

Struktur und Gegenstand
des
Unrechtsbewusstseins

von
Yu-Chuan Wang

Erstgutachter: Prof. Dr. Roland Hefendehl
Zweitgutachter: Prof. Dr. Walter Perron
Tag der mündlichen Prüfung: 25.~27., Juli, 2011
Dekan: Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M.
Dissertationsort: Freiburg
Erscheinungsjahr: 2011

Inhalt

§ 1	Einleitung.....	4
I.	Übersicht.....	4
1.	Die Irrtumsregelung im StGB und die Irrtumsunterscheidung..	4
2.	Unrechtsbewusstsein, Unrechtseinsicht und Vermeidbarkeit ...	5
II.	Die grundlegenden Standpunkte der vorliegenden Arbeit.....	7
1.	Die Bedeutung der Irrtümer.....	7
2.	Das komplementäre Verhältnis von Unrechtseinsicht und Verbotssirrtum	8
III.	Das Ziel der Arbeit	9
1. Teil	Die Struktur des Unrechtsbewusstseins – und seine Rolle in der Verbrechenslehre	12
§ 2	Fragestellung	12
§ 3	Die voluntative Komponente im Unrechtsbewusstsein.....	14
I.	Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.....	14
II.	Die Annahme der voluntativen Komponente	17
1.	Der Wille als Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs? – aus kriminalpolitischer Beobachtung	17
2.	Der Gegenstand des Wissens und Wollens im Unrechtsbewusstsein.....	20
3.	Der Wille als das in § 17 StGB konkludente Element des Unrechtsbewusstsein	25
§ 4	Die Kriterien für die Unrechtseinsicht.....	28
I.	Keine Anwendbarkeit der Maßstäbe des Vorsatzes auf das Unrechtsbewusstsein	28
II.	Die Grenze zwischen Unrechtseinsicht und Verbotssirrtum	32
1.	Das Kriterium des „Für-möglich-Haltens“	33
2.	Stellungnahme und Beschränkung	36
3.	Das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht	38
a.	Die Herkunft und die staats- und strafrechtlichen Wurzeln des Gesetzlichkeitsprinzips.....	39
b.	Die Beschaffenheit des Bestimmtheitsgebots.....	42
aa)	Der sog. doppelte Zweck	42
bb)	Die Generalprävention und das Bestimmtheitsgebot	44
cc)	Zwischenergebnis	45

4.	Unrechtszweifel bei objektiv unklarer Rechtslage	46
a.	Der Leitgedanke zum Problem	47
b.	Bedenken und Antworten	50
c.	Die von der Judikative verursachte objektive Unklarheit der Rechtslage.....	51
aa)	Der Dissens zwischen ungleichrangigen Gerichten oder zwischen Rechtsanwender und Rechtsadres- saten	52
bb)	Der Dissens zwischen gleichrangigen Gerichten ...	53
5.	Das Dilemma zwischen Tun und Unterlassen	55
§ 5	Die aktuelle und potenzielle Unrechtseinsicht – eine Skizze der Ver- meidbarkeit	57
I.	Die aktuelle Unrechtseinsicht und ihre Form	57
II.	Die Potenzialität als ein Synonym für Vermeidbarkeit.....	60
III.	Das vermittelnde Kriterium für die Vermeidbarkeit der Unrechts- einsicht.....	62
1.	Mögliche Betrachtungs- und Erwägungsweisen	62
2.	Die Vermeidbarkeit und die Möglichkeit einer vorwerfbaren Willensbildung.....	64
3.	Die Kriterien der Vermeidbarkeit und die Rechtserfor- schungspflicht.....	66
4.	Die Feststellung der Vermeidbarkeit mit dem vermittelnden Kriterium	70
2. Teil	Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins.....	74
§ 6	Die mit dem Recht verwandten Normenarten	77
I.	Die Trennung zwischen rechtlichen und sittlichen Normen in der Irrtumslehre	78
1.	Die Position der h. M.....	78
2.	Fragestellung	79
a.	Die Trennung als die unentbehrliche Voraussetzung.....	79
b.	Die Entscheidungsfrage nach der Trennung.....	80
II.	Die Vielfalt der Abgrenzungskriterien.....	83
1.	Das Recht als ethisches Minimum.....	83
2.	Rechtliche Sanktionen als ethisches Maximum	85
a.	Das Unrechtsbewusstsein als subjektives Verbrechens- merkmal.....	86
b.	Die motivationalen Hintergründe für die Einhaltung der Normen	88

3.	Exkurs: das Unrechtsbewusstsein innerhalb und außerhalb des Kernstrafrechts	90
a.	Innerhalb des Kernbereichs des Strafrechts.....	90
b.	Außerhalb des Kernbereichs des Strafrechts	91
c.	Argumentation für das Ausscheiden des moralischen Bewertungsmaßstabs	92
§ 7	Die Sozialschädlichkeit	97
I.	Die Sozialschädlichkeit im Verbrechenaufbau.....	97
II.	Die Relevanz der Sozialschädlichkeit im materiellen Verbrechensbegriff	99
§ 8	Die (beliebige) Rechtsnorm als Gegenstand des (strafrechtlichen) Unrechtsbewusstseins.....	102
I.	Die Kritik an der h. M.	103
1.	Das Argument der Auslegungsmethoden.....	103
2.	Die Inkompatibilität der Annahme der Teilbarkeit und des sog. doppelten Verbotsirrtums mit der h. M.	104
3.	Die verbindliche materiale Wertordnung des Rechts als Gegenstand der Unrechtseinsicht	105
4.	Die Differenz zwischen der Kenntnis des strafbaren Unrechts und der Rechtswidrigkeit anderer Art als das Kriterium der Strafzumessung?	106
II.	Resümee: Das strafbare Unrecht als Gegenstand des Unrechtsbewusstseins	107
1.	Der Verbotsirrtum als eine regulative Idee	107
2.	Der Schuldgedanke und der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins	108
3.	Der positive Generalpräventionsgedanke und der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins.....	108
	Literaturverzeichnis	111

§ 1 Einleitung

I. Übersicht

1. Die Irrtumsregelung im StGB und die Irrtumsunterscheidung

Durch die im Jahr 1975 bekannt gemachten strafrechtlichen Irrtumsregeln der §§ 16 und 17 StGB hat der Gesetzgeber eine neue Epoche des Strafrechts eingeleitet. Immer noch ist strittig, wie das Unrechtsbewusstsein in den Verbrechenaufbau einzuordnen ist und zu welchen strafrechtlichen Rechtsfolgen dessen Fehlen führen sollte. Bei der Frage danach, ob der unvermeidbare Verbotsirrtum zum Vorsatzausschluss oder zum Schuldabschluss führt, hat der Gesetzgeber eine Entscheidung für das Letztere getroffen. In der einschlägigen Literatur wird diese Entscheidung zumeist als das Ende des Streits zwischen der Vorsatztheorie und der Schuldtheorie angesehen.¹ Trotz dieser Meinungsverschiedenheit in der Wissenschaft ist seitdem eine strafatsystematisch orientierte Irrtumslehre kodifiziert worden. Es lässt sich nicht verleugnen, dass der Gesetzgeber die Regelung zu den Irrtümern gezielt an die Stufen des heutigen Verbrechenaufbaus, also an das Unrecht (Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit) oder die Schuld, anknüpfen wollte. Denn nach den einschlägigen Rechtssätzen werden die Irrtümer in zwei Gruppen gegliedert, welche der Kategorisierung des Verbrechenaufbaus entsprechen. Heutzutage werden die Irrtümer jeweils als Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bezeichnet, während bei der damals vom RG vertretenen Irrtumsunterscheidung sie als (relevanter) Tat- und (irrelevanter) Rechtsirrtum klassifiziert worden sind. Diese gesetzliche Abgrenzung wird auch „*vertikale Irrtumsunterscheidung*“ genannt und im Vergleich zu der vom RG aufgestellten „*horizontalen Irrtumsunterscheidung*“ als „*strafatsystematisch orientierte Irrtumslehre*“ bezeichnet.²

Aus diesen zwei Irrtumsunterscheidungen könnte man schließen, dass allgemein für die Irrtumslehre die beiden folgenden Aspekte entscheidend sind: Zum einen

¹ BVerfGE 41, 121, 122; *Maurach/Zipf*, AT/1, 37/32; *SK/Rudolphi*, 17/1; *Roxin*, AT/1, 21/7 ff.; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben*, 15/104, 17/3; *SSW-StGB/Momsen*, 17/1; *Lackner/Kühl* 17/1; *MüKo/Joelcks*, 17/1; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 2; *NK/Neumann*, 17/1; *LK/Schroeder* 17/3; *LK/Vogel*, 17/3; *MüKo/Joelcks*, 17/1; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), S. 869; *Schroth*, Arthur Kaufmann-FS, S. 595; *Walter*, Kern, S. 336. Ebenso *Baumann*, Welzel-FS, S. 534 f.; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 20/31, 21/39 wenngleich die Vorsatztheorie vertreten wird, ist die Ansicht dabei vom geltenden Gesetz aus anerkannt; a. M. *Schmidhäuser*, LB 10/56; *ders.*, JZ 1979, 368 f.; *Langer*, GA 1976, 213 ff.

² *Kuhlen*, Unterscheidung, S. 121 ff., 125, 128 f.

der Gegenstand der subjektiven Seite des Verhaltens, wodurch die horizontale Irrtumsunterscheidung alle Irrtümer in zwei Gruppen einteilt; zum anderen die Klassenbildung der Verbrechenselemente, also der Ausgangspunkt der vertikalen Irrtumsunterscheidung. Gewissermaßen sind nur diese beiden Überlegungen für die Irrtumsunterscheidung von Bedeutung und spielen daher in der Irrtumslehre eine große Rolle: Mit Hilfe des Gegenstands der subjektiven Seite des Täters lassen sich die Extension und Intension verschiedener Irrtümer kenntlich machen; eine dogmatische Klassenbildung der Verbrechenselemente soll dabei helfen, die Rechtsfolgen eines strafrechtlich relevanten Irrtums gemäß dem Straftatsystem festzustellen, d. h., ein Irrtum über Tatumstände schließt den (Tatbestands-)Vorsatz aus, ein unvermeidbarer Verbotsirrtum die Schuld.

Ausgehend von diesen beiden wichtigen Ausgangspunkten, nämlich der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen den subjektiven Elementen und dem Wissensobjekt sowie der Lokalisierung der verschiedenartigen Irrtümer im Verbrechenaufbau, wird in der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen, eine Definition des Unrechtsbewusstseins zu finden und dessen Funktion im Straftatsystem zu bestimmen.

2. Unrechtsbewusstsein, Unrechtseinsicht und Vermeidbarkeit

Für das Unrechtsbewusstsein ist lediglich die richtige Kenntnis des Verbotenseins einer Handlungsweise entscheidend, nicht dessen Anerkenntnis;³ das strafrechtliche Unrechtsbewusstsein ist der h. M. nach dann gegeben, wenn der Täter seinen Willen zum Verstoß gegen die jeweilige Norm in Kenntnis des Verbotenseins oder Gebotenseins der bestimmten Verhaltensweise durch Tatbestandsverwirklichung zum Ausdruck bringt. Fehlt dem Täter hingegen die Unrechtseinsicht, so liegt das Unrechtsbewusstsein nicht vor und er erliegt einem Verbotsirrtum.

Die Vermutung liegt nahe, dass sich von verschiedenen Standpunkten aus voneinander abweichende Bewertungen ergeben könnten. Im Vergleich zu dem alten chinesischen Sprichwort „*wer es (das Unrecht/Verbotensein seines Verhaltens) nicht weiß, handelt ohne Schuld*“⁴ befürworteten die meisten westlichen Strafrechtswissenschaftler die auf *Aristoteles*⁵ zurückgehende Gegenauffassung "error

³ Vgl. *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 144: *Puppe*, AT, 19/5.

⁴ Aus der ähnlicher Perspektive ist *Arthur Kaufmann* der Meinung, aus der Sicht des Staates sei über den Täter, dem das Unerlaubte seiner Tat nicht bewusst war, ein Schuldurteil unzuträglicher als ein Freispruch, vgl. *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 22.

⁵ Vgl. z. B. *Welzel*, Naturrecht, S. 36. Nach der Auffassung *Arthur Kaufmanns* ist der Täter unzurechenbar, wenn seine Freiwilligkeit aufgrund des Rechtsirrtums aufgehoben sein könne, mithin könne sich der Täter ausnahmsweise nicht auf einen Rechtsirrtum berufen, wenn es sich um solche Vorschriften des positiven Rechts handle, deren Kenntnis man allgemein voraussetzen müsse. D. h., die Unkenntnis bezüglich der obersten Prinzipien des Naturrechts entlaste die Verantwortlichkeit

juris nocet⁶, error facti non nocet (Rechtsirrtum schadet, tatsächlicher Irrtum schadet nicht)". Dieser Dissens könnte den Eindruck vermitteln, dass, wenn man sich mit der Problematik des Unrechtsbewusstseins befasst, seit jeher Unterschiede zwischen unterschiedlichen Wertungssystemen bestehen, sowohl hinsichtlich der Argumentation über das Unrechtsbewusstsein als auch hinsichtlich des Verständnisses des Täters von den Rechtsnormen. Daher ist es nicht erstaunlich, dass auch der Bürger aufgrund seines Fassungsvermögens, seiner Lebenserfahrung und anderer innerer Umstände die Vorschriften anders als der Gesetzgeber bzw. der Richter verstehen kann.

Hier stellt sich nun die Frage, wie es zu beurteilen ist, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung zwar die zu einem bestimmten Straftatbestand gehörenden objektiven Tatbestände richtig erkannt hat, aber trotzdem den objektiv widerrechtlichen Handlungsentschluss fasst und in die Tat umsetzt, weil er sich des Verbotsens seiner Handlung überhaupt nicht bewusst ist. Bei dieser Frage konzentriert sich die strafrechtliche Diskussion seit jeher auf die zwei folgenden Streitpunkte: Zum Ersten auf das den Straftataufbau betreffende Dilemma, ob das Unrechtsbewusstsein ein Bestandteil des Vorsatzes oder ein Schuldelement sein soll; zum Zweiten auf die Begriffe der Vermeidbarkeit und der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums, die der Richter bei seiner Entscheidung nach pflichtgemäßen Ermessen berücksichtigen muss. Folgt man der Judikatur des BGH, dessen Auffassung in Übereinstimmung mit der überwiegenden Literaturmeinung (Schuldtheorie) steht, so ist das Unrechtsbewusstsein als ein vom Tatbestandsvorsatz sich unterscheidendes, selbstständiges Schuldelement anzusehen.⁷ Fehlt dem Täter die Unrechtseinsicht, so könne dies gemäß der gesetzlichen Verbotsirrtumsregelung von § 17 StGB zu folgenden beiden voneinander verschiedenen Rechtsfolgen führen – entweder zu der Strafmilderung oder der Schuldtausschließung, je nachdem, ob das Fehlen der Unrechtseinsicht als vermeidbar oder unvermeidbar angesehen wird: Der unvermeidbare Verbotsirrtum lässt die Schuld entfallen (§ 17 S. 1 StGB); beim vermeidbaren Verbotsirrtum wird dagegen die Schuld nicht ausgeschlossen und es ist nur eine fakultative Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB möglich (§ 17 S. 2 StGB). Daher ist ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges Handeln nur dann schuldhaft, wenn der Täter in der Lage war, die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung zu erkennen⁸. Dies ist allgemein als eine verbindliche Entscheidung des Gesetzgebers für die Schuldtheorie zu verstehen.⁹

der Täter nicht, sondern bringe Gründe für die Strafbarkeit vor. S. *ders.*, Parallelwertung, S. 4 f.

⁶ Vgl. RGSt 2, 269. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht bis in die letzte Zeit seines Bestehens beharrlich vertreten.

⁷ Vgl. nur BGHSt 2, 194, 205.

⁸ Vgl. Stellvertretend *Welzel*, Strafrechtssysteme, S. 61.

⁹ Dazu s. Fn. 1.

II. Die grundlegenden Standpunkte der vorliegenden Arbeit

Der vorliegenden Arbeit liegen zwei Standpunkte zugrunde, die sehr eindeutig, fundamental und auch unverzichtbar zu sein scheinen, wenn man das Unrechtsbewusstsein in der Strafrechtswissenschaft thematisieren möchte: Erstens die Bedeutung der strafrechtlich relevanten Irrtümer, scil. die Strafbarkeit der Handlung ausschließende Nichtübereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit (s. u. 1); zweitens das Verhältnis zwischen Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum (s. u. 2).

1. Die Bedeutung der Irrtümer

Eine Definition des Worts „Irrtum“ darf in der folgenden Untersuchung nicht fehlen. Im eigentlichen Sinne beschreibt der Begriff des Irrtums eine unbewusste Nichtübereinstimmung von der subjektiven Vorstellung des Täters und der objektiven Wirklichkeit.¹⁰ Aber vereinzelt wird auch die Auffassung vertreten, dass den heutigen gesetzlichen Irrtumsregelungen und der ganz überwiegenden Meinung nach dies eine unbedeutende Rolle in der Irrtumslehre spiele, denn der Täter ver falle bereits dann in einen strafrechtlich relevanten Irrtum, wenn er bei Begehung der Tat einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand nicht kenne (§ 16 StGB) oder ihm die Einsicht fehle, Unrecht zu tun (§ 17 StGB). D. h., bereits die bloße Unkenntnis des Sachverhalts oder des Rechts genüge für die Bejahung des strafrechtlichen Irrtums.¹¹ Daher hinge die Annahme eines Irrtums im strafrechtlichen Sinne nicht nur von der „Nichtübereinstimmung“ zwischen subjektiver und objektiver Seite, sondern auch davon ab, dass der Täter keine zutreffende Vorstellung über die tatsächlichen und rechtlichen Umstände seiner Handlung habe.¹²

Die oben genannte Ansicht *Arthur Kaufmanns* ist aber in ihrer Logik nicht stimmig und überzeugt daher nicht. Dazu ist hier kurz anzumerken: Gegenüber anderen sprachlichen Formen haben Sätze die Eigentümlichkeit, dass sie wahr oder falsch sein können und daher als sinnvoll zu bejahen oder zu verneinen sind. Wenn wir einen Satz verneinen, bejahen wir damit einen anderen, den man die Negation oder das kontradiktorische Gegenteil des Ersteren nennt¹³. Ohne Zweifel ist Nichtübereinstimmung die Negation von Übereinstimmung, d. h., wenn eines mit dem anderen nicht übereinstimmt, so wird eine Nichtübereinstimmung, also die Negation von Übereinstimmung, als gegeben bezeichnet. Sofern von strafrechtli-

¹⁰ Backmann, JuS 1972, S. 196; Ebert, AT, S.123; Jescheck/Weigend, AT, § 29 V.

¹¹ Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 169 f.; LK/Vogel, 17/12.

¹² Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 77.

¹³ Quine, Logik, S. 25.

cher Warte aus die subjektive, kognitive Seite des Täters mit der objektiven, existenten Seite der Realität übereinstimmt, so liegt kein strafrechtlich relevanter Irrtum vor; wenn dagegen die beiden Seiten nicht miteinander übereinstimmen, so befindet sich der Täter in einem Irrtum. Um dies zur Geltung zu bringen, bedarf es einer schlüssigen Definition der Übereinstimmung. Im Allgemeinen stimmen zwei Aussagen überein, wenn sie denselben Inhalt haben. Wenn beispielsweise in der Vorstellung des Täters und in der Realität eine unterlassene Hilfeleistung in der bestimmten Situation (vgl. § 323c StGB) strafbar ist, stimmt die subjektive Seite mit der objektiven Seite überein; wenn dies nicht der Fall ist, dann liegt Nichtübereinstimmung vor. Kennt aber der Täter die Strafbarkeit seines unterlassenen Handelns nicht, so hat der vollständige Satz „unterlassene Hilfeleistung in den bestimmten Situationen ist strafbar (in der Realität)“ nicht denselben Inhalt mit dem anderen leeren Satz (weil der Täter sich keinerlei Vorstellung von deren Strafbarkeit gemacht hat). Das bedeutet, dass das Letztere auch die Negation des Wortes „Übereinstimmung“ und zwar Nichtübereinstimmung ist.

Mit der oben skizzierten Argumentation bezeichnet der Begriff „Nichtübereinstimmung von subjektiver und objektiver Seite“ den Irrtum im Sinne des Strafrechts, der in einem Gegensatz zu dem fehlerfreien Verständnis der Realität, nämlich zu der „Übereinstimmung von subjektiver und objektiver Seite“ steht. Folglich fehlt dem Täter die Unrechtseinsicht nicht nur, wenn er die rechtlichen Normen nicht richtig gekannt oder erfasst hat, sondern auch wenn er des Verbotenseins seiner Handlung überhaupt nicht inne geworden ist, und mithin ist ein Verbotsirrtum anzunehmen. Die beiden Arten von Defiziten am kognitiven Element werden hierbei als das Fehlen des Unrechtsbewusstseins und zugleich als Verbotsirrtum verstanden. Kurz gesagt, die Unrechtseinsicht, welche die Negation des Verbotsirrtums darstellt (dazu s. u. 2), ist die richtige Kenntnis der rechtlichen Bewertung der Tat.¹⁴ Dem Verhältnis zwischen Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum werden wir uns im nächsten Schritt zuwenden.

2. Das komplementäre Verhältnis von Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum

Es ist allgemein anzuerkennen, dass der Verbotsirrtum das Fehlen der Unrechtseinsicht voraussetzt. Wirft man einen Blick auf § 17 StGB, so ist, da eine voll schuldhaft Handlung die richtige Unrechtseinsicht voraussetzt, leicht zu verstehen, dass das Fehlen der Unrechtseinsicht sowie das des Unrechtsbewusstseins

¹⁴ Im Ergebnis ebenso *Schmidhäuser*, LB, 10/56. Ausführlich vgl. 1. Teil § 3 II 2.

strafrechtlich von Bedeutung sind.¹⁵

Außerdem zeigt es sich bei § 17 S. 1 StGB deutlich, dass die positive Vorstellung, rechtmäßig zu handeln, die Unrechtseinsicht zwar ohne weiteres ausschließen kann, aber für die Annahme eines Verbotsirrtums nicht erforderlich ist.¹⁶ Die notwendige und zugleich hinreichende Bedingung des Verbotsirrtums ist also nicht *die irrige Vorstellung* über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens, die nur eine hinreichende Bedingung ist, sondern *das Fehlen der richtigen Kenntnis*, dass die geplante Tat *unrecht* ist (Nichtübereinstimmung von subjektiver und objektiver Seite). Mit anderen Worten stelle der Verbotsirrtum die „*Kehrseite*“¹⁷, den „*Gegenpol*“¹⁸ oder das „*Gegenstück*“¹⁹ der Unrechtseinsicht dar. Darüber hinaus wird behauptet, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum würden sich „*komplementär*“ zueinander verhalten, d. h. der Täter handle dann und nur dann im Verbotsirrtum, wenn ihm bei Begehung der Tat das Unrechtsbewusstsein fehle.²⁰

III. Das Ziel der Arbeit

Aus der obigen Darlegung ist zu ersehen, dass der Verbotsirrtum (vor allem im Sinne des § 17 StGB) synonym zum Fehlen des strafrechtlich relevanten Unrechtsbewusstseins ist, das als der Gegenstand der Beweisaufnahme im Strengbeweisverfahren erachtet wird.²¹ In einem konkreten Fall wird das Vorliegen des Verbotsirrtums dadurch geprüft, dass man die innere subjektive Tatsache ermittelt, ob der Täter das Verbotensein oder Gebotensein seiner Handlung kennt oder nicht. Diesbezüglich ist es allerdings unentbehrlich, eine deutliche Definition des Unrechtsbewusstseins zu geben. Das Unrechtsbewusstsein ist ein psychischer Sachverhalt, der die Unrechtseinsicht voraussetzt. Daraus könnte man ersehen, dass der Gegenstand von der Einsicht der Täter entscheidend für die Definition des Un-

¹⁵ Vgl. z. B. MüKo/Joecks, 17/1 f.; Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/1; Jakobs, AT, 19/1.

¹⁶ So die inzwischen ganz h. M. vgl. nur Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/6; LK/Vogel, 17/15; NK/Neumann, 17/9; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 21/45; Roxin, AT/1, 21/21; H.-W. Schönemann, NJW 1980, S. 739; Grotguth, Verbots(un)kenntnis, S. 15; Horn, Verbotsirrtum, S. 34; BayObLG JR 1963, S. 229; Welzel, ZStW 76 (1964), S. 620; BTDrucks V/4095, S. 9. Dagegen hatte der E 1962 (§ 21) nur demjenigen einen Verbotsirrtum zubilligen wollen, der „irrig annimmt, kein Unrecht zu tun“. Ausführlich BTDrucks IV/650, 135.

¹⁷ Bei Warda, Blankettstrafgesetzen, S. 33 f., stellt der Verbotsirrtum die "Kehrseite des Unrechtsbewusstseins" dar. Die Ansicht befolgt Tischler, Verbotsirrtum, S. 20, Fn. 42.

¹⁸ Maurach/Zipf, AT/1, 38/1.

¹⁹ Spindel, Tröndle-FS, S. 89.

²⁰ NK/Neumann, 17/9; ders, JuS 1993, S. 793; ähnliche Meinung s. Maurach/Zipf, AT/1, 38/9. Vgl. auch Arthur Kaufmann, Lackner-FS, S. 188, dabei ist aber der Komplementärbegriff zum Verbotsirrtum nicht das „Unrechtsbewusstsein“, sondern das „Bewusstsein der (formellen) Rechtswidrigkeit“, also des rechtlichen Verbotenseins. Bei ihm sind die beiden Termini streng voneinander abzugrenzen, dazu s. etwa Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 8.

²¹ LK/Vogel, 17/9.

rechtsbewusstseins, für die Überprüfung des Verbotsirrtums und auch für die Anwendung der beiden fundamentalen Irrtumsregelungen (§§ 16, 17 StGB) ist, denn neben der Einwirkung auf die Anwendung des § 17 StGB hat er auch wesentlichen Einfluss auf die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Unrechtsbewusstsein.

Zur Interpretation der kodifizierten Vorschriften des Tatbestands- und Verbotsirrtums ist nunmehr ihr theoretischer Hintergrund in grobem Umriss darzustellen. Es ist überwiegend anerkannt, dass es im Unterschied zum Tatbestandsvorsatz bei der Unrechtseinsicht nicht auf die Kenntnis des Sachverhalts, sondern lediglich auf die Einsicht in das Verboten- bzw. Gebotensein der bestimmten Handlungsweise ankomme. Darum kommt die h. M. zur Auffassung, dass das Unrechtsbewusstsein als ein selbstständiges Schulselement²² einzuordnen sei und das Unrecht der Tat voraussetze. Diese Meinung heißt Schuldtheorie,²³ der zufolge eine Nachprüfung des konkreten Unrechtsbewusstseins belanglos sei, sofern die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit der Tat nicht festgestellt würden. Bei der Feststellung des Verbotsirrtums müssen folgende beide Fragen abgearbeitet werden: Zunächst, wie man entscheidet, ob ein Täter bei Begehung einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung die richtige Vorstellung vom jeweiligen Bewertungsmaßstab hat; wenn dem Täter die Unrechtseinsicht fehlt und er in den strafrechtlich relevanten Verbotsirrtum verfällt, ist danach zu fragen, ob dieser Irrtum vermeidbar oder unvermeidbar ist. Folglich wird diesbezüglich ein Urteil getroffen, das je nach den vertretenen Auffassungen unterschiedliche Rechtsfolgen zeitigt. Doch hier setzen die Meinungsverschiedenheiten ein.

In der vorliegenden Arbeit wird der Versuch unternommen, eine Definition des Unrechtsbewusstseins durch die Erörterung seiner Struktur und seines Gegenstands zu bestimmen. Zur Struktur des Unrechtsbewusstseins sind zuerst seine Elemente zu erörtern, dabei geht es insbesondere um den strittigen Punkt, ob die voluntative Komponente unentbehrlich oder überflüssig ist. Zudem sind die Meinungen auch sehr geteilt darüber, ob die bloße Kenntnis oder das „Für-möglich-halten“ der Unrechtmäßigkeit des Tatplans für die Annahme der Unrechtseinsicht genügt. In Literatur und Praxis werden die beiden Fragen miteinander verknüpft.²⁴ Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sie getrennt, gemäß ihrer jeweiligen eigenen Beschaffenheit beantwortet werden sollten, denn beim Erfordernis des voluntativen Elements des Unrechtsbewusstseins geht es um Überlegungen der strafrechtlichen

²² Nach § 17 StGB ist die Tat eines im vermeidbaren Verbotsirrtum Handelnden zwar mit der Möglichkeit einer Strafmilderung dennoch strafbar, d. h., in diesem Fall wird der Täter trotz des Fehlens des Unrechtsbewusstseins bestraft. Demzufolge ist das Unrechtsbewusstsein insofern kein konstitutives Verbrechenselement, dazu s. NK/Neumann, 17/53.

²³ Die Gegenmeinung nennt man „Vorsatztheorie“, vgl. vertretend Schmidhäuser, LB, 10/32, 10/56 ff.; ders. NJW 1975, 1807 ff.; ders. JZ 1979, 361 ff.

²⁴ Exemplarisch Jescheck/Weigend, AT, § 41 I 3. b).

Vorwerfbarkeit; bei dem Grad des Wissens um die rechtliche Bewertung des Verhaltens geht es um eine präventionszweckgemäße Anforderung, die die hinreichende Bestimmtheit der Rechtsnorm voraussetzt. Die vorliegende Arbeit beruht maßgeblich auf dem modifizierten Vertrauensschutzgedanken. Auf dieser gedanklichen Grundlage wird das Verhältnis zwischen der Bestimmtheit der Rechtsnorm und der Kenntnis, die der Täter nach der Rechtsordnung von der rechtlichen Bewertung seiner Tat haben soll, zu erklären versucht.

1. Teil

Die Struktur des Unrechtsbewusstseins

– und seine Rolle in der Verbrechenslehre

§ 2 Fragestellung

Es ist unbestritten und für die Lehre vom Verbrechenaufbau grundlegend, dass die Gesamtheit der Merkmale eines bestimmten Verbrechens die jeweilige Straftat zur Darstellung bringt und jedes Merkmal dabei die Funktion besitzen muss, den Umfang der Straftat auf den gesetzlich ausdrücklichen oder konkludenten Bereich zu beschränken, um damit in den konkreten Fällen die Strafbarkeit der Tat zu bestimmen.¹ Seit geraumer Zeit dürfte es allgemein anerkannt sein, dass das Unrechtsbewusstsein als eine subjektive Voraussetzung der Strafbarkeit – unabhängig davon, ob seine Prüfung zur Unrechts- oder Schuldebene gehört – in abstracto einen Teil der subjektiven Seite der Straftat, die vorwerfbare Einstellung zu den rechtlichen Normen, darstellt und in concreto den vorliegenden psychischen Sachverhalt des Täters bei Begehung zum Inhalt hat. Als ein Verbrechenselement verfolgt das strafrechtlich relevante Unrechtsbewusstsein unmittelbar zwei Zwecke: ***einen Bewertungsgegenstand bezüglich der subjektiven Seite darzustellen und die Extension der Straftat zu beschränken.*** Ob das Unrechtsbewusstsein diese Funktionen tatsächlich erfolgreich erfüllt, ist jedoch nicht so sicher, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Mit § 17 StGB stellt der Gesetzgeber klar, dass die Kenntnis, nämlich die Unrechtseinsicht, und die Kenntnisfähigkeit hinsichtlich des Verbotenseins oder Gebotenseins der Handlung als die entscheidenden Kriterien für die Strafbarkeit sowie die Strafzumessung erachtet werden müssen. Genauer gesagt hängt im Rahmen des Verbotsirrtums die Strafbarkeit des Irrenden von der Möglichkeit ab, die rechtliche Bewertung einer bestimmten Handlungsweise richtig zu erkennen. Fehlt dem Täter, der das Verbotensein seines Verhaltens zu erkennen vermag, die Unrechtseinsicht, so liegt ein vermeidbarer Verbotsirrtum vor und daher ist ein gemilderter² Schuldvorwurf und danach eine entsprechende Strafmilderung gerechtfertigt. In derartigen Fällen kann der Richter dem genauen Wortlaut von § 17 S. 2

¹ Vgl. statt vieler *Jescheck/Weigend*, AT, § 21.

² *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 159.

gemäß von der Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung Gebrauch machen, d. h., bei dem vermeidbaren Verbotsirrtum ist er dazu befugt, über den Täter trotz des Fehlens des Unrechtsbewusstseins eine volle Schuldstrafe zu verhängen.³ Hingegen scheidet durch den subjektiven Umstand, dass zum Tatzeitpunkt der Täter die rechtliche Bewertung des von ihm geplanten Vorgehens nicht richtig erkannt hat und auch de facto nicht hat erkennen können, die Schuld aus. In einem solchen Fall kann das Gericht nur auf Freispruch erkennen. Dies zieht allerdings die o. g. Funktionen und die Stellung des Unrechtsbewusstseins in der Verbrechenslehre in Zweifel, denn in dieser Beziehung erscheint das Unrechtsbewusstsein keine notwendige Bedingung der Strafbarkeit mehr zu sein. Nicht von ihm, sondern von der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums hängt der Schuldvorwurf gegen den Täter ab; es ist nur eine Bedingung für die Ausgliederung der Möglichkeit eines Freispruchs und zugleich auch fakultativer Strafmilderung.⁴

Bevor wir uns dieser Problematik zuwenden, ob – in Übereinstimmung mit den verschiedenen Meinungen in Wissenschaft und Praxis – das Unrechtsbewusstsein ein konstitutives Verbrechenselement darstellt, d. h., ob nach der Vorsatztheorie das Unrechtsbewusstsein ein Bestandteil des Vorsatzes (oder der Vorsätzlichkeit⁵) ist bzw. gemäß der Auffassung der Schuldtheorie als ein selbstständiges Schuldelement qualifiziert werden muss, sollten wir uns zunächst die Struktur des Unrechtsbewusstseins angesichts der Verbrechenslehre vergegenwärtigen. Dazu sind die Fragen zu klären: Ist die voluntative Komponente einer der Bestandteile des Unrechtsbewusstseins und welche Funktion besitzt es in der Verbrechenslehre? Wann ist eine Unrechtseinsicht gegeben und wann ist ihr Fehlen vermeidbar? Dies ist Gegenstand des nachfolgenden Diskurses.

