 35 Abs. 2 StGB, sondern schon zuvor anerkannt gewesen. Gleiches konstatiert die vom BayObLG in Bezug genommene Entscheidung BGH 4 StR 140/92.⁴³ An dieser Stelle soll nicht weiter entschieden werden, ob dieser Sichtweise dogmatisch zwingend ist; für den Putativnotstand hat sie jedenfalls Eingang in § 35 Abs. 2 StGB gefunden. So wird klar: Auch für den Sachverhaltsirrtum ist eine Regelung möglich, die darauf abstellt, ob jener für den Täter vermeidbar war.

Jedenfalls lassen sich aus dieser Rechtsprechungslinie allerdings keine Rückschlüsse auf den Erlaubnistatbestandsirrtum ziehen. Die jeweilig maßgeblichen Situationen und maßgebenden teleologischen Hintergründe der Regelungen sind grundverschieden.⁴⁴ So bringt der Betroffene beim entschuldigenden Notstand zurechenbar und bewusst Unrecht hervor; ihm fehlt denn auch nicht zwingend das Unrechtsbewusstsein. § 35 StGB trägt vielmehr allein dem Gedanken Rechnung, dass die Rechtsordnung und ihre Angehörigen dem Täter die Entscheidung für das Unrecht unter gewissen Umständen nicht vorwerfen, weil es ihm in diesem Fall nicht zumutbar gewesen wäre, sich statt für das Unrecht dafür zu entscheiden, nicht in das Geschehen einzugreifen; zusätzlich wird das von ihm verwirklichte Unrecht durch die Rettung bzw. den Rettungsversuch reduziert.⁴⁵ Dem Handeln unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 StGB stellt das geltende Recht das Handeln in der irrigen Annahme, jene Voraussetzungen lägen vor, gleich, wenn diese Falschvorstellung für den Betroffenen nicht vermeidbar war.

⁴² BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 5 StR 51/86, Rn. 4.

⁴³ BGH, Urt. v. 21.5.1992 – 4 StR 140/92, Rn. 8; beide in Bezug genommen in BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 18.

⁴⁴ Die gesetzliche Umsetzung hat sich somit der sog. Differenzierungstheorie angeschlossen, vgl. *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 3; *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 1 f.

⁴⁵ Vgl. etwa *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 35 Rn. 1; *Bock* (Fn. 11), 7. Kap. Rn. 69; *Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 2; Vgl. zur argumentativen Verarbeitung auf dem Boden der Strafbedürftigkeit etwa *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 6; vgl. anders *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 7), § 35 Rn. 3; instruktive Darstellung auch bei *Zieschang* (Fn. 40), § 35 Rn. 2 ff.

Der entschuldigende Notstand basiert mithin auf einer Nachsicht der Rechtsgemeinschaft gegenüber dem Täter angesichts der besonderen Lage des Einzelfalls.⁴⁶ Befindet sich der Täter irrig in der Vorstellung einer ähnlichen Sachlage, sieht ihm die Rechtsgemeinschaft dies angesichts der vergleichbaren (Zwangs-)Lage ebenfalls nach, erwartet hierfür allerdings, dass der Betroffene die ihm zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung seines Irrtums unternommen hat (§ 35 Abs. 2 StGB).⁴⁷ Dies ist insoweit erklärlich als schon die Ausgangssituation auf einer außergewöhnlichen Nachsicht der Rechtsordnung beruht, die ihrerseits auf den Vorwurf des vorhandenen Unrechts und der grundsätzlich rechtsfeindlichen Gesinnung (insb. der Unrechtseinsicht) verzichtet. Die Überführung auf die Irrtumskonstellation stellt insoweit eine konsequente Fortsetzung dieses Gedankens dar, die nach Auffassung des Gesetzgebers nur so weit berechtigt ist, wie der Betroffene sich aus seiner Perspektive in einer nicht all zu leicht auflösbaren Falschvorstellung befindet.⁴⁸ Dies mag man kritisieren;⁴⁹ es stellt aber zumindest keinen dogmatischen Bruch dar: Wo die Nachsicht der Rechtsgemeinschaft den Vorwurf entfallen lässt, bestimmt diese Nachsicht die Reichweite des Vorwurfsverzichts.

