

Zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt

Von Prof. Dr. Friedrich Toepel, Bonn*

I. Bedeutung von Subsumtionen des Täters

Der verehrte Jubilar hat sehr klar die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Regel und Sachverhalt für die strafrechtliche Irrtumsdogmatik herausgearbeitet.¹ Die Unterscheidung zwischen Irrtum über die Regel und Irrtum über einen singulären Sachverhalt könne Strukturen verdeutlichen. Weitere normative Konsequenzen aus der Unterscheidung müssten im Wege der Argumentation begründet werden, die den strukturellen Unterschieden ihrerseits überzeugend Wertungsdifferenzen zuordnet.²

Im Folgenden soll die Bedeutung der Begriffe Regel und Sachverhalt für die Unterscheidung von untauglichem Versuch und Wahndelikt insoweit noch einmal aufgegriffen werden, als nach Überzeugung des *Verfassers* dieses Beitrags nicht nur die Unterscheidung, sondern auch der Zusammenhang zwischen beiden Begriffen eine bedeutende Rolle spielt, die in der Strafrechtsdogmatik sehr oft aus dem Blickfeld gerät:

Das Verhalten des Täters selbst wird von Überlegungen begleitet, die mehr oder weniger klare Subsumtionen darstellen. Für die Zurechnung sind solche die Handlungen und Unterlassungen begleitende Subsumtionen deshalb von Bedeutung, weil sie für das Können des Täters im konkreten Fall relevant sind, das erlaubt, das Täterverhalten und die dadurch verursachten Erfolge als sein von ihm beherrschtes Werk zu betrachten.

Die Subsumtionen des Täters sind für das Können des Täters insofern relevant, als sie dem Täter das praktische Wissen vermitteln, auf dessen Basis er agieren kann. Dieses praktische Wissen ist in strafrechtlichem Kontext relevant, insofern der Täter eine Entscheidung rechtskonform zu handeln, Straftaten zu vermeiden, nur treffen kann, wenn er die für einen Verstoß gegen das strafrechtliche Verbot bedeutsamen Eigenschaften seines Verhaltens kennt (Vorsatz) oder zumindest kennen müsste (Fahrlässigkeit). Von einem Täter, dem jegliche Anhaltspunkte für die strafrechtliche Bedeutung seines Verhaltens fehlen, kann auch nicht erwartet werden, dass er den Verstoß gegen das strafrechtliche Verbot vermeidet, ebenso wenig wie von einem vollkommen blinden Menschen erwartet werden kann, mit einer Schusswaffe ein nur visuell erkennbares Ziel zu treffen.

Es erhebt sich die Frage, ob es verschiedene Arten von Schlüssen gibt, die der Täter ziehen muss, um das für eine Zurechnung als Straftat notwendige praktische Wissen zu erreichen und ob uns eine derartige Differenzierung zwischen verschiedenen Schlüssen erlaubt, die Konsequenzen der einzelnen Irrtümer plausibel und eindeutig zu ermitteln.

* Der *Verf.* ist außerplanmäßiger Professor an der Universität Bonn.

¹ Neumann, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 171.

² Neumann (Fn. 1), S. 187.

II. Vorstellung von Haupttatsachen

Zu diesem Zweck sei auf die prozessuale Unterscheidung zwischen Haupttatsachen oder unmittelbar erheblichen Tatsachen und Indiztatsachen oder mittelbar erheblichen Tatsachen zurückgegriffen.

Haupttatsachen sind in Bezug auf das materielle Strafrecht solche Tatsachen,³ die entweder durch die gesetzlichen Merkmale eines Verbots gekennzeichnet sind oder sich bei Berücksichtigung der Intentionen des Sprechers und der sprachlichen Konventionen durch einfachen logischen (deduktiven) Schluss in Tatsachen überführen lassen, die durch die gesetzlichen Merkmale eines Verbots gekennzeichnet sind.⁴

Sie unterscheiden sich von den Indiztatsachen, die nur mittelbar, entweder ohne weiteres oder in Verbindung mit weiteren Zwischengliedern zum induktiven Schluss auf die Haupttatsachen beitragen.⁵

Wann kann vor diesem Hintergrund davon ausgegangen werden, dass ein Täter verstanden hat, dass er gegen ein strafrechtliches Verbot verstoßen hat? Das ist ganz sicher der Fall, wenn der Täter den Sachverhalt mit den gesetzlichen Merkmalen eines Verbots zu umschreiben in der Lage ist: „Ich habe mir die fremde bewegliche Sache X des Y zugeeignet.“

Aber der Täter hat sein Tun strafrechtlich auch dann hinreichend verstanden, wenn er den Sachverhalt zwar nicht unter der Beschreibung des Gesetzes kennt, wohl aber unter einer anderen Beschreibung, die sich durch einfachen logischen Schluss in Tatsachenbeschreibungen überführen lässt, die durch die gesetzlichen Merkmale des Verbots gekennzeichnet sind.⁶ Weitere stillschweigende Voraussetzung ist

³ Zur Klarstellung sei erwähnt, dass vorliegend unter dem Begriff der Tatsache schlicht der Inhalt einer wahren Aussage verstanden wird. Der *Verf.* wählt diese Bedeutung, da sie in der Wissenschaftstheorie verbreitet ist, siehe Toepel, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, 2002, S. 63 ff. m.w.N. Dies wird hier lediglich als der Erwähnung bedürftig betrachtet, da Rechtswissenschaftler verschiedentlich glauben, diesen weiten Begriff stärker einschränken zu müssen.

