

TONIO WALTER

Der Kern des Strafrechts

Mohr Siebeck

Tonio Walter
Der Kern des Strafrechts



Tonio Walter

Der Kern des Strafrechts

Die allgemeine Lehre vom Verbrechen
und die Lehre vom Irrtum

Mohr Siebeck

Tonio Walter, geboren 1971, Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und Freiburg i.Br. 1992–96, Promotion 1999, Zweites juristisches Staatsexamen 2000, Habilitation 2004, seit 2006 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht der Universität Regensburg.

ISBN 3-16-148985-3

ISBN-13 978-3-16-148985-3 / eISBN 978-3-16-165668-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2006 Mohr Siebeck, Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Es gibt keine Verbrechenslehre, die mehr
sein kann als ein vergänglicher Entwurf.

JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts,
Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996, S.216f.

Vorwort

Diese Arbeit ist von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im Wintersemester 2003/04 als Habilitationsschrift angenommen worden. Für den Druck gestrichen oder stark gekürzt habe ich die Ausführungen zu den Unterlassungsdelikten, zur Kausalität, zur objektiven Zurechnung und zum Handeln auf Befehl, was mir um so leichter gefallen ist, als sie in Veröffentlichungen an anderer Stelle Eingang gefunden haben beziehungsweise finden werden (siehe ZStW 111 [2004] S. 555ff., JR 2005, 279ff. und die 12. Auflage des Leipziger Kommentars Vor § 13). Im übrigen habe ich nur wenig geändert oder umgestellt. Schrifttum ist bis Ende 2004 berücksichtigt, Rechtsprechung bis zur letzten Korrektur der Druckfahnen in diesem Sommer.

Mein Dank gilt allen, die mir geholfen haben. Namentlich, aber nicht abschließend zu erwähnen sind: Klaus *Tiedemann*, mein akademischer Lehrer, dessen eigene Habilitationsschrift zu den „Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht“ von 1969 Ausgangspunkt und zu einem wichtigen Teil Grundlage und Vorbild dieser Arbeit gewesen ist; Walter *Perron*, der im Habilitationsverfahren das Zweitgutachten erstellt hat; schließlich den Mitarbeitern meines Regensburger Lehrstuhls, die an der Druckfassung mitgewirkt haben, in alphabetischer Reihung Michael *Biendl*, Martina *Binas*, Sonja *Böhm*, Martin *Bernhard*, Rainer *Dürer*, Steffen *Kramer*, Florian *Kreis* und Karolina *Kukielka*.

Das Niveau einer Wissenschaft bestimmt sich Martin *Heidegger* zufolge danach, „ob sie einer Krisis ihrer Grundbegriffe fähig ist“ (Sein und Zeit, 6. Auflage 1949, S. 108). Eine solche Krisis ist das Ziel dieses Buches. Allerdings nur ein Zwischenziel auf dem Weg zu einer geänderten Verbrechenslehre; einer Verbrechenslehre, die nicht aufs Jota dem entsprechen muß, was dieses Buch vorschlägt, aber die das gegenwärtige Modell überwindet mit seinem objektiven Unrechtsbegriff, seiner Entschuldigungsdogmatik und vor allem seinen Irrtumsregeln. Zwar hat *Welzel* von diesen Regeln gesagt, sie gehörten „nach menschlicher Voraussicht zu den bleibenden Erkenntnissen der Strafrechtsgeschichte“ (MDR 1952, 584). Doch steht dem der Satz gegenüber, der dieser Untersuchung statt einer Widmung vorangestellt ist. Um die Zitatereihe abzuschließen und dem Vorwurf vorzubeugen, die Verbrechenslehre habe als reinste Strafrechtsdogmatik nichts mit den eigentlichen Problemen des Strafrechts unserer Zeit zu tun, möchte ich an etwas erinnern, was Klaus *Tiedemann* in der Juristenzeitung des Jahres 1980 geschrieben hat (S. 490): Nur die Strafrechtsdogmatik kann die Verlässlichkeit und

Berechenbarkeit des strafrechtlichen Urteils und so seine Rechtsstaatlichkeit sichern. Sie hat damit „eine wesentliche und unersetzliche, nämlich die *Freiheit des einzelnen* gegenüber dem strafenden Staat sichernde Funktion“. Die Verbrechenslehre ist die Grundlage der Strafrechtsdogmatik und mit den Regelungen zum Irrtum nicht weniger als *der Kern des Strafrechts*.

Regensburg, im August 2006

Tonio Walter

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einführung	1
Erster Teil: Die allgemeine Lehre vom Verbrechen	9
1. Kapitel: Die äußere Gestalt deliktischen Geschehens	15
1. Dreiteilung; keine Tätigkeitsdelikte!	16
2. Der Erfolg	21
a) Der Erfolg als Vollendung des objektiven Tatbestands	21
b) Erfolgsdelikte und Verletzungsdelikte	21
aa) Nicht alle Erfolgsdelikte sind Verletzungsdelikte	21
bb) Verletzungsdelikte	22
3. Die Handlung	25
a) Der Streit um den Handlungsbegriff	25
aa) Hintergrund	25
bb) Ergebnis	27
cc) Einwände	30
dd) Andere Handlungslehren: Finalismus	33
ee) Sozialer Handlungsbegriff	35
ff) Negativer Handlungsbegriff	36
gg) Personaler Handlungsbegriff	37
b) Das Verhalten muß ein materielles Sorgfaltserfordernis verletzen	40
aa) Der Sorgfaltsmangel als Erfolgswahrscheinlichkeit	40
bb) Materielle und formelle Sorgfaltsmängel	42
4. Handeln und Unterlassen	44
5. Der Kausalverlauf	47
2. Kapitel: Der Tatbestand	51
1. Strafrecht und sonstiges Recht	51
a) Eine Normenpyramide eigener Art	51
b) Manchmal wird das Recht zuerst im Strafrecht sichtbar	57
c) Rechtfertigungsgründe	58
2. Der Tatbestand als Begriff	61
3. Der Tatbestand als Typus	63
a) Unrecht als Typus	63