Der Erlaubnistatbestand ist – auch mit Blick auf § 35 StGB – allerdings kein Konstrukt, das auf der Nachsicht der Rechtsgemeinschaft basiert. Vielmehr bildet der Betroffene hier gerade keinen Willen, rechtswidrig zu handeln, weist also folglich auch keine rechtsfeindliche Gesinnung auf, hinsichtlich derer beim entschuldigenden Notstand Nachsicht geübt wird.⁵⁰ Damit ist kein außergewöhnlicher Verzicht auf Vorwurf verbunden; vielmehr fehlt ein wesentlicher Bestandteil der Voraussetzung, um dem Betroffenen, mit Blick auf die Vorsatzstrafbarkeit, einen Vorwurf überhaupt machen zu können. Nur, weil beim Irrtum über die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands eine Einschränkung auf unvermeidbare Irrtümer stattfindet, muss dies beim Erlaubnistatbestandsirrtum betreffend den rechtfertigenden Notstand (§ 34

⁴⁶ *Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 2.

⁴⁷ Vgl. etwa BGHSt 48, 255 (261 f.) – Haustyranen-Fall.

⁴⁸ Vgl. auch *Momsen/Savić*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Fn. 7), § 35 Rn. 28 („Jedoch begründet der Irrtum [...] keinen Fall der Unzumutbarkeit, sondern beeinflusst graduell die Zumutbarkeit.“), die die Parallele zur Umsetzung in § 17 StGB ziehen.

⁴⁹ Vgl. etwa den Umsetzungsvorschlag zu § 23 AE-StGB in *Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schultz/Stratenwerth/Stree*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, 1966, S. 59, wo eine Ausrichtung des entschuldigenden Notstands unter Abstellung auf die psychologische (Zwangs-)Lage des Täters begründet wird. Auf Basis dieses Konzepts ergibt sich freilich kein Unterschied zwischen tatsächlicher und nur vorgestellter Notstandslage; so auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 2 als Kritikpunkt.

⁵⁰ Siehe *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 2; vgl. aus dieser mangelnden Vergleichbarkeit ebenfalls ablehnend *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 111.

StGB) gerade nicht zwingend auch angenommen werden.⁵¹ Soweit die vom BayObLG zitierten Judikate den entschuldigenden Notstand betreffen, tragen sie den vorgebrachten Gedanken der Einschränkung des Erlaubnistatbestandsirrtums folglich gerade nicht.

2. Forderung und Kritik vor dem Hintergrund des rechtfertigenden Notstands

Allerdings findet sich überdies eine Erwähnung der Prüfpflicht auch in Fällen, die dem heutigen rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) zugeschlagen würden. Unter der damaligen Rechtslage wurden sie, mangels einschlägiger Normierung, allerdings als rechtfertigender übergesetzlicher Notstand behandelt.⁵² Für eine Übertragbarkeit etwaiger Erwägungen könnte sprechen, dass § 34 StGB grundsätzlich auf die Rechtsprechung zum übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand zurückgeführt werden kann; allerdings dürfen die Voraussetzungen der nunmehr vorhandenen Normierung nicht außer Acht gelassen werden.⁵³ So formuliert etwa BGHSt 14, 1:

„Die Tötung der Frucht einer Schwangeren ist nach den Grundsätzen über den übergesetzlichen Notstand nicht strafbar, wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder der schweren Gesundheitsschädigung zu befreien, und wenn der Täter *nach gewissenhafter, pflichtmäßiger Prüfung* eine solche Gefahr bejaht hat.“⁵⁴