⁴ Zur Definition Toepel (Fn. 3), S. 130 f. m.w.N.

⁵ Toepel (Fn. 3), S. 30 f. m.w.N.

⁶ Zur Klarstellung wird hier darauf hingewiesen, dass Überführbarkeit durch einen logischen Schluss nicht bedeutet, dass es hier ausschließlich um die Extension der Tatbestandsverwirklichung geht, sondern entscheidend bleibt, dass die Intension des Tatbestands beim logischen Folgern nicht verloren geht, wie das leicht der Fall sein könnte. Wenn nicht vom Laien eine präzise juristische Begrifflichkeit verlangt werden soll, muss ein solches logisches Schließen zugelassen werden und müssen die sprachlichen Konventionen das Erhaltenbleiben der Intension sicherstellen. Andernfalls könnten nur Juristen Straftaten begehen. Es ist dem *Verf.* klar, dass er damit einer philosophischen Auffassung widerspricht, die dieselbe Intension nur durch eine exakt identische Beschrei-

dabei freilich stets, dass der Täter eine sprachkonforme Intention hatte, wenn er die Beschreibung mit eigenen Worten vornahm, und dass er die sprachlichen Konventionen beherrschte. Denn wenn er mit seiner Äußerung irgendetwas anderes intendiert als die übliche Bedeutung seiner Worte oder wenn er die sprachlichen Konventionen nicht beherrscht, kann es sich so verhalten, dass das, was er aussagen wollte, nicht durch logischen Schluss in Tatsachenbeschreibungen überführt werden kann, die durch die gesetzlichen Merkmale des Verbots gekennzeichnet sind. Im Prinzip kann Worten jede beliebige Bedeutung beigemessen werden. Einer Aussage in einer „Privatsprache“ des Täters könnte nicht ohne weiteres entnommen werden, ob sie sich durch einfachen logischen Schluss in Tatsachenbeschreibungen überführen lässt, die durch die gesetzlichen Merkmale des Verbots gekennzeichnet sind. Es müsste vielmehr erst eine Übersetzung in eine reguläre, die sprachlichen Konventionen beachtende Aussage erfolgen, bevor eine Beurteilung des Täterwissens erfolgen könnte.

Intendiert der Täter allerdings eine Beschreibung, die mit den sprachlichen Konventionen übereinstimmt und übertritt er diese sprachlichen Konventionen auch nicht unwissend, so genügt es für sein Verständnis z.B. in Bezug auf die gesetzlichen Merkmale des Unterschlagungstatbestands § 246 Abs. 1 StGB, wenn sich der Täter sagt: „Ich habe dem Y meinen PKW zur Sicherung eines Darlehens dergestalt hingegeben, dass ich den PKW fortan in einem Verhältnis besitze, vermöge dessen ich dem Y auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet bin. Außerdem habe ich mich mit Y geeinigt, dass das Eigentum übergehen soll. Dennoch habe ich mich gegenüber Z danach als Eigentümer des PKWs ausgegeben, dem Y den PKW weggenommen und Z diesen PKW verkauft.“

In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob der Täter tatsächlich auch den logischen Schluss gezogen hat, dass der PKW für ihn rechtlich fremd ist, d.h. im Eigentum einer anderen Person steht. Es reicht, dass er weiß: 1. Ich habe dem Y eine Position in Bezug auf meinen PKW eingeräumt, die so gestaltet ist, dass ich den PKW fortan in einem Verhältnis besitze, vermöge dessen ich dem Y auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet bin. 2. Ich habe mich mit Y geeinigt, dass das Eigentum übergehen soll. Damit weiß er genau das, was die technische Rechtssprache als Übereignung im Sinne der §§ 930, 868 BGB bezeichnet und was nach dem Gesetz die Wirkung besitzt, das Eigentum des PKW vom

bung garantieren zu können vermeint. Zu seiner Verteidigung verweist der *Verf.* auf einen prominenten Vertreter der Gegenauffassung, dass die Intension einer Aussage „mit Glück“ auch durch andere Worte zum Ausdruck gebracht werden kann: *Austin*, *Philosophical Papers*, 1961, S. 117 (123): „When a statement is true, there is, of course, a state of affairs which makes it true and which is toto mundo distinct from the true statement about it: but equally of course, we can only describe that state of affairs in words (either the same or, with luck, others).“ Näher ausgeführt hat *Austin* (a.a.O., S. 134 ff.) diese These in seiner komplizierten Abhandlung „How to Talk“.