b) Das Strafrecht und der Unrechtstyp	64
c) Tatbestandsmängel	64
4. Der Tatbestand und Strafausschließungsgründe	68
a) Die herrschende Meinung zu den Strafausschließungsgründen	68
b) Kritik der herrschenden Meinung	70
c) Lösung	71
aa) Tatbestandsausschlüsse und Strafausschließungsgründe haben ähnliche Hintergründe	71
bb) Deshalb muß man auch auf die Folgen sehen	72
cc) Grenzen	73
5. Der Tatbestand und objektive Strafbarkeitsbedingungen	75
6. Der subjektive Tatbestand	77
a) Die Lehre vom personalen Unrecht	77
b) Das postfinalistische Verbrechenmodell	80
3. Kapitel: Das Unrecht	81
1. Was ist Unrecht?	81
a) Der objektive Unrechtsbegriff	81
b) Der postfinalistische Unrechtsbegriff	83
c) Rein subjektiver Unrechtsbegriff?	86
d) Fahrlässigkeit als Unrecht	86
e) Beschränkung der Notwehr?	87
2. Rechtfertigungsgründe	87
a) „Negative Tatbestandsmerkmale“?	87
aa) Contra	88
bb) Pro	92
cc) Einschränkungen des Pro	97
b) Subjektive Rechtfertigungselemente	98
c) Gewissenhafte Prüfung als Teil eines Erlaubnistatbestands?	100
3. „Gesamttatbewertende Merkmale“?	105
4. Kapitel: Schuld und Strafe	108
1. Was ist Schuld?	108
a) Der Schuldbegriff – Entwicklung und Streit	108
aa) Der psychologische Schuldbegriff	108
bb) Der normative Schuldbegriff	108
cc) Der funktionale Schuldbegriff	113
b) Der postfinalistische Schuldbegriff	116
aa) Kein Unrecht ohne Schuld	116
bb) Gründe, welche die Schuld ausschließen	117
c) „Spezielle Schuldmerkmale“	122
aa) JESCHECK/WEIGEND	122
bb) ROXIN	124
cc) Was sind dann Gesinnungsmerkmale?	127
2. Unrecht und Schuld der Fahrlässigkeit	128
a) Fahrlässigkeit ist oft keine Schuld, sondern Unvermögen	128
aa) Fahrlässigkeit als Teil der <i>condition humaine</i>	128

bb) Die herrschende Definition der Fahrlässigkeitsschuld	129
b) Fahrlässigkeit als Verletzen eines formellen Sorgfaltserfordernisses mit der objektiven Strafbarkeitsbedingung des Erfolges	132
c) Fahrlässigkeit als unwiderleglich vermutetes Vorverschulden	133
d) Folgen de lege ferenda oder dafür, wie das geltende Gesetz auszulegen sei?	134
3. Opportunitätsregeln	135
a) Überblick	135
b) Nachsicht mit menschlicher Schwäche	136
aa) „Entschuldigender Notstand“	137
bb) „Entschuldigende Pflichtenkollision“	143
cc) Notwehrrezeß	149
dd) Unzumutbarkeit	153
ee) Gewissensfreiheit	154
ff) Ziviler Ungehorsam	158
gg) Fehlende Strafmündigkeit	159
hh) Handeln auf dienstliche Weisung?	160
ii) Regelungen im Besonderen Teil	160
4. Rücktritt und tätige Reue	161
5. Prozeßrecht	161
5. Kapitel: Vorsatz und Fahrlässigkeit	164
1. Fahrlässigkeit als Eigenschaft eines Verhaltens	164
a) Ausgangspunkt: Der Täter erhöht die Wahrscheinlichkeit des Erfolges und könnte das erkennen	164
b) Einschränkung: objektive Zurechnung	164
c) Fahrlässigkeit und Rechtfertigung	167
2. Vorsatz als Fahrlässigkeit plus geistiger Vorwegnahme des Erfolges	171
a) Kein Vorsatz ohne Fahrlässigkeit	171
b) Irrtumsfahrlässigkeit und Erfolgsfahrlässigkeit	173
aa) Der Unterschied	173
bb) Eine tatsächliche formale und eine vermeintliche sachliche Schwäche der Unterscheidung	174
cc) Keine Verwechslung mit Tat- und Rechtsfahrlässigkeit!	175
dd) Irrtums- und Erfolgsfahrlässigkeit im Besonderen Teil	175
ee) Irrtums- und Erfolgsfahrlässigkeit in der Dogmatik und im Allgemeinen Teil	176
c) „Bewußte Fahrlässigkeit“?	177
aa) Möglichkeitstheorie und herrschende Meinung	177
bb) Der theoretische Gleichlauf dieser Ansichten	178
cc) Soweit die herrschende Meinung in den Ergebnissen abweicht, widerspricht sie sich	178
dd) Die herrschende Meinung hat gegenüber der Möglichkeitstheorie keinen theoretischen Vorzug	180
ee) Das Schrifttum abseits von Möglichkeitstheorie und herrschender Meinung	181

d) Vorsatz im Fahrlässigkeitsdelikt – oder umgekehrt?	185
aa) Vorsatz im Fahrlässigkeitsdelikt?	185
bb) Fahrlässigkeit im Vorsatzdelikt	186
3. Vorsatzkomponenten und Vorsatzformen	186
a) Vorsatzkomponenten	186
b) Vorsatzformen	187
aa) Absicht	187
bb) Wissentlichkeit	188
cc) Bedingter Vorsatz	189
c) Die Vorsatzformen und das Gesetz	193
6. Kapitel: Modell	196
1. Erste Hauptkategorie: die Einheit aus Unrecht und Schuld	196
a) Tatbestand	196
aa) Handlung	196
bb) Äußerer Tatbestand	197
cc) Überschießender innerer Tatbestand	197
dd) Ursächlichkeit und objektive Zurechnung	197
ee) Die Grenzen des Tatbestandes	198
b) Keine Rechtfertigung	199
aa) Äußerer Erlaubnistatbestand	200
bb) Überschießender innerer Erlaubnistatbestand	200
cc) Beispiele	200
c) Unrecht und Schuld	201
aa) Unrechtsbewußtsein	201
bb) Steuerungsfähigkeit	201
d) Rücktritt und tätige Reue	202
2. Zweite Hauptkategorie: Opportunitätsregeln	202
a) Nachsicht mit menschlicher Schwäche	202
b) Andere Strafausschließungs- und -milderungsgründe	205
c) Rechtsfolgen der Opportunitätsregeln	206
3. Prozeßrecht	207
4. Die „rechtswidrige Tat“ als Anknüpfungsbegriff	207
5. Tabellarischer Überblick	211
Zweiter Teil. Die Lehre vom Irrtum	215
7. Kapitel: Vorüberlegungen	217
1. Am Anfang steht das Wort	217
a) Wort und Begriff (Zeichenlehre)	217
b) Das Begriffsgesetz	219
aa) Normative und deskriptive Wörter?	219
bb) Definitionen: fachsprachliche Konvention oder Vorfeldnorm	222
c) Begriffskern, -hof und „-außenbereich“	223
2. Bezugspunkte des Irrtums	224
a) Tatsachenurteile	224
b) Tatsachenurteile mit Beurteilungsspielraum	225