In BGHSt 3, 7 wird diese Forderung nach einer gewissenhaften Prüfung des Sachverhalts gleichermaßen als Voraussetzung eines Erlaubnistatbestandsirrtum begriffen. Im konkreten Fall hatte der Angeklagte die sorgfältige Prüfung der Sachlage beim von ihm durchgeführten Abbruch einer Schwangerschaft unterlassen. So formuliert der *Senat* ein „nach § 59 StGB [nunmehr § 16 Abs. 1 S. 1 StGB] beachtlicher Irrtum des Angeklagten scheidet nach den Feststellungen aus. Der Angeklagte hat nicht irrig einen Sachverhalt als gegeben angesehen, der alle Merkmale des übergesetzlichen Notstandes aufgewiesen haben würde, wenn er so, wie er ihn sich vorstellte, vorgelegen hätte [...]. Er könnte höchstens angenommen haben, die zur Rettung des Lebens der Mutter vorgenommene Abtötung der Leibesfrucht sei auch dann nicht rechtswidrig, wenn er zuvor nicht gewissenhaft geprüft habe, ob sie das einzige Mittel zur Erhaltung des Lebens der Mutter bildet. In diesem Falle würde es sich um einen reinen Verbotsirrtum handeln, nämlich um einen Irrtum darüber, daß seine Handlung so, wie er sie selbst sah, vom Recht verboten ist.“⁵⁵

⁵¹ Dies spricht gleichermaßen gegen die namentlich von *Hirsch* (Fn. 29), § 34 Rn. 91, vorgebrachte Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 35 Abs. 2 StGB; so auch *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 111.

⁵² *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Entstehungsgeschichte; *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 4.

⁵³ *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Entstehungsgeschichte.

⁵⁴ *Hervorhebungen* durch *Verf.*

⁵⁵ BGHSt 3, 7 (12 f.).

Dieser Rechtsprechungslinie kann sich nun aus zweierlei Stoßrichtungen genähert werden: Einerseits kann eine solche Forderung für den Erlaubnistatbestandsirrtum entsprechend als konsequente Fortsetzung der Forderung auf Ebene des § 34 StGB gesehen werden; andererseits kann sich ihr spezifisch mit Blick auf den Erlaubnistatbestandsirrtum zugewendet werden.

a) Das Prüfungserfordernis als Erfordernis des rechtfertigenden Notstands

Für die Annahme, das Prüfungserfordernis habe seinen Ursprung vor allem in den Erwägungen um die Voraussetzungen des (übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstands, und werde auf Ebene des Erlaubnistatbestandsirrtums nur konsequent fortgedacht, spricht vor allem, dass in der Vorstellung, eine Prüfung sei nicht notwendig, ein umgekehrter Verbotsirrtum (sog. Erlaubnisirrtum) gesehen wird.⁵⁶ Dies trägt implizit die Vorstellung in sich, das Prüfungserfordernis sei schon Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands. Außerdem wird – soweit ersichtlich – ein solches Erfordernis von der Rechtsprechung weiterhin nur bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) vertreten⁵⁷ und scheint insoweit mit den Spezifika der jeweiligen Rechtfertigungsgründe zu korrelieren.

Der Annahme, eine sorgfältige Überprüfung der Sachlage und insbesondere der Erforderlichkeit sei eine Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands ist allerdings – mit der ganz herrschenden Literaturauffassung – zu widersprechen,⁵⁸ zumindest, solange hieraus ein konstitutives Kriterium der sorgfältigen Prüfung, mit eigenständigem Sinngehalt gegenüber den sonstigen Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands hergeleitet werden soll. Es ist schlicht nicht einsichtig, weshalb im Einzelfall eine Rechtfertigung trotz Vorliegens der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 34 StGB ausscheiden sollte, nur, weil der Betroffene die Erforderlichkeit seiner Handlung nicht „ausreichend“ geprüft hätte;⁵⁹ zumal der Wortlaut der Norm ein solches Erfordernis gerade nicht benennt.⁶⁰ § 34 StGB liegt der Gedanke der

⁵⁶ Vgl. so etwa BGHSt 3, 7 (12 f.); *Lenckner*, in: *Geerds/Naucke* (Hrsg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1965, S. 165 (183); auch *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 16 Rn. 113 m.w.N. in Fn. 327.