Täter auf den Y übergehen zu lassen. Soweit mit einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nichts anderes als eine Ausdehnung hinreichender Tatbestandskenntnis über die durch die gesetzlichen Merkmale des Verbots gekennzeichnete Beschreibung des Sachverhalts hinaus auf alle Haupttatsachenbeschreibungen gemeint ist, lässt sich gegen diese Ausdrucksweise⁷ m.E. nichts Negatives einwenden.

III. Mögliche Irrtümer über Haupttatsachen

Hat nun der Täter die sprachlichen Konventionen richtig verstanden, so können zweierlei Irrtümer vorkommen. Der Täter kann sich einerseits vorstellen, dass der Sachverhalt Merkmale aufweist, die er in Wirklichkeit nicht aufweist, und andererseits, dass der von ihm vorgestellte Sachverhalt in Bezug auf ein strafrechtliches Verbot in einer Weise zu bewerten ist, in der er in Wirklichkeit nicht zu bewerten ist.

In Bezug auf die Verwirklichung von Merkmalen des Sachverhalts kann sich der Täter z.B. vorstellen, dass er dem Y eine Position in Bezug auf seinen PKW eingeräumt hat, die so gestaltet ist, dass er den PKW fortan in einem Verhältnis besitzt, vermöge dessen er dem Y auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, obwohl dies nicht zutrifft.⁸ Dann ist nach seiner Vorstellung der PKW für ihn fremd, und im Falle eines Weiterverkaufs an Z würde der vorgestellte Sachverhalt den Tatbestand einer Unterschlagung erfüllt haben. Das Handeln des Täters ist als strafbarer untauglicher Unterschlagungsversuch zu betrachten.

In Bezug auf das strafrechtliche Verbot kann sich der Täter z.B. vorstellen, dass das Weiterverkaufen eines zur Sicherung eines Darlehens übereigneten PKWs straflos ist. Dann hat er den Inhalt des strafrechtlichen Verbots nicht zutreffend erfasst. Ein derartiger Verbotsirrtum kann ihn nur in den engen Grenzen des § 17 StGB entlasten.

Beide Arten von Irrtümern können sich auf die Strafbarkeit positiv oder negativ auswirken: Die Verkenning des Sachverhalts durch die Vorstellung von Merkmalen, die zur Verwirklichung eines Verstoßes gegen ein strafrechtliches Verbot führen würden, wenn sie tatsächlich erfüllt wären, führt zum untauglichen Versuch. Die Verkenning des Sachverhalts durch die Vorstellung des Fehlens von Merkmalen, die zur Verwirklichung eines Verstoßes gegen ein strafrechtliches Verbot erforderlich wären, lässt den Vorsatz gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entfallen.

Die Verkenning des Inhalts des strafrechtlichen Verbots kann ebenfalls so beschaffen sein, dass nach der Vorstellung des Täters der Sachverhalt nicht gegen das Verbot verstößt – Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB –, oder so, dass der Sachverhalt gegen das Verbot verstößt – Wahndelikt.

⁷ Dazu *Mezger*, *Strafrecht*, 3. Aufl. 1949, S. 328; *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 3, 1919, S. 148 ff.

⁸ Verschiedene Gestaltungen sind denkbar, in denen sich eine derartige Vorstellung plausibilisieren ließe: Der Täter, der Kfz-Händler ist, bedient sich z.B. bei der Vereinbarung von Besitzmittlungsverhältnissen von Kraftfahrzeugen mehrerer Hilfspersonen, über deren exaktes Handeln er den Überblick verloren hat.

IV. OLG Stuttgart NJW 1962, 65

Eigentlich scheinen damit die denkbaren Konstellationen abgesteckt und kein Raum für Zweifelsfälle übrig zu bleiben. Wahndelikt und untauglicher Versuch scheinen ganz verschiedene Kategorien von Irrtümern zu bezeichnen, die nicht miteinander verwechselbar sind. Weshalb also entsteht hier Streit?

Es sei dies am Fall des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1961⁹ demonstriert: Der Angeklagte nahm bei einem Finanzierungsbüro ein Darlehen auf und unterzeichnete einen schriftlichen Vertrag, in dem er dem Gläubiger einen ihm gehörigen PKW zur Sicherung „übereignete“. Der Gläubiger ließ dem Angeklagten auf dessen Nachfrage jedoch erklären, er brauche den PKW nicht übergeben, sondern könne ihn in seinem Besitz zurückbehalten. Es wurde kein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB zwischen dem Angeklagten und dem Gläubiger vereinbart, sodass der Gläubiger nicht mittelbarer Besitzer im Sinne des § 930 BGB wurde und dementsprechend ein Übereignungstatbestand fehlte. Der Angeklagte ging dennoch davon aus, das Eigentum sei auf den Darlehensgeber übergegangen. Ungeachtet dessen verkaufte er ein Jahr später noch vor vollständiger Rückzahlung des Darlehens den PKW an einen Dritten.

Irrte sich hier der Angeklagte über den Sachverhalt oder über den rechtlichen Inhalt des Verbots des § 246 Abs. 1 StGB (gegenüber dem Gläubiger bzw. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber dem Dritten)?