c) Werturteile	226
d) Rechtsbehauptungen	226
e) Werbeanpreisungen	227
f) Nulla-poena-Satz und Irrtum	228
3. Formen des Irrtums	232
a) Wahrnehmungsirrtum	232
b) Irrtum über Zusatztatsachen	234
c) Rechtssatzirrtum	235
d) Subsumtionsirrtum	236
4. Zur Intensität des Irrtums	237
a) Die „positive Fehlvorstellung“	237
b) Zweifel	237
c) Nichtwissen, „potentielle Fehlvorstellung“ und bewußte Wissenslücke	237
d) Mitbewußtsein	238
e) Affekt	239
f) Automatisierte Handlungen	240
8. Kapitel: Der Irrtum über Tatumstände (§ 16)	241
1. Der Wortlaut des § 16 und sein Verhältnis zu §§ 15, 17	241
a) Tatbestandsmerkmale und Tatumstände	241
b) „Kennen“ und „Nichtkennen“	244
c) Das Verhältnis zu §§ 15, 17	246
2. Was ist ein Tatumstand?	247
a) Der Tatumstand als Subsumtionsstoff	247
b) Der Subsumtionsstoff nach Kategorien	248
aa) Verhalten, Kausalverlauf und Erfolg	248
bb) Tatbestandsmäßige Situation	249
cc) Eigenschaften des Täters	249
dd) Umstände, die für die Strafzumessung bedeutsam sind	250
ee) Negatives	251
ff) Rechtliches	252
gg) Umstände, die der Vorsatz nicht erfassen muß	252
c) Der Subsumtionsstoff bei Tatbestandsmerkmalen mit Bezug auf Vorfelddnormen	253
aa) Der Bezug auf Vorfelddnormen: rechtsinstitutionelle Merkmale und konkludente Blankette	253
bb) Irrtümer bei rechtsinstitutionellen Merkmalen	263
d) Rechtliche Einzelakte	268
aa) Arten rechtlicher Einzelakte als Merkmale des Tatbestandes	268
bb) Der äußere Tatbestand des rechtlichen Einzelaktes	272
cc) Vorsatz und Irrtümer bezüglich rechtlicher Einzelakte	273
e) Der Subsumtionsirrtum	275
3. Wie genau muß der Täter die Tatumstände kennen?	276
a) Der abweichende Kausalverlauf	277
aa) Kein Problem der Irrtumslehre?	277
bb) Die herrschende Meinung	278
cc) BINDING und SCHROEDER	280

dd) ROXIN	281
ee) SCHLEHOFER	283
ff) Risiko-Theorien	283
b) Identitätsirrtümer: error in persona und aberratio ictus	285
aa) Gemeinsames und Unterschiede	285
bb) Es ist oft unmöglich, aberratio ictus und error in persona zu unterscheiden	286
cc) Es gibt keinen Grund, aberratio ictus und error in persona um ihrer selbst willen unterschiedlich zu behandeln	291
dd) Alle Identitätsirrtümer sind einem abweichenden Kausalverlauf vergleichbar	292
ee) Der bewußte Objektwechsel nach Tatbeginn	294
c) Der Irrtum über Tatbestandsalternativen	295
4. Wie sicher muß der Täter die Tatumstände kennen? (Zum Alternativvorsatz)	298
5. § 16 Absatz 2	299
9. Kapitel: Der Verbotsirrtum (§ 17) und der Irrtum nach § 35 Absatz 2	302
1. Der Verbotsirrtum (§ 17)	302
a) Der Bezugspunkt des Verbotsirrtums	302
aa) Die rechtliche Qualität des Verbots	302
bb) Die Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins	306
b) Wann ist der Irrtum vermeidbar?	307
aa) Vermeidbarkeit als Pflichtverletzung	307
bb) Der Maßstab der Vermeidbarkeit	309
c) Verbotsmitbewußtsein und Verbotszweifel	321
d) Rechtsfolge	325
e) Der indirekte Verbotsirrtum	326
f) Verbotsirrtum und Fahrlässigkeit	326
2. Der Irrtum nach § 35 Absatz 2	328
a) Fälle unmittelbarer Anwendung	328
b) Rechtsfolge	333
c) Entsprechende Anwendung	333
10. Kapitel: Irrtümer, die das Gesetz nicht ausdrücklich erfaßt	335
1. Erlaubnistatbestandsirrtum und -zweifel	335
a) Grundfall und Meinungsstand	335
b) Merkmale mit Vorfeldbezug	337
c) Fahrlässigkeitsdelikte	341
d) Zweifel am Erlaubnistatbestand	341
2. Der Irrtum über „spezielle Schuldmerkmale“ und Entschuldigungsgründe	346
a) Der Irrtum über „spezielle Schuldmerkmale“	346
b) Der Irrtum über Entschuldigungsgründe	349
3. Strafausschließungsgründe	350
a) Meinungsstand	350
b) Kritik und postfinalistische Lösung	351