⁵⁷ Vgl. nur etwa BGHSt 3, 73 (75); 14, 48 (51).

⁵⁸ Vgl. statt nahezu aller nur *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 110; *Engländer* (Fn. 45), § 34 Rn. 44; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 35 Rn. 115; *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85 mit zahlreichen Nachweisen; a.A. *Blei*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1983, § 44 V. (S. 170 f.), der diese Ansicht gerade aus dem Wesen der Gefahr als „sachkundiges ex-ante-Urteil“ herleitet.

⁵⁹ So allerdings ausdrücklich RGSt 62, 137.

⁶⁰ So etwa *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85; *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 34 Rn. 291; *Hoyer* (Fn. 58), § 34 Rn. 114 f.

Güterabwägung zugrunde: Weil das gefährdete Gut im Wert dem für die Gefährdung betroffenen Gut „wesentlich überwiegt“, handelt derjenige gerechtfertigt, der für die Erhaltung des wertvolleren Gutes in der hierfür erforderlichen und angemessenen Weise tätig wird.⁶¹ Der Handlungs- und auch Erfolgswert werden durch das § 34 StGB in seinen Anforderungen entsprechende Handeln kompensiert⁶²: Die Verletzung des Gutes ist hinzunehmen, da sie zur Rettung des höherwertigen notwendig erscheint; weil der Betroffene bei der Verletzung des anderen Gutes diese Erhaltung verfolgt, steht sein Ansinnen im Ergebnis mit der Wertung der Rechtsordnung im Einklang. Überhaupt stellte sich die Frage, ob eine den Sorgfaltsanforderungen entsprechende Prüfung nicht immer zumindest dann angenommen werden müsste, wenn der Betroffene die Erforderlichkeit seiner Handlung erkennt und in seinen Willen aufnimmt – oder umgekehrt: Wo soll das Sorgfaltspflichtenprogramm, das nach der Rechtsprechungslinie schließlich einzelfallabhängig ist,⁶³ ansetzen, wenn die Handlung erforderlich ist und der Betroffene dies zutreffend erfasst? Eine weitergehende Prüfung im Sinne eines Abwägens des Für und Wider der Erforderlichkeit erscheint für diesen Fall vollkommen sinnlos. Dies zeigte schon die Herleitung des Erfordernisses, den Sachverhalt sorgfaltsgemäß zu prüfen, für den damals noch übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstand in RGSt 62, 137. So wird, wie hier, der tragende Gedanke des Notstands in der Erhaltung eines wertigeren Gutes zuungunsten eines anderen Gutes gesehen.⁶⁴ Um dies im Einzelfall zu ermitteln, so das RG zutreffend, bedürfe es einer entsprechenden Güterabwägung. Das Kriterium steht demnach im Dienste der – gericht- und taterseitig – zu treffenden Feststellung, dass eines der beiden Güter das andere wesentlich überwiegt. Erkennt der Betroffene dies, sei es durch sorgfältige Prüfung, Intuition oder reinen Zufall, besteht für die Prüfung des Sachverhalts mit Blick auf den die Regelung tragenden Grundgedanken allerdings kein weitergehender Anlass. So kann auch die später von BGHSt 3, 7 für das Prüfungserfordernis vorgebrachte Gefahr, dass andernfalls – mithin für den Fall, dass eine solche Lage tatsächlich gar nicht vorliegt – ein Gut nutzlos hergegeben würde, nicht bestehen, wenn diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen.⁶⁵ Nichts anderes kann dann allerdings

⁶¹ Statt aller vgl. die Ausführungen bei *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 4 ff.

⁶² Vgl. zum Folgenden etwa *Küper*, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, 1983, S. 115 ff. m.w.N.; *Lenckner* (Fn. 56), S. 173 f., der zutreffend herausstellt, dass dem Gefahrbegriff ein gewisses eingepreistes Risiko des Irrtums immanent ist; *Rudolphi*, in: *Stree/Lenckner/Cramer/Eser* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, 1978, S. 72 (80 ff.).