³ Kritisch *Arthur Kaufmann*, Lackner-FS, S. 186, zutreffend erachtet er den materiellen Gehalt der Fassung des § 17 StGB folgendermaßen: „Im Falle eines Verbotsirrtums entscheidet der Richter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen“. Es wird vorgeschlagen, dass beim vermeidbaren Verbotsirrtum die Strafmilderung obligatorisch sein sollte, *Roxin*, Kolloquium 1986, S. 82; ähnliche Meinung s. *LK/Vogel*, 17/5, *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, S. 168 f.

⁴ Mit Abweichungen in den Termini BGH JR 1952, S. 285: „Im Übrigen ist die Bestrafung des Angeklagten nicht davon abhängig, dass er das Bewusstsein hatte, Unrecht zu tun. Es genügt, wenn er dieses Bewusstsein bei gehöriger Anspannung des Gewissens haben konnte; ...“

⁵ Dazu s. u. § 3 I.

§ 3 Die voluntative Komponente im Unrechtsbewusstsein

Zuerst gilt es klarzustellen, welche psychischen Fakten bei der Überprüfung der subjektiven Seite der Tat hinsichtlich des Unrechtsbewusstseins notwendig sind. Dabei unterscheidet man im Allgemeinen zwischen kognitiven und voluntativen Komponenten. Bei der Frage, ob Letztere für die Feststellung des Unrechtsbewusstseins erforderlich sind, kommt es in der Strafrechtslehre immer noch zur Diskussion, während in der einschlägigen Rechtsprechung dieses Willenselement nach wie vor als ein nötiges Element angesehen wird. Dieser Zweifel ist aber nicht grundlos, insbesondere da der Gesetzgeber in § 17 StGB bewusst den Begriff *Unrechtseinsicht* statt den in der Literatur häufiger gebrauchten Terminus *Unrechtsbewusstsein* verwendet hat.⁶ Zu behandeln ist hier die Frage, ob der Wille ein Bestandteil des Unrechtsbewusstseins ist.

I. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung häuften sich die Stimmen, wonach vermöge des Begriffs und der Kriterien des bedingten Vorsatzes das sog. „*bedingte Unrechtsbewusstsein*“, d. h., dass der Täter die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nur für möglich hält, für die kognitive Komponente des Unrechtsbewusstseins genügen solle;⁷ überdies soll laut der überwiegenden Meinung neben der Unrechtskenntnis noch ein zusätzliches voluntatives Moment für das Unrechtsbewusstsein erforderlich sein. Daran anschließend dürfe der Täter sich nicht auf den Verbotsirrtum berufen, wenn er die Möglichkeit in seinen Willen aufnehme,⁸ dass sein Verhalten verboten sein könnte, er das Unrecht in Kauf nehme,⁹ er es ernst nehme¹⁰ oder wenn er sich mit dem Rechtsverstoß abfinde.¹¹ Demgegenüber wird innerhalb der Verbotsirrtumslehre noch immer die weit verbreitete Auffassung vertreten, dass sich das Unrechtsbewusstsein als kognitive Leistung notwendigerweise auf die intellektuelle Seite beschränken solle.¹² Die Verfechter die-

⁶ LK/Vogel, 17/25. Vgl. auch Puppe, AT, 19/13, sie stellt fest, dass durch § 17 StGB das Willenselement aus dem Unrechtsbewusstsein ausscheide.

⁷ LK/Vogel, 17/27; NK/Neumann, 17/33.

⁸ Aus der Rechtsprechung vgl. nur BGH JR 1952, S. 285; BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 202; aus der Literatur vgl. z. B. Maurach/Zipf, AT/1, 38/34.

⁹ Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/5; MüKo/Joecks, 17/23.

¹⁰ Groteguth, Verbots(un)kenntnis, S. 71.

¹¹ Jescheck/Weigend, AT, § 41 I 3. b)

¹² NK/Neumann, 17/33. Eingehend und lesenswert Warda, Welzel-FS, S. 523 ff.; Puppe, Ru-

ser Gegenmeinung unterstreichen sehr oft, dass es sich bei dieser nicht-intellektuellen Komponente um die Übertragung¹³ oder die analoge Anwendung¹⁴ des voluntativen Vorsatzelements auf den Bereich des Unrechtsbewusstseins handle und mithin dieselben Anforderungen des bedingten Vorsatzes an die Annahme des Unrechtsbewusstseins zu stellen seien; hierbei wird auch häufig beiläufig erwähnt, dass das sog. Willenselement des *dolus eventualis* selbst als ein Kriterium für die Überprüfung des Tatbestandsvorsatzes bzw. der Straftat sehr zweifelhaft und schon seit geraumer Zeit umstritten sei.¹⁵ Hieran fällt zunächst auf, dass das voluntative Element für einen unentbehrlichen Bestandteil des Unrechtsbewusstseins gehalten wird, wenn man dem Willenselement des Tatbestandsvorsatzes zustimmt;¹⁶ hingegen wird es für die Annahme des Unrechtsbewusstseins als belanglos erachtet, wenn man das Willenselement des Tatbestandsvorsatzes ablehnt.¹⁷ Die beiden Argumentationen wären unhaltbar, solange wir nicht begründen könnten, dass die Kriterien des Unrechtsbewusstseins mit denen des Tatbestandsvorsatzes übereinstimmen müssen.

Ob diese Übertragung des Begriffs des *dolus eventualis* zulässig ist oder genauer gesagt, ob die Anforderung vom voluntativen Element im Bereich der Verbotsirrtumslehre sachgerecht und zweckmäßig ist oder nicht, ist nicht eindeutig ersichtlich und bedarf eine genaueren Untersuchung. Für das Unrechtsbewusstsein dieselben Kriterien der Beurteilung des Vorsatzes aufzustellen, liegt für die Befürworter der Vorsatztheorie nahe, weil diese die Unrechtseinsicht zusammen mit der Kenntnis der vom jeweiligen Tatbestand beschriebenen Umstände gleichstellt und das Unrechtsbewusstsein für einen zum Vorsatz oder zur sog. Vorsätzlichkeit¹⁸ gehörigen Bestandteil halten; für die Anhänger der Schuldtheorie dürfte diese Methode aber nicht derart selbstverständlich sein,¹⁹ denn nach der Schuldtheorie wird

dolphi-FS, S. 235; *dies*, AT, 19/6, 19/11.

¹³ S. dazu statt vieler *Warda*, Welzel-FS, S. 517, NK/*Neumann*, 17/33.

¹⁴ S. dazu statt vieler *Lesch*, JA 1996, S. 504.

¹⁵ NK/*Neumann*, 17/33; MüKo/*Joecks*, 17/23; *Warda*, Welzel-FS, S. 500, 517 f.; *Puppe*, Rudolphi-FS, S. 234 f.; *dies*, AT, 19/10, eingehend 9/1 ff.

¹⁶ Vgl. *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 129 ff. m. w. N.

¹⁷ So die heutige vordringende Lehre, vgl. statt vieler NK/*Neumann*, 17/33.

; MüKo/*Joecks*, 17/23; *Warda*, Welzel-FS, S. 500, 517 f.; *Puppe*, Rudolphi-FS, S. 234 f.; *dies*, AT, 19/10, eingehend 9/1 ff.

¹⁸ *Schmidhäuser* bezeichnet die Vorsätzlichkeit als dasjenige Schuldmerkmal, das nicht nur das sog. Tatbewusstsein (ähnlich wie der Begriff Tatbestandsvorsatz), sondern auch das Unrechtsbewusstsein umfasse und die subjektive Zurechnung der unrechten Tat zur Schuld begründe. Seiner Meinung nach ist eine scharfe Grenze zwischen Tat- und Unrechtsbewusstsein nicht nötig. Vgl. *ders*, LB, 10/32.

¹⁹ *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 68 f. Insoweit auch ähnliche Ansicht *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 130, aber nach seiner weiteren Auseinandersetzung (a. a. O., S. 131 f.) müssen die identischen Kriterien für den Tatbestandsvorsatz jedoch auch bei der Überprüfung des Unrechtsbewusstseins angewandt werden. Dies wird jedoch in der vorliegenden Arbeit für unsachgemäß gehalten, dazu s. u. § 4 I.

das Unrechtsbewusstsein als ein selbstständiges, nicht vom Vorsatz abhängiges Schulselement angesehen.²⁰ Abschließend bleibt aber festzustellen, dass beide dieser formalen Begründungen kein überzeugendes Argument für oder gegen die voluntative Komponente des Unrechtsbewusstseins vorbringen können und in der Weiterverfolgung ihrer Ansätze besteht die Divergenz nur zwischen der Alternative der Rechtsfolgen,²¹ nämlich wenn der Verbotsirrtum unvermeidbar ist, schließt er je nach der vertretenen Theorie Vorsatz oder Schuld aus; wenn der Verbotsirrtum vermeidbar ist, so besteht nach der Schuldtheorie die fakultative Strafmilderung und wird nach der Vorsatztheorie der Täter nur wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft werden können, d. h. in den Fällen, in denen die fahrlässige Tatbegehung nicht unter Strafe gestellt ist, muss er freigesprochen werden.²² Dies manifestiert die Vorgeschichte der Umwandlung des Verbrechenssystems und die dementsprechende Einwirkung auf die Rechtsfolge, aber entscheidet nicht darüber, ob das Kriterium für die Komponenten des Unrechtsbewusstseins mit dem für die Komponenten des Vorsatzes übereinstimmen muss. M. a. W. kommt es bei der Entscheidungsfrage nach der voluntativen Komponente des Unrechtsbewusstseins nicht darauf an, ob man der Vorsatz- oder Schuldtheorie zustimmt, sondern auf dessen Rechtsnatur und Funktion im Verbrechenaufbau. Daraus ersieht man lediglich, dass eine materielle Argumentation für oder gegen das Willenselement des Unrechtsbewusstseins unbedingt erforderlich ist.

Bei der Gegenansicht zur voluntativen Komponente wird zunächst angedeutet, dass das Fehlen am Willenselement des *dolus eventualis* keinen Tatbestandsirrtum begründen könne und ein Verbotsirrtum ebenso nicht auf dem „Mangel der über die Vorstellung der Möglichkeit des Verbotenseins hinaus etwa zu verlangenden besonderen **Gefühls- oder Willensbeziehung** des Täters zur Rechtswidrigkeit“ beruhen könne.²³ Diese Ansicht ist hieb- und stichfest, denn der Irrtum ist die Negation der richtigen Kenntnis und Erfassung (dazu s. o. § 1 II 1) und seine Feststellung hängt folglich nur von der Nichtübereinstimmung von Vorstellung (kognitiver Komponente auf der subjektiven Seite) und Wirklichkeit ab; m. a. W., der Komplementärbegriff zum Verbotsirrtum, der gerade das Fehlen der Einsicht in die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens bedeutet, ist die Unrechtseinsicht (dazu s. o. § 1 II 2). Daraus wird gefolgert, dass nicht das Fehlen des Willenselements, sondern die unzulängliche Einsicht in das Verbotensein der Handlung den Verbotsirrtum

²⁰ Exemplarisch BGHSt 2, 194, 208.

²¹ Arthur Kaufmann, Lackner-FS, S. 186 f.; a. M. Schewe, Bewusstsein und Vorsatz, S. 184 f., wo die Meinung vertreten wird, dass neben dem strafrechtssystematischen Unterschied die Kriterien von (Tatbestands)Vorsatz und Unrechtsbewusstsein auch divergieren, da der verschuldete Verbotsirrtum generell nach strengeren Maßstäben beurteilt wird als der Irrtum über Tatumstände.

²² Vgl. nur Welzel, LB, § 22 II.

²³ Mit ausführlicher Auseinandersetzung Warda, Welzel-FS, S. 523 ff.

begründet. Dies weist zugleich darauf hin, dass bei der Beurteilung der Irrtümer die voluntativen Komponenten keine Rolle spielen. Vor dem Hintergrund der Irrtumslehre verdient diese These der Gegenmeinung gewiss Zustimmung. Sie verleugnet aber nicht, dass die Willenselemente die notwendigen Komponenten des Tatbestandsvorsatzes und Unrechtsbewusstseins sind. Vornehmlich liegt die Strafbarkeit einer Tat nach der Schuldprinzip nur dann vor, wenn der Täter für das von ihm verwirklichte Unrecht verantwortlich und/oder ihm dieses Unrecht vorzuwerfen ist. Um die voluntative Komponente aus dem Unrechtsbewusstsein auszugliedern, muss man ein Argument dafür geltend machen, dass allein die Unrechtseinsicht die vorwerfbare Eigenschaft aufweisen könnte. Dass für die Feststellung eines Irrtums die voluntative Komponente ein entbehrliches „Element“ darstellt, reicht allein nicht, um die o. g. Eigenschaft der Unrechtseinsicht zu bejahen oder die der voluntativen Komponente zu verneinen: Das für die Feststellung des Verbotsirrtums belanglose Wollen könnte für das Unrechtsbewusstsein, für die Begründung der Vorwerfbarkeit oder der Verantwortlichkeit entscheidend sein. Dieser These gilt es nunmehr ausführlich nachzugehen. Im Folgenden wird der Diskussionsrahmen auf das Unrechtsbewusstsein beschränkt.

II. Die Annahme der voluntativen Komponente

Die nachstehende Darstellung konzentriert sich darauf, die Frage nach den Bestandteilen des Unrechtsbewusstseins zu beantworten. Genauer zu untersuchen ist allerdings das Verhältnis zwischen dem Unrechtsbewusstsein und der Unrechtseinsicht, scil. die Fragen, ob für das Unrechtsbewusstsein das bloße Wissen um die Unrechtmäßigkeit des Tatplans ausreichend ist, und falls nein, welches psychische Faktum neben dem kognitiven Element hierfür notwendig ist. Unternommen wird hierzu der Versuch, für die Annahme des Unrechtsbewusstseins allein kognitiven Komponenten als insuffizient und das Willenselement als unentbehrlich nachzuweisen.

1. Der Wille als Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs? – aus kriminalpolitischer Beobachtung

In § 17 StGB bezeichnet der Gesetzgeber den Verbotsirrtum, die Kehrseite²⁴ der Unrechtseinsicht, als das Fehlen der „Einsicht, Unrecht zu tun“. Nach dieser Vorschrift handelt der Täter, der sich in einem Verbotsirrtum befindet, nur dann ohne

²⁴ *Warda*, Blankettstrafgesetzen, S. 33 f.

Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden kann. Offenbar sind in diesem Rechtssatz die zwei Maßstäbe „Einsicht, unrecht zu tun“ und „Fähigkeit, den Verbotsirrtum zu vermeiden“ ausdrücklich bestimmt. Daraus ergibt sich die Grundlinie: Ein Verbotsirrtum kann nur in dem Fehlen der Kenntniserfordernisse bestehen.²⁵ Dennoch heißt diese Verbotsirrtumsregelung bei weitem nicht, dass die alleinige Unrechtskenntnis eines bestimmten Verhaltens und/oder die hierfür erforderliche Kenntnisfähigkeit die Bejahung des Unrechtsbewusstseins zu begründen vermag,²⁶ denn derartige Kenntnisse (obwohl sie richtig oder nicht sind) und Kenntnisfähigkeiten (obwohl sie dafür ausreichend oder nicht sind) allein beeinträchtigen nichts und zeugen auch von nichts, welches in strafrechtlicher Hinsicht vorzuwerfen oder zu bestrafen ist. Das bedeutet, auch wenn der Handelnde die Rechtswidrigkeit seines Handlungsprojekts richtig erkannt hat, weist diese Kenntnis keinen normativen Charakter der Vorwerfbarkeit auf, solange es immer nur bei einer Kenntnis verbleibt.²⁷

Hingegen könnten die fehlerfreie Kenntnis und die mangelfreie Kenntnisfähigkeit die rechtlichen Normen zur Geltung bringen, insbesondere wenn man der Ansicht folgt, dass den Präventionszwecken eine verantwortlichkeits-²⁸ oder strafbestimmende Bedeutung zuzugestehen ist. Unter diesem kriminalpolitischen Gesichtspunkt – wiewohl dabei noch umstritten ist, ob sich die Rechtsfolge des Verbotsirrtums an der inhaltlichen Einsehbarkeit der jeweiligen Norm²⁹ oder an dem Respekt vor dem Geltungsgrund der betroffenen Vorschrift³⁰ orientieren soll³¹ – widersprechen die alleinige Einsicht und Einsichtsfähigkeit des Täters dem Präventionszweck nicht, vielmehr begünstigen sie seine Erlangung. Der Grund

²⁵ Man könnte sogar noch einen Schritt weiter gehen und zwar (nach der Schuldtheorie) die Kenntniserfordernisse als die Wissensvoraussetzungen voller Schuld bezeichnet, so *Warda*, *Welzel-FS*, S. 522.

²⁶ A. M. *Puppe*, *AT*, 19/13, wo verleugnet wird, dass laut § 17 StGB auch von der voluntativen Komponente die Rede sei.

²⁷ Sogar im fiktiven Roman von *George Orwell* „1984“ dürfte ein „Handelnder“ erst dann bestraft werden, wenn er nicht nur die Unrechtmäßigkeit einer Tat kenne, sondern auch den Wunsch nach zukünftiger Straftat habe. Wer das Verbotensein eines bestimmten Verhaltens fehlerfrei erkennt oder erkennen kann, wird nicht wegen seiner richtigen Kenntnis bestraft, sei es in einem modernen Rechtsstaat in der echten Welt, sei es in dem von Big Brother beherrschten Staat „Oceania“.

²⁸ Gemeint ist die als eine Voraussetzung der Strafbarkeit erachtete Verantwortlichkeit. In diese Deliktskategorie werden Schuld und präventive Notwendigkeit eingeordnet. Ob der Täter für das von ihm verwirklichte Unrecht Strafe verdient, kommt hinsichtlich dieses Begriff auf das Bedürfnis nach strafrechtlicher Prävention und auf die Schuld an. Das bedeutet, in dieser Kategorie werden die kriminalpolitischen Gesichtspunkte als Fundierung für die Beurteilung der Sanktionsbedürftigkeit im Einzelfall hingestellt. Vgl. *Roxin*, *AT*/1, 7/71 f., 19/1 ff.; *ders.*, *Henkel-FS*, S. 181 ff.

²⁹ *NK/Neumann*, 17/5.

³⁰ *Jakobs*, *AT*, 19/11, Fn. 15a.

³¹ Hierbei stehen die erheblichen Meinungsabweichungen zwischen *Neumann* und *Jakobs*, die an den verschiedenen Ansichten über das Verhältnis zwischen der Rechtsfolge des unvermeidbaren Verbotsirrtums und der Stabilisierung von Rechtsordnung liegen. Dies wird in § 5 eingehend diskutiert.

dafür liegt darin: Wenn der Täter erkannt hat oder wenn er hat erkennen können, dass sein Handlungsprojekt den bestimmten Tatbestand verwirklichen kann und daher als rechtlich verboten bewertet wird, geht mit der Unrechtseinsicht und der Kenntnisfähigkeit zugleich Möglichkeit und Gelegenheit zur Abwendung einher, den rechtswidrigen Zustand durch die von ihm geplante Handlung herzustellen. Hat der Täter die für die Unrechtseinsicht ausreichende Kenntnisfähigkeit, so kann er die Rechtswidrigkeit seines Handlungsprojekts erkennen, daher ist nach der Auffassung des BGH der Täter verpflichtet, (durch die sog. zumutbare Gewissensanspannung) zur richtigen Einsicht zu gelangen.³² Erkennt er die rechtliche Bewertung seines Handlungsprojekts, hält diese psychische Leistung den Täter zwar nicht unbedingt von seiner geplanten Handlung ab,³³ aber ist er zumindest dadurch in der Lage, wissentlich auf die rechtswidrige Handlungsweise zu verzichten.³⁴ In diesem Fall stellt die Unrechtseinsicht den Täter nicht direkt vor die Zuwiderhandlung, sondern vor die Wahl, die von ihm ins Auge gefasste Tatbestandverwirklichung aufzugeben oder sie trotz der Strafdrohung in die Tat umzusetzen. Bevor der Täter die Entscheidung für eine dieser Alternativen trifft, sind die Unrechtskenntnis und Unrechtskenntnisfähigkeit in strafrechtlicher Hinsicht neutral. Wenn der Täter sein Handlungsprojekt aufgibt, so erlangt die Norm dadurch ihren Zweck. Das richtige Wissen über die Normen kann zwar nicht unbedingt das Rechtsgut sichern, aber es vermag unter Umständen zur Stabilisierung der betroffenen Norm beizutragen. Selbst wenn sich der Täter entschließt, die geplante Handlung weiter zu begehen, nämlich den Tatbestand zu verwirklichen, ist der Appell der Norm „Rechtgut darf man nicht verletzen“ zumindest schon an ihn ergangen.³⁵ Dieser dem Bürger verständliche Appell schafft die Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtsnorm, d. h., die richtige Einsicht des Täters in die rechtliche Bewertung der von ihm geplanten Handlung würde für den Präventionszweck möglicherweise mehr Nutzen bringen als Schaden stiften. Wenn dies der Fall wäre, wie kann dann die Unrechtseinsicht als der Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs begriffen werden?

³² Exemplarisch BGHSt 2, 194, 201.

³³ Vgl. *Schewe*, Bewusstsein und Vorsatz, S. 147.

³⁴ Dies wird in der Literatur als Rechtspflicht erachtet. Wenn der Täter die Rechtswidrigkeit seines Handlungsprojekts erkannt hat, bezeichnet *Rudolphi* den o. g. Anlass als einen „kategorischen Pflichtanruf“, einen an den Täter „ergangenen Appell“, die Rechtsgutsverletzung zu unterlassen, *ders*, Unrechtsbewusstsein, S. 120 ff.

³⁵ Vgl. *Roxin*, JuS 1964, S. 58; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 120 ff.

2. Der Gegenstand des Wissens und Wollens im Unrechtsbewusstsein

Zutreffend hebt *Puppe* darauf ab, dass man nur etwas wollen kann, „was man selbst herbeiführen kann oder doch herbeiführen zu können glaubt“, und die feststehende Rechtsordnung, die der Täter im konkreten Fall vorfindet, „also gar nicht Gegenstand seines Willens sein“ kann.³⁶

Damit ist jedoch nur die Frage nach der voluntativen Komponente des Unrechtsbewusstseins überzeugend beleuchtet, nämlich die Bedeutung des Wollens. Die andere Frage nach dem Gegenstand des Unrechtsbewusstseins erscheint fragwürdig und sogar widerlegbar, da sich beweisen lässt, dass bei der Feststellung des Unrechtsbewusstseins allein die feststehende Rechtsordnung weder Gegenstand der voluntativen noch der kognitiven Komponente des Unrechtsbewusstseins sein kann, insbesondere wenn *Puppe* zu Recht die Beziehung zwischen dem kognitiven Vorsatzelement und dem Unrechtsbewusstsein folgendermaßen schildert: „Wer den tatbestandserfüllenden Sachverhalt ganz oder teilweise nicht kennt, kann auch das tatbestandsspezifische Unrechtsbewusstsein nicht haben“.³⁷ Daraus ersieht man, das Bestehen eines Unrechtsbewusstseins setzt die Einsicht in den konkreten Tatumstände voraus, nicht oder nicht nur die Kenntnis der feststehenden Rechtsordnung. Aber was bedeutet das für die Feststellung des Gegenstands des Unrechtsbewusstseins?

Zunächst wird versucht, die Antwort in der Verbotsirrtumsregelung des geltenden Rechts zu finden. Der Gegenstand des Wissens im Sinne von § 17 StGB ist nicht die Rechtsordnung oder das Unrecht selbst, sondern einfach „Unrecht zu tun“³⁸ oder die Frage danach, „ob sein jeweiliges Verhalten erlaubt ist oder verboten“.³⁹ Die Unrechtseinsicht bezieht nicht nur das Wissen um die betroffene Norm mit ein, sondern auch die Einsicht in das Verhältnis zwischen der den bestimmten Tatbestand verwirklichenden Handlung und der betroffenen Rechtsnorm. Dies stimmt völlig mit § 17 StGB überein und bedeutet, dass der Täter zur Annahme des Unrechtsbewusstseins erkennen muss, dass er mit der von ihm geplanten Handlung einen Zustand schaffen kann, in dem die Zuwiderhandlung gegen die jeweilige Norm geschehen ist und weshalb diese Handlungsweise rechtlich verboten ist, aber trotzdem durch die Vornahme dieser Handlung diesen Zustand erreichen will. Er muss bei der Einsicht in alle im jeweiligen Tatbestand beschriebenen Umstände die

³⁶ *Puppe*, Rudolphi-FS, S. 235.

³⁷ NK/*Puppe*, 16/65.

³⁸ Ähnlicher Inhalt, aber mit anderer Diktion wird dies so geschildert: „Gegenstand des Unrechtsbewusstseins ist die unrechte Tat, wie der Täter sie im Tatbewusstsein erlebt.“ *Schmidhäuser*, LB, 10/56.

³⁹ Genauso s. auch bei *Puppe*, AT, 19/6.

rechtliche Wertung seines Verhaltens erkennen.

Dass der Gegenstand der Unrechtseinsicht das Verhältnis zwischen der (vom Täter geplanten) Handlung und der betroffenen Rechtsnorm darstellt, ist vom Standpunkt *Puppes* aus noch eindeutiger zu verstehen, insbesondere beim sog. Subsumtionsirrtum. Nach der herkömmlichen Ansicht handelt es sich beim Subsumtionsirrtum um eine irrige Vorstellung über die Extension eines gesetzlichen Begriffs und folglich kommt der Täter zum Ergebnis, dass sein (rechtswidriges) Verhalten den gesetzlichen Tatbestand nicht erfüllen werde⁴⁰. In der Regel liegt ein dem Unterfall des Verbotsirrtums gehörender Subsumtionsirrtum (der sog. negative Subsumtionsirrtum⁴¹) dann vor, wenn der Handelnde alle Tatbestände kennt und den sachlichen Gehalt des jeweiligen Tatbestands richtig begreift, d. h. bei vollem Tatbestandsvorsatz,⁴² aber irrig ein Tatbestandsmerkmal zu seinen Gunsten auslegt.⁴³ Dazu ist nicht eine juristisch exakte Subsumtion, sondern ein geistiges Verstehen in Gestalt der sog. **Parallelwertung in der Laiensphäre** zu verlangen.⁴⁴ Dies ist m. E. aber ein kaum haltbares Kriterium zur Beurteilung des Subsumtionsirrtums, denn die Grenze zwischen der sog. Laien- und Juristensphäre stellt sich derartig vage dar, dass sich ihre Existenz fast nicht ausmachen lässt.⁴⁵ Im Vergleich dazu erscheint die Lehre *Puppes* viel überzeugender, die im Folgenden mit einem Blick gestreift wird.

Puppe hat das Forschungsergebnis von *Rudolf Carnap* in die strafrechtliche Irrtumslehre eingeführt, um den Fragenkomplex der strafrechtlichen Irrtümer zu entwirren. Dieser These nach bezeichnet ein Wort (z. B. ein Eigenname) einen Gegenstand (Individuum), ein Eigenschaftswort (Prädikat) eine Klasse von Gegenständen und ein Satz einen Sachverhalt (Tatsache).⁴⁶ Hierbei ist noch zu klären, wie ein Tatbestand die tatbestandsmäßigen Sachverhalte bezeichnet. Auf der einen Seite sei jede Tatsache nur durch einen Satz zu verstehen, auf der anderen Seite

⁴⁰ In umgekehrter Weise kann der Täter auch die einschlägige Vorschrift zu seinen Ungunsten begreifen, d. h., er hält seine rechtmäßige Handlung für gesetzlich unerlaubt. Dies wird als positiver Subsumtionsirrtum bezeichnet, vgl. nur *Schmidhäuser*, LB, 15/32. Dazu vgl. auch *Rudolphi*, 16/23; *ders.*, Unrechtsbewusstsein, S. 178.

⁴¹ Dieser Fachausdruck s. *Schmidhäuser*, LB, 15/32.

⁴² So *Welzel*, LB, § 22 III 3.; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 178.

⁴³ Mit Abweichungen im Einzelnen vgl. *Welzel*, LB, § 22 III 3.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 7. a); *Roxin*, AT/1, 12/101, 21/23; *Maurach/Zipf*, AT/1, 23/37; *Schmidhäuser*, LB, 10/52; *Lackner/Kühl*, StGB, 15/14; *SK/Rudolphi*, 16/23; *ders.*, Unrechtsbewusstsein, S. 178 ff.; *LK/Vogel*, 16/108; *Warda*, Blankettstrafgesetzen, S. 33; *ders.*, Jura 1979, S. 82.

⁴⁴ Der Begriff geht auf *Binding* zurück (*ders.*, Normen III S. 148). Exemplarisch aus der Rechtsprechung BGHSt 3, 248, 255; 4, 347, 352; 10, 35, 41 aus der Literatur *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 21/5 ff.; *Jakobs*, AT, 8/49; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 II 3 a; *Roxin* AT/1, 12/101 ff; *Schmidhäuser*, LB, 10/53; *Schroth*, Vorsatz, S. 65. Kritisch *Arthur Kaufmann*, Parallelwertung, passim; *Kuhlen*, Unterscheidung, S. 204 ff.; *Schlüchter*, Irrtum, S. 115 f.; *NK/Puppe*, 16/45 ff.; *dies*, GA 1990, S. 180; *MüKo/Joeks*, 16/40.

⁴⁵ Ähnlich etwa *NK/Neumann*, 16/42

⁴⁶ *Carnap*, Bedeutung und Notwendigkeit, S. 21 ff.

stelle ein Tatbestand keinen vollständigen Satz dar, sondern die eine Beziehung zwischen Individuen darstellende Satzfunktion. Als eine Satzfunktion könne er allein keine Tatsache oder ihre Eigenschaft schildern und eine Tatbestandsbezeichnung sei kein Gattungsbegriff, sondern eine Abkürzung für die bestimmten Tatsachen. Erst durch die Ausfüllung, z. B. durch das Einsetzen von Eigennamen, könne eine Satzfunktion eine Tatsache beschreiben.⁴⁷ Wegen dieses Charakters, der genauso sei wie das Wesen einer mathematischen Funktion, könne ein Tatbestand unzählbare Tatsachen beschreiben, indem jeweils unterschiedliche, diesen Tatbestand erfüllende Tatsachen in ihn eingesetzt würden. Z. B., wenn man einen Namen T (Täter) für „wer“ und einen anderen Namen O (Tatobjekt) für „einen Menschen“ von § 212 Abs. 1 StGB einsetzt, so wird ein vollständiger Satz konstruiert, der die folgende Tatsache beschreibt: T tötet O.⁴⁸ Um einen vom jeweiligen Tatbestand beschriebenen Sachverhalt zu kennen, brauche der Täter sich nur irgendeinen Satz vorzustellen, der mit dem aus dem Tatbestand ableitbaren Satz *L-äquivalent* sei,⁴⁹ beispielsweise beschreibt der Täter seine Handlung „ich habe meinen Nebenbuhler über den Haufen geschossen“. Hier ist anzumerken, dass zwei Sätze dann und nur dann L-äquivalent sind, wenn der Satz „Satz A gilt dann und nur dann, wenn Satz B (Satz A \leftrightarrow Satz B)“ logisch wahr ist. Ein Satz wird nicht in allen, sondern nur in solchen Zustandsbeschreibungen vorkommen, in denen all die Sätze auch vorkommen müssen, die mit ihm L-äquivalent ist.⁵⁰

Die vom Täter gegebene Zustandsbeschreibung, sei diese nun mit dem aus dem Tatbestand abgeleiteten Satz L-äquivalent oder nicht, ist ein in den bestimmten Zustandsbeschreibungen vorkommender Satz. Solch ein Satz schildert einen bestimmten Zustand, dass in der Vorstellung des Täters durch die von ihm geplante Handlung ein Tatbestand erfüllt werden könnte, also nicht eine unvollständige Satzfunktion, nicht eine Abkürzung für eine Tatsache, auch nicht einen Tatbestand wie § 211 S. 1 „wer einen Menschen tötet, ...“; dieser möglicherweise auftretende Zustand, dass die vom Tatbestand abgeleitete Tatsachenbeschreibung durch das Verhalten des Täters realisiert wird, ist der Gegenstand des Wollens⁵¹ des Tatbestandsvorsatzes. Im Unterschied zum Gegenstand des Wollenselements geht es beim Wissenselement um alle die zum bestimmten Tatbestand gehörenden Tatumsstände. Folglich wird dem Täter das Wissenselement des Tatbestandsvorsatzes

⁴⁷ Kritisch *Walter*, Kern, S. 219. Er vertritt die Meinung, dass das Verhältnis der Zeichen in einem Rechtssatz, z. B. bei § 212 „Täter“, „anderer“, „Mensch“ und „töten“, durch die Grammatik bestimmt würden und sich ein Tatbestand stets zu dem den jeweiligen Fall beschreibenden Satz umformulieren lasse.

⁴⁸ *Puppe*, GA 1990, S. 147 ff.

⁴⁹ *Puppe*, GA 1990, S. 150.

⁵⁰ Vgl. *Sukale*, Denken, Sprechen und Wissen, S. 48 f.; ähnlich *Puppe*, GA 1990, S. 150.

⁵¹ Zu bemerken ist, dass konsequenterweise *Puppe* auch das Willenselement des Tatbestandsvorsatzes verleugnet, dazu *NK/Puppe*, 15/31 f., 15/64; *dies*, AT, 9/1 ff.

dann attestiert, wenn in einem konkreten Fall die von ihm gegebene Sachverhaltsbeschreibung oder der vom Richter als Vorstellungsinhalt des Täters angebotene Satz die tatbestandsmäßige Sachverhaltsbeschreibung *L-impliziert*, z. B. : „Der Täter hat seinen Nebenbuhler über den Haufen geschossen.“ L-impliziert den aus dem Tatbestand abgeleiteten Satz „T tötet O“. ⁵² Im gegensätzlichen Fall befindet der Täter sich im Tatbestandsirrtum und handelt gemäß § 16 Abs. 1 nicht vorsätzlich.