Der Angeklagte hat den Sachverhalt gekannt. Er wusste, dass er eine Vereinbarung unterzeichnet hatte, in der er zur Sicherung dem Gläubiger einen ihm gehörigen PKW „übereignete“. Aber er wusste auch, dass er den PKW zurückbehalten hatte und dass zwischen ihm und dem Gläubiger kein Verhältnis im Sinne des § 868 BGB vereinbart war, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.

Insoweit hat er objektiv nicht gegen eine strafrechtliche Verbotsnorm verstoßen und die Beschreibung des Sachverhalts, dessentwegen die strafrechtliche Verbotsnorm nicht erfüllt ist, auch gekannt. Der Irrtum betraf die zivilrechtliche Bewertung und damit auch die auf der zivilrechtlichen durch den Begriff „fremde Sache“ aufbauende strafrechtliche Bewertung. Zwischen dem zivilrechtlichen Eigentumsbegriff und dem strafrechtlichen Merkmal „fremd“ kann insoweit nicht differenziert werden, da sie sich nach einhelliger Einsicht durch bloßen logischen Schluss ineinander überführen lassen. Wenn jede Haupttatsachenbeschreibung im oben genannten Sinne¹⁰ hinreicht, um dem Täter das zutreffende Wissen zu verschaffen, dann hat der Täter vorliegend den Sachverhalt zutreffend erfasst. Dies folgt zwingend aus unserem Ausgangspunkt. Der Irrtum des Angeklagten betraf le-

diglich die rechtliche Bewertung. Er dehnte den Inhalt des Verbots auf Sachen aus, die in Bezug auf die bloßen Vereinbarungen über eine Übereignung getroffen worden sind ohne das zusätzliche Element einer Übergabe oder der Verschaffung mittelbaren Besitzes. Diese unzutreffende rechtliche Vorstellung kann ihn aber mangels entsprechender rechtlicher Regelung nicht belasten.

Das OLG Stuttgart kam zum entgegengesetzten Ergebnis. Es verweist auf die „Parallelwertung in der Laiensphäre“.¹¹ Jedoch passt die Übertragung der Rechtsfigur nicht auf den vorliegenden Kontext, sondern trägt hier vielmehr nur zur Verwirrung bei. Die Rechtsfigur wurde entwickelt, um die Bedeutung von Sachverhaltsirrtümern betreffend normative Tatbestandsmerkmale zu relativieren. Der Täter hat den Sachverhalt zwar nicht unter der gesetzlichen Beschreibung erkannt, aber er hat ihn parallel in der Laiensphäre für sich doch so präzise beschrieben, dass von einem hinreichenden Wissen ausgegangen werden kann. Mit dieser Begründung lässt sich ein Tatbestandsirrtum ablehnen.

Aber im Fall des OLG Stuttgart geht es gar nicht um die Relativierung von Sachverhaltsirrtümern. Nach der vorliegenden Analyse ist vielmehr klar, dass der Sachverhalt richtig erfasst wurde. Es geht umgekehrt darum, dass die unzutreffende rechtliche Annahme der Strafbarkeit trotz zutreffend erfassten Sachverhalts nicht die Strafbarkeit begründen kann. Auch die Regel der Parallelwertung in der Laiensphäre kann diese Strafbarkeit nicht begründen. Das ist nicht ihre Funktion, ganz im Gegenteil wird diese Rechtsfigur hier in einem Kontext herangezogen, für den sie nicht geschaffen wurde. Während mithilfe der Parallelwertung in der Laiensphäre die Bedeutung eines Irrtums relativiert werden kann, ist es nicht möglich, umgekehrt unter Verweis auf diese Parallelwertung in der Laiensphäre eine bedeutungslose Fehlvorstellung zu einem strafbarkeitsbegründenden Tatentschluss hinaufzustilisieren.

V. Die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum

Die Vertreter der Versuchslösung, die die Entscheidung des OLG Stuttgart billigen würden, sehen in dem Irrtum des Täters einfach die Vorstellung eines – normativen – Tatbestandsmerkmals „fremd“, die nach allgemeinen Grundsätzen die Strafbarkeit begründe.¹² Nach *Puppe* gehört es nicht zum Begriff der Fremdheit, dass der Täter sich irgendwelche Vorstellungen darüber gemacht hat, wie der Eigentümer zu seinem Eigentum gekommen ist. Selbst wenn der Gesetzgeber die Entstehungsbedingungen des in einem Straftatbestand bezeichneten Rechtsverhältnisses ändern würde, d.h. wenn er in Bezug auf den Ausgangsfall das Zivilrecht ändern würde,

⁹ OLG Stuttgart, Urt. v. 21.7.1961 – 2 Ss 215/61 = NJW 1962, 65. Dazu *Puppe*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 275 (276).

¹⁰ Siehe unter II.

¹¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 21.7.1961 – 2 Ss 215/61 = NJW 1962, 65 (66); im Einklang mit der überwiegenden Rechtsprechung, siehe z.B. BGHSt 13, 235 (239 f.); 42, 268 (272 f.); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.9.2000 – 2b Ss 222/00 – 64/00 I = NJW 2001, 167.