⁶³ Zum Umfang bei Gefahr im Verzug und dem Heranziehen eines Arztes beim Schwangerschaftsabbruch, vgl. schon RGSt 62, 137 (138 f.).

⁶⁴ RGSt 62, 137 (138).

⁶⁵ Auch die Ausführungen in BGHSt 2, 111 (113) deute darauf hin, dass es letztlich allein darum geht, dem Notstandstäter die Kenntnis der objektiven Umstände und den dazu-

mit Blick auf die vom RG weiter hergeleitete Prüfung gelten, ob überhaupt eine Lage besteht, in der sich zwei Rechtsgüter gegenüberstehen: Diese folgert das RG aus der Pflicht zur sorgfältigen Güterabwägung – steht diese allerdings nur im Dienste der Feststellung der sonstigen Voraussetzungen, muss auch sie als selbstständiges Element des Rechtfertigungsgrundes abgelehnt werden. Gegen die Berechtigung einer solchen Forderung spricht im Übrigen auch, dass sie bei den sonstigen Rechtfertigungsgründen von der Rechtsprechung gerade nicht erhoben wird – dass bei der Notwehr allerdings das Vorliegen der Voraussetzungen nicht ebenso wie beim Notstand ermittelt werden müsste, kann wohl nicht ernstlich behauptet werden.⁶⁶

Will man hierin hingegen spiegelbildlich lediglich das typische Handlungsprogramm des Notstandstäters umreißen – im Sinne eines „Wer sich sicher sein will, gerechtfertigt zu handeln, muss sorgfältig prüfen, ob seine Handlung auch erforderlich ist“ – verliert die Voraussetzung vollständig an eigenständigem Wert.

b) Das Prüfungserfordernis im Kontext des Erlaubnistatbestandsirrtums

Die Verpflichtung zur sorgsam Prüfung des Sachverhalts wird vom BayObLG und in Teilen der genannten Judikate⁶⁷ gleichsam für Fälle des Erlaubnistatbestandsirrtums gefordert, sofern der Betroffene irrig die tatsächlichen Umstände eines rechtfertigenden Notstands annimmt. Lehnt man das Prüfungskriterium schon mit Blick auf die einschlägigen Fälle des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB ab, stellt sich die Frage, was für den Fall der irrigen Annahme der Voraussetzungen nunmehr anders liegen sollte. Selbst wenn man einmal ausblendete, dass die Prüfung als eigenständiges Kriterium gemeinhin abgelehnt wird,⁶⁸ wäre eine entsprechende Einschränkung nicht sachgerecht:

gehörigen Willen zu ermöglichen. Dort wird konstatiert, der den Schwangerschaftsabbruch durchführende Arzt „habe den krankhaften Zustand der Schwangeren, der es erlaubt hätte, zur Rettung von Leben und Gesundheit der Mutter die Schwangerschaft zu unterbrechen, überhaupt nicht erkannt und auch nicht wegen dieses Zustandes zur Rettung von Leben und Gesundheit der Mutter gehandelt; er habe sich zu dem Eingriff vielmehr nur verstanden, weil er mit der Schwangeren ihrer Lage und Verhältnisse wegen Mitleid gehabt habe. Er habe darum selbst sein Verhalten als ‚illegal‘ angesehen und sei darum bemüht gewesen, es nicht bekannt werden zu lassen“. Es fehlt mithin am subjektiven Rechtfertigungselement, das Handlungsunrecht wird nicht kompensiert; die Prüfungspflicht erscheint hier als Mittel zum Zweck.

⁶⁶ In diesem Sinne auch *Lenckner* (Fn. 56), S. 171 f.; diesen Schluss zieht denn auch *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Fn. 12), Vor §§ 32–35 Rn. 131 ff. und fordert deshalb eine Prüfungspflicht für jeden Rechtfertigungsgrund.