aa) Ausgangspunkt	351
bb) Anwendung des § 35 Absatz 2 – Leitlinie	351
cc) Fälle	352
4. „Doppelirrtümer“	354
a) Fälle und Ansichten	354
b) Kritik	357
5. Blankette	358
a) Verweisungsarten und -begriffe	358
b) Die Bedeutung der Blanketteigenschaft	360
c) Kritik	361
aa) Das „Zusammenlesen“ ist sachwidrig	361
bb) Die Einstufung eines Merkmals als Blankett wie auch die Behandlung des Irrtums sind widersprüchlich	363
cc) Es ist auch sachwidrig, Blankett und normatives Tatbestandsmerkmal unterschiedlich zu behandeln	365
6. „Mischtatbestände“ im Recht der Ordnungswidrigkeiten	367
11. Kapitel: Irrtum und Versuch	368
1. Das „Umkehrprinzip“	368
a) Das Prinzip allgemein	368
b) Das Umkehrprinzip und § 16 Absatz 2	372
c) Das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente	372
2. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs	374
3. Die Strafflosigkeit des „irrealen Versuchs“	378
4. Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt	379
a) Die Abgrenzung nach insgesamt herrschender Meinung	380
b) Abgrenzungstheorien des Schrifttums	383
12. Kapitel: Kritik	389
1. Tatbestands- und Verbotsirrtum lassen sich nicht sicher abgrenzen	389
2. Das Gesetz hat auch keinen Grund, eine Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum zu versuchen	393
a) Der Ausgangspunkt der Schuldtheorie ist falsch	393
b) Es ist sachwidrig, die Rechtsfolge eines Irrtums an das zu knüpfen, worauf er sich bezieht	397
c) Was hinter der Schuldtheorie steht	404
aa) Die unbewußte Gleichsetzung des Tatbestandsirrtums mit einem Wahrnehmungsirrtum	404
bb) Die Angst vor unwiderlegbaren Schutzbehauptungen	405
3. § 16 ist zu mild	408
4. § 17 ist zu hart	410
13. Kapitel: Lösungen	422
1. Vorschläge im Schrifttum	422
a) Reine Abgrenzungstheorien	422

aa) Anknüpfung an die Lehre des Reichsgerichts (KUHLEN und andere)	422
bb) „Teleologisch reduzierte Sachverhaltssicht“ (SCHLÜCHTER)	424
cc) PUPPE	425
dd) HERZBERG	425
ee) KINDHÄUSER	426
ff) TIEDEMANN	427
b) Neuere Formen der Vorsatztheorie	428
aa) SCHMIDHÄUSER und LANGER	428
bb) Arthur KAUFMANN und OTTO	429
2. Spezielle Vorschriften zum Irrtum	430
a) Handeln auf dienstliche Weisung	430
b) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und soldatischer Ungehorsam	432
aa) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte	432
bb) Soldatischer Ungehorsam	435
c) Verrat vermeintlich illegaler Geheimnisse	437
3. Ein neues Gesetz	438
a) Ausgangsüberlegungen	438
b) Wie ein neues Gesetz lauten könnte	443
c) Einwände und Vorteile	448
aa) Einwände	448
bb) Vorteile	449
4. Die Regelung des Versuchs	450
Schrifttum	455
Sachregister	475

Einführung

1. Ausgangsfragen

Ihren Ausgang hat diese Arbeit von den Fragen genommen, wie Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum abzugrenzen seien, wann ein Verbotsirrtum als vermeidbar zu gelten habe und was von den Ergebnissen insgesamt – von der deutschen Irrtumsdogmatik – zu halten sei. Die Beschäftigung mit diesen Fragen hat den Blick auf die allgemeine Lehre vom Verbrechen gelenkt, denn „Irrtumsfragen sind für die Strafrechtsdogmatik der Prüfstein für die Folgerichtigkeit und Gerechtigkeit der Verbrechenslehre“ (TIEDEMANN Geerds-FS, S. 95 [ebenda]), und die deutsche Lehre vom Irrtum ist der Verbrechenslehre schon deshalb „aufs engste“ verknüpft (GÖSSEL S. 1), weil sie auf deren Kategorien Bezug nimmt: auf den Tatbestand (§ 16), die Rechtswidrigkeit (§ 17) und, mittelbar, auf die Schuld (§ 35 Absatz 2). Demgemäß hat diese Untersuchung zwei Teile, deren erster der allgemeinen Verbrechenslehre gilt, während sich der zweite mit der Irrtumsdogmatik befaßt. In beiden Teilen steht unter dem Strich, daß es nicht so bleiben kann, wie es ist. Ohne daß ich dies beabsichtigt hätte, ist aus der Untersuchung etwas geworden, von dem ich meine, daß es sowohl geschlossen als auch selbständig genug ist, um als reformiertes Verbrechensmodell zu gelten. Dies nicht als Selbstzweck. Auch werden die Betrachtungen im Detail kaum Punkte erreichen, an denen nicht schon andere gestanden hätten; das ist in der allgemeinen Verbrechenslehre nur noch schwer möglich. Aber der Ursprungsgedanke: es werde damit getan sein, Geltendes und Bestehendes und die heutigen Lehren zusammenzufassen und zu ordnen – diesem Gedanken habe ich nicht treu bleiben können. Und mögen die einzelnen Bausteine auch schon von anderen verbaut worden sein, als Ganzes haben die Modellüberlegungen dieser Arbeit doch ihre Eigenständigkeit. Es hat sich dann die Frage gestellt, ob das in einem Namen zum Ausdruck zu bringen sei. Weil ein Name die Diskussion vereinfachen kann, indem er Gedankengut und -gänge zusammenfaßt, meine ich die Frage mit einem Ja beantworten zu dürfen. Und weil diese Arbeit zu einem guten Teil in Auseinandersetzung mit WELZELS finalistischen Lehren und deren Folgen entstanden ist, soll ihr Ergebnis *postfinalistische Verbrechenslehre* heißen.

Obschon sich in ihr die allgemeine Verbrechenslehre und die Lehre vom Irrtum aufeinander beziehen und abgestimmt sind, ist ihre Irrtumsdogmatik auch isoliert verwertbar. So wenig man Finalist sein muß, um den Verbrechenbau der

Schuldtheorie gutzuheißen, so wenig muß man den postfinalistischen Verbrechensaufbau billigen, um sich auf die Kritik einzulassen, die diese Arbeit an den geltenden Regelungen zum Irrtum übt, und auf die Vorschläge, wie man dem Kritisierten abhelfen könne.