Nebenbei ist zu bemerken, die Behauptung, dass bei der Feststellung des Vorsatzes etliche Tatbestandsmerkmale – als da sind z. B. das Alter des Opfers bei bestimmten Sexualdelikten, die Fremdheit der Sache bei Vermögensdelikten usw. – unabhängig vom Willen des Täters gegeben seien und deshalb das über das Wissensselement hinausgehende Erfordernis für die Annahme des Vorsatzdeliktes zweifelhaft sei, ⁵³ könnte nur teilweise haltbar sein. Zutreffend ist, dass z. B. bei einem Diebstahl die Frage danach, ob der Täter will, dass die Sache fremd ist oder nicht, für die Annahme des Tatbestandsvorsatzes belanglos ist. Der Grund liegt freilich darin, dass die Fremdheit der betroffenen Sache oder dergleichen kein Gegenstand des voluntativen Elements darstellt. Wissen ist zwar in der Regel die Voraussetzung des Wollens, von strafrechtlicher Warte aus müssen ihre Gegenstände aber nicht identisch sein. Tatsächlich stellen solche den Tatbestandsmerkmalen entsprechende Umstände nur die Gegenstände des kognitiven Elements dar, weil im Augenblick der Tat das Wissen der Tatumstände sich auf die schon vorhandenen oder künftigen Sachverhalte bezieht, ⁵⁴ das Wollen aber nur auf die Letzteren. Das Alter des Opfers, die Fremdheit der Sache und die ähnlichen Tatumstände hat der Täter bei Begehung nicht wollen können, weil sie vor der Vornahme seiner Handlung bereits vorhanden sind. Dieses Phänomen kann die Notwendigkeit des voluntativen Elements jedoch nicht mindern. Schon an vorangegangener Stelle wurde aufgezeigt, dass nicht solche einzelnen Tatumstände, nämlich die vor der Tat schon vorhandenen Gegenstände des kognitiven Elements des Tatbestandsvorsatzes, sondern die objektive Tatbestandsverwirklichung den Gegenstand des Wollens darstellen sollte. Z. B., zum Tatzeitpunkt wusste der Täter, wollte aber nicht, dass die Sache einem anderen gehört, überdies wusste er auch, dass seine Handlung die Sache zerstören konnte, und wollte dies verwirklichen. Hierdurch kann man sodann zu dem Ergebnis kommen, dass die Kenntnis der Handelnden sich auf alle Tatumstände des jeweiligen Straftatbestands beziehen muss, der Wille sich aber auf dessen Verwirklichung. Ein sinnverwandter Unterschied gilt auch im Bereich des Unrechtsbewusstseins.

⁵² Puppe, GA 1990, S. 152 f.

⁵³ Warda, Welzel-FS, S. 518.

⁵⁴ Schewe, Bewusstsein und Vorsatz, S. 30.

In Vergleich zum Tatbestandsirrtum liegt *Puppes* Ansicht nach ein Subsumtionsirrtum dann vor, wenn der Täter den Tatbestand falsch versteht, er also nicht wisse, dass der von ihm vorgestellte Satz mit dem aus dem einschlägigen Tatbestand ableitbaren Satz L-äquivalent sei.⁵⁵ Gemeint ist, dass der Gegenstand des Wissens beim Subsumtionsirrtum nicht die sog. feststehende Rechtsordnung ist, sondern **das (L-äquivalente) Verhältnis zwischen der Vorstellung des Handelnden und der jeweiligen Tatbestandsbezeichnung**. D. h., ein Subsumtionsirrtum ist dann gegeben, wenn der Handelnde zwar das Vorliegen des jeweiligen Tatbestands und alle in ihm beschriebenen Tatumstände (bei vollem Tatbestandsvorsatz) einsieht, aber er das L-äquivalente Verhältnis zwischen den beiden Sätzen, dem einen vom Tatbestand und dem anderen von der Vorstellung des Täters abgeleitetem Satz, nicht erkennt. Die Unkenntnis der feststehenden Rechtsordnung führt zur Unkenntnis des Verhältnisses zwischen dem Handlungsprojekt (scil. dem von ihm vorgestellten Satz) und der betroffenen Norm, mithin ist ein Verbotsirrtum gegeben. Aber für die Annahme des Verbotsirrtums ist die erstere Unkenntnis keine notwendige, sondern nur eine hinreichende Bedingung, denn auch wenn der Täter die Rechtsordnung richtig kennt, kann er nach der vorstehenden Ausführung im Verbotsirrtum handeln, vornehmlich im zum Unterfall des Verbotsirrtums gehörenden Subsumtionsirrtum. Auf der anderen Seite ist die letztere Unkenntnis die hinreichende und notwendige Bedingung des Verbotsirrtums: Wenn der Täter dieses o. g. Verhältnis verkennt, muss er einem Verbotsirrtum erliegen.⁵⁶ Wenn er dieses o. g. Verhältnis erkennt, so ist die Unrechtseinsicht gegeben und befindet sich der Täter keineswegs im Verbotsirrtum; wenn er sich trotz bestehender Unrechtseinsicht entschließt, den jeweiligen Tatbestand durch die Vornahme seines Handlungsprojekts zu verwirklichen, so handelt er mit Unrechtsbewusstsein und daher auch mit dem vollen Schuldvorwurf.

Mit der Kenntnis des (L-äquivalenten) Verhältnisses zwischen der Vorstellung des Handelnden und der jeweiligen Tatbestandsbezeichnung geht zwangsläufig die Einsicht in den rechtswidrigen Zustand einher, in dem die einschlägige Norm durch die vom Täter geplante Handlung übertreten wird,⁵⁷ denn wie oben bereits ausgeführt kommen die miteinander L-äquivalenten Sätze in derselben Zustandsbeschreibung vor. Diesen beschriebenen Zustand könnte der Handelnde schaffen, kann er selbst herbeiführen oder glaubt er zumindest herbeiführen zu können; er ist also nicht nur Gegenstand des Wissens, genau sowie *Puppes* Vorschlag für die

⁵⁵ *Puppe*, GA 1990, S. 150

⁵⁶ M. a. W. geht es dabei um die Fehlvorstellung über die Rechtswidrigkeit der Handlung mit einem Bewertungsdefizit, s. *Zabel*, GA 2008, S. 36.

⁵⁷ So ist der Umfang der Unrechtseinsicht durch das Wissensmoment des Tatbestandsvorsatzes bestimmt. Vgl. *Schmidhäuser*, LB, 10/56. Hier ist zu betonen, dass diese Auffassung m. E. erst recht nicht das Patent der Vorsatztheorie ist, sondern in der Natur der Unrechtseinsicht liegt.

Feststellung des Subsumtionsirrtum, sondern auch ein tauglicher Gegenstand des Willens, wenn für das Unrechtsbewusstsein die voluntative Komponente erforderlich ist.

3. Der Wille als das in § 17 StGB konkludente Element des Unrechtsbewusstsein

Aus der obigen Ausführung kann man zweierlei schließen, zum einen, dass der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins ein durch die vom Täter geplante Handlung zu schaffender rechtswidriger Zustand ist, der sich durch das mit dem vom jeweiligen Tatbestand abgeleiteten Satz L-äquivalente Verhältnis kennen lässt; zum anderen, dass die intellektuellen Komponenten, die Unrechtseinsicht und die dafür hinlängliche Kenntnisfähigkeit, von den präventionsorientierten Ansichten her nicht in der Lage wären, die Strafbarkeit der Unrechtshandlung zu rechtfertigen. Dafür sollte für das Unrechtsbewusstsein zumindest eine weitere Komponente erforderlich sein, die allein oder mit der Unrechtseinsicht zusammen die Strafbarkeit hinsichtlich des rechtlich negativen Verhältnisses zwischen der subjektiven Seite der Handlung und der übertretenen Norm begründet; dasselbe Zwischenergebnis können wir mit § 17 StGB herausbekommen. Zutreffend ist die Beschreibungsweise dieser geltenden Verbotsirrtumsregelung, nach der die subjektive Tatseite des Handelnden nicht deshalb als (voll oder gemildert) schuldhaft zu bewerten ist, weil er die Unrechtmäßigkeit eines Verhaltens eingesehen hat oder hat einsehen können, sondern weil er mit derartiger Einsicht und/oder Kenntnisfähigkeit „gehandelt“ hat;⁵⁸ d. h., er hat vor oder spätestens zur Tatzeit die rechtlich negative Bewertung seines Handlungsprojekts eingesehen oder zumindest erkennen können, und trotzdem hat er sich entschlossen, Unrecht zu tun. Ohne den Entschluss würde er im jeweiligen konkreten Fall nicht so handeln, obwohl die Unrechtseinsicht oder die Kenntnisfähigkeit gegeben ist oder nicht. Hieraus lässt sich schließen, zuzurechnen ist nicht das Wissen oder Können, sondern die Entscheidung, die unmittelbar die den jeweiligen Unrechtstatbestand verwirklichende Handlung veranlasst;⁵⁹ also die Entscheidung, trotz Unrechtseinsicht oder ausreichender Fähigkeit, das Manko zu vermeiden, sein rechtswidriges Handlungsprojekt in die Tat umzusetzen.

Auch unter Berücksichtigung des Rechtsgüterschutzes und des Schuldprinzips könnten wir dasselbe Ergebnis erzielen. Wie bereits ausgeführt, stellt die Un-

⁵⁸ Hingegen nimmt *Puppe*, AT, 19/6 an, dass in § 17 nur die Rede von der „Einsicht, Unrecht zu tun sei und es danach niemals um einen „Willen, Unrecht zu tun“ gehe. Zu klären ist, ob § 17 StGB so aufzufassen sei, dass die Einsicht in eine Norm den strafrechtlichen Vorwurf zeitige.

⁵⁹ Ähnlich *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 120 ff.

rechtseinsicht den Täter vor die Wahl, ob er die Handlung, die von ihm geplant und als Tatbestandsverwirklichung bestätigt wird, aufgibt oder vornimmt. Wenn der Täter auf das Handlungsprojekt verzichtet, ist das betroffene Rechtsgut gesichert und es wird keine Rechtspflicht verletzt. In der Rechtslehre wird die weit verbreitete Auffassung vertreten, dass, insbesondere wenn wir den Rechtsgüterschutz als die Aufgabe des Strafrechts einräumen, die Entscheidung, den Tatbestand nicht zu verwirklichen, die Rechtspflicht nicht zu vernachlässigen oder das Rechtsgut nicht zu verletzen, die Schuld ausgliedern sollte.⁶⁰ Trifft der Täter im Gegensatz dazu die Entscheidung, mit seiner Handlung fortzufahren, so sei seine Handlung subjektiv zurechenbar.⁶¹ Der Grund dafür, dass diese auf der Unrechtseinsicht oder der Kenntnisfähigkeit beruhende Entscheidung, Unrecht zu tun oder rechtspflichtwidrig ein Rechtsgut zu verletzen, dem Täter die subjektive Zurechenbarkeit attestiere,⁶² liege darin, dass gemäß dem *Schuldprinzip* die subjektive Zurechnung des objektiven Verbrechens in der von dem Handelnden bestimmten Entscheidung begründet sein sollte.⁶³ Wenn der Täter die Norm also kennt oder kennen kann, sind ihm Entscheidungsmöglichkeiten zu normorientiertem Verhalten psychisch zugänglich (Nach den vielzitierten Worten ist dies im konkreten Fall „die normative Ansprechbarkeit“ gegeben)⁶⁴ und somit kann die von ihm entschiedene rechtswidrige Verhaltensweise als eine vorwerfbare Unrechtshandlung erachtet werden. Diese zum Unrechtsbewusstsein gehörende Komponente, die offensichtlich keine kognitive, sondern voluntative darstellt, ist Wille. Wenn der Täter das Verbotensein seines Handlungsprojekts kennt und erfasst, aber doch zur Entscheidung kommt, seinen Plan durchzuführen, so können wir mit großer Sicherheit davon ausgehen, dass er die Folge „will“, durch seine Tat den rechtswidrigen Zustand zu schaffen. Wenn sich der Täter dagegen entschließt, sein rechtswidriges Handlungsprojekt, also den Tatbestand zu verwirklichen, aufzugeben, bedeutet dies, dass er den Tatbestand nicht verwirklichen „will“, das Rechtsgut nicht verletzen „will“, sondern die Rechtspflicht halten „will“.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass beim Handeln mit sicherer Unrechtseinsicht ein irgendwie geartetes voluntatives Moment weder als Begriffsmerkmal des Unrechtsbewusstseins noch als ein von der kognitiven Komponente zu trennendes, zusätzliches Element der Schuld verlangt werde, weil in einem solchen Fall üblicherweise allein das Vorhandensein dieser Kenntnis für die Annahme des vollen Schuldvorwurfs als ausreichend anzusehen sei.⁶⁵ Dieser Auffassung

⁶⁰ Ähnlich MüKo/Joecks, 17/23.

⁶¹ Vgl. Roxin, JuS 1964, S. 58; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 120 ff.

⁶² Ähnlich BGHSt 2, 194, 209; SK/Rudolphi, 17/12; ders., Unrechtsbewusstsein, S. 120 ff.

⁶³ Vgl. nur Köhler, AT, S. 51; ähnlich Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 142.

⁶⁴ Roxin, AT/1, 19/36 ff.

⁶⁵ So Warda, Welzel-FS, S. 500.

kann jedoch nicht gefolgt werden. Ausgehend von der vorstehenden These in der vorliegenden Arbeit ist die voluntative Komponente dann gegeben, wenn der Täter sein Handlungsprojekt in die Tat umsetzt, auch wenn er es für möglich hält, dass dieses unrechtmäßig ist. Für die strafrechtliche Vorwerfbarkeit bzw. Verantwortlichkeit ist nicht das bloße Wissen des Täters entscheidend, ob eine bestimmte Handlungsweise rechtlich verboten oder erlaubt ist, sondern sein Wollen, dass er die von ihm geplante rechtswidrige Tat realisieren will. D. h., für die subjektive Zurechnung ist es maßgeblich, dass der Täter eine Entscheidung getroffen hat, die er unter dem Aspekt der Vermutbarkeit aufgeben kann und die vom Präventionszweck her als schädlich für die Stabilität der Rechtsnorm (und deren Bestrafung daher als präventiv notwendig) angesehen wird. Die Unrechtseinsicht stellt also nur eine unentbehrliche Voraussetzung des Willenselements dar, das die Erhebung eines vollen Schuldvorwurfs zu begründen vermag.

Aus der oben skizzierten Argumentation folgt, dass, ob der Täter durch den von ihm verursachten rechtswidrigen Zustand die Strafbarkeit verdient, von der o. g. Entscheidung abhängig ist. Der bloße Gedanke, die alleinige Kenntnis, Erfassung und hinlängliche Kenntnisfähigkeit sind die relevanten subjektiven Sachverhalte als Voraussetzungen der Entscheidung und auch die entscheidenden Kriterien für den Verbotsirrtum oder dessen Vermeidbarkeit; sie lassen sich jedoch nicht allein als die Gründe strafrechtlichen Vorwurfs erachten, dabei ist das Hinzutreten der voluntativen Komponente erforderlich. Kurz und bündig: Die auf der Unrechtseinsicht oder der Kenntnisfähigkeit fußende Entscheidung macht den Täter für sein Verhalten in strafrechtlicher Hinsicht aus vorwerfbar und verantwortlich. Das Willenselement des Unrechtsbewusstseins wird von der Entscheidung gebildet, die die Unrechtseinsicht voraussetzt. Insofern ist Unrechtsbewusstsein eine Synthese aus kognitiver und voluntativer Komponente.

§ 4 Die Kriterien für die Unrechtseinsicht

Erkennt der Täter, dass sein Handlungsprojekt rechtlich verboten ist, so ist bei ihm Unrechtseinsicht gegeben. Aber die Kriterien dafür sind immer noch umstritten. Hier sollten wir uns vergewissern, ob bei der Überprüfung der beiden kognitiven Elemente, Unrechtseinsicht und Kenntnis der Tatumstände, identische Kriterien angelegt werden sollten; wenn ja, wie? wenn nein, mit welchen Kriterien kann man den Verbotsirrtum (die Unrechtsunkenntnis) von der Unrechtseinsicht abgrenzen? Im Folgenden wird der Versuch unternommen, wissenschaftlich haltbare und für die Praxis brauchbare Kriterien für die Unrechtseinsicht herauszuarbeiten.

I. Keine Anwendbarkeit der Maßstäbe des Vorsatzes auf das Unrechtsbewusstsein

Hierzu knüpft der Diskurs über die Kriterien der Unrechtseinsicht in der Literatur häufig an den Vergleich zwischen der Schuld- und Vorsatztheorie an. In diesem Fall würde sich dieser Diskussionsinhalt aber in der Korrektheit der Übertragung vom Maßstab des Willenselements des (bedingten) Tatbestandsvorsatzes sowie in der Wechselseitigkeit zwischen den kognitiven Komponenten und der jeweils aufgenommenen Theorie erschöpfen. Die substanziellen Unterschiede zwischen den zum Vorsatz und zum Unrechtsbewusstsein gehörenden intellektuellen Komponenten würden aber vernachlässigt.

Daher wird hier die Meinung vertreten, dass die Kriterien für das kognitive Element des Unrechtsbewusstseins nicht von der Übernahme der Vorsatz- oder Schuldtheorie abhängig sind (dazu s. o. § 3 I). Wenn das Wissenselement des Tatbestandsvorsatzes als die Kenntnis aller im Tatbestand beschriebenen Umstände und das Wissenselement des Unrechtsbewusstseins als die Einsicht in die Unrechtmäßigkeit der vom Täter geplanten Handlung begriffen wird, bedeutet dies nicht nur, dass die verschiedenen Wissensgegenstände sich voneinander unterscheiden, sondern auch, dass die beiden Elemente je nach dem Wesen ihres Gegenstands möglicherweise den voneinander abweichenden Kriterien gemäß zu beurteilen sind.⁶⁶ Ob für die beiden nach der Schuldtheorie begrifflich durchaus voneinander zu trennenden kognitiven Elemente dieselben Kriterien gelten sollten oder nicht, gilt es hier nun zu untersuchen. Selbst wenn man der Vorsatztheorie folgt

⁶⁶ Ähnlich *Schewe*, *Bewusstsein und Vorsatz*, S. 185, wo die Aussage *Bindings* „dass Irrtümer nie durch ihren Gegenstand schwer werden, sondern durch die Art, wie man sie nicht vermieden hat“ (*Binding*, *Schuld*, S. 133; ihm folgend: *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, S. 192.), widerlegt wird.

und die beiden Elemente in die identische Deliktskategorie einordnet, muss diese Frage entschieden werden.

Diesbezüglich ist der von *Rudolphi* aufgestellten These⁶⁷ zu widersprechen. Die Forschungsergebnisse seiner Habilitationsschrift im Bereich der Kriterien des Unrechtsbewusstseins beruhen vornehmlich auf dem von *Welzel* geschaffenen theoretischen Unterbau. *Rudolphi* legt einerseits dem Ausgangspunkt seiner Begründung die Kategorisierung der Verbrechenselemente zu Grunde, dass der Vorsatz zur Tatbestandsmäßigkeit gehöre und das Unrechtsbewusstsein zur Schuld (der sog. **Verbrechensbegriff des Finalismus**⁶⁸). Andererseits übernimmt er die Ansicht von *Welzel*, nach der die in einer tieferen Stufe des Verbrechensbegriffs angelegte Verbrechensdifferenz in einer höheren Stufe wiederkehre⁶⁹. Überdies weist *Rudolphi* mit der Auffassung⁷⁰ *Victor Krafts*, eines der bekannten Mitglieder des Wiener Kreises, darauf hin, dass jede Kenntnis einer konkreten Pflicht die Kenntnis des die jeweilige Pflicht begründenden Sachverhalts voraussetzen müsse. Mithin behauptet er, dass der Grad des Wissens über die dem Täter auf Grund des konkreten Sachverhalts im Falle seines Gegebenseins obliegende Pflicht nicht über den Grad des Wissens über diesen ihn verpflichtenden Sachverhalt hinausgehen könne. Daraus schließt *Rudolphi*, dass die **Kenntnis** und **Stellungnahme** des Täters zu dem die konkrete Rechtswidrigkeit begründenden Sachverhalt das Maß seiner Kenntnis und Stellungnahme zur Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise nach unten hin limitieren, scil. dass der Grad am subjektiven kognitiven Unrechtsmerkmal die Obergrenze des Ausmaßes des subjektiven kognitiven Schuldmerkmals bilde. Daraus ergebe sich zum Schluss „zwingend“ die Auffassung, dass dieselben Kriterien der Grenze des (bedingten) Vorsatzes auch in Hinsicht auf die Überprüfung des (bedingten) Unrechtsbewusstseins gelten müssten und dies als die Fundierung der Schuldtheorie anzusehen sei. Z. B. gilt, wenn man „Ernstnehmen“ als das Kriterium für die Abgrenzung des Tatbestandsvorsatzes von der Fahrlässigkeit hält, dass dann die Unrechtseinsicht zu bejahen ist, wenn der Täter die Möglichkeit der konkreten Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht nur erkannt, sondern auch ernstgenommen hat.⁷¹

Aber schon die Prämisse dieser vorstehenden Argumentation, dass nur die höchste Unrechtsstufe (eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung) den vollen

⁶⁷ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 130 ff.

⁶⁸ Eine prägnante Darstellung vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 22 V (insbesondere 3.). Als eine Handlungslehre wird die Ansicht des Finalismus für zweifelhaft erachtet, aber die Überführung des Vorsatzes in den subjektiven Tatbestand wird als der wichtigste systematische Beitrag des von ihm abgeleiteten Verbrechensaufbaus angesehen und heutzutage generell in Praxis und Wissenschaft übernommen, dazu vgl. *Roxin*, AT/1, 7/24 m. w. N.

⁶⁹ *Welzel*, LB, § 22 III.

⁷⁰ *Kraft*, Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, 2. Aufl., S. 200 f., 212 f.

⁷¹ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S.133.

Schuldvorwurf ermöglichen könne, wird teilweise als anfechtbar angesehen, weil der Tatbestandsvorsatz nur von der *finalen Handlungslehre* als das die höchste Unrechtsstufe kennzeichnendes subjektives Unrechtselement angesehen werde und überdies in der Rechtsprechung⁷² sowie in der Literatur das Unrechtsbewusstsein dagegen gemeinhin als ein vom Tatbestandsvorsatz selbstständiges Schulselement anzusehen sei.⁷³

Diese vorstehende Kritik *Wardas* kann aber fehl am Platze sein. Hierzu muss die Frage nach der (Unrechts-)Stufe des Tatbestandsvorsatzes zur Diskussion gestellt werden. Ist vom Maß des Unrechts die Rede, sollte die Diskussion sich an seiner Einwirkung auf die Schwere der vom konkreten Unrecht hergeleiteten Schuld und des damit bestimmten Strafrahmens orientieren, ansonsten würde die Feststellung seines Maßes bedeutungslos sein, denn bei der Gesetzgebung und Gesetzanwendung zielt die Feststellung der Unrechtsstufe einer bestimmten Handlungsweise nur darauf ab, den dem Strafdogma passenden Strafrahmen festzusetzen und dem Täter die für seine konkrete Handlung adäquate Strafe aufzuerlegen.⁷⁴ Von diesem Gesichtspunkt aus ist die Auffassung der finalen Handlungslehre zumindest im Ergebnis richtig, denn es ist von alters her allgemein anerkannt, dass bei im Übrigen gleichen Bedingungen gegen den Handelnden einer vorsätzlichen Unrechtstat ein schwererer Schuldvorwurf erhoben wird als gegen den Täter einer fahrlässigen Unrechtstat und folglich über ihn eine der Schuld entsprechende Strafe zu verhängen ist. Was die Schlussfolgerung betrifft, wäre gegen das Verbrechenssystem der finalen Handlungslehre nichts einzuwenden. Dass der Tatbestandsvorsatz als höchste Unrechtsstufe bezeichnet wird, stimmt mit der Funktion der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit überein und ist heutzutage allgemein anerkannt.

Der zweite Kritikpunkt trifft auch keine empfindliche Stelle, er verneint die o. g. Voraussetzung der These *Rudolphis* aber nicht, dass der Grad des Wissens über den Sachverhalt auf das Unrechtsbewusstsein in gewissem Maße einwirkt. Das Unrechtsbewusstsein als ein vom Tatbestandsvorsatz getrenntes selbstständiges Schulselement bedeutet, dass die Feststellung des Unrechtsbewusstseins und des Tatbestandsvorsatzes nicht voneinander abhängig sind, z. B. kann der Täter mit vollem Vorsatz in unvermeidbarem Verbotsirrtum handeln und deshalb straffrei bleiben.⁷⁵ Diese auf *Welzel* zurückzuführende Auffassung beschreibt präzise die Beziehung zwischen Unrecht und Schuld sowie zwischen Tatbestandsvorsatz und Unrechtsbewusstsein: Die Zugehörigkeit des Unrechtsbewusstseins zum Vorsatz im Ver-

⁷² Vgl. statt vieler BGHSt 2, 194, 205, 208.

⁷³ *Warda*, *Welzel-FS*, S. 502.

⁷⁴ Hierzu ist vor allem der durch das Schuldprinzip gewährte Schutz gegen das Übermaß repressiver Einwirkung des Staates und seine strafbegrenzende Funktion von Bedeutung, Vgl. *Roxin*, AT/1, 3/53 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, §4 I 2.

⁷⁵ BGHSt 2, 194, 205.

brechensaufbau ist nämlich zu verneinen.

Zutreffend ist jedoch die Beobachtung, dass aus *Rudolphis* Argumentationen die Folgerung nicht zu ziehen ist, dass die Grenze des kognitiven Elements des Vorsatzes und des Unrechtsbewusstseins an denselben Faktoren auszurichten sei. Die Kenntnis einer konkreten Pflicht setzt zwar die Kenntnis des die Pflicht begründenden Sachverhalts voraus, aber trotzdem kann die (konkrete) Unrechtseinsicht „größer und intensiver“ als die Kenntnis der zum jeweiligen Tatbestand gehörenden Umstände sein. Die Behauptung, dass der Grad der Kenntnis des die Pflicht begründenden Sachverhalts eine Obergrenze des Grades der Kenntnis der Pflicht bilde, ist unsachgemäß und wider die empirische Regel. Im Normalfall sieht der Täter es zwar lediglich für möglich oder wahrscheinlich an, dass der Tatbestand durch seine Handlung verwirklicht wird, aber trotzdem kann er die Rechtswidrigkeit dieser von ihm geplanten Handlung bzw. des dadurch möglicherweise ausgelösten Erfolgs aber schlechthin für sicher halten. Dies ist auf die Differenz über die Beschaffenheit des jeweiligen Gegenstands des kognitiven Elements zurückzuführen. Hinsichtlich der Tatsache (insbesondere geht es dabei nicht nur um die seienden Umstände, sondern auch um die zukünftig möglicherweise eintretende Tatbestandsverwirklichung bzw. um die Beziehung zwischen Handlung und ihre Bewirkung einer Veränderung in der Außenwelt) kann der Mensch nur mit der Möglichkeit ihres Vorliegens bzw. Eintritts rechnen; d. h., ob eine vom Täter für einen bestimmten Erfolg geplante Handlung in der Wirklichkeit diesen Erfolg veranlasst, scil. das Gegebensein eines bestimmten Sachverhalts, kann man nur für möglich, für wahrscheinlich, aber niemals für sicher halten. Dagegen besteht die Möglichkeit, dass der Täter sein Handlungsprojekt, dessen Ausführung zu einer bestimmten Tatbestandsverwirklichung nur für möglich gehalten werden kann, hundertprozentig sicher als verboten oder erlaubt halten kann, denn für die Antwort auf das Verbotensein einer Handlungsweise kommt auf eine von Menschen aufgestellte Norm an. Kennt der Täter die Möglichkeit, dass sein Verhalten den jeweiligen Tatbestand verwirklichen kann, vermag er zu wissen, sogar im meisten Fall für sicher zu halten, dass sein Tatplan wider die Sollensanforderungen einer Handlungsnorm und damit pflichtwidrig ist, d. h., dass der Täter die konkrete Pflicht besser erkennen kann als den jeweiligen Sachverhalt.

Ein weiterer Grund liegt darin, dass der Grad und das Bestehen im Sinne der strafrechtlichen Zurechnung der beiden kognitiven Elemente ex ante zu bestimmen ist. Vor dem Eintritt eines vom Täter als möglich angesehenen Sachverhalts kann man sein Geschehen im konkreten Fall zwar nicht für sicher halten, dies verhindert aber nicht, dass der Täter vor oder bei der Begehung der Tat die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens in concreto für sicher hält, soweit er die Ausführung seines ge-

planten Verhaltens und/oder den somit potentiell gezeitigten Erfolg für möglich oder wahrscheinlich hält. Weil währenddessen der Täter schon erkennen kann, dass der von ihm vorgestellte Satz (die Beschreibung des Zustands, dessen Eintreten von ihm für möglich gehalten wird) mit dem aus dem jeweiligen Tatbestand ableitbaren Satz *L-äquivalent* ist. Es ist keine Übertreibung, zu sagen, dass man den Eintritt einer Tatsache nie für sicher hält, die rechtliche Normen aber immer.

Die Aussage „die Kenntnis einer konkreten Pflicht setzt notwendigerweise die Kenntnis des die Pflicht begründenden Sachverhalts voraus“ stimmt auch mit der oben aufgestellten These (s. o. § 3 II 2) überein und dem ist zuzustimmen, aber daraus ist schwerlich der Schluss zu ziehen, dass die Kenntnis der konkreten Rechtswidrigkeit nicht größer und intensiver als die Kenntnis des die konkrete Rechtspflichtwidrigkeit begründenden Sachverhalt sein könne. Die Kriterien der Grenzziehung der Unrechtseinsicht sind unabhängig vom Grad des Wissenslements des Tatbestandsvorsatzes; infolgedessen sind sie gemäß ihren Funktionen in der Verbrechenlehre näher abzuklären. Im Folgenden wird versucht, sachgerechte Kriterien für die Abgrenzung der Unrechtseinsicht von der Unrechtsunkenntnis zu finden.

II. Die Grenze zwischen Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum

Um die in der vorliegenden Arbeit unentbehrliche Analyse des Unrechtsbewusstseins durchführen zu können, muss zunächst untersucht werden, bis zu welchem Grad der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens zur Annahme der Unrechtseinsicht erkennen muss. Wie oben aufgezeigt, stellt die Synthese aus der Unrechtseinsicht und dem mit ihr getroffenen Tatentschluss das Unrechtsbewusstsein dar, welches als notwendige Bedingung des vollen Schuldvorwurfs begriffen wird. Im Vergleich zum Tatentschluss und zum Unrechtsbewusstsein erfreut die Unrechtseinsicht sich einer tieferen Bedeutsamkeit, sowohl in der Strafrechtspraxis als auch in der Wissenschaft. Weil der Tatentschluss des Täters sich in der Regel durch die bewusste Ausführung der Unrechtshandlung darstellt oder mit ihr einhergeht und sich mithin sein Vorhandensein in theoretischer Hinsicht leicht beweisen lässt, kann das Hauptgewicht der Prüfung auf die tatsächliche Einsicht in die rechtliche Bewertung der jeweiligen Handlung gelegt werden. Im Rahmen dieser Prüfung ist entscheidend, ob der Täter zum Tatzeitpunkt die aktuelle Unrechtseinsicht hatte. Ob eine Kenntnis seinerseits von der rechtlichen Norm potenziell existierte oder ob er den Verbotsirrtum vermeiden konnte, ist eine andere Frage und wird weiter an anderer Stelle zu klären sein; dabei wird dann zum einen auf die

Frage der Zumutbarkeit der Rechtskenntnis für den Täter und zum zweiten auf allgemeine kriminalpolitische Erwägungen eingegangen werden (s. u. § 5). Darüber hinaus steht hier das Erfordernis der voluntativen Komponente nicht mehr zur Diskussion, es wurde bereits an vorheriger Stelle dieser Arbeit behandelt (s. o. § 3). Der Grad der kognitiven Komponente des Unrechtsbewusstseins wirkt zwar weiterhin auf seine voluntative Komponente ein, wobei Erstere aber eindeutig von Letzterer zu differenzieren ist, denn, ob oder inwieweit der Täter etwas kennt oder will, ist unterschiedlich zu beurteilen. Im Folgenden soll konzentriert versucht werden, die Untergrenze der kognitiven Komponente des Unrechtsbewusstseins, scil. die Grenze zwischen Unrechtskenntnis und Unrechtsunkenntnis (Verbotsirrtum), herauszufinden.

Unumstritten sind folgende zwei Situationen: Wenn der Täter das Unrecht seines Verhaltens bei Tatbegehung für sicher hält, agiert er gewiss mit Unrechtsbewusstsein;⁷⁶ wenn er aber mit der irrigen positiven Vorstellung, rechtmäßig zu handeln, die in Wirklichkeit rechtswidrige Handlung begeht, fehlt ihm die Unrechtseinsicht, weswegen er sich im Verbotsirrtum befindet. Demgegenüber sind die restlichen Situationen umstritten, in denen der Täter sich über die Rechtslage im Unklaren ist. Solche Fälle, in denen der Täter es nur für möglich hält, Unrecht zu tun, d. h. Fälle mit sog. *Unrechtszweifel*,⁷⁷ kommen angesichts der überwältigenden Normenflut moderner Gesellschaften und der ständigen Neuschaffung von Straftatbeständen immer häufiger vor, insbesondere im Nebenstrafrecht oder bei Normen, die nur der *Aufrechterhaltung von Ordnungswerten* dienen.⁷⁸ Die Prüfung, ob in diesen Fällen die Unrechtseinsicht anzunehmen ist, führt uns mitten in eine der verhänglichsten Fragen in der Verbotsirrtumslehre.