¹² Z.B. *Puppe* (Fn. 9), S. 277: „Diese Vorstellung begründet den Vorsatz der Unterschlagung, gleichgültig, ob sie richtig ist oder falsch.“

würde dadurch nichts an den Anforderungen an den Vorsatz geändert. Der „Sinn des objektiven Unterschlagungstatbestands“ würde dadurch nicht geändert.¹³

Aber die dabei zugrunde gelegte Vorstellung von normativen Tatbestandsmerkmalen passt nicht für den Begriff der Fremdheit. Es mag normative Tatbestandsmerkmale geben, die etwas über einzelne vorhandene Erklärungen und Definitionen Hinausgehendes aussagen. So ist der Begriff der in Urkunde in § 267 StGB beispielsweise in keinem Gesetz verbindlich definiert. Daher mag es berechtigt sein, dem Begriff abweichend von der ständigen Rechtsprechung unter Berufung auf den Sinn und Zweck der Vorschrift eine eigene Definition zu geben.¹⁴ In solchen Fällen ist es zumindest verständlich, davon auszugehen, der Täter müsse nur das Ergebnis, den Sinn des normativen Tatbestandsmerkmals erfasst haben, nicht aber „die Entstehungsbedingungen“.

Jedoch passt eine solche Auffassung nicht zu solchen normativen Tatbestandsmerkmalen, die keinen Raum für eigene (Alltags-)Vorstellungen lassen, sondern termini technici einer strengen Fachsprache darstellen und deshalb einen abschließenden Sinn besitzen. Das Merkmal „fremd“ ist ein solches Merkmal. Es verweist auf das im BGB abschließend geregelte Privateigentum mit allen seinen feinen Verästelungen. Bei derartigen Merkmalen ist die Trennung zwischen den Entstehungsbedingungen des Rechtsverhältnisses und dem Rechtsverhältnis selbst nicht berechtigt, denn die Entstehungsbedingungen gehören zu den konstitutiven Merkmalen des Privateigentums dazu. Wenn der Angeklagte im Fall des OLG Stuttgart Eigentümer war, kann das Finanzierungsbüro nur durch die Übereignungstatbestände der §§ 929 ff. BGB Eigentümer werden. Sonst ist es eben nicht Eigentümer. Wer die Ausgangslage kennt, dass der Angeklagte Eigentümer war, und dennoch behauptet, das Finanzierungsbüro könne eine Position innehaben, die das deutsche Recht mit Privateigentum gleichsetzt, ohne dass ein Übereignungstatbestand erfüllt ist, hat den Sinn des Privateigentums nicht erfasst und nicht etwa „nur“ die Entstehungsbedingungen, die von diesem Sinn nicht getrennt werden können.

Insofern ist es auch nicht richtig, dass der „Sinn des objektiven Unterschlagungstatbestands“ nicht geändert würde, wenn der Gesetzgeber die Entstehungsbedingungen ändern würde. Es kann leicht eine so gravierende Änderung erdacht werden, dass dies offensichtlich wird. Ein Beispiel wäre die gesetzliche Bestimmung, dass alles Privateigentum von einem bestimmten Zeitpunkt an dem Staat zustehe und nur noch von einer staatlichen Institution auf eine andere übertragen werden könnte. Eine solche Gesetzesänderung sozialistischer Prägung würde den ursprünglichen Charakter des Diebstahls als Delikt in erster Linie zum Schutz des Privateigentums völlig verändern.

VI. Existenz von Normen und Institutionelle Tatsachen

Als weiteres Argument führt *Puppe* an, der Täter irre in einer Konstellation wie dem Ausgangsfall über Rechtsverhältnisse, nicht über Rechtsnormen. Rechtsverhältnisse seien keine Normen, sondern institutionelle Tatsachen. Auf derartige institutionelle Tatsachen würden Tatbestandsmerkmale verweisen, die Rechte und Rechtsverhältnisse beschrieben. Diese Tatsache müsse der Täter kennen, um im Sinne eines Tatbestands vorsätzlich zu handeln, der ein solches Rechtsverhältnis als Merkmal aufweist.¹⁵

Aber auch dieser Gedanke löst sich bei näherer Betrachtung ins Nichts auf: Rechtsverhältnisse sind in der Tat institutionelle Tatsachen. Jedoch ist es falsch, Irrtümer über solche Tatsachen mit Irrtümern über Rechtsnormen zu kontrastieren. Irrtümer sind falsche Annahmen über die Wirklichkeit. Der Täter kann sich also nur irren, indem er von derartigen falschen Annahmen ausgeht. Es trifft insofern zu, dass ein Irrender (eventuell schweigend, für sich) einen konstatierenden Sprechakt vollzieht, keinen normativen Sprechakt. Aber er kann diesen konstatierenden Sprechakt auch auf Rechtsnormen beziehen, genauer auf die Existenz von Rechtsnormen.¹⁶ Rechtsverhältnisse werden durch Aussagen beschrieben, die feststellen, dass bestimmte Rechtsnormen in der normativen Wirklichkeit eines Rechtssystems existieren, und darüber kann sich ein Täter irren.