⁶⁷ BGHSt 3, 7 (12 f.); BGH NJW 1951, 412 (413).

⁶⁸ Vgl. nur *Hoyer* (Fn. 58), § 34 Rn. 114 f. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 257, der überzeugend vorträgt, dass sich der Gesetzgeber in Ansehung der Rechtsprechungslinie nicht

Während die Begründung mit Blick auf den (übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstand noch in der Gefahr liegen sollte, die Beeinträchtigung der Güter, die zur Rettung des höherwertigen Gutes zurückstehen müssten, könne umsonst sein, besteht diese Gefahrenlage beim Erlaubnistatbestandsirrtum gerade nicht mehr. Vielmehr ist die dem Gedanken des Prüfungserfordernisses zugrunde gelegte Gefahr tatsächlich eingetreten, der Güterverlust war jedenfalls objektiv wertlos. Hieran hätte auch eine sorgfältige Prüfung der Sachlage nichts ändern können – zumindest, solange man nicht Sorgfaltsanforderung und Irrtumsvermeidung gleichsetzt. Dieses Erfordernis ist im Umfeld des Erlaubnistatbestandsirrtum gleichsam wertlos, da es dort allein darum geht, dass der Betroffene Umstände annimmt, unter denen er sich mit seinem Handeln nicht von der Rechtsordnung entfernte. Stellt er sich also vor, dass sein Handeln notwendig ist, um ein höherrangiges Rechtsgut zu retten, und nimmt dabei an, dass die Sachlage so klar ist, dass es einer weiteren Prüfung nicht bedarf, steht sein Handeln im Einklang mit dem Grundgedanken des rechtfertigenden Notstands. Dass er diesen Irrtum hätte vermeiden können, ist für den Sachverhaltsirrtum nicht untypisch – der Betroffene fasst einen falschen Entschluss, der darauf zurückzuführen sein wird, dass er tatsächliche Umstände verkennt. Gleichsam – so die Rechtsprechung in anderen Fällen des Erlaubnistatbestandsirrtums – wirkt dieser Irrtum „regelmäßig stärker und unmittelbarer und [birgt] ein[en] stärkeren Anreiz zum Handeln. Er versetzt den Täter nicht, wie meist der Verbotsirrtum, in einen tathemmenden Zwiespalt zwischen Wollen und Dürfen, den er erst überwinden muß, sondern drängt ihn zum Handeln oder läßt ihn jedenfalls ohne Rechtsbedenken und sittliche Hemmungen handeln.“⁶⁹ Auch deshalb hindere so ein Irrtum in der Regel daran, einen Rechtsverstoß wahrzunehmen.⁷⁰ Diese Annahme steht der Übertragung des für die Belanglosigkeit eines vermeidbaren Verbotsirrtums gemeinhin vorgebrachten Arguments, der Betroffene habe sein Handeln als Anlass für weitere Nachforschungen nehmen müssen, eindeutig entgegen; aus Sicht des Betroffenen ergibt sich kein Anlass für etwaige Nachforschungen.

Entsprechung findet dieses Unbehagen auch mit Blick auf die gängige Rechtsfolgendogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums. Sieht man durch den Irrtum den Vorsatzschuldvorwurf betroffen, läuft das Erfordernis der Vermeidbarkeitsprüfung an der Sache vorbei. Dem Täter würde dann vorgeworfen, dass er ein Verhalten vorbringt, dass zwar seinem Willen entsprechend nicht rechtswidrig wäre, es aber tatsächlich war, und er diesen Umstand hätte erkennen können. Dies hat mit dem typischen Vorsatzschuldvorwurf („Du hast dich für das Unrecht entschieden“) gar nichts zu tun, sondern erhebt der Sache nach einen Fahrlässigkeitsvorwurf zur Vorsatzstrafbarkeit⁷¹ – ein dogmatischer Grund hierfür ist nicht

für eine Implementierung eines solchen Erfordernisses entschieden habe; *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 110 ff.; *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 317.