1. Das Kriterium des „Für-möglich-Haltens“

Nach der h. M. und der grammatischen Auslegung des § 17 S. 1 StGB kann eine „positive Vorstellung, rechtmäßig zu handeln“, die Unrechtseinsicht zwar ohne weiteres ausschließen, aber eine solche Vorstellung ist für die Annahme eines Ver-

⁷⁶ Wenn dieses Verhalten aber tatsächlich rechtmäßig ist, kommt das Wahndelikt (der umgekehrte Verbotsirrtum) in Betracht. Das Wahndelikt ist straflos, denn die vom Täter eingebildete strafrechtliche Vorschrift existiert überhaupt nicht oder die Reichweite einer Verbotsnorm wird von ihm überschätzt und daher verletzt seine Handlung kein Rechtsgut und auch keine Rechtspflicht. So die h. M., vgl. nur *Jescheck/Weigend*, AT, § 50 II m. w. N. Ob beim Wahndelikt das Unrechtsbewusstsein des Täters vorliegt, ist von strafrechtsdogmatischer Warte aus deshalb belanglos, weil seine Strafbarkeit durch die Überprüfung der Tatbestandsmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit entfällt. De facto gibt es auch kaum Anlass, die Vornahme eines Wahnverbrechens zu bemerken, denn es ist in Wirklichkeit erlaubtes Verhalten.

⁷⁷ *Sch/Sch/Sternberg-Lieben*, 17/5; *Lackner/Kühl*, StGB, 17/4; *BeckOK/Heuchemer*, 17/11.

⁷⁸ *Schewe*, Bewusstsein und Vorsatz, S. 185 m. w. N.

botsirrtums nicht erforderlich; dafür ist vielmehr das Fehlen der richtigen Einsicht in die rechtliche Bewertung der vom Täter geplanten Handlung hinreichend.⁷⁹ Auf der anderen Seite hat der BGH für die Annahme der Unrechtseinsicht den grundsätzlichen Maßstab statuiert und hält sich bislang an ihn: Wer „*wenigstens die Vorstellung hatte, möglicherweise unrecht zu handeln; nahm er dann diese Möglichkeit in seinen Willen auf, so hatte er das Unrechtsbewusstsein.*“⁸⁰ Dieses in der Rechtsprechung oftmals befolgte Kriterium des „**Für-möglich-haltens**“ wird einerseits als die Mindestanforderung der Unrechtseinsicht begriffen, andererseits setzt es in Bezug auf die Überprüfung des Verbotsirrtums den Unrechtszweifel mit der sicheren Unrechtskenntnis gleich.⁸¹ Nach diesem Kriterium müsse der Handelnde beim Unrechtszweifel auf sein Handlungsprojekt verzichten, wenn er die Gewissheit von dessen Rechtmäßigkeit nicht erlangen könne.⁸² Dadurch können wir den paradoxen Charakter dieses Kriteriums entdecken: Der Täter hält die von ihm geplante Handlung dann auch als rechtlich erlaubt, wenn er annimmt, dass sie nicht sicher, sondern nur möglicherweise rechtswidrig sei; das mit der Vorstellung, möglicherweise unrecht zu handeln, einhergehende Für-möglich-halten der Rechtmäßigkeit der Tat kann für sich allein die Verantwortlichkeit des Handelnden unter keinen Umständen aufheben.⁸³

Unter diesem Topos ist ein Verbotsirrtum nur dann zu bejahen, wenn der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens gar nicht erkannt (dies ist bei Ausländern aus fremden Rechts- und Kulturkreisen denkbar, ein Beispiel vgl. § 5 III 4.) oder aus einem zureichenden Grund irrig für unmöglich gehalten hat; die letzte Variante ist nichts anderes, als dass er die positive Vorstellung gehabt hat, rechtmäßig zu handeln, z. B. wenn der Täter darauf vertraut habe, dass die von ihm geplante Tat nicht verboten sein werde.⁸⁴ Dann ist es kein Wunder, wenn man aus entgegengesetzter Perspektive sagt, dass die Vorstellung für die Zulässigkeit des Handlungsprojekts einen Verbotsirrtum darstelle oder mangelndes Unrechtsbewusstsein dann vorliege, wenn der Handelnde sein Verhalten „für möglicherweise **erlaubt** hält“.⁸⁵ Es fragt sich nur, ob diese vom BGH aufgestellte Anforderung das vernünftige Maß überschreitet – d. h., ob sie den Schuldvorwurf gegen den Täter zu begründen vermag – und ob nach diesem Kriterium der unvermeidbare Verbotsirrtum nur in

⁷⁹ So ganz h. M. Ausführlich a. o. § 1 II 2.

⁸⁰ Wörtlich BGH JR 1952, S. 285; ebenso BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 202. Aus der Literatur *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 84 ff.; *Welzel*, LB, § 22 III 1. g); *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 3. b); *Maurach/Zipf*, AT/1, 38/34; *LK/Schroeder*, 17/23; *Lackner/Kühl*, StGB, 17/4.

⁸¹ *Welzel*, LB, § 22 III 1. g); *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 10/85; *LK/Vogel*, 17/27; a. M. *Puppe*, Rudolphi-FS, S. 236.

⁸² Vgl. statt vieler BGHSt 14, 64, 73; *LK/Vogel*, 17/27.

⁸³ *Warda*, *Welzel-FS*, S. 504 f.

⁸⁴ *SK/Rudolphi*, 17/12; *ders.*, *Unrechtsbewusstsein*, S. 188 ff.; *MüKo/Joelck*, 17/23.

⁸⁵ So *Puppe*, *Rudolphi-FS*, S. 236.

den seltensten Fällen denkbar ist (dazu s. § 5), z. B. wenn der Täter sich auf durchaus vertrauenswürdige, aber unzutreffende Auskünfte verlässt⁸⁶ oder wenn er stets ernsthaft auf die Erlaubtheit seines Tatplans vertraut⁸⁷. Für die Beantwortung sollte konsequent auf das *Schuldprinzip* und die *kriminalpolitische Erwägung* abgestellt werden.

Bevor wir weiterhin über die Grenze zwischen Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum diskutieren, sind die einschlägigen Begriffe und ihre Verflochtenheit zu bemerken. Sowohl in der Praxis als auch in der Strafrechtslehre wird die Überprüfung, ob das Fehlen der geforderten Rechtskenntnis vermeidbar ist sowie das voluntative Element des Unrechtsbewusstseins vorliegt, an die Feststellung der als die notwendige Bedingung eines Schuldvorwurfs bezeichneten Unrechtseinsicht geknüpft, deren Bejahung gleichzeitig den Verbotsirrtum verneint. Sie können, und in strafrechtsdogmatischer Hinsicht sollen sie sich auch eindeutig voneinander unterscheiden. Der Täter – wenn man der Auffassung des BGH folgt – muss erst dann das Unrecht seines Verhaltens in Kauf nehmen oder sich mit ihm abfinden können, wenn er es gekannt oder mindestens an ihm gezweifelt hat. Demgemäß ist die Aussage bedenklich, dass „volle Unrechtskenntnis“ vorliegt, „wenn sich der Täter im Falle des Zweifels mit dem Rechtsverstoß abfindet“.⁸⁸ Dies verwechselt das Verhältnis zwischen dem kognitiven und voluntativen Element und kann nicht erklären, warum ein bloßer Zweifel zu voller (Unrechts)Kenntnis wird, wenn doch der Täter keine weiteren Informationen über die rechtliche Bewertung seines Handlungsprojekts bekommen hat, sondern er sich nur mit dem Zweifel abfindet, dass seine Handlung rechtswidrig sein könnte. Ebenso klar ist der Unterschied zwischen der Unrechtseinsicht und der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, denn das Fehlen der Ersteren stellt die Voraussetzung der Letzteren dar; nur wenn die Unrechtseinsicht nicht gegeben ist, liegt der Verbotsirrtum vor und ist die Überprüfung seiner Vermeidbarkeit erst denkbar sowie auch von praktischer Bedeutung für die Strafbegründung und Strafzumessung.

Summarisch gesprochen, die Bejahung der Unrechtseinsicht kann mit dem des entsprechenden Tatentschlusses in der Regel die Feststellung des Willens des Täters bedeuten. Dagegen folgt auf die Verneinung der Unrechtseinsicht, nämlich die Bejahung des Verbotsirrtums, die Notwendigkeit, seine Vermeidbarkeit zu untersuchen. Darüber hinaus handelt es sich im Unterschied zur Überprüfung der Vermeidbarkeit, bei der die tatsächliche Möglichkeit und präventive Notwendigkeit der Unrechtskenntnis zu untersuchen ist, bei der Unrechtseinsicht um das „Ob“ der Existenz der kognitiven Komponente. Bei den Überprüfungen ist darauf zu achten,

⁸⁶ Stratenwerth/Kuhlen, AT, 10/83.

⁸⁷ Vgl. Puppe, Rudolphi-FS, S. 235.

⁸⁸ Jescheck/Weigend, AT, § 41 I 3. b).

keinen der einzelnen Maßstäbe der drei Elemente miteinander zu verwechseln.

2. Stellungnahme und Beschränkung

Das „Für-möglich-halten“ als der Maßstab für die Annahme der Unrechtseinsicht liegt in der Überlegung begründet, dass im Falle des Unrechtszweifels der Tatentschluss des Handelnden notwendigerweise eine Entscheidung für eine möglicherweise verbotene Rechtsgutsverletzung⁸⁹ und einen Rechtsverstoß⁹⁰ enthalte. Vom *positiv generalpräventiven Gesichtspunkt* aus stimmt dieses Argument mit der präventiven Notwendigkeit überein. Denn ein Entschluss für ein Unrecht veranlasst eine Straftat und enttäuscht die Erwartungen der Rechtsgemeinschaft; diese enttäuschende Tatentscheidung, (möglicherweise) unrecht zu handeln, werde dadurch kompensiert, dass sie als „*Fehler*“ interpretiert werde.⁹¹ In strafrechtlicher Hinsicht bedeutet die Kompensierung nichts anderes, als dass die jeweilige Handlung als schuldhaft bewertet und deshalb der Täter bestraft würde.⁹² Aber der Schuldvorwurf darf nicht allein auf die präventive Notwendigkeit gestützt werden, anderenfalls könnte durch die Strafbegründung der alleinigen positiv generalpräventiven Ansicht die strafbarkeitseinschränkende Funktion des Schuldprinzips ausgehöhlt werden. Dieser Gedanke der „Stabilisierung des Ordnungsvertrauens“ läuft darüber hinaus auf die Gefahr hinaus, dass die grundgesetzlich als unantastbar betrachtete Menschenwürde durch die Instrumentalisierung des Täters verletzt werden könnten. Außerdem bestehen auch Bedenken, dass die präventive Wirkung durch eine rein generalpräventive Intention zerstört oder gemindert werden könnte, wenn die Verantwortlichkeit des Täters nicht von seiner Person, nicht von seiner Einstellung zu der von ihm verletzten Strafnorm, sondern von der Notwendigkeit für Wiederherstellung des Ordnungsvertrauens abhängt.⁹³

Wenn die Vorstellung des Täters, dass sein Tatplan möglicherweise unrechtmäßig sei, ihn bewegen müsse, vom geplanten Verhalten Abstand zu nehmen,⁹⁴ so steht diese Anforderung *in der Regel* auch im Einklang mit der dem Schuldvorwurf zu Grunde liegenden Zumutbarkeit. In einem solchen Fall darf man vom potenziellen Täter nämlich erwarten, dass er sich im angemessenen Rahmen Mühe gibt, den Zweifel zu beseitigen oder immerhin seinen Tatplan einstweilen zurück-

⁸⁹ Vgl. SK/Rudolphi, 17/12; ders, Unrechtsbewusstsein, S. 188 ff.; MüKo/Joecks, 17/23.

⁹⁰ Jescheck/Weigend, AT, § 41 I 3. b).

⁹¹ Jakobs, Schuld und Prävention, S. 10; ders, AT, 17/18 ff; ähnlich Schünemann, Nulla poena, S.14.

⁹² Vgl. Roxin, AT/1, 19/33.

⁹³ Vgl. Roxin, AT/1, 19/34 f; eingehend Schünemann, Grundfragen, S. 153 ff.

⁹⁴ Roxin, AT/1, 21/29.

zuhalten,⁹⁵ soweit keine weitere psychische Störungen, z. B. Ausschluss oder erhebliche Verminderung der Zurechnungsfähigkeit, gegeben sind.⁹⁶ Die Unrechtseinsicht lässt sich durch dieses Kriterium nicht nur völlig klar, sondern auch gemäß dem Gedanken des Schuldprinzips und der präventiven Notwendigkeit vom Verbotsirrtum trennen. Wenn z. B. der Täter durch die Einholung der Informationen zu einem falschen Ergebnis gelangt ist und mithin die Unrechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts „nicht“ für möglich gehalten hat, erliegt er wegen des Vertrauens in die Rechtmäßigkeit des von ihm geplanten Verhaltens einem Verbotsirrtum. In einem derartigen Fall handelt es sich bei der Feststellung des Verbotsirrtums darum, ob der Täter sich dessen befleißigt hat, den Unrechtszweifel zu beseitigen, aber trotzdem zur (in der Realität irrigen) Überzeugung gelangt ist, dass sein Vorhaben rechtmäßig wäre. Bei der Überprüfung der Vermeidbarkeit dieses Verbotsirrtums geht es hingegen darum, ob er in der Lage ist, die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens erkennen zu können, z. B. im vorstehenden Fall, ob der Irrende die Fähigkeit besitzt, die Vertrauenswürdigkeit oder Richtigkeit der Informationen zu beurteilen und daher zur richtigen rechtlichen Bewertung seiner Handlung zu gelangen; d. h., ob er der Anforderung der Rechtskenntnis in concreto gewachsen ist.

Daraus folgt, dass grundsätzlich die Unrechtseinsicht dann angenommen werden könnte, sofern der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens für möglich hält. Aber, wie bereits akzentuiert, stehen hierbei das Schuldprinzip und der Zweck der Generalprävention immer im Vordergrund, sie können einerseits den Schuldvorwurf begründen, andererseits die Strafwürdigkeit einer Unrechtshandlung in dem zweckgemäßen Rahmen einschränken. Deshalb besteht die Möglichkeit, dass nicht von jedem potenziellen Täter in allen Fällen verlangt werden kann, auf die von ihm für möglicherweise unrechtmäßig gehaltene Verhaltensweise zu verzichten. Vielmehr muss man von den zwei Leitlinien her weiterfragen, unter welchen Prämissen der *hinreichende Anlass* besteht, vom Bürger zu verlangen, sich der rechtlichen Bewertung seines Verhaltens zu vergewissern und den Unrechtszweifel folglich zu beheben.⁹⁷ Hier ist nochmals zu betonen, dass die Frage, ob ein hinreichender Anlass gegeben ist, nicht von der Fähigkeit des einzelnen Handelnden zu richtiger Rechtskenntnis abhängt, sondern von konkreten Fakten, ob das jeweilige Verbot unter normativem Aspekt objektiv erreichbar und erfassbar ist. Infolgedessen setzt das Vorhandensein einer Unrechtseinsicht beim Unrechtszweifel die objektive Bestimmtheit der betroffenen Rechtslage voraus. Im Folgenden werden der *Bestimmtheitsgrundsatz* (*nulla poena sine lege certa*) und seine Verbindung mit Fällen von Unrechtszweifel behandelt.

⁹⁵ Armin Kaufmann, ZStW 70 (1958), S.84.

⁹⁶ Vgl. Schewe, Bewusstsein und Vorsatz, S. 147 ff; Warda, Welzel-FS, S. 503.

⁹⁷ Stratenwerth/Kuhlen, AT/1, 10/83 ff.

3. Das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

Bevor wir auf die diskutablen und markanten Fallgruppen vom o. g. Kriterium des „Für-möglich-haltens“ eingehen, sollten wir nunmehr eingehend vom Bestimmtheitsgebot im Rahmen der Strafbarkeitsvoraussetzungen (nämlich bei dem nullum-crimen-Prinzip) und seiner Auswirkung im Bereich der Rechtseinsicht reden.

Mit Fug und Recht hat *Welzel* behauptet, dass die Frage, wann die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist, schwierig zu beantworten ist;⁹⁸ auf der anderen Seite stellt er fest, „*die eigentliche Gefahr droht dem Grundsatz nulla poena sine lege nicht von der Analogie, sondern von unbestimmten Strafgesetzen*“.⁹⁹ Daraus lässt sich sowohl die Wichtigkeit als auch die Schwierigkeit der Durchsetzung des Bestimmtheitsgebots ersehen, denn einerseits sind die im Gesetz verwendeten Begriffe meistens mehrdeutig und lassen mehrere Interpretationen zu,¹⁰⁰ so dass die Ausdrücke des Strafgesetzes die Vielfalt der den beträchtlichen Schaden verursachenden Verhaltensweisen in der realen Welt umfassen können; andererseits müssen nach dem Bestimmtheitsgebot die Strafbarkeitsvoraussetzungen im Gesetzbuch *expressis verbis* umschrieben werden, damit die Rechtsunterworfenen die Grenze der Strafbarkeit erkennen können. Ein Tatbestand als eine abstrahierte Beschreibung der Tatumstände oder eine unvollständige und auszufüllende Satzfunktion kann jedoch nicht absolut bestimmt sein. Die Aussage, das Strafrecht werde immer unklarer,¹⁰¹ scheint schwierig zu leugnen, insbesondere weil das Bewertungssystem und die Handlungsweisen im Laufe der Zeit auch immer pluralistischer werden. Übermäßige und starre Bestimmtheit wird nicht nur als kontrafaktisch und daher nicht erforderlich erachtet, sondern schädigt auch die Struktur und die Funktion der Gewaltenteilung, denn der Richter, dem bei der gesetzlichen Regelung kein Auslegungsspielraum verbliebe, verkäme zum bloßen Rechtsprechungsautomat. Derartige Forderungen setzen sich schon aus sprachtheoretischen Gründen nicht durch¹⁰² und werden heutzutage in Wissenschaft und Praxis abgelehnt.

Demnach ist es unvermeidlich, dass es in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob

⁹⁸ Ähnlich *Roxin*, AT/1, 5/70; *Schünemann*, Nulla poena, S. 6 ff., wo das Gebot der Gesetzesbestimmtheit als den Tiefpunkt des nulla-poena-Satzes erachtet wird. Er weist zugleich auf, dass im Vergleich zu den anderen Konkretisierungen des Gesetzlichkeitsprinzips dieses Gebot in der Praxis weitestgehend preisgegeben ist.

⁹⁹ *Welzel*, LB, § 5 II 3.; ähnlich *Naucke*, Generalklauseln, passim.

¹⁰⁰ BVerfGE 11, 234, 237, seither ständige Rechtsprechung, z. B.: BVerfGE 28, 175, 183; 71, 108, 114 f.; 73, 206, 235; 87, 209, 224. Aus der Literatur vgl. *Roxin*, AT/1, 5/27, 5/69.

¹⁰¹ *Naucke*, Generalklauseln, S. 3.

¹⁰² Demgegenüber wurde im Zeitalter der Aufklärung aber dem Richter geboten, dass er jeden Fall ohne eine eigene Wertung entscheiden können müsse. vgl. *Frister*, AT, 4/12.

ein Verhalten noch unter einen gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.¹⁰³ Hier stellt sich die Frage, wie eine Unrechthandlung behandelt werden soll, wenn der Täter bei Begehung infolge der objektiven Unklarheit der Rechtslage den Zweifel an der Unrechtmäßigkeit seines Handlungsplans nicht beheben konnte; m. a. W., ob auch in derartigen Fällen die Unrechteinsicht bejaht werden soll, wenn der Täter es nur für möglich gehalten hat, dass seine Handlung einem unbestimmten strafrechtlichen Verbot zuwiderhandeln könne. Sicher ist, dass eine gegen das **Gesetzlichkeitsprinzip** (vgl. Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB) verstoßende strafrechtliche Vorschrift wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz (Art. 103 Abs. 2 GG) als nichtig erklärt werden soll. In diesem Fall ist auch theoretisch unbestritten, dass mangels des gesetzlichen Grunds das jeweilige Verhalten keinesfalls als strafwürdig bewertet werden darf. Schwierig sind die Aufgaben, die Grenze zwischen verfassungswidrige und verfassungsmäßige Unbestimmtheit eine Strafbestimmung zu finden und den Maßstab für die Überprüfung der Unrechtseinsicht in der letzteren Situation festzulegen. Die letztere Aufgabe, die im Folgenden behandelt wird, geht um diesen Fall: Eine strafrechtliche Vorschrift ist nicht so unbestimmt, dass man sie als verfassungswidrig bewerten soll, aber sie ist so unbestimmt, dass die meisten Normadressaten nicht sicher sein können, ob eine Verhaltenweise dieser Vorschrift zuwiderhandelt. Ob die Unrechtseinsicht gegeben ist, wenn unter diesen Umständen der Täter trotz Unrechtszweifel sein Handlungsprojekt verwirklicht hat, ist gerade die zu klärende Frage. Um diese Probleme zu lösen, sind zunächst die Beschaffenheit und der Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips klarzustellen.

a. Die Herkunft und die staats- und strafrechtlichen Wurzeln des Gesetzlichkeitsprinzips

Die lateinische Formulierung des Grundsatzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“ findet sich bekanntlich zwar zum ersten Mal bei *Feuerbach*,¹⁰⁴ aber das Prinzip selbst reicht nach der allgemeinen Ansicht bis in die Epoche der Aufklärung zurück¹⁰⁵ und wurde aus dem Gedanken der naturrechtlichen Lehre vom Gesellschaftsvertrag abgeleitet.¹⁰⁶ Das tragende Fundament dieses Grundsatzes liegt in

¹⁰³ BVerfGE 71, 108, 115; 73, 206, 235.

¹⁰⁴ *Feuerbach*, LB, 1. Aufl. (1801), 14 Aufl. (1847), § 20.

¹⁰⁵ Vgl. nur *Schreiber*, Gesetz und Richter, S. 17; *Schünemann*, Nulla poena, S. 1; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 64 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 10 VI. Allerdings entsteht die Idee nicht erst in der Aufklärungsepoche, sondern von der Antike bis zur Aufklärung haben sich bereits ähnliche Überlegungen konsolidiert und zum staats- und strafrechtlichen unausweichlichen Grundsatz entwickelt. Das historisch Gewordene vgl. *Schreiber*, Gesetz und Richter, S. 17 ff.; *Roxin*, AT/1, 5/12 ff.

¹⁰⁶ *Schünemann*, Nulla poena, S. 1; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 76 ff.; *Je-*

einem zentralen Postulat des politischen Liberalismus: der Forderung nach einer Bindung von Exekutive und Judikative an abstrakt formulierte Gesetze.¹⁰⁷ In staatsrechtlicher Hinsicht geht der Gedanke aus dem Rechtsstaatsprinzip hervor¹⁰⁸ und ist auf die Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung zurückzuführen;¹⁰⁹ sie allein können aber nicht erklären, weshalb die rückwirkende oder analoge Anwendung von Strafgesetzen und die Entstehung von Gewohnheitsrecht nur insoweit unzulässig sind, als Gewohnheitsrechtsverbot, Rückwirkungsverbot und Analogieverbot der Strafbegründung oder Strafschärfung dienen,¹¹⁰ d. h., die hier dem Rechtsanwender auferlegten (grundgesetzlichen) Beschränkungen nicht auf allen Seiten, sondern nur zu Ungunsten des Angeklagten Anwendung finden.¹¹¹ Hieraus kann man schließen, dass der Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips komplex wäre und heutzutage vornehmlich den Freiheitsschutz (vor Willkür des Richters) darstellen würde. Dies wird im Folgenden aufgezeigt.

In der Literatur gibt es einen Dissens in der Frage nach der strafrechtlichen Fundierung dieses Grundsatzes, ob er durch die Rückführung auf den Schuldgedanken gegründet werden soll. Nach der Ansicht der Befürworter ist Art 103 Abs. 2 GG lediglich die Spezifizierung des strafrechtlichen Schuldgrundsatzes und damit eine Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Auswirkung auf das materielle Strafrecht. Weil Art. 103 Abs. 2 GG zu einem reinen, wenig aussagenden Formalprinzip verkomme und infolgedessen seine Freiheitsgarantie nicht mehr in der Vorausehbarkeit und Berechenbarkeit der staatlichen Machtäußerungen liege, finde der moderne Freiheitssinn sich vielmehr in der Unantastbarkeit der Menschenwürde. Danach müsse zum Zeitpunkt der Tat das den Unrechtstatbestand spezifizierende Strafgesetz bereits vorhanden gewesen sein, denn nur dann sei Bestrafung eines Verhaltens im Einklang mit der Menschenwürde des Täters, wenn er sich bewusst oder vorwerfbar unbewusst – nämlich schuldhaft – für das Unrecht entschieden habe.¹¹²

Diese Auffassung fand bei *Rudolphi* in seiner Habilitationsschrift Beifall, wo das Rückwirkungsverbot von Strafgesetzen sowohl für die Folge des Rechtsstaatsprinzips als auch für den Ausfluss der in Art. 1 GG anerkannte Eigenverantwortlichkeit und Würde des Menschen erklärt wird. Infolgedessen müsse die Voraus-

scheck/Weigend, AT, § 10 VI.

¹⁰⁷ *Roxin*, AT/1, 5/19.

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 89, 92; 47, 109, 120; 78 374, 382; 85, 69, 73; 87, 209, 224; 92, 1, 12; Maunz/Dürig/Herzog/Schmid-Aßmann, 103/166; Warda, Grundlagen, S. 40; Tiedemann Tatbestandsfunktionen S. 193; Schreiber, Gesetz und Richter, S. 213 ff.; *Roxin*, AT/1, 5/2; MüKo/Schmitz, 1/8; LK/Dannecker, 1/52.

¹⁰⁹ *Grünwald*, ZStW 76 (1964), S. 13 ff.

¹¹⁰ Dazu vgl. *Grünwald*, ZStW 76 (1964), S. 13

¹¹¹ SK/*Rudolphi*, 1/2; MüKo/Schmitz, 1/8, 1/55.

¹¹² *Sax*, Die Grundrechte III (2), S. 997 ff.

sehbarkeit und die Berechenbarkeit der staatlichen Strafgewalt die Voraussetzung der strafrechtlichen Schuld darstellen, weil nur dann der Handelnde überhaupt die Möglichkeit habe, auf Grund seiner allgemeinen Fähigkeit zu wertorientiertem Verhalten die Rechtsnorm zum Bestimmungsgrund seiner Willensentschlüsse zu erheben.¹¹³

Diese Begründung trägt aber die gezogene Konsequenz nicht und wird heutzutage von den meisten Literaturmeinungen abgelehnt. Sie erklärt nur, weshalb der Schuldgrundsatz als der das Ausmaß staatlichen Strafens wesentlich bestimmende Grundsatz gilt und sich folglich des Verfassungsrangs erfreut; die Kernfrage nach der Fundierung des Gesetzlichkeitsprinzips, weshalb die Bestimmtheit gerade gesetzlich erfolgen und weshalb sie auch Strafbarkeit und Strafmaß umfassen soll,¹¹⁴ lässt sich damit aber nicht beantworten.

Daher ist die Behauptung, das Gesetzlichkeitsprinzip sei allein oder überwiegend als Spezifizierung des strafrechtlichen Schuldgrundsatzes¹¹⁵ zu betrachten, unhaltbar.¹¹⁶ Insbesondere wird hier kritisiert, dass die spezifische Bedeutung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips mehr Schaden als Nutzen bringt und sogar ins Verderben führen könnte. Aus dem Schuldprinzip ließe sich nur der Satz „keine Strafe für eine zur Tatzeit nicht verbotene, nicht gegen geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnormen verstoßende Handlung“ ableiten. Dass vor oder spätestens zu dem Tatzeitpunkt die Strafbarkeit und die Deliktsfolgen bestimmt sein müssen, lässt sich hiermit jedoch nicht begründen, denn nach der überwiegenden Meinung setze der Schuldvorwurf nur die Erkennbarkeit des Unrechts, nicht aber die Erkennbarkeit der Strafbarkeit oder Strafe voraus.¹¹⁷ Dieser Behauptung kann ein Vorwurf nicht erspart werden, denn nach ihr wäre die Bestrafung eines Verhaltens schon dann zulässig, wenn dieses Verhalten gegen irgendeine außerhalb der Strafrechtsnormen rechtliche Norm verstieße.¹¹⁸ Dies stimmt offensichtlich nicht mit dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG überein und kollidiert mit der Garantiefunktion des Strafrechts. Auch die Beobachtung der Theoriegeschichte der Rechtslehre zeigt deutlich, der Grund für die Entwicklung des Gesetzlichkeitsprinzips ist nicht die Schuld und auch nicht die Verbotsnorm, sondern das Postulat der Bindung der Strafgewalt und aller ihrer Sanktionen an das Gesetz.¹¹⁹

Weil, wie oben ausgeführt, einerseits die Mindermeinung, die dieses Gesetz-

¹¹³ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 98, anders aber jetzt in *SK/Rudolphi*, 1/2.

¹¹⁴ *Jakobs*, AT, 4/3.

¹¹⁵ *Sax*, Die Grundrechte III (2), S.999, 1001.

¹¹⁶ *Roxin*, AT/1, 5/25.

¹¹⁷ *Schünemann*, Nulla poena, S. 15; *Roxin*, AT/1, 5/25.

¹¹⁸ *Grünwald*, ZStW 76 (1964), S. 12; *Schreiber*, Gesetz und Richter, S. 211 f.; *ders.*, ZStW 80 (1968), S. 359 ff.; *SK/Rudolphi*, 1/2; in diesem Sinne vgl. auch *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, S. 190 ff.

¹¹⁹ *Schreiber*, Gesetz und Richter, S. 210 f.

lichkeitsprinzip im Schuldgedanken sieht, nicht zu überzeugen vermag, andererseits allein die allgemein anerkannte staatsrechtliche Ansicht, wonach in den Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung seine tragende Grundlage zu sehen ist, nicht erklären kann, warum trotz des Verstoßes gegen ihn eine richterliche Entscheidung zugunsten des Angeklagten hingenommen werden kann, befasst sich die Untersuchung nunmehr mit den anderen Methoden für die Gesetzesbindung. Der Diskurs wird im Folgenden auf das Bestimmtheitsgebots beschränkt, welches als Vorbereitung für die weitere Untersuchung der Kriterien der Unrechtseinsicht betrachtet wird. Somit suchen wir einen vernünftigen Ausweg für die Frage, unter welcher Bedingung der Unrechtszweifel als die Unrechtseinsicht bewertet werden kann, zu finden. Dazu ist zu bemerken, dass das Ergebnis aber nicht mit dem klassischen, tragenden Fundament des Grundgedankens, nämlich mit dem Gedanken aus dem Rechtsstaatsprinzip, kollidieren darf.

b. Die Beschaffenheit des Bestimmtheitsgebots

aa) *Der sog. doppelte Zweck*

An den Gesetzlichkeitsgrundsatz sind besonders strenge Anforderungen zu stellen, die nicht an dem für alle Arten von Gesetzen geltenden Rechtsstaatsprinzip gemessen werden können.¹²⁰ Diesen Kontrast kann man aus einem Vergleich von Art. 103 Abs. 2 mit Art. 20 Abs. 3 GG ersehen. Mit derartigen Anforderungen dient das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht einem sog. doppelten Zweck¹²¹:

Zum einen soll gewährleistet werden, dass der Gesetzgeber selbst und nicht das rechtsanwendende Gericht über die Reichweite der Strafbarkeit entscheidet.¹²² Dieser Aufforderung nachzukommen ist aber schwieriger, als es scheint. Weil auf Grund der „semantischen porösen Struktur“ der Rechtssätze der Richter bei der von ihm zu leistenden Normenkonkretisierung einen Entscheidungsspielraum besitzt, sind rechtliche Vorsichtsmaßnahmen vorzusehen, um die „unter Menschen so schreckliche richterliche Gewalt“ zu begrenzen.¹²³ Das Bestimmtheitsgebot verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die Strafbarkeitsvoraussetzungen und die Deliktsfolgen präzise zu umschreiben. Diese gesetzgeberische Entscheidung darf nicht auf den Richter abgewälzt werden. Auf der anderen Seite kann ein deutliches Gesetz die Möglichkeiten des Missbrauch der Strafgewalt reduzieren und die Willkür des

¹²⁰ *Schünemann*, Nulla poena, S. 26; LK/*Dannecker*, 1/186.

¹²¹ Vgl. statt vieler LK/*Dannecker*, 1/179; *Vergho*, Verbraucherschutzstrafrecht, S. 133,

¹²² BVerfGE 14, 245, 251; 26, 41, 43; 41, 314, 320; 75, 329, 341; 78, 374, 382; 87, 399, 411; 95, 96, 131.

¹²³ *Schünemann*, Nulla poena, S. 9 f.

Rechtsanwender vermeiden,¹²⁴ denn je genauer die Straftat und ihre Rechtsfolge beschrieben werden, desto besser kann der Richter die nicht zu übertretende Grenze erkennen.

Zum anderen soll jedermann vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist;¹²⁵ darüber hinaus sollen die Strafe und die sonstigen Deliktsfolgen hinreichend bestimmt umschrieben werden. Erst wenn die Strafbarkeitsvoraussetzungen und das Strafmaß im Strafgesetz präzise fixiert werden, ist der strafrechtliche Eingriff voraussehbar und berechenbar.