2. Der Gang der Untersuchung

Der Erste Teil beginnt im 1. *Kapitel* mit der Ereignisstruktur des Delikts und der Frage, ob es Tätigkeitsdelikte gebe. Dann geht es um den Handlungsbegriff, die Eigenschaft der deliktischen Handlung als Sorgfaltsmangel und, stark abgekürzt, um das Verhältnis von Handeln und Unterlassen sowie darum, wann ein Verhalten für ein Delikt ursächlich wird. Das 2. *Kapitel* widmet sich dem Tatbestand: seiner Natur als Unrechtstyp, der Rolle und Art von Tatbestandsmängeln, deren Verhältnis zu Strafausschließungs- und Rechtfertigungsgründen sowie dem subjektiven Tatbestand. Am Anfang dieser Überlegungen war kurz und in allgemeiner Form auszuführen, wie sich Sitte, Recht und Strafrecht aufeinander beziehen. Das 3. *Kapitel* behandelt das Verhältnis von Unrecht und Schuld, die Funktion der Rechtfertigungsgründe und deren Zusammenspiel mit dem Tatbestand. Das 4. *Kapitel* beginnt mit der Frage: Was ist Schuld? Die Antwort führt zu der Folgefrage, was die Schuld der Fahrlässigkeit ausmache. Abzugrenzen ist der Inhalt der Schuld sodann von den hier so genannten Opportunitätsregeln, etwa § 35, von Rücktritt und tätiger Reue sowie vom Prozeßrecht. Im 5. *Kapitel* geht es um Vorsatz und Fahrlässigkeit, vor allem um den Unterschied von Irrtums- und Erfolgsfahrlässigkeit, um die Grenze von (bedingtem) Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie darum, welche Komponenten und Formen der Vorsatz hat und wie das Gesetz mit ihnen umgeht. Das 6. *Kapitel* dient als Zusammenfassung und Überblick über das postfinalistische Modell.

Den Zweiten Teil eröffnet das 7. *Kapitel* mit Vorüberlegungen zur Irrtumsdogmatik: Worauf kann sich ein Irrtum beziehen, in welchen Formen kann er auftreten und in welcher Intensität? Eine wichtige allgemeine Frage ist auch die Beziehung von Wort und Welt, von Zeichen und Gegenstand; so wichtig, daß sie am Anfang des Kapitels steht. Das 8. *Kapitel* gilt dem Problem, um das die Irrtumslehre des geltenden Rechts kreist: dem Tatbestandsirrtum, und zwar in fast allen Details und einschließlich des § 16 Absatz 2. Das 9. *Kapitel* behandelt die beiden anderen allgemeinen Vorschriften zum Irrtum, § 17 und § 35 Absatz 2; wiederum einigermaßen ausführlich und genau. Was dann noch unerörtert ist, trägt das 10. *Kapitel* nach, das sich mit einigen Sonderfällen befaßt, vom Erlaubnistatbestandsirrtum und „Doppelirrtümern“ bis hin zum Irrtum bei Blankettatbeständen und zu den sogenannten Mischtatbeständen im Recht der Ordnungswidrigkeiten. Das 11. *Kapitel* hat die Kehrseite entlastender Vorstellungen zum Gegenstand, den Versuch. Allerdings nicht dessen Grenze zur Vorbereitung, sondern den un-

tauglichen Versuch, den sogenannten irrealen Versuch und wie sich Versuch und Wahndelikt unterscheiden. Das 12. Kapitel ist eine Generalkritik des geltenden Rechts, auf deren Grundlage im 13. Kapitel Vorschläge folgen, wie sich das Gesetz verbessern ließe. – Auf ein *Schlußkapitel* habe ich verzichtet. Kleinere Zusammenfassungen, auch in Tabellenform, stehen dort, wo sie erforderlich erschienen. Darüber hinaus findet der Erste Teil eine Art Gesamtzusammenfassung im 6. Kapitel, der Zweite Teil im 13. Kapitel. Ein weiteres Schlußkapitel wäre nur auf eine Wiederholung des teils schon mehrfach Wiederholten hinausgelaufen und hätte die Arbeit natürlich um mindestens zwanzig Seiten gestreckt.

3. Was ausgeklammert bleibt

Die Weite des Gegenstandes und das Bedürfnis, die Untersuchung übersichtlich zu halten, haben es erforderlich gemacht, einiges unerörtert zu lassen. Betroffen hat es zunächst die *Dogmengeschichte*. Nun gilt zwar für die allgemeine Verbrechenslehre wie für die Lehre vom Irrtum, daß ihren gegenwärtigen Stand nur vollkommen versteht, wer die geschichtliche Entwicklung kennt. Aber diese Entwicklung gehört erstens in ihren großen Zügen zum Allgemeingut jedes Strafrechtsinteressierten und ist zweitens schon mehr als einmal eingehend dargestellt worden. Zu solchen Darstellungen gehören auch jene, die sich mit der Geschichte des Strafrechts insgesamt befassen, denn diese Geschichte ist stets in einer der ersten Linien die Geschichte der allgemeinen Lehre vom Verbrechen und der Lehre vom Irrtum. Einen aktuellen Überblick liefert das Lehrbuch von RÜPING, Hinrich, und JEROUSCHEK, Günter, Grundriß der Strafrechtsgeschichte (4. Aufl. 2002; soweit im folgenden bibliographische Angaben lückenhaft sind, werden sie durch das Verzeichnis des Schrifttums vervollständigt). Älteren Datums, aber noch immer recht akkurat und vor allem lesenswert ist der schwungvoll-bildhafte Abriß im Lehrbuch Franz von LISZTS und Eberhard SCHMIDTS (S. 34ff.). Gleiches gilt für die etwas trockenere, aber inhaltsreichere Darstellung bei Robert von HIPPEL: Deutsches Strafrecht, Erster Band: Allgemeine Grundlagen (1925), S. 38ff. An speziellerem Schrifttum sind zu nennen:

ACHENBACH, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre (1974); BINDING Normen III, S. 7ff. (zum Irrtum), und Normen IV, S. 8ff. (zur Fahrlässigkeit); ENGELMANN, Woldemar, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung (1895); DERS., Rechtsirrtum und Dolus im römischen und gemeinen italienischen Recht, GS 86 (1918) S. 161; DERS., Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters (1922); GÜNTHER, Klaus-Jürgen, Der Rechtsirrtum in der Strafrechtsdoktrin der Aufklärung (1971); HEINEMANN (ohne Angabe des Vornamens), Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrtums, ZStW 13 (1893) S. 371; SCHAFFSTEIN, Friedrich, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (1930).