⁶⁹ BGHSt 3, 105 (107).

⁷⁰ BGHSt 3, 105 (107).

⁷¹ *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 14 Rn. 84.

ersichtlich, hat der Betroffene doch nicht einmal einen rechtswidrigen Handlungswillen gefasst. Ähnlich muss das Fazit derjenigen lauten, die das Wesen des Vorsatzes als Wendung gegen das Recht für jene Fälle verneinen. Das Erfordernis ist folglich nicht mit dem dogmatischen Wesen des Erlaubnistatbestandsirrtums zu vereinbaren und schon gar nicht aus ihm herzuleiten.⁷²

Es verbleibt für eine solche Forderung denn auch nur die Erklärung mit dem (vermeintlichen) rechtspraktischen Bedürfnis. So wird etwa vorgebracht, der Rechtsprechung sei es darum gegangen, die sich aus dem Erlaubnistatbestandsirrtum ergebenden Lücken gerade für die Fälle zu schließen, in denen § 34 StGB einschlägig ist. Nicht selten bestehe für diese Fälle kein Fahrlässigkeitstatbestand.⁷³ Vermuten ließe sich auch, dass, gerade im Falle des BayObLG, den Ausführungen der Angeklagten schlicht in Wahrheit kein Glauben geschenkt wird. Statt sich mit Blick hierauf allerdings einer aufwendigen Beweiswürdigung anzunehmen, scheint ein kategorischer Ausschluss auf dogmatischer Ebene simpler. Beides ist angesichts der für einen Angeklagten nachteiligen Wirkung als Grund für dieses Vorgehen entgegen der Dogmatik freilich nicht statthaft.

IV. Fazit

Ein selbstständiges Erfordernis, den Sachverhalt sorgfalts- bzw. pflichtgemäß zu prüfen, um das Risiko eines Irrtums auf ein hinnehmbares Maß zu reduzieren, kann dogmatisch konsistent weder für den rechtfertigenden Notstand noch für einen auf seine Voraussetzungen gestützten Erlaubnistatbestandsirrtum begründet werden. Die anderslautende Rechtsprechungslinie reicht zeitlich weit zurück und ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Über die rechtspraktischen Gründe mag spekuliert werden; jedenfalls tragen sie ihre Anwendung nicht. Nicht nur dem BayObLG ist deshalb von Anleihen bei dieser Sichtweise abzuraten. Handelt der Betroffene nach sei-

⁷² Treffend *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 110 a.E. das Erfordernis führe „zu einer *kryptodogmatischen bereichsspezifischen Korrektur* der Konsequenzen der eingeschränkten Schuldtheorie“ (*Hervorhebungen durch Verf.*); vgl. zutreffend mit dem Hinweis, dass die in § 39 Abs. 2 StGB-E 1962 vorgesehene Verankerung eines Vermeidbarkeitskriteriums gerade keinen Eingang ins geltende Recht gefunden hat, *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 466 mit weiteren Hinweisen zu kritischen Stimmen zu jenem Entwurf in Fn. 62; siehe auch *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 111.

⁷³ So etwa schon *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85, 196; *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 14 Rn. 69, 83; *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 466; zu jenem Problem prinzipiell schon *Welzel*, JZ 1955, 142 (144); dieser Aspekt kann allerdings richtigerweise nicht dafür eingesetzt werden, die Dogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums widersinnig zu modifizieren. Vielmehr ist, wenn überhaupt, hiermit ein Missstand in der rechtspolitischen Diskussion um die Schaffung etwaiger Fahrlässigkeitstatbestände betroffen. Angesichts des ernstzunehmenden fragmentarischen Charakters des Strafrechts kann eine flächendeckende Strafbarkeit insbesondere der unbewussten Fahrlässigkeit allerdings nicht wünschenswert sein.

nem Willen im Einklang mit der Rechtsordnung, entscheidet er sich nicht „gegen das Recht“; ein so lautender Vorwurf wäre nicht gerechtfertigt.