Bei diesem sog. doppelten Zweck ist offensichtlich, dass der erste Zweck in der **Gewaltenteilung** wurzelt, und der zweite im **Vertrauensschutz**. Dieser sog. doppelte Zweck bedeutet aber nicht mehr oder weniger als „**die Freiheitsverbürgung durch Gewaltenteilung**“¹²⁶, denn die Vermeidung der Willkür einzelner Richter ist eine der fundamentalsten Funktionen der Gewaltenteilung selbst und die Vorsehbarkeit und die Berechenbarkeit der staatlichen Strafgewalt schafft dabei die Voraussetzung der bürgerlichen Freiheit in Sinne des Rechtsstaatsprinzips, nämlich das Vertrauen, dass die im Strafgesetz vom Gesetzgeber genau fixierte Bewertung einer Tat nicht vom Rechtsanwender nachteilig verändert werden kann.¹²⁷ Dieses Vertrauen zu schützen, bedeutet nichts anderes als die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative zu garantieren.¹²⁸ Es scheint aber auch sehr zweifelhaft, ob das Gesetzlichkeitsprinzip, insbesondere das Bestimmtheitsgebot, dem Bürger die Vorsehbarkeit und die Berechenbarkeit der Strafbarkeit garantieren und somit jeden Zweifel an der rechtlichen Bewertung seines Verhaltens beseitigen könnte. Falls jegliche strafgesetzliche Vorschrift von Anfang an so präzise wäre, dass jeder durchschnittliche Handelnde – eventuell mit Hilfe einer sachverständigen Auskunftsperson – immer das Verbotensein eines Verhalten mithilfe des Wortlauts der Rechtsätze vorhersehen und infolgedessen sein Verhalten immerhin so einrichten könnte, eine Strafbarkeit vermeiden zu können, würden nicht so viele Meinungsverschiedenheiten über die Vielgestaltigkeit der Rechtsfragen aufkommen.¹²⁹

Daraus können wir außerdem ersehen, dass der Bestimmtheitsgrundsatz sich weniger – sogar überhaupt nicht – aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes als aus der Idee der Gewaltenteilung ergibt¹³⁰ und dieser Vertrauensschutzgedanke dem Bestimmtheitsgrundsatz auch keinen substantiell neuen Schutzbereich hinzu-

¹²⁴ Ähnlich Grünwald, ZStW 76 (1964), S. 13 ff.; Jescheck/Wegend, AT § 15 III 3.; SK/Rudolphi 1/11; LK/Dannecker, 1/179; MüKo/Schmitz 1/39.

¹²⁵ Wortlich BVerfGE 73, 206, 234; vgl. auch BVerfGE 71 108, 114 ff; 87, 399, 411; 92, 1, 12; 105, 135, 153; BGHSt 23, 167, 17.

¹²⁶ Schönemann, Nulla poena, S.2, 9 f.,

¹²⁷ Vgl. Schreiber, Gesetz und Richter, S. 214, 217 ff.

¹²⁸ Vgl. Schönemann, Nulla poena, S. 16.

¹²⁹ Ähnlich Schreiber, Gesetz und Richter, S. 215; Roxin, AT/1, 21/29.

¹³⁰ Frister, AT, 4/11.

fügt.¹³¹ Die Idee, das Vertrauen in die gesetzliche Bestimmung zu schützen, ist sicher richtig und unabdingbar, funktioniert aber nicht durch die Ergründung des Gesetzlichkeitsprinzips, sondern im Rahmen einer Lösung des Verbotsirrtums.¹³² Diese Frage muss einstweilen noch außer Acht bleiben, wird uns aber an späterer Stelle noch beschäftigen.

bb) Die Generalprävention und das Bestimmtheitsgebot

In der Literatur wird *Feuerbachs psychologische Zwangstheorie* oftmals als die strafrechtliche Wurzel für das Gesetzlichkeitsprinzip betrachtet, insbesondere im Rahmen der Strafbarkeitsvoraussetzungen, denn die *abschreckende* Wirkung setzt ein präzises strafrechtliches Verbot bzw. Gebot voraus. Je exakter der Tatbestand und die Deliktsfolge vor dem Tatzeitpunkt beschrieben sind, desto effektiver soll dieser psychologische Zwang wirken,¹³³ d. h., die Bestimmtheit der strafrechtlichen Vorschriften trägt einen positiven Effekt zur Funktion der (negativ) Prävention bei. Diese Straftheorie *Feuerbachs* selbst und die aus ihr abgeleitete Begründung für das Gesetzlichkeitsprinzip wird aber heutzutage als zweifelhaft und überholt angesehen, da die Verbindung von Androhungsprävention und Bestimmtheit nur eine empirisch nicht belegte Spekulation darstelle und nicht vollständig alle durch das Bestimmtheitsgebot beschränkten Bereiche (wie etwa eine Verlängerung der Verjährung) erfasst.¹³⁴

Durch die Einführung der sozialwissenschaftlichen Ansätze sowie des psychologischen Untersuchungsergebnisses und die Ergänzung des Gedankens der positiven Generalprävention versucht *Schünemann* für die strafrechtliche Fundierung des Gesetzlichkeitsprinzips im Rahmen der Strafbarkeitsvoraussetzungen (des *nullum-crimen-Satzes*) zu argumentieren. Seiner Meinung nach stellen die Androhung, Verhängung und Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen darauf ab, bei den bereits internalisierten Strafnormen, nämlich im Bereich des von alters her ethisch fundierten Kernstrafrechts, bestimmte sozial erwartete Verhaltensdispositionen zu stabilisieren und sie bei der neuen Kriminalisierung einer bestimmten Verhaltensweise erstmals durchzusetzen; d. h., die Ausübung der staatlichen Strafgewalt zielt auf die Erhaltung, auf die Stabilisierung der vorhandenen Rechtstreue der Bevölkerung und auf den erstmaligen Aufbau einer rechtstreuen Verhaltensdisposition ab.¹³⁵ Dies ist aber nur bei klarer gesetzlicher Fixierung des strafbaren Verhaltens möglich.¹³⁶ Es wird aus diesem Grund behauptet, dass die Herleitung des "nullum

¹³¹ *Schünemann*, Nulla poena, S. 16.

¹³² Ähnlich *Schünemann*, Nulla poena, S. 29.

¹³³ Vgl. *Jakobs*, AT, 4/2; *Roxin*, AT/1, 5/22; *LK/Dannecker*, 1/60.

¹³⁴ *Jakobs*, AT, 4/3, Fn. 5; ähnlich *LK/Dannecker*, 1/60.

¹³⁵ *Schünemann*, Nulla poena, S. 11 ff.

¹³⁶ *Roxin*, AT/1, 5/23; *LK/Dannecker*, 1/60.

crimen"-Satzes aus der Generalprävention *strafrechtlicher Natur* sei,¹³⁷ denn, wie oben aufgezeigt, durch die dem Bürger bekannte Strafanndrohung für eine bestimmte Handlungsweise ist ihm klar mitgeteilt, was die Rechtsordnung ihm verbietet und was sie ihm erlaubt, dadurch wird ein Präventionseffekt im Kernstrafrecht erhalten und in den noch nicht internalisierten Normbereichen oder in dem bloß positiven Recht ausgelöst.¹³⁸

cc) Zwischenergebnis

Die obigen Erörterungen zum Gesetzlichkeitsprinzip lassen erkennen, dass im Vergleich zur strafrechtlichen ergänzenden Begründung diese ursprüngliche staatsrechtliche Fundierung beim Gesetzlichkeitsprinzip immer noch die zentrale Rolle spielt, nach der die bürgerliche Freiheit vor der Willkür des Rechtsanwenders durch Gewaltenteilung geschützt werden muss. Dieser aus der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative hervorgehende Grundsatz ist von spezifischer Bedeutung für das Strafrecht, die sich daraus ersehen lässt, dass die gesetzgeberische Entscheidung nicht auf Einzelfälle abstellen darf, hingegen muss der Richter anhand der gesetzlichen Vorschriften die konkreten abzuurteilenden Taten bewerten.¹³⁹ Wenn ein strafrechtlicher Tatbestand so unklar ist, dass nicht nur der Bürger, sondern auch der Richter mit ihm die Reichweite der Strafbarkeitsvoraussetzung festzustellen nicht in der Lage ist und der Richter daher mit einer solchen inhaltslosen Leerformel lediglich nach seiner eigenen Neigung und Wertüberzeugung, also willkürlich, ein Urteil über den jeweiligen Fall fällen könnte, wäre die Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips vollständig zusammengebrochen. Theoretisch formuliert dürfen solche gesetzlichen Vorschriften nicht als Grundlage einer judikatorischen Entscheidung angewendet werden und können ohne weiteres wegen Verfassungswidrigkeit als nichtig erklärt werden. Aber in praktischer Hinsicht ist die Grenze zwischen noch hinreichend bestimmten und bereits zu unbestimmten Strafgesetzen selbst sehr unbestimmt, die Unbestimmtheit eines Gesetzes wird meistens in Praxis, zuweilen auch in Wissenschaft zähneknirschend als verfassungsmäßig hingenommen.¹⁴⁰ Wenn *Generalklauseln* und *normative Tatbestandsmerkmale* in Strafgesetzen nicht auszuschließen sind, wenn bei der Gesetzesauslegung der Spielraum des Rechtsanwenders unumgänglich oder hinsichtlich des Gedankens der Gewaltenteilung sogar unentbehrlich ist, wenn die verschiedenen Wertorientierungen in unserer pluralistischen Gesellschaft koexistieren, leidet

¹³⁷ LK/Dannecker, 1/59

¹³⁸ Schönemann, Nulla poena, S. 13 f.; ähnlich Schreiber, Gesetz und Richter, S. 216.

¹³⁹ Vgl. Grünwald, ZStW 76 (1964), S. 14; Jakobs, AT, 4/9, m. w. N. (Fn. 19); abweichende Meinung s. Schönemann, Nulla poena, S. 15 f

¹⁴⁰ Beispiele und Kritik daran finden sich bei Schönemann, Nulla poena, S. 6 ff, 31 ff.; Weitere Nachweise s. LK/Dannecker, 1/193 ff.

die Funktion der Freiheitsgarantie nach wie vor unter der Drohung der Unbestimmtheit des Strafgesetzes.

Nicht um eine Entscheidungsfrage, sondern um eine Maßfrage geht es beim Bestimmtheitsgebot, das nie vollkommen erfüllt werden kann.¹⁴¹ Bei der Höhe der Bestimmtheitsanforderung geht es um die Frage, inwieweit eine strafrechtliche Vorschrift hinsichtlich des Vertrauensschutzes für den Bürger voraussehbar und berechenbar ist. In Wissenschaft und Praxis werden unterschiedliche Maßstäbe dafür aufgestellt, z. B.: Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts soll Vorhersehbarkeit bei bloßer Erkennbarkeit des Risikos der Strafbarkeit vorliegen;¹⁴² laut der *quantitativen* Lösung *Schünemanns* muss der Anteil der noch hinreichend bestimmbaren Tatbestandsmerkmale an der Begrenzung des strafbaren Verhaltens jedenfalls mehr als 50 % betragen;¹⁴³ dem abstrakten Kriterium *Tröndles* gemäß soll ein Straftatbestand in der Lage sein, eine ständige Rechtsprechung zu bieten¹⁴⁴ usw. Diese Ansätze setzen aber keine anwendbaren Maßstäbe, sondern zeigen die Realität auf, dass, sei es in Wissenschaft oder in Praxis, wir die Unklarheit des Strafrechts bis zu einem gewissen Grad akzeptieren. Es fragt sich nur, wer dieses Auslösungsrisiko, das durch diese allgemein hingenommene Unklarheit ausgelöst wird, tragen soll, wenn das Kriterium für das Bestimmtheitsgebot selbst umstritten ist. Wenn wir die o. g. Unklarheit einer Rechtsnorm akzeptiert haben, es also nicht mehr um den Bestimmtheitsgrundsatz geht, findet die Kollision zwischen dem Bedeutungsgehalt der Rechtsnorm und der Vorstellung des Täters von dieser Rechtsnorm im Verhältnis von bürgerlicher Freiheit und dem Eingriff der Staatsgewalt statt und nicht im Verhältnis von Legislative und Judikative. Deshalb ist es zweifelhaft, ob das Problem allein unmittelbar mit dem Gedanken der Gewaltenteilung gelöst werden kann oder ob wir einen anderen Weg suchen sollten. Die anderen vorgenannten Überlegungen, Vertrauensschutz, Schuldgedanke und Generalprävention, die nicht die ursprünglichen Fundamente des Gesetzlichkeitsprinzips sind, freilich in enger Beziehung zu dem Zweck des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot stehen, würden dem hier zu lösenden Problem von Nutzen sein.

4. Unrechtszweifel bei objektiv unklarer Rechtslage

In der Literatur wird behauptet, dass nach dem *Schuldprinzip* im Rahmen des Verbotsirrtums die Annahme der Vorwerfbarkeit allein davon abhängt, ob der

¹⁴¹ Naucke, Generalklauseln, S. 3; *Schünemann*, Nulla poena, S. 8; *Jakobs*, AT, 4/1; *Roxin*, AT/1, 5/68 f.; *LK/Dannecker*, 1/200;

¹⁴² BVerfGE 87, 209, 224; 87, 363, 391 f.; 92, 1, 12; kritisch *LK/Dannecker*, 1/184.

¹⁴³ *Schünemann*, Nulla poena, S. 35 ff.; kritisch *Roxin*, AT/1, 5/74.

¹⁴⁴ *LK/Tröndle*, 10 Aufl. 1/16.

Handelnde bei Tatbegehung die Kenntnis des Unrechts erlangen konnte.¹⁴⁵ Dieses Ergebnis, dass das Erlangen der Verbotskenntnis die Tat schuldhaft macht, ist zwar zu begrüßen, dabei muss man aber genau zwischen der (objektiven) Vorhersehbarkeit sowie Berechenbarkeit der Strafbarkeit des täterschaftlichen Handlungsprojekts und der subjektiven Kenntnisfähigkeit des Täters bezüglich des Verbotenseins seines Verhaltens differenzieren. Im Unterschied zu Letzterer, welche die Voraussetzung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ist, stellt Erstere de jure die Prämisse der Beurteilung der Unrechtseinsicht dar, die den Verbotsirrtum ausschließt. Es liegt daher nahe, dass die Rechtskenntnis als die fundamentale Komponente des Unrechtsbewusstseins die Bestimmtheit strafrechtlicher Verbote und Gebote voraussetzt. Wenn die Rechtslage wegen der Unbestimmtheit der jeweiligen gesetzlichen Vorschrift objektiv so ungewiss ist, dass ihre Tragweite und ihr Anwendungsbereich für den Normadressaten nicht zu erkennen und durch Auslegung auch nicht zu ermitteln und zu konkretisieren sind, soll die Strafrechtsvorschrift wegen ihrer Verfassungswidrigkeit nach Art. 103 Abs. 2 GG für nichtig erklärt werden.¹⁴⁶ Hat der Täter solch einem zu unbestimmten und mithin ungültigen Straftatbestand „zuwidergehandelt“, handelt er nicht unrecht und daher auch ohne Unrechtsbewusstsein, obgleich er es für möglich gehalten hat, dass sein Verhalten von dieser wegen Verfassungswidrigkeit nicht gültigen Verbotsnorm erfasst sein könnte. Weil die Kenntnis von der Möglichkeit, dass ein Verhalten gegen eine nur ungültige Vorschrift „verstoßen“ könnte, nichts anderes als die Kenntnis von der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens darstellt, ist diese individuelle subjektive Bewertung des Verhaltens nicht vorwerfbar und daher für die Überprüfung der Straftat bedeutungslos. Unter dem anderen Gesichtspunkt liegt hierbei auch kein Verbotsirrtum vor, denn ein Irrtum kann nur dann in Betracht kommen, wenn das Verbotensein einer Verhaltensweise zum Tatzeitpunkt feststeht.¹⁴⁷ In diesem Fall stellt die Kenntnis des Verhältnisses von der Tathandlung und der ungültigen gesetzlichen Norm erst recht keine Unrechtseinsicht und auch keinen Verbotsirrtum dar, geschweige denn, dass die Handlung gegen keinen gültigen Straftatbestand verstößt und infolgedessen auch keine Unrechtshandlung ist.

a. Der Leitgedanke zum Problem

Im Folgenden wird die vorliegende Arbeit sich auf den Bereich konzentrieren, in welchem eine Strafnorm zwar das verfassungsrangige Bestimmtheitsgebot erfüllt (beziehungsweise das Verfassungsgericht seine Verpflichtung „vernachlässigt“, sie

¹⁴⁵ Vgl. statt vieler *Roxin*, AT/1, 21/35 f.

¹⁴⁶ BVerfGE 73, 206, 234; 75, 329, 340; 78, 374, 381 f.; 80, 244, 256; 105, 135, 152 f.

¹⁴⁷ *Naucke*, Roxin-FS, S. 516; *Puppe*, Rudolphi-FS, S. 232; *NK/Neumann*, 17/51.

als nichtig zu erklären), aber sie trotzdem objektiv so unklar ist, dass durch die justizielle Rechtsanwendung das Bestrafungsrisiko willkürlich vermehrt werden kann.¹⁴⁸ Hier sollte die Verbotsirrtumslehre als Ausweg in Betracht kommen¹⁴⁹ und der Gedanke des Vertrauensschutzes den Ausgangspunkt für eine Überprüfung der Unrechtseinsicht bilden. Das Postulat, dass die strafrechtliche Bewertung einer Verhaltensweise dem Staatsbürger aus dem Gesetz heraus erkennbar sein muss, steht auch mit dem Kriterium des „Für-möglich-halten“ im Einklang, das dann gerechtfertigt ist, wenn der Handelnde die objektive Chance hat, seine Unrechtszweifel zu beheben.¹⁵⁰ Im nachstehenden Diskurs wird der Lösung dieses Problems die folgende Überlegung als *Leitgedanke* zu Grunde gelegt: *Ist bei solch einem Grenzfall die Rechtslage „objektiv“ unklar¹⁵¹, darf die Unklarheit nicht dem Bürger zur Last gelegt werden.*¹⁵² Diese Idee fußt auf einer These *Schreibers*. Seiner Meinung nach soll der Gedanke des Vertrauensschutzes, dass die individuelle Vorhersehbarkeit sowohl der Strafrechtswidrigkeit als auch der Strafhöhe erforderlich sein soll, noch objektiver gefasst werden, um dessen ungenügend begründete Abweichung von den Schuld Voraussetzungen zu vermeiden; dann sollen die individuelle Vorhersehbarkeit und deren ungeeignete Gegenstände nicht mehr beim Vertrauensschutz berücksichtigt werden. Daher meint Vorhersehbarkeit in diesem Sinne die Messbarkeit und Berechenbarkeit der rechtlichen Beurteilung für alle damit Befassten, so dass man somit weiter das Vertrauen besitzen kann, „*nicht mit willkürlichen Strafeingriffen überzogen zu werden*“.¹⁵³ Dadurch wird das tragende rechtsstaatliche Postulat nicht herabgesetzt und der Zweck des Vertrauensschutzgedankens, dass die bürgerliche Freiheit vor richterlicher Willkür geschützt werden soll, auch nicht geschädigt. Infolgedessen reichen für den Bezugspunkt des Kriteriums „Für-möglich-halten“ nur die objektiv voraussehbaren und berechenbaren Strafnormen aus. Durch den objektivierten, modifizierten Gedanken ist das Postulat des Vertrauensschutzes und das Substrat der Vermeidbarkeit deutlich zu trennen: Ob eine Strafnorm objektiv unklar ist, hängt von ihrer Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit ab; ob sie für den einzelnen Täter erfassbar ist, ist hingegen die Frage

¹⁴⁸ Vgl. *Naucke*, Generalklauseln, S. 21. In diesem Fall werden die Unrechtszweifel des Täters auch als unbehebbar bezeichnet und dabei wird die Straflosigkeit oder Strafmilderung durch den Gedanken der Zumutbarkeit begründet, s. *SK/Rudolphi*, 17/13.

¹⁴⁹ So ausdrücklich *Naucke*, Generalklauseln, S. 23 f., wo zu Recht behauptet wird, „Die Verbotsirrtumslehre insbesondere ist nur als Ergänzung und Fortsetzung der Entwicklung zu immer ungenauerem Strafrecht begreifbar.... Ungenaueres Recht und Verbotsirrtumslehre sind Komplementärererscheinungen.“

¹⁵⁰ Vgl. *Roxin*, AT/1, 21/30.

¹⁵¹ In der Literatur wird lakonisch konstatiert, dass bei objektiver Unklarheit der Rechtslage geht es um „ein Regelungsdefizit im Normsystem“, s. *NK/Neumann*, 17/51.

¹⁵² Vgl. *Zaczyk*, JuS 1990, S. 894; Im Ergebnis ebenso *Puppe*, Rudolphi-FS, S. 235; *Warda*, Welzel-FS, S. 511.

¹⁵³ *Schreiber*, Gesetz und Richter, S. 215 f.

nach der subjektiven Fähigkeit zur Rechtskenntnis. Vom strafrechtlichen Gesichtspunkt aus könnte man zum gleichen Ergebnis gelangen, denn die gesetzlichen Vorschriften zur Strafbarkeit müssen objektiv bestimmt genug sein, damit der Bürger aus ihnen die Grenze zwischen Verbotensein und Erlaubtsein entnehmen kann. Ansonsten ist die Anforderung, dass der Handelnde das Recht richtig erkennen soll, für ihn unzumutbar. Daher widerspricht sie nicht nur dem Schuldprinzip, sondern verletzt oder vermindert zugleich auch die generalpräventive Funktion des Strafrechts, denn eine objektiv unklare Strafnorm schwächt das Vertrauen in ihre Durchsetzungskraft und aufgrund der Unklarheit gewinnt die Bestrafung des gegen die Rechtsnorm verstoßenden Täters auch keine Abschreckungswirkung.

Dies weist darauf hin, dass trotz des Unrechtszweifels in der Realität – d. h., der Täter hält die Unrechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts für möglich – die Unrechtseinsicht dann nicht gegeben ist, wenn die rechtliche Bewertung dieser Verhaltensweise objektiv unklar ist.¹⁵⁴ D. h., wenn der Handelnde aufgrund der auf die Ausübung der Staatsgewalt zurückführbaren Ungewissheit der jeweiligen Rechtslage die Rechtmäßigkeit seines Handlungsplans in Zweifel zog und sie für möglicherweise rechtswidrig hielt, darf die Unwägbarkeit nicht zu Lasten des Bürgers gehen.¹⁵⁵ Denn der Staat, vornehmlich der Gesetzgeber und Richter¹⁵⁶, ist dafür verantwortlich, seinen Bürgern die Rechtsordnung greifbar zu machen und sie erkennen zu lassen, welches Verhalten gesetzlich verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁵⁷ Diesem entspricht gerade die metaphorische Ausdrucksweise *Puppes*: „die Rechtsordnung hat gegenüber dem Bürger... zwar keine Bringschuld, aber eine Holschuld“.¹⁵⁸

Von technischer Seite gesehen, stimmt diese These mit dem vorstehenden Vorschlag zur Struktur der Unrechtseinsicht (dazu s. § 3 II 2) auch überein, nach dem die Unrechtseinsicht die Kenntnis des L-äquivalenten Verhältnisses zwischen der Vorstellung des Handelnden und der jeweiligen Tatbestandsbezeichnung darstellt. Wenn diese einschlägige Tatbestandsfassung, nämlich die Beschreibung einer Unrechtshandlungsweise, objektiv unklar ist und die dadurch ausgelöste Ungewissheit der jeweiligen Rechtslage nicht den Bürgern zur Last gelegt soll, dann ist sie kein tauglicher Bezugspunkt, um das L-äquivalente Verhältnis beurteilen zu können. In diesem Fall hat der Täter de jure dieses Verhältnis zwischen seiner Vorstellung und dem objektiv unklaren Straftatbestand nicht erkennen können und mithin handelte er ohne Unrechtsbewusstsein, obwohl er es de facto für möglich gehalten hat, dass

¹⁵⁴ Naucke, Roxin-FS, S. 516; Puppe, Rudolphi-FS, S. 236.

¹⁵⁵ Ähnlich Zaczyk, JuS 1990, S. 894; Puppe, Rudolphi-FS, S. 235.

¹⁵⁶ LK/Vogel, 17/59.

¹⁵⁷ Wessels/Beulke, AT, Rn. 47; LK/Dannecker, 1/179.

¹⁵⁸ Puppe, Rudolphi-FS, S. 235.

sein Handlungsprojekt von diesem Straftatbestand erfasst würde. Bestätigt der Richter die Handlung des Täters als tatbestandsmäßig und rechtswidrig, so hat er im Verbotsirrtum gehandelt. Ob der Handelnde diesen Verbotsirrtum vermeiden kann, ist eine hiervon unabhängige Frage und wird an späterer Stelle behandelt (s. u. § 5 III).

Das bedeutet, dass in der Regel die Unrechtseinsicht entfällt, wenn die jeweilige Strafnorm als Gegenstand des kognitiven Elements wegen legislatorischer oder judikatorischer Vernachlässigung objektiv ungenau ist und infolgedessen der Staatsbürger die richtige rechtliche Bewertung seiner Handlung nicht erlangen kann. Die einzige Ausnahme besteht dann, wenn der Täter infolge der besseren Rechtskenntnis die Unrechtmäßigkeit der von ihm geplanten Handlung eingesehen hat.¹⁵⁹ Kommt das Gericht auch zu demselben Ergebnis, das der Handelnde davor schon erzielt hat, dann befindet er sich keineswegs im Verbotsirrtum. Denn in solch einem Fall besteht kein zu schützendes Vertrauen und ist es für ihn zumutbar, sich an seiner mit der späteren Rechtsprechung übereinstimmenden strengeren Rechtsauffassung zu orientieren. In der Zuwiderhandlung kommt überdies auch die Rechtsuntreue des Täters zum Ausdruck und damit geht die präventive Bestrafungsnotwendigkeit seiner Handlung einher.

b. Bedenken und Antworten

In der vorliegenden Arbeit wird der modifizierte Vertrauensschutzgedanke diesem hier unterbreiteten Vorschlag zu Grunde gelegt, der zugleich das Schuldprinzip und die Generalprävention in die Überlegungen mit einbezieht. Mit diesem Konzept konfrontieren wir einerseits die Realität, dass die Unbestimmtheit in einem gewissen Grad das unvermeidliche Schicksal des Gesetzes ist und in der Praxis meistens hingenommen wird, andererseits wird versucht, in einer Fülle der unklaren gesetzlichen Tatbestände durch den Verbotsirrtum einen Ausweg zugunsten¹⁶⁰ der Freiheitsverbürgung zu schaffen. Um nicht missverstanden zu werden, soll nunmehr die Kritik *Schünemanns* durch die folgenden Ansätze widerlegt werden:¹⁶¹

Schünemann behauptet, dass der Täter gerade bei einer generalklauselartigen Norm das Risiko einer von seinen Vorstellungen abweichenden richterlichen Normkonkretisierung ohne weiteres erkennen könne. Tatsächlich ist es sehr wahrscheinlich, dass in solch einem Fall der Zweifel an der Zulässigkeit eines Verhal-

¹⁵⁹ Vgl. dazu im Ergebnis übereinstimmend *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 100, 106; *LK/Schroeder*, 17/13, 17/37; *LK/Vogel*, 17/64; *Puppe*, *Rudolphi-FS*, S. 233.

¹⁶⁰ Vgl. *Naucke*, Generalklauseln, S. 21; *Grünwald*, *ZStW* 76 (1964), S. 14.

¹⁶¹ *Schünemann*, *Nulla poena*, S. 35.

tens entsteht und infolgedessen der Täter seine Handlung für möglicherweise rechtswidrig hält. Aber diese dem Täter erfassbare Möglichkeit, dass der Richter die von ihm geplante Verhaltensweise für Unrecht hält, sollte nach dem bereits Gesagten keine Unrechtseinsicht bilden können; das bedeutet folglich, dass die Frage danach, ob aus der Ungenauigkeit des Gesetzes der eventuelle Unrechtszweifel entstehen kann, und die Frage danach, ob die Unklarheit des Gesetzes zu Lasten des Handelnden gehen soll, nämlich, ob der Zweifel an einer unklaren Strafnorm eine Unrechtseinsicht auslöst, zwei voneinander unabhängige Fragen darstellen.

Weiterhin bedenklich ist, dass nach der Meinung *Schünemanns* die Relevanz jeglicher abweichenden Wertvorstellung zu einer „Atomisierung der Normgeltung“ auf diesem Bereich führen werde. Gerade aufgrund dieser Befürchtung soll der Gedanke des Verbotsirrtums der unklaren Strafnorm als die Alternative des Auswegs dienen. Stellt das Gericht einen Verbotsirrtum beim Täter fest, drückt es damit aus, dass die betreffende Tat eine Unrechtshandlung darstellt und vom Strafrecht abgelehnt wird, aber dass der Täter aufgrund Schuldlosigkeit nicht bestraft werden soll, sofern der Irrtum für ihn unvermeidbar ist. Die Geltung der jeweiligen Strafnorm wird dadurch nicht herabgesetzt, sondern gerade verstärkt, denn der Richter nimmt diese Entscheidung zum Anlass, die Reichweite des Gesetzes dem Bürger klarer und voraussehbarer zu machen.

Das letzte Bedenken, dass nicht der Verbotsirrtum, sondern nur der für die Überprüfung der Straftat belanglose Strafbarkeitsirrtum zur Debatte gestellt werde, besteht nach dem o. g. objektivierten, modifizierten Vertrauensschutzgedankens nicht mehr, da bei ihm die Kenntnis oder die Voraussehbarkeit von der Strafbarkeit nicht in Betracht kommt.

c. Die von der Judikative verursachte objektive Unklarheit der Rechtslage

Die nicht den Staatsbürger belastende Ungewissheit der Rechtslage kann in zwei Gattungen unterschieden werden, je nach ihrer Ursache, ob die mangelnde Rechtsklarheit auf die Judikative oder auf die Legislative zurückzuführen ist. Aus der vorstehenden Bemerkung können wir ersehen, wie man die von den gesetzlichen Vorschriften selbst hervorgerufene Unklarheit behandelt. Wegen der Notwendigkeit, bei der Ausgestaltung der Straftatbestände der Vielfalt der zu erfassenden Sachverhalte Rechnung zu tragen, ist der richterliche Auslegungsspielraum unvermeidlich, und infolgedessen entstehen zwangsläufig auch die Grenzfälle als Begleiterscheinung, in solchen Fällen die Reichweite eines Straftatbestands schwierig abzugrenzen ist. Wenn solch eine objektiv unklare Strafnorm nicht als nichtig er-

klärt wird, muss ihre Ungenauigkeit durch die weitere Gesetzgebung oder die Rechtsprechung behoben werden.¹⁶² In der Praxis wird oftmals behauptet, dass sich die strafrechtliche Vorschrift durch eine Rechtsprechung hinreichend präzisieren ließe.¹⁶³ Wenn eine unklare Rechtsfrage noch nicht vom Gericht beurteilt wurde, d. h. die Unbestimmtheit der einschlägigen Strafnorm noch nicht durch die Rechtsprechung beseitigt wurde, ist gerade dies der Fall der gesetzgeberischen Unbestimmtheit, der im Vorstehenden bereits erörtert wird. Wenn solch eine zweifelhafte Rechtsfrage von den verschiedenen Gerichten durch Rechtsprechung vor Tatbegehung beantwortet worden ist und die Rechtsmeinungen voneinander abweichen oder sogar kontrovers sind, dann taucht die Schwierigkeit auf, wie man die Unrechtseinsicht feststellen soll. Im Folgenden beschäftigt sich die Untersuchung mit dieser Frage nach der von der Ausübung der rechtsprechenden Gewalt zu verantwortenden Ungewissheit der Rechtslage. Hierzu zählen vor allem zwei Situationen: der Dissens von Gerichten unterschiedlichen Ranges und gleicher Rangordnung.

aa) Der Dissens zwischen ungleichrangigen Gerichten oder zwischen Rechtswender und Rechtsadressaten

Zuvor ist zweierlei zu klären: Ob sich der Normadressat an der Rechtsprechung orientieren soll, wenn sie seiner rechtlichen Bewertung widerspricht; wenn ja, an welcher, falls dazu mehrere voneinander abweichenden Rechtsauslegungen der verschiedenen Gerichte vorliegen. In Hinblick auf die rechtsprechende Gewalt des Richters (Art. 92 GG) und die Hierarchie der Gerichte sollten die Gerichte im Vergleich zum Bürger und die höheren Gerichte im Vergleich zu den niederen Gerichte nicht die höhere **Sachkompetenz** haben,¹⁶⁴ sondern die höhere **Rechtskompetenz**.¹⁶⁵ Daraus wird gefolgert, dass der Handelnde sich an der Rechtsauffassung des höheren Gerichts orientiert, wenn die Rechtsprechung zwischen dem höheren und niederen Gericht kontrovers ist.¹⁶⁶

Besteht der Dissens zwischen der Rechtsprechung und der Vorstellung des Handelnden, soll er sich in der Regel an die Entscheidung des Gerichts halten, weil er die Rechtsauffassung des Gerichts kannte oder kennen kann und es nicht riskieren dürfte, sich an seiner Auffassung oder an der von der Rechtsprechung abweichenden

¹⁶² BVerfGE 14, 245, 253; 75, 329, 341 f.

¹⁶³ BVerfGE 26, 41, 43; 28, 175, 183, 185; 73, 206, 234 ff; 96, 68, 98.

¹⁶⁴ Die Auffassung, nach der die Gerichte höhere Sachkompetenz besitzen, vertritt *Rudolphi*, vgl. *ders*, Unrechtsbewusstsein, S. 103, 232 ff.

¹⁶⁵ *Puppe*, *Rudolphi-FS*, S. 231 f.; *NK/Neumann*, 17/52.