Geschichtliche Ausführungen finden sich ferner in den meisten Einzelschriften zur Irrtumslehre, so bei ENDRULAT S. 52ff., 109ff.; Arthur KAUFMANN Parallelwertung, S. 4ff.; KOHLRAUSCH S. 170ff.; A. KÖHLER Rechtsirrtum, S. 82ff.; LÖW S. 21ff.; SCHLÜCHTER S. 80ff. Das gilt verstärkt hinsichtlich der Irrtumslehre des Reichsgerichts, siehe ergänzend etwa KAUFMANN, Arthur, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts (1949) S. 46ff.; KUHLEN S. 122ff.; SCHROTH S. 15ff. Siehe auch PREISLER, Wolfgang, Herkunft und Grundlagen der strafrechtlichen Irrtumslehre des Reichsgerichts, Habilitationsschrift Frankfurt am Main 1946. Zu den aristotelischen und thomasischen Grundlagen der abendländischen Schuld- und Irrtumslehre LOENING, Richard, Die Zurechnungslehre des Aristoteles (1903), und WELZEL, Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (4. Aufl. 1962) S. 57ff. Weitere Nachweise dogmengeschichtlichen Schrifttums liefern MEZGER LB S. 331 in Fußnote 23 und TIEDEMANN Tatbestandsfunktionen, S. 287 in Fußnote 1. Daß die Dogmengeschichte ausgeklammert bleibt, gilt so kategorisch freilich nur für ihre Chronik, nicht für die Dogmen selbst. Vielmehr ist in der Sache auch einiges berücksichtigt, dessen Diskussion schon mehr oder weniger lange zurückliegt und als erledigt gilt. Das betrifft besonders die Argumente der Vorsatz- und der Schuldtheorie.

Besonders bedauerlich ist der Verzicht auf einen *Rechtsvergleich*. Die Rechtsvergleichung hat sich mittlerweile nicht nur ihren berechtigten Platz in der Auslegungslehre erkämpft,¹ sondern ist überhaupt ein wichtiges Mittel, um den Erkenntnishorizont zu erweitern, weil „das Vergleichen die Erkenntnis der verglichenen Gegenstände fördert“ (TIEDEMANN Tatbestandsfunktionen, S. 23). Sie öffnet nicht selten den Blick dafür, wie durchaus gangbar der eine oder andere Weg tatsächlich ist, den ein vermeintlich unumgängliches Prinzip des heimischen Rechts von vornherein verbaut; manches, was die Dogmatik hierzulande meint nicht denken zu dürfen, ist andernorts rechtsstaatliche Wirklichkeit. Hinnehmbar scheint mir der Verzicht auf den Rechtsvergleich aber nicht nur mit Rücksicht auf den Raum zu sein, den er eingenommen hätte, sondern auch weil ein erster vorsichtiger Blick auf fremdes und supranationales Recht zeigt, daß die hier vertretenen Lösungen dort zumindest insoweit Parallelen finden, wie sie das Verbrechenmodell vereinfachen. Vergleiche

HÜNERFELD, Peter, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93 (1981) S. 979ff.; JESCHECK, Hans-Heinrich, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986) S. 1ff.; TIEDEMANN, Klaus, Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung, in: Festschrift für Theodor Lenckner (1998) S. 411ff.; VOGEL, Joachim, Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law, GA 1998, 127ff.

¹ Siehe nur HENSSLER NJW 2001, 1521 (1524); SACHS GG Einf. Rn. 44 m. w. N.

Um die allgemeine Verbrechenslehre geht es auf weiten Strecken auch in dem Werk PERRONS zur „Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht“. Zur Irrtumslehre rechtsvergleichend TIEDEMANN Geerds-FS, S. 95ff.; zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit Vorüberlegungen für einen Rechtsvergleich bei PERRON Nishihara-FS, S. 145 (ff.).

Nicht erörtert ist drittens die *Beteiligungslehre*. Sie läßt sich aber gut von der allgemeinen Verbrechenslehre trennen. Wesentlicher Schnittpunkt ist in der herrschenden Dogmatik der Begriff der rechtswidrigen Tat in § 26 und § 27, und dazu finden sich Ausführungen im 6. Kapitel unter 4. – Außen vor geblieben sind schließlich die *Lehre von den Komplexbegriffen* und WELZELS *Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen* (später „spezielle Rechtswidrigkeitsmerkmale“ genannt), weil beide heute erstens nicht mehr vertreten werden und dies zweitens zu Recht. Näher zur Lehre von den Komplexbegriffen ENDRULAT S. 188ff.; HEIDINGSFELDER S. 30ff.; zur Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen ENDRULAT S. 193ff. Kurz behandelt wird hier jedoch ein Nachfahre der Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen, nämlich die ROXINSche Entdeckung sogenannter gesamtatbewertender Merkmale (im 3. Kapitel unter 3).

4. Methodisches und Formales

Der Erste Teil zur allgemeinen Verbrechenslehre setzt sich vorwiegend mit der jeweils herrschenden Ansicht auseinander, statt in jeder Frage den Verästelungen des literarischen Meinungsspektrums bis in die letzte Spitze nachzuspüren. Dies nicht nur, um den Umfang vertretbar zu halten, sondern auch um den Blick für die großen Linien frei zu halten. Auch die Belege bemühen sich durchweg nicht um Vollständigkeit – sie dürfte ohnehin unmöglich geworden sein –, sondern sind auf repräsentative Stimmen beschränkt. Demgemäß beschränken sich die knappen historischen Nachweise auf epochale Ansichten und Marksteine der dogmatischen Entwicklung. Die Irrtumsdogmatik betreffend habe ich allerdings versucht, wenigstens das jüngere Schrifttum (ab 1990) umfassend zu berücksichtigen.