Genau dies ist bei einem typischen Wahndelikt der Fall, dass der Täter die Existenz einer Rechtsnorm annimmt, die nicht zum wirklichen Rechtssystem gehört. Davon unterscheidet sich in keiner Weise qualitativ der Irrtum über Rechtsverhältnisse, denn diese können auch nur durch Aussagen über die Existenz bestimmter Rechtsnormen umschrieben werden.

Insofern ist es unrichtig, den Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale als Irrtum über Rechtsverhältnisse zu umschreiben. Die relevante Unterscheidung geht vielmehr quer durch die Irrtümer über Rechtsverhältnisse, je nachdem woran genau das korrekte Verständnis des Täters für die Situation scheitert, an der Verkennung von Rechtsregeln oder an der Verkennung des nichtrechtlichen (singulären) Sachverhalts. Hier kommt uns wieder die Beobachtung des verehrten Jubilars zustatten, die Unterscheidung zwischen Regeln und singulären Sachverhalten könne Strukturen verdeutlichen.¹⁷ Nicht derjenige befindet sich in einem Tatbestandsirrtum, der im Zusammenhang mit normativen Tatbestandsmerkmalen über die Rechtsregeln irrt, sondern derjenige, der die Rechtsregeln verstanden hat, aber über den Sachverhalt irrt, soweit es sich um einen nichtrechtlichen Sachverhalt handelt. Nicht derjenige irrt sich im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB darüber, dass er eine Urkunde verfälscht, der weiß, dass es nicht richtig ist, an den Strichen auf dem Bierfilz herumzuradiieren, jedoch die Bezeichnung Urkunde mit dem Bierfilz nicht verbinden will. Sondern derjenige irrt sich im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB darüber, dass er eine

¹³ *Puppe* (Fn. 9), S. 281 mit zustimmendem Hinweis auf *Herzberg*, JuS 1980, 469 (473).

¹⁴ Wie es z.B. bei *Puppe/Schumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 267 Rn. 17 geschieht.

¹⁵ *Puppe* (Fn. 9), S. 277.

¹⁶ Siehe näher zu dieser Auffassung bereits *Toepel* (Fn. 3), S. 126 ff.

¹⁷ Siehe oben bei Fn. 1 und 2.

Urkunde verfälscht, der nicht erkennt, dass die unschönen Striche auf dem Bierfilz Beweisfunktion für den Wirt haben, gleich ob er weiß, dass er Unterlagen nicht verfälschen darf, die dem Wirt als Beweismittel dienen, oder nicht.

Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Unterscheidung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt sich nach der Art richtet, in der das korrekte Verständnis des Täters für die Situation scheitert. Einen untauglichen Versuch begeht, wer lediglich irrig einen singulären Sachverhalt annimmt, der unter die korrekt verstandene Norm zu subsumieren wäre, wenn er zuträfe. Ein Wahndelikt liegt hingegen vor, wenn der Täter den singulären Sachverhalt zutreffend erkannt hat, ihn aber lediglich unter eine angenommene Rechtsnorm subsumiert, von der er annimmt, dass sie existiert, während sie in der normativen Wirklichkeit des Rechtssystems nicht existiert.

Untauglicher Versuch wäre es also, wenn der Täter sich vorstellt, Striche auf dem Bierfilz auszuradiieren, die dem Wirt als Beweis für die vom Tischnachbarn getrunkenen Biere dient, während es sich in Wirklichkeit um das bewusst dem Wirt zum Wegwerfen überlassene Filz handelt, auf dem ein Stammtischbruder am Vorabend seine gewonnenen Skatrunden festgehalten hatte. Ebenso wäre es ein untauglicher Versuch bei Abwandlung des Falles des OLG Stuttgart dergestalt, dass der Angeklagte sich vorgestellt hätte, er habe mit dem Finanzierungsbüro die Vereinbarungen getroffen, die für das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 930 BGB erforderlich sind, da er aus Geistesabwesenheit bereits die genauen Vereinbarungen mit dem Finanzierungsbüro wieder vergessen hat.

Auf der anderen Seite liegt ein Wahndelikt vor, wenn der Wirt dem Täter mitgeteilt hat, dass das Bierfilz noch von einem Stammtischbruder zurückgelassen worden sei mit den Worten, der Wirt könne es entsorgen, wenn der Täter aber dennoch annimmt, das Ausradieren der Striche auf einem solchen Bierfilz stelle eine strafbare Urkundenfälschung dar. Und ein Wahndelikt ist dementsprechend auch der Fall des OLG Stuttgart. Es bestätigt sich das bereits oben unter IV. gefundene Ergebnis.

VII. Verhalten des Täters als Normwiderspruch

Wenn wir die zu Beginn zitierte Warnung des verehrten Jubilars ernstnehmen wollen, weitere normative Konsequenzen aus der Unterscheidung müssten im Wege der Argumentation begründet werden, die den strukturellen Unterschieden ihrerseits überzeugend Wertungsdifferenzen zuordnet, worin besteht dann hier das entscheidende Sachargument für eine derartige Differenzierung?