¹⁶⁶ *Roxin*, *AT/1*, 21/65; *NK/Neumann*, 17/69 f.; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben*, 17/21; *Gegenmeinung Walter*, *Kern*, S. 319.

den Literaturmeinung zu orientieren.¹⁶⁷ Es sei denn, wie oben bereits gesagt, dass er aufgrund der besseren Rechtskenntnis zu der strengerer Rechtsauffassung gekommen ist und daher sein Handlungsprojekt für unrechtmäßig gehalten hat. Bei diesen beiden Fällen geht es nicht um die von der rechtsprechenden Gewalt gezeitigte Unklarheit der Rechtslage, sondern um die Rechtsmeinungsverschiedenheit zwischen dem Rechtsunterworfenen und dem Rechtsanwender.

bb) Der Dissens zwischen gleichrangigen Gerichten

Hingegen verursacht der Dissens von Gerichten gleichen Ranges eine noch ungewissere Rechtslage und ist viel problematischer. Dafür gibt es in der vorhandenen Literaturmeinung viele Lösungsansätze. Zuerst sind folgende zwei Ansichten zu beachten: 1. In diesem Fall ist nach dem Gedanken des bedingten Unrechtsbewusstseins ein Unrechtsbewusstsein dann gegeben, wenn der Täter die Unrechtmäßigkeit für möglich hält und sie in Kauf nimmt bzw. sich damit abfindet¹⁶⁸ oder 2. wird der Verbotsirrtum als vermeidbar betrachtet.¹⁶⁹

Nochmals sei hier zweierlei betont: erstens, dass eine solche unklare Rechtslage eine Nachwehe der Ausübung oder Vernachlässigung der Judikatur darstellt und der Bürger sie nicht auf sich nehmen sollte¹⁷⁰ und zweitens, dass in solch einem Fall der Bezugspunkt des Gegenstands der Unrechtseinsicht fehlt, denn durch die kontroversen Rechtsauffassungen gleichrangiger Gerichte werden die Konturen und die Reichweite des einschlägigen Straftatbestands verschwommen und das führt zu einem jeweils unvoraussehbaren Ausgang. Daher fällt in diesem Fall die Unrechtseinsicht aus und liegt ein Verbotsirrtum vor, auch wenn der Handelnde de facto sein Handlungsprojekt für möglicherweise unrechtmäßig gehalten hat,¹⁷¹ denn wegen der Unklarheit der Rechtslage ist die rechtliche Bewertung seiner Handlung vom Täter zum Tatzeitpunkt de jure nicht zu erlangen. Es wurde bereits an vorheriger Stelle dieser Arbeit behandelt (§ 4 II 4 a) und wird daher hier nicht noch einmal ausgeführt. Nach der vorstehenden These kann dem ersten Lösungsversuch der Boden entzogen werden, denn auf der einen Seite fehlt in diesen Fällen die objektive Bestimmtheit der jeweiligen Rechtslage, die als die Voraussetzung des Für-möglich-haltens (oder der Unrechtseinsicht) angesehen wird; auf der anderen Seite wird diese Unklarheit durch den Widerspruch der richterlichen Ent-

¹⁶⁷ Puppe, Rudolphi-FS, S. 233; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 108; Roxin, AT/1, 21/65.

¹⁶⁸ Fischer, StGB, 17/9c; Roxin, AT/1, 21/65, er behauptet, dass in solchen Fällen in der Regel ein vermeidbarer Verbotsirrtum oder ein nach dessen Regel zu behandelndes bedingtes Unrechtsbewusstsein vorliegen werde. Ähnlich LK/Schroeder, 17/38.

¹⁶⁹ LK/Schroeder, 17/38; SK/Rudolphi, 17/38; Roxin, AT/1, 21/65. In diesem Sinne wird auch überwiegend von der Rechtsprechung entschieden, vgl. OLG Köln, GA 1960, S. 318; OLG Stuttgart, MDR 1967, S. 64 (= NJW 1967, S. 122).

¹⁷⁰ Ähnlich NK/Neumann, 17/72.

¹⁷¹ A. M. Vgl. Warda, Welzel-FS, S. 528

scheidungen hervorgerufen. Überdies manifestiert die Irrationalität des ersten Lösungsversuchs sich in diesem Fall dadurch besonders deutlich, dass der Handelnde sich dann im Verbotsirrtum befindet, wenn er nur eine Rechtsprechung gekannt und sich an ihr orientiert hat; wäre er sich dagegen synchron der beiden kontroversen Rechtsauffassungen der gleichrangigen Gerichte bewusst geworden, hätte er die Einsicht in mögliche Rechtsverletzung haben müssen, sofern er sich nach jeder der beiden entgegengesetzten Ansichten richtet.¹⁷²

Mit derselben Argumentation können wir darüber hinaus auch das offensichtliche unverbesserliche Manko des zweiten Lösungsversuchs bemerken, dass er das Fehlen des Unrechtsbewusstseins voraussetzt¹⁷³ und daher für dieses Problem kaum von Bedeutung ist. Denn in solchen Fällen, in denen der Täter die beiden kontroversen Gerichtsentscheidungen von Gerichten gleicher Rangordnung gekannt und das eine der beiden deckende Verhalten vorgenommen hat, wird der Verbotsirrtum aufgrund der Kenntnis der möglichen Rechtsverletzung immer ausgeschlossen und mithin kann die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums überhaupt nicht geprüft werden, insbesondere wenn man ohne Einschränkung den Gedanken des bedingten Unrechtsbewusstseins akzeptiert.¹⁷⁴

Vertreten wird noch die Meinung, die Lösung für dieses schwierige Problem mit der *konkret-individuellen* Zumutbarkeit zu begründen, d. h., die Vorwerfbarkeit der Handlung hänge allein davon ab, ob dem Täter ein Zuwarten bis zur Klärung durch den höher- oder höchstrangigen Gerichtshof zugemutet werden kann.¹⁷⁵ Ob vom Täter im Einzelfall erwartet werden kann, von seinem Handlungsprojekt Abstand zu nehmen oder es einstweilen auszusetzen, ist hierdurch festzustellen: „Je größere Nachteile dem Täter drohen und je wahrscheinlicher es erscheint, dass sich die unrechtsverneinende Rechtsprechung durchsetzt, desto unzumutbarer wird es, dem Bürger ein Unterlassen abzuverlangen.“¹⁷⁶ Zutreffend hat *Neumann* den Ansatz kritisiert, dass er aus rechtsstaatlichen Gründen nicht akzeptabel sei,¹⁷⁷ denn dieser Ansicht nach geht die von der Judikative zu verantwortende objektive Unklarheit der Rechtslage zu Lasten des Bürgers und schränkt den Handlungsspielraum des Betroffenen durch Strafbarkeitsrisiken ein.¹⁷⁸ Außerdem ist die Schlussfolgerung der vorstehenden Meinung m. E. auch zweifelhaft. Das Kriterium, die Rechtssorgfalt durch die Zumutbarkeit konkret-individuell zu bestimmen, wird daraus gefolgert, dass die Vermeidbarkeit als Rechtsfahrlässigkeit und nach allge-

¹⁷² *Warda*, *Welzel-FS*, S. 510 f.

¹⁷³ Ausdrücklich *LK/Schroeder*, 17/38.

¹⁷⁴ Vgl. *Warda*, *Welzel-FS*, S. 528; *NK/Neumann*, 17/72.

¹⁷⁵ *MüKo/Joeks*, 17/50 ff.; *LK/Vogel*, 17/69.

¹⁷⁶ *LK/Vogel*, 17/69.

¹⁷⁷ Dazu s. auch § 4 II 4 a.

¹⁷⁸ *NK/Neumann*, 17/72.

meinen Fahrlässigkeitsmaßstäben zu bestimmen sei, und es setzt voraus, dass der Täter Anlass dazu hatte, sich der Rechtmäßigkeit seines Handelns zu vergewissern.¹⁷⁹ Aber offensichtlich ist die Rechtslage in diesem Fall aufgrund des Dissenses gleichrangiger Gerichten objektiv so unklar, dass der Bürger sich der rechtlichen Bewertung einer einschlägigen Handlungsweise nicht vergewissern kann.

Nach dem Vorschlag der vorliegenden Arbeit ist festzustellen, dass der Täter sich unter diesen Umständen im Verbotsirrtum befindet. Die weitere Frage nach der Vermeidbarkeit eines solchen Verbotsirrtums wird an später Stelle diskutiert (s. u. § 5 III). Sie sollte genauso behandelt werden wie die Vermeidbarkeit des andersartigen Verbotsirrtums.

5. Das Dilemma zwischen Tun und Unterlassen

Knifflig ist allerdings der Unterfall des „Für-möglich-haltens“, bei dem der Täter mit zwei inkompatiblen Möglichkeiten gerechnet hat, dass entweder Tun oder Unterlassung einer Handlung strafbar (oder für ihn rechtlich verpflichtend) ist.¹⁸⁰ Zuerst ist anzumerken, dass die Konstellation, in der die Rechtslage objektiv unklar ist, nach dem bereits Gesagten behandelt und aus dem folgenden Diskurs ausgeschlossen wird.

Weil in diesem Fall der Täter eine der beiden gegensätzlichen Verhaltensweisen vornehmen muss, werden solche Unrechtszweifel in der Literatur auch als **unbehebbar** bezeichnet und man wird daher zumindest eine Straffreistellung zu erwägen haben, wenn der Täter sich falsch entschieden hat.¹⁸¹

Zunächst ist die Rechtsnatur eines solchen Unrechtszweifels abzuklären. Nach der hier zugrunde liegenden Auffassung liegt keineswegs ein Verbotsirrtum vor, denn solch ein unbehebbarer Unrechtszweifel bedeutet, dass der Täter mehr oder weniger die Möglichkeit des Verbotenseins seines Handlungsprojekts erfasst hat; wenn er diese rechtswidrige Handlungsweise gewählt hat, hält er deren Unrecht überhaupt nicht mehr und nicht weniger für möglich und handelt folglich nach dem o. g. Kriterium mit dem Unrechtsbewusstsein. Er befindet sich daher nicht im Verbotsirrtum. Aus diesem Grund darf der Täter sich nicht auf § 17 StGB berufen,¹⁸² auch wenn bei solch einem unbehebbaarem Unrechtszweifel ein rechtmäßi-

¹⁷⁹ Dazu s. LK/Vogel, 17/37.

¹⁸⁰ Armin Kaufmann, Bindings Normentheorie, S. 221; SK/Rudolphi, 17/13; ders, Unrechtsbewusstsein, S. 139.

¹⁸¹ SK/Rudolphi, 17/13; ders, Unrechtsbewusstsein, S. 139; Roxin, AT/1, 21/31; MüKo/Joeks, 17/24. Im Ergebnis ebenso Warda, Welzel-FS, S. 529. Falls der Täter die rechtmäßige Verhaltensweise vorgenommen hat, stellt seine Handlung eine Erlaubte dar und ist selbstverständlich straflos. Ob hier ein Wahndelikt in Betracht kommt, ist eine andere Frage und wird hier nicht vertieft.

¹⁸² Vgl. Armin Kaufmann, ZStW 70 (1958), S.84 ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 41 I 3. b); Roxin, AT/1, 21/31, 33; a. M. LK/Vogel, 17/28, der hält solcherart unbehebbaaren Zweifel als Verbotsirrtum,

ges Verhalten unzumutbar ist.

Oben ist die Rechtsnatur eines derartigen Unrechtszweifels angesprochen worden; die andere Seite, nämlich seine Straffrage, ist nunmehr zu beleuchten. Aus der vorstehenden Darstellung lässt sich ersehen, dass sich solch ein unbehebbarer Unrechtszweifel durch den Gedanken des „Für-möglich-haltens“, von (einem unvermeidbaren) Verbotsirrtum erheblich unterscheidet und dementsprechend die Differenz bei den Anwendungsmöglichkeiten des § 17 StGB auch zum Ausdruck kommt. Ebenfalls anschaulich ist die Abweichung zwischen einem solchen Unrechtszweifel und einem bedingtem Unrechtsbewusstsein, weil im Gegensatz zum Letzteren beim Ersteren die Vorstellung des Handelnden ihn nicht bewegen könnte, auf den Tatplan zu verzichten – wenn er sich in solch einem Dilemma befindet, ist ein rechtmäßiges Verhalten selbstverständlich unzumutbar.¹⁸³ Dies sollte auch dementsprechend in den Rechtsfolgen zum Ausdruck kommen, und zwar sollte hinsichtlich des Schuldprinzips dem Täter mindestens die Möglichkeit bleiben, sich zu exkulpieren. Weil in diesem Falle der Verbotsirrtum nicht vorliegt, werden dem Täter die Schuldausschließung und die Strafminderung im Sinne des § 17 StGB ohne weiteres versagt. Deshalb ist dem Vorschlag *Roxins* zuzustimmen, dass der Fall in Analogie zu § 17 wie ein unvermeidbarer Verbotsirrtum behandelt werden soll, denn sowohl bei einem derartigen Unrechtszweifel als auch bei dem unvermeidbaren Verbotsirrtum ist es für den Täter unzumutbar, die von ihm für möglicherweise unrechtmäßig angesehene Verhaltensweise zurückzuhalten oder sogar aufzugeben.

ähnlich MüKo/*Joecks*, 17/24.

¹⁸³ Vgl. *Warda*, *Welzel-FS*, S. 529; Im Ergebnis ebenso *Roxin*, *AT/1*, 21/31.

§ 5 Die aktuelle und potenzielle Unrechtseinsicht – eine Skizze der Vermeidbarkeit

Allgemein anerkannt ist es, das Unrechtsbewusstsein auf den Tatzeitpunkt zu beziehen, es muss sich mit der Ausführung seines (rechtswidrigen) Handlungsprojekts überschneiden. Um in dieser verwirrenden terminologischen Vielfalt einen festen Standpunkt zu gewinnen, ist eine Besinnung auf den sachlichen Gehalt der verschiedenen Begriffe geboten. Als da wären zunächst die aktuelle und potenzielle Unrechtseinsicht, dicht gefolgt von den Kriterien für die Vermeidbarkeit, die im Folgenden behandelt werden.

I. Die aktuelle Unrechtseinsicht und ihre Form

Weil der Terminus potenzielle Unrechtseinsicht oder potenzielles Unrechtsbewusstsein den wesentlichen Unterschied zwischen gegebenem und fehlendem Unrechtsbewusstsein verdunkeln oder verwechseln und nicht mehr Nutzen für die Verbotsirrtumslehre als der Begriff „vermeidbarer Verbotsirrtum“ oder „vermeidbares Fehlen der Unrechtseinsicht“ bringen könnte, ist er gerade darum verzichtbar. Dagegen ist der materielle Inhalt der aktuellen Unrechtseinsicht bei Behandlung des Verbotsirrtums unentbehrlich.

Nach der überwiegenden Meinung ist für die Annahme der aktuellen Unrechtseinsicht ein ständiges intensives Nachdenken über das Unrecht nicht erforderlich, dafür genügt – genauso wie bei Überprüfung des Tatbestandsvorsatzes – das sog. *Mitbewusstsein*¹⁸⁴. Es wird behauptet, dass das Denken als *Sachdenken* vom *Sprachdenken* zu unterscheiden sei. Der Unterschied zwischen den beiden Denkweisen bestehe darin: Die Begriffe, die zum Denken notwendig seien, lerne man nur durch die Sprache kennen; was man aber einmal begriffen habe, sei nun auch ohne Sprache zu denken. Von diesem Standpunkt aus braucht der Täter nicht *sprachgedanklich* an die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu denken, in den meisten Fällen denken die Handelnden auch nicht so, für die Annahme der Unrechtseinsicht ist vielmehr ein Mitbewusstsein in *sachgedanklicher* Form ausrei-

¹⁸⁴ Durch die Analyse des Forschungsergebnisses des Wiener Psychologen *Rohracher* hat *Platzgummer* (Bewusstseinsform, S. 81 ff.) den Begriff „Mitbewusstsein“ in die Prüfung des subjektiven Verbrechenelements eingeführt. Nach seiner Ansicht ist für die Annahme des intellektuellen Vorsatzelements das Mitbewusstsein ausreichend. Diese Auffassung wird auch auf die Unrechtseinsicht übertragen, dazu vgl. *Roxin*, ZStW 78 (1966), S. 257; *ders.*, AT/1, 21/27 f.; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 149 ff.

chend.¹⁸⁵ Demzufolge ist die Unrechtseinsicht gegeben, nicht nur wenn der Täter zum Tatzeitpunkt über die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens intensiv nachgedacht hat, d. h., dieses Bewusstsein „*explizit* beachtet wird“, sondern auch wenn es „mit einem anderen beachteten Bewusstseinsinhalt mitbewusst ist und *implicit* notwendig auch mitbeachtet werden muss.“¹⁸⁶ Besitzt der Täter bei Begehung die dem Erleben des konkreten Tatgeschehens vorgegebenen psychischen Bestände, handelt er mit Mitbewusstsein rechtlicher Bewertung seiner Handlung, also mit Unrechtsbewusstsein und keinesfalls im Verbotsirrtum.¹⁸⁷ Z. B. wenn der Täter im Entwicklungsgang seiner Persönlichkeit diese betroffene rechtliche Norm hinreichend internalisiert hat, wird er bei Begehung die Unrechtmäßigkeit der gegen sie verstoßenden Handlung zwangsläufig mitdenken, wengleich ihm eine aktuelle bewusste Reflexion über die betroffene Norm fehlt.¹⁸⁸

Das Bestehen eines solchen Mitbewusstseins des Unrechts kann aus der unüblichen Handlungsweise des Handelnden, etwa sich heimlich, lichtscheu zu verhalten, erschlossen werden.¹⁸⁹ Durch Hineinwirkung des Mitbewusstseins in die aktuellen Handlungsbezüge unterscheidet es sich von der fehlenden Unrechtseinsicht.¹⁹⁰ Im Unterschied zum entbehrlichen Begriff „potenzielle Unrechtseinsicht“ ist es die Existenzform der aktuellen Unrechtseinsicht und zugleich auch deren Untergrenze. Vom anderen (auch psychologischen) Gesichtspunkt aus könnte man zu dem gleichen Ergebnis gelangen. Nach *Schewes* These kann man die Aktualität des Unrechtsbewusstseins durch das *Fehlen eines Überraschungsmoments* annehmen. Begreifen wir Überraschung als eine Reaktion auf ein unerwartetes Ereignis, weist eine solche Diskrepanz zwischen subjektiver Befindlichkeit und objektivem Ablauf deutlich aus, dass der Handelnde zum Tatzeitpunkt vom konkreten Geschehen keine Ahnung gehabt hat. Daraus wird gefolgert, wenn der Täter nicht darüber überrascht ist, dass die Tat, die er begangen hat, Unrecht ist, weist diese psychische Verfassung nicht nur den aktuellen Bezug zur Tatbestandmäßigkeit des Verhaltens (Objekt der Wertung) hin, sondern auch zur Unrecht der Tat (Wertung des Objekts).¹⁹¹ Aus dem letzteren Bezug ersieht man, dass der Täter zum Tatzeitpunkt das Verhältnis zwischen seiner Handlung und der betroffenen Rechtsnorm erkannte (dazu s. o. § 3 II 2), d. h., dass er die Einsicht hatte, Unrecht zu tun.

Mit der vorstehenden Ausführung kann man sodann zu dem Ergebnis kommen,

¹⁸⁵ Dazu *Schmidhäuser*, LB, 10/5 4; eingehend *ders.*, H. Mayer-FS, S. 322 ff.

¹⁸⁶ Vgl. *Platzgummer*, Bewusstseinsform, S. 83. Erwähnenswert ist auch das Ergebnis, dass das Mitbewusste auch mitgewollt werden kann.

¹⁸⁷ *Schewe*, Bewusstsein und Vorsatz, S. 154 ff., 159.

¹⁸⁸ *Roxin*, AT/1, 21/27.

¹⁸⁹ Vgl. *Jakobs*, AT, 19/26; *Roxin*, AT/1, 21/48; *ders.*, Kolloquium 1986, S. 82 f.; Bewusstsein und Vorsatz, S. 149 f.

¹⁹⁰ *Roxin*, AT/1, 21/28.

¹⁹¹ *Schewe*, Bewusstsein und Vorsatz, S. 149; ähnlich *LK/Vogel*, 17/59.

dass die Unrechtseinsicht dann gegeben ist, wenn zum Tatzeitpunkt der Täter mindestens das aktuelle Mitbewusstsein der Unrechtmäßigkeit seiner Handlung besessen hat. Ob er die vorliegende Unrechtseinsicht reflektiert oder nicht, ist für die Überprüfung des Unrechtsbewusstseins von *untergeordneter* Bedeutung, denn in einem solchen Fall erliegt der Täter keineswegs einem Verbotsirrtum. Hingegen ist aber die Differenz wichtig, ob die Unrechtseinsicht aktuell oder nur potenziell ist, weil Letztere gerade scharf die Eigenschaft des vermeidbaren Fehlens der Unrechtseinsicht kennzeichnet: ein mit potenzieller Unrechtseinsicht Handelnder befindet sich gerade im vermeidbaren Verbotsirrtum.

Sehr geteilt sind die Meinungen über die Verbrechen, bei denen kaum ein ausdrücklich bewusstes subjektives Erlebnis zu bemerken ist. Eines der exemplarischen Beispiele bietet der *abgestumpfte Gewohnheitsverbrecher*. In der Rechtsprechung gibt der BGH dabei die allgemein anerkannte *Einzeltatschuld* preis, die bei Begehung aus der Tatbestandsverwirklichung und ihrer Rechtswidrigkeit besteht, stattdessen wird die sog. *Lebensführungsschuld* zur Grundlage strafrechtlicher Verantwortlichkeit gemacht. Denn der Täter „hat durch strafbare Lebensführung die Ansprechbarkeit durch sittliche Werte und damit die Fähigkeit eingebüßt, durch Gewissensanspannung zur Unrechtserkenntnis zu gelangen“.¹⁹² So werde der Täter als unfähig angesehen, Unrecht zu kennen. Daher handle er ohne aktuelles Unrechtsbewusstsein, weil von seiner rechtsfeindlichen Grundhaltung her „gar nicht zum Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ihres Tun zu gelangen“ vermag.¹⁹³

Dies ist jedoch zu verneinen. Wenn man von diesem Ansatz ausgeht, würde ein verborgenes Risiko in Kauf genommen, dass durch den Begriff Lebensführungsschuld die Wirksamkeit des Koinzidenzprinzips für die Feststellung aktueller Unrechtseinsicht geschmälert und vom Rechtsstaatsprinzip her die Begrenzungswirkung des Schuldprinzips aufgelöst würde,¹⁹⁴ weil es bei der Vorwerfbarkeit „der jeweiligen Unrechtshandlung“ des abgestumpften Gewohnheitsverbrechers nicht auf diese Handlung selbst ankäme, sondern auf die in der Vergangenheit liegende Lebensführung. Zuzustimmen ist in dieser Argumentation allerdings nur dem Befund, dass der Gewohnheitsverbrecher, dessen Reaktion auf die Normen schon durch fortwährende Begehung ausgeblendet worden ist, die Unrechtskenntnis seiner Tat nicht mehr durch Gewissensanspannung erreichen kann. Gemeint ist jedoch nicht, dass er durch Eingewöhnung dieser dauernden rechtswidrigen Handlungsweise die Fähigkeit, ihre Unrechtmäßigkeit einzusehen, verlieren könnte, vielmehr würde er die rechtliche Bewertung seiner Gewohnheitshandlung im Verlauf von deren Wiederholung immer besser erfassen. Inzwischen hat er lediglich die Fähig-

¹⁹² BGHSt 2, 194, 208 f.

¹⁹³ BGHSt 2, 194, 206, 208 ff.

¹⁹⁴ Roxin, AT/1, 19/62.

keit zum einsichtsgemäßen Handeln verloren. Von psychologischer Warte aus hält die Unrechtskenntnis des Handlungsprojekts den Gewohnheitsverbrecher zwar nicht von seiner Tatbegehung ab, d. h., das Recht würde nicht als Hindernis wirksam, aber hier wäre eine psychische Wirksamkeit noch erreichbar wie in dem anderen Fall, in dem die Normen eingehalten werden. In Gegensatz zu Rechtstreuen, bei dem die allgemein akzeptierten Normen als psychische, institutionelle Barrieren sogar als Leitlinie angesehen und strikt respektiert werden, besteht die Aktualität des Normbezugs beim abgestumpften Gewohnheitstäter in anderer Form. Ersterer hält diese Normen für unüberschreitbare Mauern, dagegen stellen sie für Letzteren zum Tatzeitpunkt ein zu überwindendes Hindernis dar, der Rechtsbruch bedeutet bei ihm nämlich den Abbau einer Schranke (Normen), das Sich-hinwegsetzen über sie. Abbau, Sich-hinwegsetzen oder ähnliche Ausdrücke stellen „eine erste Stufe der Desintegration von psychischen Tendenzen und sozialer Wirklichkeit“ dar, besagen aber nicht, dass hier überhaupt keine psychischen Schranken existieren und daher der Täter ohne aktuelles Unrechtsbewusstsein handelt. Die beiden psychischen Sachverhalte, eine Schranke (Normen) „zu respektieren“ und sie „abzubauen“, weisen die Aktualität psychischen Bezugs auf unterschiedliche Weisen auf; wenn der Handelnde die rechtlichen Normen abbauen will und danach gegen sie handelt, agiert er mit aktuellem Unrechtsbewusstsein, soweit seine Zurechnungsfähigkeit nicht beeinträchtigt ist und keine weitere Störungen vorliegen.¹⁹⁵

II. Die Potenzialität als ein Synonym für Vermeidbarkeit

Bei der Überprüfung eines subjektiven Verbrochenselements stellt der Tatzeitpunkt immer einen entscheidenden Bezugspunkt dar, oder präziser gesagt, die zeitliche Relation von subjektiver und objektiver Seite eines Verhaltens ist bei der strafrechtlichen Prüfung des Sachverhalts zu untersuchen. Nach dem *Koinzidenzprinzip* (oder: *Simultaneitätsprinzip*¹⁹⁶), das als Ausprägung des Schuldprinzips und mithin für unverzichtbar gehalten wird, müssen die subjektiv und objektiv tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Merkmale und Schuld zeitlich zusammenfallen, ansonsten verkäme die Straftat zu einem irrationalen oder sinnlosen Begriff.¹⁹⁷ Bringt man dieses Prinzip mit der Verbotsirrtumsregelung in Zusammenhang, muss bei der Feststellung des Unrechtsbewusstseins die Einsicht in das Verbotensein des

¹⁹⁵ Schewe, Bewusstsein und Vorsatz, S. 147 ff.

¹⁹⁶ Eingehend Hruschka, Strafrecht, S. 1 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Safferling, Vorsatz, S. 245; Hruschka, Strafrecht, S. 64 f. Zutreffend stellt Stuckenberg fest, dass bei die Überprüfung des Vorsatzes nicht bloße Gleichzeitigkeit erforderlich ist, sondern die Ursächlichkeit des Vorsatzes für das tatbestandserfüllende Verhalten, s. ders, Vorstudien, S. 378.

Verhaltens zum Tatzeitpunkt auch vorliegen, genau so wie bei der Überprüfung des Tatbestandsvorsatzes, damit der volle Schuldvorwurf bestimmt werden kann. Ist die Unrechtseinsicht bei Begehung nicht gegeben, wird die Handlung je nach dem konkreten psychischen Sachverhalt zum Tatzeitpunkt, ob das Fehlen der Unrechtseinsicht vermeidbar war oder nicht, behandelt.¹⁹⁸

Auf einer anderen Seite muss der Begriff „das Vorliegen der Unrechtseinsicht“, oder die komplementäre Ausdruckweise „das Ausscheiden des Verbotsirrtum“, aufgeheilt werden (dazu s. o. § 4), anderenfalls ist eine Prüfung der zeitlichen Koinzidenz von Vornahme oder Unterlassung einer von dem Täter geplanten Handlung und seiner Einsicht in die Unrechtmäßigkeit dieser Handlung unmöglich. Außerdem könnte durch eine extensive, ausdehnende Auslegung die Bedeutung der aktuellen Existenz der Unrechtseinsicht im Hinblick auf das Schuldprinzip allzu verdünnt und infolgedessen das Koinzidenzprinzip untergraben werden. Sicher ist allerdings, dass der Verbotsirrtum dann ausscheidet, wenn der Täter die **aktuelle** Unrechtseinsicht besitzt. Dagegen scheint die Frage nach der sog. **potenziellen** Unrechtseinsicht relativ problematisch zu sein und schwierig zu beantworten; schon unklar ist ihre Definition, geschweige denn, wie sie zu behandeln ist. Diese Kernfrage, ob die potenzielle Unrechtseinsicht bei jeweils gegebener Kenntnis aller zum Tatbestand gehörenden objektiven Tatumstände für einen vollen Schuldvorwurf bereits genügende Unrechtseinsicht oder nur einen vermeidbaren Verbotsirrtum darstellt, wird nunmehr klargestellt.

Zunächst ist die Bedeutung der Potenzialität im Rahmen der Verbotsirrtumslehre anzumerken. Die Unrechtseinsicht wird dann als potenziell vorhanden bezeichnet, wenn sie zwar nicht aktuell existiert, aber dem Täter möglich und erlangbar ist. Demgemäß liegt eine potenzielle Unrechtseinsicht dann vor, wenn im konkreten Fall der Täter bei dem ihm zumutbaren Einsatz seiner Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen die richtige Einsicht in die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens habe gewinnen können.¹⁹⁹

Auf diese deutliche Antwort folgt die verwirrende Frage, ob die potenzielle Unrechtseinsicht zu den Existenzformen der kognitiven Komponente des Unrechtsbewusstseins zählt. Das Verständnis der potenziellen Unrechtseinsicht würde allerdings ambivalent, wenn man einerseits die o. g. Auffassung vertritt, dass Potenzialität der Unrechtseinsicht dann gegeben sei, sofern der Täter bei gehöriger Anspannung seines Gewissens die Einsicht in Unrechtmäßigkeit seines Verhalten hät-

¹⁹⁸ Vgl. statt vieler NK/Neumann, 17/32.

¹⁹⁹ Vgl. Schmidhäuser, LB, 10/57; ders., H. Mayer-FS, S. 319; Maurach/Zipf, AT/1, 22/22; Wesels/Beulke, AT, Rn. 429. Aus der Rechtsprechung wird BGHSt, 21, 18, 20 f. häufig zitiert, wo die Kriterien der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums in der Praxis organisiert werden. Beim Vorsatz bezeichnet Schewe solcherart potenzielles Wissen als ein bloßes „Daran-Denken-Sollen“ und erachtet es als ungenügend für die Annahme des Vorsatzes, ders., Bewusstsein und Vorsatz, S. 28.

te erkennen können, andererseits feststellt, dass die potenzielle Kenntnis der Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens für die Annahme des Vorliegens der Unrechtseinsicht ausreichend sei;²⁰⁰ darüber hinaus könnte somit die geltende Regelung zum vermeidbaren Verbotsirrtum nie gelten, denn die Kriterien für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums im Sinne von § 17 S. 2 StGB würden als die Kriterien für das Vorhandensein der Unrechtseinsicht, die notwendige und zugleich hinreichende Bedingung für die Verbotsirrtumsausschließung, angewandt und die Möglichkeit eines vermeidbaren Verbotsirrtums wäre damit durchaus ausgeschlossen. Um solche Missverständnisse abzuwenden, ist für die sog. potenziellen Unrechtseinsicht die Formulierung viel eindeutiger und angemessener, dass sie keine besondere Existenzform der Unrechtseinsicht darstellt, sondern synonym zum vermeidbaren Fehlen der Unrechtseinsicht²⁰¹ und folglich auch ein *individualisierbares Schuldmerkmal* ist,²⁰² oder noch kürzer, aber prägnant: sie ist „ein Nichtbewusstsein des Unrechts“.²⁰³ Diese Darstellung verdient sicher Zustimmung, weil bei der potenziellen Unrechtseinsicht sich immer dieselbe Szene abspielt, dass zum Tatzeitpunkt der Handelnde das rechtliche Verbotensein oder Gebotensein seines Verhaltens hat erkennen können, aber in Wirklichkeit nicht eingesehen hat. Zusammenfassend wäre zu sagen, dass die potenzielle Unrechtseinsicht nicht mehr und nicht weniger als die Eigenschaft des vermeidbaren Verbotsirrtums beschreibt,²⁰⁴ sie schließt die Aktualität des Unrechtsbewusstseins aus.²⁰⁵

III. Das vermittelnde Kriterium für die Vermeidbarkeit der Unrechtseinsicht

1. Mögliche Betrachtungs- und Erwägungsweisen

Im Anschluss an die vorstehende Darstellung leuchtet ein, dass es bei der Diskussion der potenziellen Unrechtseinsicht nicht um die Maßstäbe des Vorhandenseins der Unrechtseinsicht geht, da die potenzielle Unrechtseinsicht per se die Leugnung der Existenz der Unrechtseinsicht darstellt, sondern um das Dilemma

²⁰⁰ Einige Ausdruckweisen in der Literatur scheinen unklar zu sein und könnten zu solcherart Missverständnis führen, z. B. „In der Regel wird dem Täter das Unrecht einer vorsätzlichen Tat klar vor Augen stehen (aktuelles Unrechtsbewusstsein). Nach h. M. genügt es aber auch, dass er bei dem ihm zumutbaren Einsatz seiner Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen die Einsicht in das Unrecht der Tat gewinnen konnte (potenzielles Unrechtsbewusstsein)“, *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 429.

²⁰¹ *Schmidhäuser*, LB, 10/65; *NK/Neumann*, 17/53; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben*, 17/9; *MüKo/Joecks*, 17/34; *LK/Vogel*, 17/25; *Siekman*, Mauerschützen, S. 174.

²⁰² *Maurach/Zipf*, AT/1, 30/36.

²⁰³ *Schmidhäuser*, LB, 10/65.

²⁰⁴ Ähnlich *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 193; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, S. 306 f.

²⁰⁵ *Groteguth*, Verbots(un)kenntnis, S. 36.

der Strafbegründung des vermeidbaren Verbotsirrtums: Bis zu welchem Grad ist diese Unkenntnis über die Rechtsnorm von einem Rechtsstaat, einer Rechtsgemeinschaft hinzunehmen, und ab wann ist sie strafrechtlich vorwerfbar. Nach dem vorstehenden Ergebnis, das durch die Auseinandersetzung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots gewonnen wird, sollte der Irrende auch beim Unrechtszweifel keine Unrechtseinsicht haben und befindet sich infolgedessen im Verbotsirrtum, wenn zum Tatzeitpunkt die Unklarheit der Rechtslage auf die Ausübung oder Unterlassung der Staatsgewalt zurückzuführen ist. Danach ist die Untersuchung der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums notwendig. Bei Prüfung der Vermeidbarkeit ist zweierlei zu berücksichtigen: Zum einen soll dem **Schuldprinzip** gemäß durch die konkreten subjektiven Fakten dem Täter der Schuldvorwurf seiner Unrechthandlung attestiert werden; hinsichtlich der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums heißt das, dass die Schuld nur dann vorliegt, wenn der Irrende bei Begehung die richtige rechtliche Bewertung seines Handlungsprojekts hat erkennen können. Zum anderen ist aus **kriminalpolitischen Gesichtspunkten** im Wege einer **positiven Generalprävention** die Stabilisierung der betroffenen Normen beizubehalten. Für die in § 17 StGB vorgenommene differenzierende Regelung (scil. die sog. Schuldtheorie) über die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums werden nach der vordringenden Lehre diese kriminalpolitischen Gründe als ausschlaggebend angesehen, um den gewissenlosen Rechtsfeind fassen und bedenkenloser Rechtsblindheit und Rechtsgleichgültigkeit vorbeugen zu können; infolgedessen werden die **Ansprüche normaler Rechtstreue** dabei als ein Leitprinzip angesehen.²⁰⁶ Nach der kriminalpolitischen Erwägung dürfe die Unwissenheit des Rechts nicht nur ohne Einschränkung zugunsten des Irrenden berücksichtigt werden, sondern die soziale Geltung der strafrechtlichen Normen werde auch in Rechnung gestellt.²⁰⁷ Dies setzt aber jedenfalls die Durchsetzung des Schuldprinzips voraus. Daraus lässt sich ersehen, dass es sich dabei nicht nur um die subjektive Fähigkeit des Irrenden handelt, ob er die Unkenntnis der betroffenen Rechtsordnung bei Begehung hat vermeiden können, sondern auch um den Gedanken des Strafzwecks.