Auf ein *Abkürzungsverzeichnis* habe ich verzichtet. Die Abkürzungen verstehen sich weithin von selbst, von einem „a.A.“ bis hin zur ZStW. Für die juristischen Abkürzungen verweise ich ergänzend auf das Verzeichnis von KIRCHNER/BUTZ². Beides gilt auch für die Abkürzungen von Gesetzesnamen. Abgesehen von den Standardgesetzen wie etwa dem HGB sind diese Abkürzungen zudem im Text immer noch mindestens einmal ausgeschrieben. Beispiel: „Außenwirtschaftsgesetz (AWG)“. Die Fundstelle im Bundesgesetzblatt gebe ich nur an,

² Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, begr. von Hildebert Kirchner, bearb. von Cornelia Butz (5. Aufl. 2003).

wenn das Gesetz nicht in einer der gängigen Sammlungen oder Textausgaben nachzuschlagen ist, namentlich von C.H. Beck, dtv oder Nomos. – Ungewöhnlich sind allerdings einige Abkürzungen für das Schrifttum. Sie erschließen sich im Verzeichnis des Schrifttums:

Abkürzung	Bedeutung	im Verzeichnis des Schrifttums
AK	Alternativkommentar	unter diesem Eintrag
B/H	Baumbach/Hefermehl	unter diesem Eintrag
B/W/M	Baumann/Weber/Mitsch	unter BAUMANN, Jürgen
LK	Leipziger Kommentar	unter diesem Eintrag
L/K	Lackner/Kühl	unter diesem Eintrag
NK	Nomos-Kommentar	unter diesem Eintrag
M-G/B	Müller-Gugenberger/Bieneck	unter BIENECK, Klaus
MK	Münchener Kommentar	unter diesem Eintrag
M/S/M	Maurach/Schroeder/Maiwald	unter MAURACH, Reinhart
M/Z	Maurach/Zipf	unter MAURACH, Reinhart
SK	Systematischer Kommentar	unter diesem Eintrag
S/S	Schönke/Schröder	unter diesem Eintrag
StK	Studienkommentar	unter JOECKS, Wolfgang
T/F	Tröndle/Fischer	unter diesem Eintrag
W/B	Wessels/Beulke	unter WESSELS, Johannes
W/He	Wessels/Hettinger	unter WESSELS, Johannes
W/Hi	Wessels/Hillenkamp	unter WESSELS, Johannes

Das leitet über zur *Zitiertechnik*. Auch sie weicht etwas vom üblichen Schema ab, weil ich dieses Schema nicht immer sinnvoll finde (vergleiche meine *Kleine Stilkunde*, S. 251f.). Hauptziel der Kritik ist erstens die Übung, auch andere Namen als den Namen desjenigen im Schrifttyp auszuzeichnen, der für die zitierte Stelle verantwortlich ist, so daß der Leser im unklaren bleibt, wessen Ansicht es eigentlich sei, die ihm soeben mitgeteilt wird (BAUMANN/WEBER/MITSCH und dergleichen). Zweitens stellt man jenen maßgeblichen Namen oft nicht an den Anfang des Zitats, so daß die alphabetische Ordnung in den Fußnoten unsinnig wird; etwa steht dann CRAMER hinter SCHROEDER, weil CRAMER im Schönke/Schröder kommentiert und sich SCHROEDER im Maurach/Schroeder/Maiwald äußert. Daher zeichne ich im Schrifttyp nur den Namen desjenigen oder (als Plural) derjenigen aus, denen das Zitierte als eigene Äußerung zuzurechnen ist, und stelle diese(n) Namen stets an den Anfang der Fundstellenangabe. Demgemäß sind Kommentare nach dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar zitiert, etwa TIEDEMANN LK § 264 Rn. 1. Lehrbücher sind nach dem Namen des Verfassers und einem Kürzel für das Lehrbuch zitiert, etwa JAKOBS AT 11/1. Weist das Lehrbuch für unterschiedliche Abschnitte unterschiedliche Verfasser aus, ist nur jener Verfasser mit vollem Namen zitiert, der für die einschlägige Passage verantwortlich zeichnet, zum Beispiel MITSCH B/W/M § 24 Rn. 1. Gibt das Lehrbuch (noch) zwei verantwortliche Verfasser an, ohne kenntlich zu

machen, wer was geschrieben hat („von ... und ...“), zitiere ich beide Verfasser mit vollem Namen: JESCHECK/WEIGEND §1 I 1 (S.2). Anders, wenn ein Werk vollständig in die Hände eines neuen Verfassers übergegangen ist („begründet von ... fortgeführt von ...“), mag er zunächst auch noch lange Passagen seines Vorgängers unverändert übernehmen: BEULKE W/B Rn. 1. Einzelschriften (Monographien) zitiere ich grundsätzlich nur mit dem Namen des Verfassers und einer Seitenzahl: KUHLEN S. 1. Bei nur einem Verfassername bleibt diese Zitierweise auch den Einzelschriften vorbehalten. Ist ein Verfasser mit zwei oder mehr Einzelschriften zitiert, macht ein abgekürzter Titel kenntlich, welche Schrift gemeint ist (TIEDEMANN Tatbestandsfunktionen, S. 1). Die vollen Titel stehen im Verzeichnis des Schrifttums. – Fundstellen stehen grundsätzlich in den Fußnoten. Ist nur eine Fundstelle anzugeben, steht sie zuweilen auch im Text, muß es aber nicht; ich habe das davon abhängig gemacht, welche Variante mir als die leserfreundlichere erschien.

Leider ist es nicht möglich, in der Schriftauszeichnung, die für Autorennamen verwendet wird, ein „ß“ zu setzen; an seine Stelle mußte ein Doppel-S treten. Betroffen sind die Namen *Graßberger*, *Krauß*, *Reiß*, *Rüßmann*, *Sproß* und *Strauß*.