Nur der Täter des untauglichen Versuchs widerspricht der geltenden Rechtsordnung in Bezug auf eine bestimmte Strafnorm: Er hat das Recht verstanden, und wenn seine Vorstellung von den nichtrechtlichen Elementen der Situation wahr wäre, in der er sich befindet, dann würde er gegen das Strafrecht verstoßen. Ist die Vorstellung des Täters bekannt, dann lässt sich sein Verhalten als Widerspruch gegen eine existierende Strafnorm verstehen. Die Strafverfolgungsbehörden

dürfen diesen Widerspruch im Sinne *Hegels*¹⁸ nicht unwidersprochen lassen, wollen sie die Geltung der Strafnorm aufrechterhalten.

Der Täter des Wahndelikts hingegen widerspricht nicht der geltenden Rechtsordnung, sondern einer eingebildeten Norm, die nicht zur Rechtsordnung gehört.¹⁹ Objektiv bedeutet sein Verhalten keinen Widerspruch zur Rechtsordnung, und wenn seine subjektive Vorstellung bekannt ist, lässt sich sein Verhalten immer noch nicht als Verstoß gegen eine existierende Strafnorm verstehen, sondern nur als Verstoß gegen eine eingebildete Strafnorm. Strafe könnte hier nur den Zweck haben, die allgemeine Haltung des Täters zu korrigieren, dass es ihn nicht stört, dass der Staat seiner Ansicht nach sein Verhalten nicht billigt. Jedoch besteht kein Strafbedürfnis, solange nicht der generelle Ungehorsam dem Staat gegenüber sanktioniert werden soll, sondern der Verstoß gegen bestimmte Strafnormen. Lediglich eine extreme Variante der negativen Generalprävention könnte eine derartige Sanktion stützen, bereits nicht jedoch eine negative Generalprävention, die durch das Maß einer gerechten Strafvergeltung limitiert ist.

Wenn der Angeklagte im Fall des OLG Stuttgart bis an sein Lebensende den Willen hätte, in vergleichbaren Fällen sein Auto vor Darlehensrückzahlung an einen Dritten zu verkaufen, muss es das Rechtssystem bzw. die Strafverfolgungsbehörden nicht interessieren, dass er damit meint, den Unterschlagungstatbestand zu verwirklichen, sofern er im Übrigen gewillt ist, keine Rechtsverstöße zu begehen. Der Angeklagte hat hier lediglich vor, eine Rechtsnorm zu verletzen, nach der es verboten ist, dass sich der Eigentümer nach unwirksamer Übereignung seines Autos an einen anderen noch als Eigentümer geriert, und diese Rechtsnorm zählt nicht zur geltenden Rechtsordnung. Es bedarf also auch nicht etwa generell der nachdrücklichen Betonung der Existenz einer solchen Rechtsnorm, um das Fortbestehen einer Norm des Rechtssystems zu sichern.

VIII. Zum sogenannten Umkehrschluss

Teilweise wird schließlich ein sogenannter Umkehrschluss²⁰ als selbständiges Argument für die Versuchslösung angeführt, wonach folgendermaßen geprüft wird, ob ein untauglicher Versuch oder ein Wahndelikt vorliegt: Wenn objektiv die untaugliche Situation durch eine Tatbestandsverwirklichung ersetzt wird und subjektiv die positive Fehlvorstellung

¹⁸ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 99.

¹⁹ Treffend bringt *Kindhäuser*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 325 (337), dies dadurch zum Ausdruck, dass er schreibt, die positiven Fehlvorstellungen über die Eigenschaften normativer Merkmale könnten – im Gegensatz zu den entsprechenden Fehlvorstellungen über die Eigenschaften deskriptiver Merkmale – auf (rechtlich) Unmögliches gerichtet sein.

²⁰ Bereits seit dem Reichsgericht, RGSt 42, 92 (94); 66, 124 (126); 72, 109 (112); ebenso BGHSt 13, 235 (239 f.); 42, 268 (272 f.); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.9.2000 – 2b Ss 222/00 – 64/00 I = NJW 2001, 167.

im Sinne einer Tatbestandsverwirklichung in eine negative Fehlvorstellung verwandelt wird, liegt dann ein Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor? Sei dies der Fall, so ergebe sich daraus im Umkehrschluss, dass der Täter einen untauglichen Versuch begangen habe, denn der untaugliche Versuch sei ein umgekehrter Tatbestandsirrtum²¹ in dem Sinne, dass sich der Täter positiv eine Tatbestandsverwirklichung vorstelle, während der sich im Tatbestandsirrtum befindende Täter sich negativ Umstände vorstelle, aus denen sich keine Tatbestandsverwirklichung ergibt.