Erster Teil

Die allgemeine Lehre vom Verbrechen

Wozu eine allgemeine Lehre vom Verbrechen? Vor allem: woher die unentwegten Bemühungen, sie fortzuentwickeln oder zu ändern? Schließlich ersticht ein Mörder sein Opfer heutzutage nicht wesentlich anders, als er dies zum Beispiel zur Jahrhundertwende tat, unter der Herrschaft des klassischen Verbrechensbegriffs. Das stimmt natürlich. Aber die allgemeine Lehre vom Verbrechen versucht nicht, das Verbrechen naturgetreu abzubilden, sondern als *Modell* zu erfassen. Ihr Verhältnis zum tatsächlichen Geschehen ähnelt dem des Atommodells zum Atom. RUTHERFORD wußte, daß ein Atom, sähe man es, nicht die Gestalt hat, die ihm das RUTHERFORDSche Kugelmodell zuschrieb, und nämliches galt für BOHR und SOMMERFELD und ihr Schalenmodell sowie für SCHRÖDINGER und die Elektronen-Orbitale. Ihnen allen ging es nur darum, ein Schema vom Aufbau des Atoms zu entwickeln, mit dem sich sein Verhalten und seine Eigenschaften wenigstens annähernd beschreiben, deuten und vorhersagen ließen. Und die Entwicklungsstufen des Atommodells rühren nicht daher, daß der eine bessere Mikroskope gehabt hätte als der andere, sondern daher, daß die späteren Modelle mehr erklären konnten als die früheren und, mit Blick auf die Ergebnisse bestimmter Experimente, widerspruchsfreier waren: BOHRs und SOMMERFELDS Modell konnte, anders als RUTHERFORDs, die Röntgenspektren erklären und das chemische Periodensystem. Aber daß ihre Modelle die Wirklichkeit auch abgebildet und nicht nur erklärt hätten, das hat keiner der Genannten geglaubt. Ebenso ist die allgemeine Lehre vom Verbrechen kein Versuch, etwas abzubilden, sondern nur der einer Erklärung. Im Unterschied zu den Atommodellen hat das Verbrechensmodell allerdings nicht nur Vorgefundenes zu erklären, sondern auch – und überwiegend – Gewolltes, nämlich das geltende Recht. Wenn die Gesellschaft will, daß straflos bleibt, wer einen anderen tötet, um das eigene Leben zu retten (§ 35), so hat die Verbrechenslehre für dieses Ergebnis eine Erklärung zu liefern und ihrem Modell einzufügen.

Ein weiteres unterscheidet das Verbrechensmodell von naturwissenschaftlichen Modellen, das ist sein didaktisch ausgerichteter Aufbau: Das Verbrechensmodell liefert auch ein Prüfungsschema, dessen Stationen je einen Gesichtspunkt bieten, der die Strafbarkeit eines beliebigen Verhaltens beseitigen oder einschränken kann (negative Funktion). Die Systemkategorien zerfallen in Prüfungspunkte, und ihr Verhältnis zueinander beeinflusst die Prüfungsfolge. Die Verbrechenslehre duldet auch bloß solche Stationen, welche die Strafbarkeit beseitigen oder

einschränken können. Diesen didaktischen Hintergrund erhellt spätestens die Forderung, „daß der Verbrechensbegriff so *klar* und *einfach* zu halten ist, daß er durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte im routinemäßigen Vorgehen, in begrenzter Zeit und mit knappem Personal sicher und gleichmäßig gehandhabt werden kann“¹. Der Polizei und der Justiz dürfen wir die juristische Ausbildung zur Seite stellen: Nur was klar und einfach ist, läßt sich schnell und einfach vermitteln. Dem Verbrechensbegriff mag eine Philosophie Pate stehen – er selbst ist am Ende keine Philosophie, sondern ein praktisches Schema. Dessen Aufgabe besteht darin, die Erscheinungen und die Rechtsfolgen des Verbrechens zu erklären, und dies bei minimaler innerer Reibung.

Damit sind die Ziele der allgemeinen Verbrechenslehre abgesteckt. Den Weg, der diese Ziele erreicht, sollten zwei Leitgedanken durchziehen. Zum einen, daß eine Systematisierung des geltenden Rechts so weit gehen sollte wie möglich, aber nicht weiter. Sie sollte möglichst viele Regelungen und Eigenheiten einzelner Regelungen erfassen, sich aber nicht dem Zwang aussetzen, *alle* Regelungen und Eigenheiten ordnen und erklären zu können. Vielmehr darf sie es sich herausnehmen, einen Rest Widersprüchliches zu lassen und sich darauf zu beschränken, die Richtung zu weisen, nach der die Widersprüche *de lege ferenda* aufzulösen wären. Herausnehmen darf sie es sich, weil solche Widersprüche erstens unvermeidbar sind; denn Gesetze wachsen nicht nur systematisch, sondern auch geschichtlich, und das heißt unsystematisch. Zweitens erwirbt sich ein Verbrechensmodell das Recht, Forderungen *de lege ferenda* zu erheben, indem – und wenn – es den Stoff so weit als möglich *de lege lata* erfaßt hat, das heißt so weit als möglich versucht, dem Gesetz gerecht zu werden.

Allerdings versucht das Verbrechensmodell, das diese Untersuchung vorschlagen wird, an einer wichtigen Stelle nicht, dem Gesetz gerecht zu werden, und zwar bei den Regelungen zum Irrtum. Ursache ist, daß ich § 16 und § 17 für grundsätzlich verfehlt halte. Ausgleichen soll diese Illoyalität das 13. Kapitel, das Vorschläge macht für ein besseres Gesetz.

Der zweite Leitgedanke ist, daß eine Kategorisierung gesetzlicher Regelungen ihren Ausgang nicht allein von dem nehmen kann, woran die Regelungen anknüpfen, was also der Sachverhalt ist, den eine Regelung treffen will. Sondern sie muß auch darauf sehen, was für Folgen es hat oder hätte, eine Regelung dieser Kategorie zuzuordnen oder jener, und ob diese Folgen wohl gewollt oder wenigstens sinnvoll sind. Als Beispiel die Abgrenzung von Tatbestandsausschluß, Strafausschließungsgrund und Prozeßhindernis. Immer wieder laufen die Bestrebungen darauf hinaus, diese Kategorien allein nach dem Anknüpfungspunkt einer Regelung abzugrenzen, also „inhaltlich“. Dann heißt es etwa, bei § 113 (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) müsse die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung

¹ JESCHECK/WEIGEND § 21 II 3 (S.198), Hervorhebung dort. So mit Blick auf den Richter schon WÜRTEMBERGER S.5.