Der Umkehrschluss ist ein logisch einwandfreier Schluss,²² aber wie bei allen logischen Schlüssen ist es notwendig, sich den Inhalt der Prämissen des Schlusses genau anzusehen, da leicht zu weitgehende Folgerungen aus einer derartigen bloß formalen Gleichsetzung gezogen werden. Es kommt bereits auf die Formulierung der den Umkehrschluss vorbereitenden Feststellung an: Es muss genau konstatiert werden, welche Tatbestandsverwirklichung der Vorstellung des Täters entspricht. Wenn dies beachtet wird, ergibt sich, dass im Fall des OLG Stuttgart die Vorstellung des Täters gerade nicht der einer Unterschlagung entsprach, denn ob eine Unterschlagung vorliegt oder nicht, richtet sich danach, ob der Täter sich in Bezug auf eine fremde Sache als Eigentümer geriert, und fremd war die Sache nun einmal nicht. Dass der Täter zusätzlich annahm, die Sache sei trotz aller ihm bekannten Einzelheiten der Situation fremd, ist ein bloßer Subsumtionsirrtum. Nicht was der Täter laienhaft mit einem bestimmten Begriff als Unterschlagung kennzeichnet, ist für das Rechtssystem ausschlaggebend, sondern die tatsächliche Ansicht des Gesetzgebers, der in § 930 BGB seine Vorstellung von dem Fremdwerden (ebenso wie dem darauf beruhenden Fremdsein) einer bislang eigenen Sache präzise niedergelegt hat. Wenn der Täter sich positiv keine Unterschlagung vorgestellt hat, sondern ein anderes, in dieser Rechtsordnung nicht existierendes Delikt, verlangt der Umkehrschluss, das genaue Gegenteil der positiv irrelevanten Vorstellung zu betrachten, also eine negativ irrelevante Vorstellung. Hätten objektiv die Voraussetzungen einer Unterschlagung vorgelegen, so hätte den Täter nicht entlasten können, dass er sich nicht strafbar wähnte, da er nur strafbar sei, wenn er sein Eigentum dadurch verliere, dass er kein Besitzkonstitut vereinbart hätte. Die negative Fehlvorstellung über den Inhalt des Merkmals fremd ist genauso irrelevant für die Entlastung des Täters wie eine entsprechende positive Fehlvorstellung für die Belastung des Täters irrelevant ist. Es liegt also bei Bildung des Parallelfalles einer negativen Fehlvorstellung in Bezug auf OLG Stuttgart kein Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor, und daraus folgt im Umkehrschluss, dass auch kein untauglicher Versuch, sondern nur ein Wahndelikt gegeben sein kann.²³

IX. Ergebnis

Zumindest bei abschließend gesetzlich definierten normativen Tatbestandsmerkmalen wie dem Merkmal „fremd“ schlägt ein Irrtum über die außerstrafrechtliche Rechtslage auf das Strafrecht dergestalt durch, dass ein Wahndelikt vorliegt, wenn objektiv das Merkmal mangels bestimmter Einzelheiten der rechtlichen Definition nicht erfüllt ist, der Täter aber wegen falscher rechtlicher Vorstellungen sein Verhalten dennoch als Tat im Sinne des Strafrechts subsumiert. Ein solcher Täter wähnt nur, einer Strafnorm zu widersprechen, während die vorgestellte Strafnorm in Wirklichkeit nicht existiert. Wenn derartige Verhaltensweisen straflos bleiben, gefährden sie nicht die soziale Wirklichkeit des Rechtssystems, da der Täter dem Rechtssystem gar nicht widersprochen hat. Eine solche Lösung vermeidet auch einen Bruch zur Behandlung des Irrtums über die Merkmale einer blankett-ausfüllenden Norm.

Die Ansicht der sogenannten Versuchslösung, die beim Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale von einem untauglichen Versuch ausgeht, muss auf einen überkommenen strafrechtlichen Unrechtsbegriff zurückgreifen, der die abschließenden Bestimmungen eines besonderen Rechtsgebiets, auf das das normative Merkmal verweist, nicht ernst nimmt. Die zunehmende Kritik an dem diffusen Rechtsgutsbegriff sollte auch auf einen solchen gegenüber der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Rechtslage verselbständigten Unrechtsbegriff übergreifen, jedenfalls in solchen Fällen, in denen das Strafrecht unbestritten und abschließend auf die Beurteilung in anderen Rechtsgebieten verweist.

Richtigerweise ist der Täter wegen untauglichen Versuchs nur strafbar, wenn er zeigt, dass er eine existierende Strafnorm nicht anerkennt. So verhält es sich lediglich, wenn der Täter die nichtrechtlichen Merkmale des singulären Sachverhalts in dem Sinne verkannt hat, dass der Täter objektiv gegen die Strafnorm verstoßen hätte, wenn der Sachverhalt der Vorstellung des Täters in einem solchen Fall entsprochen hätte.

²¹ BGHSt 42, 268 (272 f.); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.9.2000 – 2b Ss 222/00 – 64/00 I = NJW 2001, 167.

²² Siehe *Puppe* (Fn. 9), S. 286 f.

²³ Wie hier im Ergebnis *Bülte*, NStZ 2013, 65; *Burkhardt*, GA 2013, 346 (354 f.); *Dopslaff*, GA 1987, 1; *Kindhäuser* (Fn. 19), S. 342; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatz-ausschließendem und nicht vorsatz-ausschließendem Irrtum,

1987, S. 562 ff.; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 256 ff.; *Schroth*, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, S. 77 ff.; *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (a.a.O.), § 22 Rn. 40 ff.