Bei diesen vorstehenden Überlegungen handelt es sich darum, ob der Täter wegen seiner Unrechthandlung trotz des Fehlens der Unrechtseinsicht bestraft werden soll. Folgt man der Unterscheidung zwischen **Strafbegründungsschuld** (strafrechtssystematischen Schuldbegriff) und **Strafzumessungsschuld**, so sollte das Bestehen der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums dem Ersteren untergeordnet werden, denn bei der Feststellung, ob das Fehlen der Unrechtseinsicht vermeidbar oder unvermeidbar ist, geht es um das „Ob“ der Bestrafung.²⁰⁸ Nunmehr gilt es abzu-

²⁰⁶ Roxin, Bockelmann-FS, S. 289 f.; zustimmend NK/Neumann, 17/54; MüKo/Joecks, 17/34.

²⁰⁷ NK/Neumann, 17/54.

²⁰⁸ Vgl. Achenbach, Grundlagen, S. 2 ff. Bei Frisch werden die Voraussetzungen der Strafbegrün-

klären, unter welcher Konstellation ein Verbotsirrtum unvermeidbar ist.

2. Die Vermeidbarkeit und die Möglichkeit einer vorwerfbaren Willensbildung

Nach dem (herkömmlichen) Schuldbegriff²⁰⁹ wird die strafrechtliche Schuld als vorwerfbare Willensbildung einer Unrechtstat bezeichnet.²¹⁰ Dementsprechend wird es dem Täter dann vorgeworfen, dass er sich zum Tatzeitpunkt für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können.²¹¹ Bei der Feststellung der Vermeidbarkeit handelt es sich darum, ob die unrechtmäßige Entscheidung durch das unvermeidbare oder vermeidbare Fehlen der Unrechtseinsicht getroffen worden ist, hierbei sind der faktischen Möglichkeit und der normativen Zumutbarkeit des Erkennens – nämlich der Fähigkeit des Irrenden und der vernünftigen Anforderungen der Rechtsnorm – als Kriterien Rechnung zu tragen.²¹² Nach der Formel vom Schuldprinzip „nulla poena sine culpa“ muss diese vorwerfbare Willensbildung die unabdingbare Voraussetzung einer Bestrafung darstellen. Dazu wird behauptet, dass von der Ansicht des Schuldbegriffs aus der vermeidbare Verbotsirrtum (scil. die potenzielle Unrechtseinsicht) dem Täter keine Vorwerfbarkeit der Willensbildung attestieren könne, wenn man die Vorwerfbarkeit eines vermeidbaren Verbotsirrtum darin sehe, dass er „sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich... für das Recht hätte entscheiden können“,²¹³ denn wer die rechtliche Bewertung seines Handlungsprojekts nicht einsehe, habe keine Möglichkeit, sich gezielt für das Recht zu entscheiden.²¹⁴ Es ist jedoch fraglich, ob hier ein voreiliger Schluss gezogen worden ist.

Die Unkenntnis von der Unrechtmäßigkeit eines Verhaltens kann zwar *in einem konkreten Fall* die Möglichkeit verhindern oder sogar ausschließen, einen recht-

dungs- und Strafzumessungsschuld als gleich angesehen, dabei geht es immer um die Fähigkeit des Täters, *ders*, Müller-Dietz-FS, S. 259. Hieraus kann man schließen, dass nach seiner Meinung diese Klassifikation belanglos wäre. Aber bei der Verbotsirrtumslehre und der diesbezüglichen Regelung wäre es nicht so. Wenn wir der h. M. und § 17 StGB nach die Vermeidbarkeit als die Voraussetzung der Strafbegründungsschuld, das Bestehen des Unrechtsbewusstseins (oder der Unrechtseinsicht) als die Voraussetzung der Strafzumessungsschuld klassifizieren, ist der Grund für die Trennung der beiden Begriffe geklärt, da diese von der Fähigkeit des Täters abhängig ist, und jene von den jeweiligen psychischen Sachverhalten, ob der Täter tatsächlich die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens erkannt hat oder nicht, dazu vgl. *Roxin*, AT/1, 19/54 f.

²⁰⁹ Als der herkömmliche Schuldbegriff wird hier die auf dem von *Frank* begründeten normativen Schuldbegriff beruhende Auffassung bezeichnet. Die ausführliche Darstellung seiner Entwicklung s. *Welzel*, LB, §19 III; *Maurach/Zipf*, AT/1, 30/15 ff. Aus der Rechtsprechung vgl. statt vieler BGHSt 2, 194, 200, 209

²¹⁰ *Welzel*, LB, §19 II; *Jescheck/Weigend*, AT, 2. Abs. (S. 404).

²¹¹ BGHSt 2, 194, 200.

²¹² LK/*Schroeder*, 17/27.

²¹³ BGHSt 2, 194, 200.

²¹⁴ NK/*Neumann*, 17/53.

mäßigen Tatentschluss zu fassen, aber damit ist natürlich nicht gesagt, dass jede vom Irrenden getroffene unrechtmäßige Entscheidung nicht als eine vorwerfbare Willensbildung erachtet werden könnte. Die Möglichkeit, sich für das Recht zu entscheiden, kann sich nicht nur aus einer konkreten, aktuellen Unrechtseinsicht, sondern auch sich aus der anderen Möglichkeit ergeben, die Unrechtmäßigkeit einer Verhaltensweise zu erkennen; d. h., wer das Unrecht seines Handlungsprojekts hat erkennen können, hat mittelbar auch die Möglichkeit, sich für die rechtmäßige Handlungsweise zu entscheiden; hat er in diesem Fall jene Möglichkeit versäumt, sein Verhalten rechtlich richtig zu bewerten und dadurch sich gezielt für das rechtmäßige Verhalten entscheiden zu können, ist dieser gegen das jeweilige Verbot verstoßende Tatentschluss ihm rechtlich vorwerfbar, denn in normativer Hinsicht ist eine rechtmäßige Entscheidung in diesem Fall zumutbar, obwohl der Täter wegen der Unkenntnis der Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens in concreto solche Entscheidung nicht zu treffen vermag. Hierbei darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass das Fehlen der Unrechtseinsicht und die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums streng voneinander unterschieden werden müssen. Bei Ersterem geht es um ein subjektives psychisches Faktum, bei Letzterem um subjektive Fähigkeiten zur Unrechtseinsicht. Und die Überprüfung des Letzteren ist erst dann von strafrechtlicher Bedeutung, wenn man Ersteres bejaht, d. h. wenn ein Verbotsirrtum gegeben ist. Daher sollte eine entsprechende Beantwortung dieser Frage sich zunächst daran orientieren, ob der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens spätestens zum Tatzeitpunkt eingesehen hat und erst dann daran, ob der Täter zum gleichen Zeitpunkt die Möglichkeit gehabt hat, die rechtmäßige Entscheidung zu treffen, also ob er im konkreten Fall statt des rechtswidrigen einen rechtmäßigen Handlungswillen hat bilden können.²¹⁵

Der Verzicht auf das reale Unrechtsbewusstsein als konstitutives Schuldmoment ist nicht problematisch, insbesondere nicht in Hinblick auf das Schuldprinzip.²¹⁶ Das konstitutive Schuldmoment ist die vorwerfbare Willensbildung, im Rahmen der Verbotsirrtumslehre bezieht es sich auf die Vermeidbarkeit des Fehlens des Unrechtsbewusstseins, nicht auf das Unrechtsbewusstsein selbst, dessen Fehlen je nach der konkreten Situation – ob das Fehlen vermeidbar oder nicht ist – auch vorwerfbar sein kann. Die Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Entscheidung des Täters ist nach dem *normativen Schuldbegriff* dann zu bejahen, wenn er vor oder spätestens zu dem Tatzeitpunkt das Unrecht seines Verhaltens erkannt hat und hat erkennen können.²¹⁷ Wenn der Täter die Einsicht in das Verbotensein seines

²¹⁵ Vgl. *Welzel*, LB, § 22.

²¹⁶ Gegenmeinung NK/*Neumann*, 17/53.

²¹⁷ Mit Abweichungen im Einzelnen BGHSt 2, 194, 200; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 6; *Siekmann*, Mauerschützen, S. 43 ff., 174 f.

Handlungsprojekts nach den vom BGH aufgestellten Kriterien, z. B. nach den Umständen des Einzelfalles, seiner Persönlichkeit sowie seinem Lebens- und Berufskreis *zuzumutenden Gewissensanspannung* hätte erlangen können, sollte er auch die Möglichkeit haben, nach der richtigen Kenntnis zu handeln;²¹⁸ hat er trotz seiner ausreichenden Kenntnisfähigkeit und dem konkreten Anlass²¹⁹ sich dazu entschieden, sein objektiv rechtswidriges Handlungsprojekt, das er aber in Wirklichkeit für rechtmäßig hält, auszuführen, befindet er sich in einem vermeidbaren Verbotsirrtum, d. h., handelt er mit der sog. potenziellen Unrechtseinsicht. Dann aber ist es begründet anzunehmen, dass eine solche Entscheidung einen strafrechtlich vorwerfbaren Willen bildet und aus der Erwägung des Schuldbegriffs das mit § 17 in Einklang stehende Ergebnis erreicht werden kann, denn durch die Entscheidung des Täters werden das sog. „Anders-Handeln-Können“ und folglich auch die vorwerfbare Einstellung (und zugleich auch gegen die Ansprüche normaler Rechtstreue, dazu s. u. 4) angenommen. Hier aber stellt sich die Frage, ob die vom BGH aufgestellten Kriterien tatsächlich die Rechtsunkenntnis als vermeidbar und unvermeidbar bewerten können. Hier ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Vermeidbarkeit und der Rechtserforschungspflicht zu diskutieren.

3. Die Kriterien der Vermeidbarkeit und die Rechtserforschungspflicht

Der BGH hat wiederholt umfassende Informations- und Erkundigungspflichten statuiert,²²⁰ nach denen jeder Schuldfähige, sei es ein Aus- oder Inländer, sei es der Dummere oder der Klügere, die Rechtslage in Erfahrung bringen und Verbotsirrtümer vermeiden müsse,²²¹ wenn man eine Begründung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums in der obliegenheitswidrigen Unterlassung der Rechtserforschungspflicht sieht.²²² Nach der überwiegenden Meinung und dem jüngeren Standpunkt des BGH genügt die Vernachlässigung dieser Pflicht des Irrenden für den Schuldvorwurf aber nicht; diesbezüglich komme es für die Feststellung der Vermeidbarkeit nunmehr auf den *hypothetischen Erfolg* der Pflichterfüllung an.²²³

Dieser Ansicht, nach der die frühere Meinung des BGH aufzugeben ist, ist teil-

²¹⁸ Vgl. BGHSt 21, 18, 20.

²¹⁹ Dazu vgl. *Roxin*, AT/1, 21/53 ff.; LK/Schroeder, 17/29; SK/Rudolphi, 17/31.

²²⁰ Exemplarisch BGHSt 4, 236, 243.

²²¹ Vgl. *Roxin*, Bockelmann-FS, S. 289.

²²² Dies ist die frühere Auffassung des BGH (vgl. statt vieler BGHSt 21, 18, 21). In der folgenden Zeit hat der BGH sich zur Gegenmeinung bekehrt, dazu vgl. Fn. 223.

²²³ Mit Abweichungen im Einzelnen BGHSt 37, 55, 67; *Hassemer*, JuS 1989, S. 844; *Zaczyk*, JuS 1990, S. 894; *Welzel*, LB, § 22 III 2.; *Jakobs*, AT, 19/45; *Roxin*, AT/1, 21/35 ff., 21/69; LK/Schroeder, 17/45; SK/Rudolphi, 17/42; *ders.*, Unrechtsbewusstsein, S. 250 ff; NK/Neumann, 17/82; MüKo/Joeks, 17/60; Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/22.

weise zuzustimmen, denn wie bereits eingangs angedeutet, besteht das Risiko, dass dieses mit dem Nichterfüllen der Rechtserforschungspflicht aufgestellte Kriterium die Vermeidbarkeit zu einem praktisch unanwendbaren Element macht. Richtig dürfte sein, dass die Schuld nicht nach objektiven Maßstäben wie der Versäumung oder Vernachlässigung der Rechtserforschungspflicht, sondern nach den individuellen Fähigkeiten des Täters zu bestimmen ist.²²⁴ Das bedeutet, ob ein Verbotsirrtum vermeidbar ist oder nicht, hängt von der Möglichkeit ab, ob der Täter die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung aus der konkreten Situation ersehen kann, nicht jedoch von der Erfüllung der Rechtserforschungspflicht, wie etwa der Einholung von Rechtsauskünften; wenn der Bürger dieser Pflicht nachkommt, bekommt er mit den erhaltenen Informationen lediglich ein Mittel an die Hand, sein Verhalten rechtlich zu bewerten. Dieses Kriterium ist nicht nur wider das Schuldprinzip, sondern auch unsachgemäß, denn nach ihm würde der Irrende wegen der Verletzung der Rechtserforschungspflicht auch dann belastet, wenn die Rechtslage objektiv unklar ist und er daher überhaupt nicht zur Unrechtseinsicht gelangen könnte.

Das Kriterium der überwiegenden Meinung und neueren Ansicht des BGH ist aber auch fraglich. Zunächst ist abzuklären, ob es bei der Begründung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums um die hypothetische Auskunft geht, die der Täter bei Vornahme der unterlassenen Erkundigungen erhalten hätte²²⁵ oder um die Antwort einer vertrauenswürdigen Auskunftsperson, nämlich darum, „ob eine von einer sachkundigen und objektiven Person pflichtgemäß, d. h. auf Grund einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilte Auskunft das Verhalten des Täters nur als rechtswidrig oder auch als rechtmäßig hätte bezeichnen können“.²²⁶ Die letztere Auffassung ist eine normative Lösung,²²⁷ die ausschließlich von der objektiven Rechtslage abhängig ist. Dies ist aber auch ihre Schwachstelle. Steht die Rechtslage objektiv fest, erweist sich der Maßstab deshalb als überflüssig, weil theoretisch gesehen die fiktive Auskunft mit ihr im Einklang stehen muss.²²⁸ Außerdem stellt diese normative Lösung nicht auf die Fähigkeit, Sorgfalt oder Bemühung des Täters ab, sondern auf eine objektivierte fiktive Auskunft; sie würde daher vom Schuldprinzip abgelöst.

Die oben genannte erstere Ansicht stimmt auf den ersten Blick mit dem Schuldprinzip überein, denn bei ihr kommt es bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums auf die Auskunft an, welche der Täter tatsächlich erhalten hätte, in der Tat könnte

²²⁴ Rudolphi, 17/42; ders., Unrechtsbewusstsein, S. 197 f.; Roxin, AT/1, 21/37.

²²⁵ Zaczek, JuS 1990, S. 894; Welzel, LB, § 22 III 2.; LK/Schroeder, 17/45; NK/Neumann, 17/82; MüKo/Joecks, 17/60; Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/22.

²²⁶ SK/Rudolphi, 17/42; ähnlich Jakobs, AT, 19/45; Roxin, AT/1, 21/69.

²²⁷ SK/Rudolphi, 17/42; dazu vgl. auch NK/Neumann, 17/82.

²²⁸ Vgl. Puppe, Rudolphi-FS, S. 237.

aber dadurch ein Verschulden zu einem anderen geschoben werden. Nach dieser Überlegung ist der Verbotsirrtum des Täters unvermeidbar, wenn die fiktive Auskunft – die der Täter erhalten hätte, wenn er seine Rechtserforschungspflicht erfüllt hätte – für ihn günstig, aber falsch gewesen wäre, obwohl die Rechtslage in Wirklichkeit objektiv fest ist.²²⁹

Bei der Überprüfung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums sind in Hinsicht auf den Schuldgedanken nur die Fähigkeiten des Irrenden von Bedeutung, ob er die rechtliche Bewertung seines Handlungsprojekts zu erfassen und den etwaigen Zweifel zu beseitigen, z. B. ob der Täter in der Lage sei, eine kompetente und vertrauenswürdige Auskunftsperson auszuwählen²³⁰ und mit den eingeholten Informationen sein Verhalten angemessen zu bewerten. Die Nichterfüllung seiner Rechtserforschungspflicht ist entweder die Ursache des Fortbestehens seines Verbotsirrtums,²³¹ wenn er sein Verhalten für zulässig gehalten hat, oder die Ursache des Bestehens der Unrechtseinsicht, wenn er sein Verhalten hingegen für möglicherweise verbot gehalten hat.

Die in der Literatur und Rechtsprechung bestimmte Rechtserforschungspflicht setzt nach wie vor den Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Handlung voraus. Diese Pflichten können zwar für alle als abstrakte gleichberechtigte Anforderungen gelten, aktiv danach zu streben, das Recht richtig zu erkennen, aber damit ist nicht gesagt, dass die Fähigkeit zum Bezweifeln und zur Beseitigung des Unrechtszweifels bei jedem potenziellen Täter tatsächlich identisch wären oder dass das konkrete Maß der Anforderungen an die jeweiligen Handelnden gleichgesetzt werden sollten. Es ist immer noch möglich, dass der schuldfähige Täter wegen eines schweren Mangels an Kenntnisfähigkeit oder Verständnis in einem bestimmten Gebiet, im Einzelfall mit gar keinem Zweifel und im völligen Glauben an die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens handelt oder dass sein Unrechtszweifel durch eine für ihn günstige falsche Auskunft beseitigt wird und daher auch keine Veranlassung vorliegt, das Fehlen der Unrechtseinsicht zu umgehen. In solchen Fällen sind die Möglichkeiten, ob der Täter an der Rechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts zweifeln kann oder ob er beim Zweifel die Unwissenheit durch die rechtliche Bewertung seiner Handlung beseitigen kann, für die Feststellung des Schuldvorwurfs unentbehrlich und erheblich, vornehmlich bestående die Schuldvorwurf beim Verbotsirrtum nicht im Versäumnis solcher Pflichten, ihre Erfüllung könne nur eines der Mittel zur Erlangung der Unrechtskenntnis darstellen, sondern in der Zumutbarkeit der Verbotskenntnis, denn das Kriterium des § 17 StGB, nach dem der

²²⁹ Puppe, Rudolphi-FS, S. 237.

²³⁰ Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/18. Z. B. kann der Rechtsunkundige nicht erkennen, dass die Auskunft einer Polizeidienststelle über Steuerverfahren unzureichend ist.

²³¹ Puppe, Rudolphi-FS, S. 237.

vermeidbare Verbotsirrtum die Schuld nicht ausschließen darf, wurzelt in dem Schuldprinzip. Der Täter muss erst einmal die Fähigkeit besitzen, an der Rechtmäßigkeit seiner Handlung zu zweifeln, d. h., es ist ihm möglich, zu erkennen, dass sein Handlungsprojekt rechtswidrig sein könnte; dann muss er in der Lage sein, die durch den Unrechtszweifel ausgelöste Rechtserforschungspflicht zu erfüllen, danach erst kann der Täter die rechtliche Bewertung seiner Handlung erreichen.

Wie dargelegt darf die Feststellung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht vom Können des Täters abgelöst werden, aber sie sollte auch nicht allein von ihm abhängen. Sieht man den Ausgangspunkt für die Kriterien der Vermeidbarkeit lediglich in der Grundlage des materiellen, normativen Schuldbegriffs, nämlich in der vom Anders-handeln-können abgeleiteten Zumutbarkeit,²³² wäre der unvermeidbare Verbotsirrtum kaum gegeben, insbesondere wenn man nach der überwiegenden Meinung nicht auf individuelle, subjektive Fähigkeiten, sondern auf einen objektivierten Maßstab abstellen will. Einerseits verstieße das allgemein unerkennbare strafrechtliche Verbot gegen den *Bestimmtheitsgrundsatz*, nach dem es vorhersehbar sein soll, und wäre mithin unwirksam (Art. 103 Abs. 2 GG);²³³ andererseits, solange die betroffene Norm in der Wirklichkeit erkennbar²³⁴ ist, müssen die aus der extrem verstandenen Zumutbarkeit²³⁵ deduzierten Anforderungen zu dem überspannten Ergebnis führen, dass die Einsicht in die rechtliche Bewertung jeglicher Handlungsweise für den Täter immer erreichbar und daher von ihm auch immer zu verlangen wäre, oder dass es für den Täter stets zumutbar wäre, bis zur Beseitigung aller Bedenken jegliche zweifelhafte Handlung einstweilen auszusetzen. Im letzten Fall würde der Täter der Ungewissheit zum Trotz sogar immer mit Unrechtsbewusstsein und infolgedessen mit völligem Schuldvorwurf handeln. Somit wäre in jedem Fall kein unvermeidbares Fehlen des Unrechtsbewusstseins vorstellbar.²³⁶ Im Gegensatz dazu könnte vom gegenüberliegenden Blickwinkel der extrem verstandenen Unzumutbarkeit das Faktum, dass der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens bei Begehung nicht erkannt hat, auf die Ausweglosigkeit der Unrechtskenntnis in diesem konkreten Fall hinauslaufen: Er hätte es keines-

²³² Vgl. nur *Jescheck/Weigend*, AT, § 47 II 1. *Roxin*, Bockelmann-FS, S. 289.

²³³ BVerfGE 48, 48, 56; 73, 206, 234 ff;

²³⁴ Ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1, 10/83. Bei den Kriterien für die Erkennbarkeit der rechtlichen Normen handelt es sich um eine andere Frage als die nach der Annahme der Unrechtseinsicht. Dies wird im § 4 II. behandelt.

²³⁵ In der Rechtsprechung werden oftmals ähnliche Kriterien aufgestellt, als da sind alle geistigen Erkenntniskräfte einzusetzen, die auftauchenden Zweifel durch Nachdenken und erforderlichenfalls durch Erkundigung zu beseitigen, oder der abstrahierte Ausdruck „Gewissensanspannung“ (vgl. BGHSt 2, 194, 201; 4, 1, 5; 4, 236, 243; 9, 164, 172; BGH NJW 2000, 2366, 2367 f). Nach solchen Kriterien wäre es keine Übertreibung, dass sich kaum ein im Verbotsirrtum Handelnder auf § 17 S. 1 berufen könnte, insbesondere wenn ihm bei Begehung Zweifel an der jeweiligen Rechtslage gekommen wäre. Dazu vgl. auch *Roxin*., Henkel-FS, S. 187 f.

²³⁶ *Roxin*, Bockelmann-FS, S. 289.

wegs erkennen können. Zusammenfassend wäre zu sagen, dass allein der materielle Schuldbegriff Anders-handeln-können, nach dem ein Schuldausschluss (oder der Ausdruck *Roxins*: Verantwortungsausschluss) beim Verbotsirrtum entweder nie oder immer in Betracht kommen könnte, kein hinreichendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Un- oder Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ist.

4. Die Feststellung der Vermeidbarkeit mit dem vermittelnden Kriterium

Geht man von einer extrem verstandenen Zumutbarkeit aus, werden die Anforderungen an die Rechtskenntnis jedoch maßlos überschätzt und laufen auf praktisch unanwendbare Kriterien hinaus. Aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus umso schlimmer ist, dass ein solch übertriebener Anspruch an die Unvermeidbarkeit die Bereitschaft, Recht einzuhalten, zusammenbrechen lassen könnte.²³⁷ Um ein solches Risiko zu umgehen, ist neben der Rücksicht auf die Fähigkeit eine zweckmäßige Beschränkung zu verlangen.

Durch die generalpräventive Ansicht lässt sich die Berücksichtigung der von der Zumutbarkeit abgeleiteten *Gewissenanspannung* als ein anwendbares Kriterium ergänzen und dadurch können praktischere und eher haltbare Maßstäbe für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums aufgestellt werden. Nach dieser Ansicht wird ein Verbotsirrtum als unvermeidbar und folglich die Strafverhängung als nicht notwendig begriffen, wenn der Irrende für die vermeintliche Zulässigkeit seines Verhaltens *verständige* Gründe hatte. Diese kommen dadurch zum Vorschein, dass der Irrende die normativen und strafzweckorientierten Anforderungen an die Rechtstreue eines Bürgers erfüllte. Unabhängig davon, ob der Verbotsirrtum des Täters infolge des Bestehens der Zumutbarkeit als vorwerfbar bewertet wird, bedarf dieser Ansicht nach seine in diesem Irrtum gezeigte Einstellung zum Rechtsnorm wegen fehlender präventiver Bestrafungsnotwendigkeit keiner Bestrafung.²³⁸ Die Frage nach dem Vorhandensein entsprechender verständiger Gründe kann man von präventiver Ansicht her mit den Fragen danach, „*ob der Täter einsehen soll*“ oder einem „*Daran-denken-sollen*“²³⁹, zu beantworten versuchen.

Solche normativen, strafzweckorientierten Kriterien müssen bei der Überprüfung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums eingesetzt werden, aber sie dürfen

²³⁷ Vgl. *Roxin*, Bockelmann-FS, S. 289; *ders.*, Henkel-FS, S. 188.

²³⁸ *Roxin*, AT/1, 19/1 ff., 19/57, 21/40; *ders.*, Bockelmann-FS, S. 289 f.; *ders.*, Henkel-FS, S. 188.

²³⁹ Diesen Ausdruck bezeichnet *Schewe* als ein für Vorsatz nicht ausreichendes potenzielles Wissen, *ders.*, *Bewusstsein und Vorsatz*, S. 28. Im Unterschied zu seiner Ansicht wird in der vorliegenden Arbeit die Potenzialität als ein Synonym für Vermeidbarkeit begriffen. Hierbei bezieht sich das „Daran-denken-sollen“ nicht auf die Möglichkeit oder Fähigkeit, sondern lediglich auf das „Sollen“ in Hinblick auf kriminalpolitische Abwägungen.

auch nicht den alleinigen Maßstab bilden. Andernfalls könnte, wenn die Kriterien hinsichtlich der Vermeidbarkeit sich lediglich auf die am Strafzweck orientierende Ansicht beziehen würden, dies auf eine absolute Untergrenze für alle Irrenden und einen starren Exkulpationsgrund hinauslaufen. Ohne die Berücksichtigung der subjektiven Einsichtsfähigkeit des Täters könnten kriminalpolitische Kriterien allein willkürlich erscheinen und für die hier vorliegende Frage nach der Vermeidbarkeit nur sinnenleerte Formeln darstellen, weil bei der Vermeidbarkeit des Fehlens der Unrechtseinsicht es immer auch um die individuelle Möglichkeit geht, ob derjenige Täter die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung einzusehen vermag oder überhaupt an deren rechtliche Bewertung denken kann.²⁴⁰ Ob der Handelnde für seinen Irrtum einen „verständigen“ Grund hatte, hängt nicht nur von den Ansprüchen normaler Rechtstreue ab, sondern auch davon, ob er, nicht jeder, sondern genau dieser Täter, die Rechtslage gemäß solcher Anforderung vernünftig beurteilen kann. Die Differenz dieser Fähigkeit können wir vor allem etwa zwischen den in den verschiedenen Kulturkreisen aufgewachsenen Menschen deutlich sehen. Z. B., eine Deutsche könnte sehr wahrscheinlich nicht verstehen, warum über eine Frau, die in der Nacht in einer sich in Malaysia befindenden Hotelbar eine Flasche Bier getrunken hat, die Prügelstrafe verhängt werden muss,²⁴¹ aber eine Einheimische oder Muslimin kann es in der Regel gut erfassen. Von der Rechtfertigung dieses dortigen strafrechtlichen Verbots abgesehen, hat diese in diesem Fall deshalb einen verständigen Grund, weil sie das Verbotensein des konkreten Verhaltens nicht hätte einsehen können, jene aber nicht.

Aus der vorstehenden Ausführung kann man ersehen: Auf der einen Seite kann das Kriterium „ob derjenige Täter (einsehen) könnte“ zwar übertriebene Anforderungen darstellen und somit der prospektiven Präventionsfunktion Schaden zufügen, aber es füllt die subjektiven Maßstäbe der Vermeidbarkeit in Hinsicht auf die konkreten und individuellen Fähigkeiten des Täters aus und gewährleistet die Intaktheit des Schuldprinzips. Auf der anderen Seite kann die positive Generalprävention dadurch die Begründung von der Strafbarkeit des Verbotsirrtums (vornehmlich des Unvermeidbaren) verstärken, dass mithilfe der abstrakten und allgemeinen Ansprüche normaler Rechtstreue die objektiven restriktiven Maßstäbe für die Vermeidbarkeit abgeleitet werden, also „ob der Täter (einsehen) soll“. Hieraus kann man die folgende Konsequenz ziehen, dass bei der Diskussion über die Vermeidbarkeit die beiden Überlegungen sich gegenseitig nicht ausschließen, im Gegenteil sie sich ergänzen und damit gemeinsam die vollständigen Maßstäbe für die

²⁴⁰ Ähnliche Ansicht *Roxin*, AT/1, 21/37. Gegenmeinung vgl. *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 197 f.; BGHSt 9, 164, 172.

²⁴¹ Diese Nachricht s. unter <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,644630,00.html>, Besuchdatum: 22. 02. 2010.

Vermeidbarkeit setzen könnten. Der vom Gedanken kriminalpolitischen Gesichtspunkts abgeleitete Begriff „Ansprüche normaler Rechtstreue“ sollte hier zu einem Leitprinzip dienen,²⁴² wodurch die auf der Zumutbarkeit beruhenden Möglichkeiten, die Unrechtmäßigkeit einzusehen, im rechtlich verlangten und die Präventionsfunktion gewährleistenden Bereich beschränkt werden können.

Mit diesem vermittelnden Kriterium wird die Überprüfung der Vermeidbarkeit des Unrechtsbewusstseins in zwei Schritte²⁴³ gegliedert und sukzessive durchgeführt: im *ersten Schritt* ist zu ermitteln, ob aus der jeweiligen konkreten Situation heraus der Irrende die ausreichende Veranlassung für Überlegungen über die Rechtmäßigkeit seines Handlungsprojekt erlangt hat, nämlich ob infolge des von ihm erkannten objektiven Sachverhalts und seines subjektiven Verständnisses der Zweifel an der Zulässigkeit seines Handlungsprojekt sich bei ihm hat regen müssen. Ist der Zweifel aufgrund der verständigen Gründe nicht gegeben, d. h. wenn der Täter wegen des Mangels an der Bestimmtheit des jeweiligen strafrechtlichen Verbots oder Gebots die rechtlich negativen Bewertung seines Verhaltens bei Begehung nicht hat erkennen können oder hinsichtlich der präventiven Ansicht (Ansprüchen normaler Rechtstreue) nicht zu erkennen gebraucht hat, so sollte das Fehlen der Unrechtseinsicht für denjenigen Irrenden als unvermeidbar bewertet werden. Wenn hingegen der Zweifel einmal vorgelegen hat, aber vor dem Tatzeitpunkt (z. B. durch falsche Auskunft) beseitigt worden ist oder der Zweifel ohne verständige Gründe nicht vorgelegen hat – nämlich er die Möglichkeit der Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens empfinden kann und soll –, ist dann im *zweiten Schritt* zu untersuchen, ob er hinsichtlich seiner Unrechtskenntnis durch Ausschöpfung seiner Rechtserforschungsmöglichkeiten zu der richtigen rechtlichen Bewertung seines Verhaltens gelangen kann und soll,²⁴⁴ z. B. die für ihn vertrauenswürdigen Informationen einzuholen und damit die Kenntnis der Unrechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts zu erlangen. Danach ist weiterzufragen, ob Veranlassung gegeben ist, nach der Einholung von Rechtsauskünften von dem geplanten (rechtswidrigen) Verhalten Abstand zu nehmen.²⁴⁵ Hier dienen auch Können und Sollen des Irrenden als Kriterien für die Veranlassung.

Kehren wir nunmehr zum Biergenuss-Fall zurück. Die Deutsche wird nach diesem Überprüfungsprozess in der Regel deshalb auch exkulpiert, weil ihr durch die konkrete Situation keine Veranlassung gegeben worden ist, über die rechtliche Bewertung ihres Verhaltens nachzudenken.²⁴⁶ Falls sie bemerkt hat, dass z. B. in

²⁴² Roxin, Bockelmann-FS, S. 290.

²⁴³ Hier wird Roxins Vorschlag angenommen, dazu s. Roxin., Henkel-FS, S. 188.

²⁴⁴ Puppe, Rudolphi-FS, S. 236.

²⁴⁵ Mit Abweichungen im Einzelnen Roxin., Henkel-FS, S. 188.

²⁴⁶ Roxin, Henkel-FS, S. 188.

der Hotelbar keine Frau Bier getrunken hat oder andere ihr einen warnenden, verschmähenden oder irgendeinen ungewöhnlichen Blick zugeworfen haben, wenn sie Bier bestellt hat, so hätte sie eine Veranlassung dafür gehabt, nachzudenken, ob ein solches Verhalten dort verboten sein könnte. Hat sie trotzdem ihr Verhalten für erlaubt gehalten und daher Bier getrunken, dann ist Untersuchung im zweiten Schritt vorzunehmen. War sie imstande, sich über die Rechtslage zu informieren, das Verbotensein ihres Verhaltens einzusehen und danach dieses rechtswidrige Verhalten aufzugeben, d. h. wenn ihr dies zumutbar war, dann hat sie (schuldhaft) gehandelt; danach ist die Frage zu stellen, ob ein solches Verhalten einer ausländischen Touristin aus dem kriminalpolitischen Gesichtspunkt zu bestrafen ist. In diesem Fall sollte wegen des Fehlens der präventiven Notwendigkeit keine Strafe über ihren Biergenuss verhängt werden. Für die dortigen Normadressaten hat die Handelnde kein so schlechtes Beispiel gegeben, das aus generalpräventiven Gründen einen strafrechtliche Sanktion erforderlich sein müsste,²⁴⁷ weswegen die Exkulpation solches Verhaltens von einem Ausländer die *Ansprüche normaler Rechtstreue* nicht herabsetzt und auch keine oder mindestens keine unverträgliche Schande der Stabilisierung der betroffenen rechtlichen Norm bringt.

Ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Handeln bedarf nach dem Willen des Gesetzgebers strafrechtlicher Ahndung und unter präventivem Gesichtspunkt indiziert es auch Bestrafungsnotwendigkeit des jeweiligen Verhaltens. Aber nicht in allen Fällen ist eine solches Verhalten mit Strafe zu bedrohen, denn die fehlende präventive Bestrafungsnotwendigkeit kann auch zum Verantwortungsausschluss und mithin der Strafbefreiung führen.²⁴⁸ Die präventive Überlegung spielt bei der Feststellung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums zwei wichtige Rollen: dieses auf dem „Anders-handeln-können“ fußende Kriterium der Vermeidbarkeit ergänzen und den Verbotsirrtum, dem die präventive Bestrafungsnotwendigkeit fehlt, aus den strafbaren Handlungen auszuschneiden. Während in Praxis und teilweise auch in Wissenschaft allzu übertriebene Ansprüche an die Unvermeidbarkeit erhoben werden, schafft die präventive Überlegung die normative Grundlage dafür mit die normativen, strafzweckorientierten Anforderungen „Ansprüchen normaler Rechtstreue“. Zusammenfassend wäre festzuhalten, dass das Fehlen des Unrechtseinsicht dann strafbar ist, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt nicht nur nach seine Fähigkeit sie erlangen kann, sondern auch infolge kriminalpolitischer Erwägung soll.

²⁴⁷ Vgl. *Roxin*, Henkel-FS, S. 188.

²⁴⁸ *Roxin*, AT/1, 19/2 ff.

2. Teil Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins

Wenn wir unser Augenmerk auf die Definition des Unrechtsbewusstseins und den Anwendungsbereich der Verbotsirrtumsregelung richten möchten, muss der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins erläutert werden. Dieser wird hier zunächst anhand von § 17 StGB in groben Umrissen verdeutlicht.

Zuerst ist zu erklären, dass der Gegenstand der Unrechtseinsicht nach dem bereits Gesagten (s. o. 1. Teil § 3 II 2) das Verhältnis zwischen der (vom Täter geplanten) Handlung und der betroffenen Norm darstellen sollte. Eben diese Norm stellt dabei den der Handlung gegenübergestellten Bezugspunkt dar und die Einsicht in die Unrechtmäßigkeit des Handlungsprojekts setzt stets deren Kenntnis voraus. Aus diesem Grund kann man genauso wie in der Literatur die Norm als den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins bezeichnen. Im folgenden Diskurs wird dieser Ausdruckweise gefolgt.

Wirft man einen Blick auf § 17 StGB, so ist, da nach h. M. eine voll schuldhaftige Handlung das entsprechende Unrechtsbewusstsein voraussetzt, leicht zu verstehen, dass das Fehlen des Unrechtsbewusstseins von strafrechtlicher Bedeutung ist.¹ Außerdem zeigt sich bei § 17 S. 1 StGB deutlich, dass eine positive Vorstellung, rechtmäßig zu handeln, die Unrechtseinsicht zwar ohne weiteres ausschließen kann, aber für die Annahme eines Verbotsirrtums nicht erforderlich ist.² Die notwendige und zugleich hinreichende Bedingung des Verbotsirrtums ist also nicht die irrige Vorstellung über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens, die nur eine hinreichende Bedingung ist, sondern das Fehlen des Unrechtsbewusstseins. Mit anderen Worten stellt der Verbotsirrtum die „Kehrseite“³, den „Gegenpol“⁴ oder das „Gegenstück“⁵ des Unrechtsbewusstseins dar; Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum verhalten sich nämlich „komplementär“ zueinander, d. h. der Täter handelt dann und nur dann im Verbotsirrtum, wenn ihm bei Begehung der Tat das Unrechtsbewusstsein fehlt.⁶

¹ Vgl. z. B. MüKo/Joecks, 17/1 f.; Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/1; Jakobs, AT, 19/1.

² So die inzwischen ganz h. M. vgl. nur Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/6; LK/Vogel, 17/15; NK/Neumann, 17/9; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 21/45; Roxin, AT/1, 21/21; H.-W. Schönemann, NJW 1980, S. 739; Groteguth, Verbots(un)kenntnis, S. 15; BayObLG JR 1963, S. 229; Welzel, ZStW 76 (1964), S. 620; BTDrucks. V/4095, 9. Dagegen hatte der E 1962 (§ 21) nur demjenigen einen Verbotsirrtum zubilligen wollen, der „irrig annimmt, kein Unrecht zu tun“. Ausführlich BTDrucks. IV/650, 135.

³ Bei Warda, Blankettstrafgesetzen, S. 33, stellt der Verbotsirrtum die "Kehrseite des Unrechtsbewusstseins" dar; ihm folgend Tischler, Verbotsirrtum, S. 20, Fn. 42.

⁴ Maurach/Zipf, AT/1, 38/1.

⁵ Spindel, Tröndle-FS, S. 89.

⁶ NK/Neumann, 17/9; ders., JuS 1993, S. 793; ähnliche Meinung s. Maurach/Zipf, AT/1, 38/9. Vgl.

Auf der anderen Seite wird in § 17 S. 1 StGB der Verbotsirrtum kurz und prägnant als das Fehlen der Einsicht „*Unrecht zu tun*“ formuliert. Diese griffige Formel besagt, dass in gewissem Maße der Gesetzgeber es offen lässt,⁷ was Gegenstand dieser Einsicht und daher das Unrechtsbewusstsein ist. Denn obwohl der Gegenstand der Verbotskenntnis als „*Unrecht*“ genannt wird,⁸ versteht jeder unter Unrecht etwas anderes. In der Umgangssprache bedeutet „Unrecht“ unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände etwas Schlechtes, Verwerfliches oder Ungünstiges und braucht somit nicht in Beziehung zum Recht zu stehen. Ebenso wird die Auffassung vertreten, dass dieses Unrechtsmerkmal wortlautgetreu als „etwas Unrechtes“ oder „gegen das Recht verstoßend“ zu verstehen ist.⁹ Zwar kann letztere Bezeichnung, Unrecht für einen Verstoß gegen Recht zu halten, unter Umständen korrekt sein, bleibt jedoch erklärungsbedürftig. Darüber hinaus kann man die Frage stellen, ob hier der Verstoß gegen gesetzliches oder sogar strafrechtliches Recht tatsächlich notwendig ist. Entsprechend der Entwicklung der Mehrdimensionalität des Unrechtsbegriffs entfalten sich hier die vielfältigen Möglichkeiten der Definitionen des Unrechtsbewusstseins.¹⁰ Problematisch ist dabei die Frage, aus welchem Gegenstand der Erkenntnis die zweckmäßige Definition des Unrechtsbewusstseins abzuleiten ist. Dies wird an späterer Stelle in dieser Arbeit beantwortet werden müssen.

Nach der heutzutage gebräuchlichsten Definition bezeichnet der Verbotsirrtum den „*Irrtum über die Rechtswidrigkeit*“.¹¹ Das bedeutet, dass für das Unrechtsbewusstsein einerseits die Einsicht in die Sittenwidrigkeit sowie die Sozialschädlichkeit der Handlung nicht ausreichen¹² und andererseits die Einsicht in die Strafbarkeit des Verhaltens nicht erforderlich sein sollte¹³. Aus dieser vom Großen Senat für Strafsachen gefassten Formel wird teilweise gefolgert, dass die Rechtswidrigkeit den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins darstelle und ausschlaggebend demnach die Kenntnis eines rechtlichen Verbots oder Gebots sei. Darüber hinaus weisen die Befürworter der Schuldtheorie darauf hin, dass für die Schuld des Täters allein das

auch *Arthur Kaufmann*, Lackner-FS, S. 188, dabei ist aber der Komplementärbegriff zum Verbotsirrtum nicht das „Unrechtsbewusstsein“, sondern das „Bewusstsein der (formellen) Rechtswidrigkeit“, also des rechtlichen Verbotenseins. Bei ihm sind die beiden Termini voneinander streng abzugrenzen, dazu s. etwa *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 8.

⁷ *Velten*, Normkenntnis, S. 92; *Safferling*, Vorsatz, S. 213.

⁸ *Jescheck/Weigend*, AT, § 41, I, 3.

⁹ *LK/Vogel*, 17/13, 17/15; *Rengier*, AT, 31/4.

¹⁰ *NK/Neumann*, 17/11.

¹¹ Überdies bedeutet Bewusstsein der Rechtswidrigkeit „*der Täter weiß, dass das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist.*“ So BGHSt 2, 194, 196 f. und die nachfolgende Rechtsprechung. Vgl. *Roxin*, AT/I, 21/12 m. w. N. Diese Auffassung oder eine ähnliche Ansicht ist auch in weiten Teilen der Literatur zu finden, Nachweise bei *LK/Vogel*, 17/15.

¹² So im Ergebnis denn auch herrschend; der Literaturnachweis s. Fn. 21.

¹³ Exemplarisch aus der Rechtsprechung BGHSt 2, 194, 202; 15, 377, 383; 10, 35, 41; BGH wistra 1986, S. 218; aus der Literatur *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* 17/4; *SK/Rudolphi*, 17/5; *Roxin* AT/I § 21/13.

Erfassen oder zumindest die Fähigkeit zum Erkennen des vollen Unrechtsgehalts seines Verhaltens bzw. des durch die Sollgeltung begründeten materiellen Wertgehalts der übertretenen Rechtsnorm wichtig sei.¹⁴ Ob der Täter seine Handlung als strafrechtliches oder lediglich als zivilrechtliches oder öffentlich-rechtliches Unrecht empfindet, sei, vor allem wegen der „*Einheit der Rechtsordnung*“,¹⁵ für das Unrechtsbewusstsein belanglos;¹⁶ d. h., die Differenzierung zwischen verschiedenen Rechtsgebieten werde bei der Überprüfung des strafrechtlich relevanten Unrechtsbewusstseins als entbehrlich angesehen. Somit könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins einen Verstoß gegen Rechtssätze aller Art darstelle.

¹⁴ SK/Rudolphi, 17/5; ders., Unrechtsbewusstsein, S. 63.

¹⁵ Vgl. statt vieler Baumann/Weber/Mitsch, AT, 16/7, 16/44 ff., 21/54.

¹⁶ Aus der Rechtsprechung BGHSt 2, 194, 202; 4, 236, 243; 11, 263, 266. 15, 377, 383. Aus der Literatur Sch/Sch/Sternberg-Lieben, 17/5; SK/Rudolphi, 17/5; ders., Unrechtsbewusstsein, S. 63; LK/Vogel, 17/15; Roxin, AT/1, 21/13; Maurach/Zipf, AT/1, 38/10; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 21/48; Otto, AT, 7/63, 7/68, 13/42. Dagegen vgl. nur LK/Schroeder, 17/6; MüKo/Joecks, 17/13 ff.

§ 6 Die mit dem Recht verwandten Normenarten

Bei einer Untersuchung über den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins darf man das Verhältnis zwischen Unrecht und Sittenwidrigkeit nicht vernachlässigen, obwohl die Sittenwidrigkeit weitgehend als untauglich für die Überprüfung des Unrechtsbewusstseins angesehen wird. Dies liegt darin begründet, dass die beiden Normen sich miteinander verflechten und die Diskussion darüber aufschlussreich für die Untersuchung der Arbeit sein könnte.

Als Verhaltenskodex für gesellschaftliches Zusammenleben erfreuen sich rechtliche sowie sittliche Normen nach wie vor breiter Akzeptanz und unter einigen Gesichtspunkten besteht ein enger Zusammenhang zwischen den beiden Normenarten. Mitunter werden ihre Inhalte sogar für deckungsgleich erachtet.¹⁷ Trotz der Schwierigkeit einer Abgrenzung dieser miteinander eng verknüpften Phänomene könnten sie nach h. M. hinsichtlich des Gegenstands des Unrechtsbewusstseins zu deutlichen Diskrepanzen führen, insbesondere wenn das Unrechtsbewusstsein als ein Verbrechenmerkmal erachtet wird. Dieses Ergebnis wird fast als selbstverständlich und als eine Voraussetzung für eine Diskussion über das Unrechtsbewusstsein angesehen. Dies ist jedoch nicht selbstverständlich. Im Folgenden wird versucht, die Unterschiede und Überschneidungen zwischen den beiden Normenarten herauszuarbeiten, damit wir zu einer Entscheidung darüber kommen können, ob dem Ergebnis der h. M., nach der die Sittenwidrigkeit aus dem Gegenstand der Unrechtseinsicht ausgeklammert werden sollte, zuzustimmen ist.

Da im Rahmen der nachfolgenden Überlegungen eine Abgrenzung von verschiedenen sozialen (sog. rechtlichen und sittlichen) Normen im Vordergrund steht, sollten zuvor die betreffenden Termini hier klargestellt werden. Das Wort „*Moral*“ wird in der Umgangssprache unspezifisch gebraucht und wird als Synonym von „*Sitte*“ und „*Ethik*“ angesehen.¹⁸ Überdies stammt der Ausdruck „*Moral*“ vom lateinischen „*mos*“ ab, wobei „*Moral*“ und „*Sitte*“ sprachlich nicht voneinander differenziert wurden.¹⁹ Auch ist klarzustellen, dass sich die Ethik an der Erkenntnis und der Beschreibung der *Moral* orientiert und zu ihr in demselben Verhältnis wie die Rechtsphilosophie zum Recht steht.²⁰ D. h., den zentralen Gegenstand der ethischen Beschäftigung stellen die Kriterien moralischer Bewertung dar. Aufgrund dessen

¹⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 47.

¹⁸ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, § 14 I (S. 214).

¹⁹ Jhering, Der Zweck im Recht II, S. 21 f., 42, 44.

²⁰ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 60, 61.

werden im Folgenden die Wörter „Moral“ und „Sitte“ nicht präzise definiert und so scharf voneinander abgegrenzt, wie sie in der Philosophie oder Ethiklehre abgegrenzt würde, in der Regel werden sie sogar gleichbedeutend gebraucht. Moral und Sitte werden nämlich als nicht-rechtliche, orts- und zeitgebundene Verhaltensnormen erachtet, die in einer bestimmten sozialen Gruppe gelten.

I. Die Trennung zwischen rechtlichen und sittlichen Normen in der Irrtumslehre

1. Die Position der h. M.

Nach der Rechtsprechung des BGH und der ganz herrschenden Literaturmeinung ist für das Unrechtsbewusstsein die Kenntnis der Sittenwidrigkeit des Verhaltens grundsätzlich nicht ausreichend.²¹ Denn auf der einen Seite müsse der Gegenstand der Unrechtseinsicht, welche als eine der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen begriffen wird, sich nicht auf den sittlichen, moralischen oder ethischen Maßstab, sondern auf die rechtlich anerkannten Anforderungen beziehen.²² Auf der anderen Seite werde die strafrechtlich relevante Schuld von der sittlichen, moralischen und ethischen Schuld unterschieden und die Strafrechtsschuld sei im Großen und Ganzen unabhängig von der Sittenordnung.²³ Der Grund dafür liegt darin, dass das Strafrecht als eine Zusammenfassung kollektiv gültiger und kodifizierter Normen die Mindestanforderung der sozialen Handlungsmaxime darstellt, die nicht vollständig mit der Eigenwertung jedes Bürgers übereinstimmen kann oder muss und infolgedessen für die Untersuchung der Vorwerfbarkeit des Täters nicht so sehr die Anerkennung der Vorschriften, sondern lediglich deren Kenntnis entscheidend ist. Daraus ergibt sich, dass beim strafrechtlich relevanten Unrechtsbewusstsein entscheidend ist, ob der Täter die einschlägige Rechtsnorm gekannt hat oder hätte kennen können; hingegen ist es belanglos, ob der Täter diese Norm als eigene Wertorientierung anerkannt hat.²⁴ D. h., das strafrechtliche Unrechtsbewusstsein könne von der Einsicht, bloß sitten-, moralwidrig oder unethisch zu handeln, getrennt werden und folglich sind für dieses nicht die Anerkennung irgendwelcher vorrechtlichen oder individuellen Bewertungen maßgebend, sondern nur die Kenntnis der Wertentscheidung der (Straf-)Rechtsordnung, also die der vom Gesetzgeber statuierten

²¹ *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 3. a); *Roxin* AT/I § 21/12; *SK/Rudolphi*, 17/4; *NK/Neumann*, 17/13; *LK/Vogel*, 17/13; *MüKo/Joeks*, 17/9; *Lackner/Kühl*, StGB, 17/2; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 21/50; *Maurach/Zipf*, AT/1, 38/10, 38/12; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1, 10/58; BGHSt 2, 194, 202; 10, 35, 41; BGH GA 1969, S. 61; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, S. 61.

²² Vgl. z. B. *Zabel*, GA 2008, S. 45.

²³ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 38 I 1.; *Maurach/Zipf*, 35/3; *LK/Vogel*, 17/13.

²⁴ *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 144 f.

Wertorientierung. Daraus kann man – in formallogisch unanfechtbarer Folgerichtigkeit – den Schluss ziehen, dass, unabhängig davon, ob der Täter sein Verhalten als unsittlich oder sittlich empfindet, er dann ohne Unrechtsbewusstsein handelt, wenn er sein Verhalten nicht für rechtswidrig hält; wenn er es hingegen für rechtswidrig hält, so handelt er mit Unrechtsbewusstsein. Hinsichtlich der Überprüfung des Unrechtsbewusstseins ist somit die Einsicht in die Sittenwidrigkeit weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für die Annahme des Unrechtsbewusstseins.²⁵ Deshalb befindet sich der Täter, der sich infolge der eigenen Wertüberzeugung über die ihr entgegengesetzte Rechtsordnung hinwegsetzt (der sog. Überzeugungstäter), nicht im Verbotsirrtum.

2. Fragestellung

a. Die Trennung als die unentbehrliche Voraussetzung

Es liegt somit nahe anzunehmen, dass, wenn wir zunächst davon absehen, dass die Meinungen über die Abgrenzung zwischen Moral und Recht geteilt sind, die Grundlage der Ansicht der h. M. in erster Linie die deutliche Trennung von Rechts- und Sittenordnung voraussetzt. Denn ohne solch einen Kontrast kann die Einsicht in die Sittenwidrigkeit sich nicht von der Unrechtseinsicht dissoziieren.

Diese dazwischen stehende begriffliche Grenze ist zwar die Voraussetzung für die Argumentation der h. M., aber sie allein ist nicht in der Lage, den Schluss der h. M. zu stützen. Diese Voraussetzung deutet hierbei lediglich an, dass bei der Überprüfung des Unrechtsbewusstseins der rechtliche Maßstab deutlich von dem Sittlichen abgegrenzt werden muss. Läge dieser Schluss ausschließlich im Vorliegen der Trennung von Recht und Sittenordnung begründet, gleich als ob diese Grenze ein außer Frage stehendes Postulat wäre, würde dieser lediglich einen fest umrissenen, aber hohlen, nichtssagenden Schatten abbilden. Ohne Erklärung für diese Trennung stellt eine solche Argumentation nichts weiter dar als eine *petitio principii* (Beanspruchung des Beweisgrundes²⁶), weil der dort zu beweisende Satz als Beweisgrund für sich angewendet wird: Die Konklusion, dass die Einsicht in die Sittenwidrigkeit von der Einsicht in die Rechtswidrigkeit unterschieden werden muss, beinhaltet notwendigerweise die Prämisse, dass eine deutliche Trennung zwischen Rechts- und Sittenordnung vorliegt sowie Sittenwidrigkeit kein Gegenstand des Unrechtsbewusstseins ist.

Dies ist allerdings kein formallogischer Fehler, vielmehr ist dem Ausgangspunkt

²⁵ Baumann/Weber/Mitsch, AT, 21/50; NK/Neumann, 17/13; SK/Rudolphi, 17/4.

²⁶ Joerden, Logik im Recht. S. 364, Fn. 33; dazu vgl. auch Quine, Logik, S. 242.

der vorgenannten Überlegung zuzustimmen, dass zunächst die Abgrenzung zwischen rechtlichen und sittlichen Normen festzulegen ist. Aber diese Argumentation weist deutlich auf, dass für die Ausschließung der Sittenwidrigkeit aus dem Gegenstand des Unrechtsbewusstseins weitere Gründe notwendig sind, weil, wie oben bereits erwähnt, aus der Prämisse von der Trennung zwischen Recht und Sittenordnung nichts Neues erschlossen wird. Die Strafrechtler sind bestrebt, andere folgerichtige Argumentationen aufzustellen. Hierbei stechen vor allem die grammatische Auslegung²⁷, die Pluralität, die Vagheit der Sitten und Moral und die Unterschiede ihrer Zwecke als Begründungen hervor. Sie liegen allerdings auch in der Grenze zwischen Recht und Sittenordnung begründet, denn ohne eine ausgeprägte Abgrenzungslinie als Voraussetzung ist der Vergleich zwischen den beiden Normen nicht anzustellen.

Wenn wir jetzt die vorstehenden Ausführungen Revue passieren lassen, könnte uns ein anderer Beweisgrund einfallen. Da die Trennung zwischen Recht und Sittenordnung einerseits die Voraussetzung für die verschiedenen Begründungen der Nichtqualifikation der Einsicht in die Sittenwidrigkeit ist und andererseits die Grenze dazwischen die Ursache der Problematik darstellt, wie man die Kenntnis der Sittenwidrigkeit strafrechtlich bewertet, könnten wir unter Umständen durch die Beziehung zwischen der Rechtsnatur und der Grundlage dieser Trennung Mittel und Wege finden, stichhaltige Argumente für die Ausschließung der Einsicht in die Sittenwidrigkeit vorzubringen.

b. Die Entscheidungsfrage nach der Trennung

Es ist eine klassische Frage und in der Entwicklung der Lehrmeinungen schon immer umstritten, ob und wie Recht und Moral voneinander unterschieden werden können. Bezüglich des „Ob“ bestehen hauptsächlich folgende zwei miteinander kollidierenden Ansichten: Die eine, welcher die Naturrechtslehre zugrunde gelegt ist, behauptet die vollständige Gleichheit von den juristischen und moralischen Normen;²⁸ die andere, die in neuerer Zeit vornehmlich von *Kelsen* vertreten wird, markiert eine deutliche Grenze zwischen den beiden Phänomenen.²⁹ Wenn wir zunächst die Meinungsverschiedenheiten, ob die Inhalte der juristischen und moralischen

²⁷ Vgl. statt vieler *Rengier*, AT, 31/4; *LK/Vogel*, 17/13, 17/15. In der jüngeren Literatur wird diese Auslegungsmethode auch als semantische Auslegung bezeichnet, dazu s. *Puppe*, Kleine Schule, S. 91.

²⁸ Längst nicht alle Befürworter der Naturrechtslehre gehen von der Identität von Recht und Moral aus. Beispielsweise schlug *Pufendorf* eine begriffliche Unterscheidung zwischen moralischen und juristischen Normen vor und entwickelt sie weiter, dazu s. *Ilting*, Naturrecht und Sittlichkeit, S. 209 ff.

²⁹ *Kelsen*, Grundlagen, S. 20; vgl. auch *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, § 14 II.

Verhaltensnormen miteinander komplett übereinstimmen, dahingestellt sein lassen, scheinen die beiden Darstellungen instruktiv und regen zum Nachdenken an. Aus der ersten Auffassung lässt sich ersehen, dass sich das Recht am Anfang aus moralischen Normen entwickelt habe und sich fortan an Letzteren orientiert haben könne. Und somit sei nicht zu leugnen, dass die meisten juristischen Normen kontinuierlich stark von moralischen Normen beeinflusst würden, oder wie die Aussage *Radbruchs*, „Nur die Moral vermag die verpflichtende Kraft des Rechts zu begründen“³⁰. Die zweite Auffassung lehrt, dass unter einem bestimmten Blickwinkel, z. B. wenn wir von der auf die bestimmte Normverletzung hin erfolgenden Reaktion der Umwelt ausgehen, die beiden Normen verschieden sein könnten, obwohl sich die Merkmale der beiden **Verhaltens**normen vollständig decken würden.³¹

Weil „Recht“ und „Moral“ zwei unterschiedliche Termini sind, liegt es doch nahe, dass eine semantische und begriffliche Abgrenzung zwischen ihnen besteht. Für die Feststellung des Unrechtsbewusstseins ist aber nicht die Trennung vom Gehalt der beiden Phänomene selbst, sondern vielmehr die Relevanz dieser Trennung klarzustellen. Hervorzuheben sind hierbei die **Ambivalenzen** der vom Recht zu schützenden Objekte. Zum einen soll das Recht die moralischen Normen durchsetzen und die moralischen Grundüberzeugungen schützen. Diesbezüglich dürfen sie miteinander vollständig übereinstimmen und gewinnt die Trennung zwischen Moral und Recht keine praktische Bedeutung für Beurteilung des Unrechtsbewusstseins. Zum anderen gewährleistet das Recht die Freiheit des Einzelnen vor den moralischen Zumutungen anderer. Hierauf Bezug nehmend ist inzwischen eine deutliche Unterscheidung zwischen Recht und Moral notwendig und relevant geworden.³² Besonders in der Entwicklung der Rechtswissenschaft bekommt die Freiheit schützende Funktion des Rechts immer tiefere Bedeutsamkeit als dessen Moral schützende Funktion.³³ Ist die zweite Ansicht konsensfähig – auch wenn zugleich die erste anerkannt ist –, so kommt diese begriffliche Abgrenzung nicht von ungefähr, denn hierbei zeigt es sich deutlich, dass nicht alle moralischen Werte mit dem Recht verbunden und dadurch durchgesetzt werden (dazu s. u. II 2). Mit anderen Worten können, müssen aber nicht, die moralischen Normen durch das Recht stabilisiert werden, denn die Zwecke der beiden Phänomene decken sich nicht völlig und kollidieren miteinander mitunter. Dies ist ein schlagender Beweis für die Trennung zwi-

³⁰ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 47.

³¹ Mit den Worten *Arthur Kaufmanns* sind Moral und Recht „wohl in mancher Hinsicht verschieden, aber nicht voneinander geschieden“, s. *ders.*, Rechtsphilosophie, § 14 II (S. 214).

³² Vgl. *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 3/11 ff.

³³ *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 3/16. Z. B. es wird pointiert, dass beim Strafrecht Freiheit nicht nur beschränkt, sondern auch geschaffen werden sollte, s. *Jescheck/Weigend*, AT, § 21 II 2. Nach dem grundlegenden verfassungsgerichtlichen Urteil wird hervorgehoben, dass das Grundgesetz die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleisten will, zur aufschlussreichen Diskussion darüber vgl. BVerfGE 6, 32.

schen Moral und Recht.

Die Gewährleistung des Freiheitsschutzes als einer der wichtigsten Zwecke des Rechts ist heutzutage im Allgemeinen anerkannt. Einen weiteren Beweisgrund dafür könnten wir darin erblicken, dass mit dem Verfassungsargument die in Art. 2 Abs. 1 GG konkretisierte und subjektivierte Freiheitsidee als die Verkörperung der Menschenwürde und der Menschenrechte angesehen wird.³⁴ Nicht nur im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, sondern auch in zahlreichen Landesverfassungen, Verfassungen anderer Staaten und etlichen internationalen Verträgen³⁵ sind dem Schutz der Ausübung aller Freiheit und ihrer Voraussetzung (als da sind in Art. 2 Abs. 2 GG „Leben und körperliche Unversehrtheit“) vorgesehen. Seit dem *EL-fes-Urteil* des Bundesverfassungsgerichts wird Art. 2 Abs. 1 GG gemeinhin als die umfassend angelegte Freiheitsgarantie aufgefasst,³⁶ dessen ungeachtet begreift die überwiegende Meinung diesen Grundrechtsschutz, der die Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit zum Inhalt hat,³⁷ jedoch nicht als eine grenzenlose Garantie.³⁸ Da in der heutigen Gesellschaft die Menschen sich gegenseitig beeinträchtigen können, ist um der Gemeinverträglichkeit menschlichen Handelns willen die Beschränkung des Freiheitsschutzes unverzichtbar.³⁹ Nach Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG wird dieser umfassende Freiheitschutz durch die sog. „*Schrankentrias*“ – die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz – beschnitten. Einerseits wird daher die Ausübung der Freiheitsrechte dann nicht rechtlich geschützt, sobald der Handelnde gegen das Sittengesetz verstößt. Das bedeutet, dass der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit durch das Sittengesetz eingeschränkt wird. Andererseits muss diese verfassungsrechtliche Freiheitsgarantie durch die staatliche Rechtsordnung in den Formen des Rechts durchgesetzt werden.⁴⁰ Daraus lässt sich diese Möglichkeit der Kollision zwischen Recht und Moral sowie der Unterschied zwischen positivem Recht und Sittengesetz – den vorrechtlichen Bewertungsmaßstäben – ersehen, zugleich weist diese Möglichkeit auch wiederum auf, für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von den rechtlichen und sittlichen Normen von praktischer Be-

³⁴ Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 2/1.

³⁵ Dazu ausführlich Epping/Hillgruber/*Lang*, 2/1.

³⁶ BVerfGE 6, 32, 36, wo argumentiert (m. E. durch nach Systemauslegung) wird, dass Art. 2 Abs. 1 GG sich deshalb nicht auf den Schutz eines Mindestmaßes dieser Handlungsfreiheit beschränke, weil die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs der Persönlichkeit nicht gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder die verfassungsmäßige Ordnung einer freiheitlichen Demokratie verstoßen könnte.

³⁷ Vgl. statt vieler Sachs/*Murswiek*, 2/41; Epping/Hillgruber/*Lang*, 2/1. Ausgehend vom Wortlaut ist das von Art. 2 Abs. 1. geschützte Objekt das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; dieses wird in der Literatur als die erste und allgemeinste Freiheitsgewährleistung des Grundgesetzes erachtet, dazu s. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 2/1.

³⁸ Zum Streitstand vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 2/12.

³⁹ Sachs/*Murswiek*, 2/9 ff.

⁴⁰ Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 2/2.

deutung sein zu können.⁴¹

Es lässt sich allerdings nicht in Abrede stellen, dass unter bestimmten Gesichtspunkten oder je nach der Fragestellungsweise sich die beiden Phänomene miteinander decken können. Z. B., wie eingangs erwähnt, sind sie beide Verhaltenskodexe, in diesem Sinne sind Recht und Moral kongruent. Diese Überschneidung kann aber für die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen dem Unrechtsbewusstsein und der Einsicht in die Sittenwidrigkeit gerade nicht von Belang sein. Aus der obigen Darstellung haben wir bereits erfahren, dass die begriffliche Abgrenzung zwischen Recht und Moral vorkommen muss, wenn man von den Ambivalenzen der vom Recht zu schützenden Objekte oder der Kollision zwischen dem Schutz der Freiheit und ihrer Beschränkung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG ausgeht. Bei dieser begrifflichen Abgrenzung handelt es sich um die Kriterien, mit denen der Bürger die rechtliche Bewertung und die Rechtsfolge seines Handlungsprojekts abschätzen kann. Für die Feststellung der Strafbarkeit einer Unrechtshandlung, vornehmlich für die Untersuchung der subjektiven Vorwerfbarkeit, ist dies von praktischer Bedeutung.

II. Die Vielfalt der Abgrenzungskriterien

Die Unterscheidung zwischen den rechtlichen und den sittlichen Normen wird heutzutage bei der Verbotsirrtumslehre zwar weitgehend als notwendig anerkannt, aber von jeher wird der Anhaltspunkt dieser Unterscheidung gewissermaßen als eine Aporie erachtet. Wer eine Grenze dazwischen ziehen möchte, wie bereits angedeutet, muss am Anfang die Frage beantworten, welche Perspektive zum Ausgangspunkt einzunehmen ist.⁴² Im Folgenden wird lediglich die Untersuchung, die für die in der vorliegenden Arbeit zu lösende Problematik – ob und ggf. inwieweit die bloße Einsicht in die Sittenwidrigkeit auf die Beurteilung des Unrechtsbewusstseins einwirkt – erforderlich ist, durchgeführt.

1. Das Recht als ethisches Minimum

Zuerst ist zu unterstreichen, dass die begriffliche Abgrenzung zwischen Recht und Moral jedenfalls nicht dazu führt, dass beide in strafrechtlicher Hinsicht inhalt-

⁴¹ Beispielsweise wird behauptet, dass die Schranke des Sittengesetzes nur dann relevant würde, wenn der Gesetzgeber unter Missachtung seiner Pflicht, die Menschenwürde zu schützen, entsprechende Schutznormen aufhobe, s. Sachs/Murswiek, 2/99.

⁴² Z. B. lassen sich für die Trennung von Recht und anderen Phänomenen bei Eugen Ehrlich die sog. Gefühlsreaktionen als Abgrenzungskriterium erachten, bei Max Weber die Chance physischen und psychischen Zwangs, scil. die (Möglichkeit der) Sanktionierung bei Nichtbefolgung (bei Theodor Geiger ebenso); bei Christian Thomasius stellt die Möglichkeit staatlichen Zwangs zur Durchsetzung des Rechts einen wichtigen Bezugspunkt dar, vgl. Seelmann, Rechtsphilosophie, 3/4 ff.

lich beziehungslos nebeneinander stünden.⁴³ Vielmehr stimmen die Vorschriften des geltenden Strafrechts, vornehmlich die des Kernstrafrechts, größtenteils mit den sittlichen Normen überein.⁴⁴ Umgekehrt aber widerspricht die Mehrheit sittenwidriger Handlungen keiner Rechtsnorm.⁴⁵ D. h., inhaltlich gesehen beschränkt das Recht sich auf die Garantierung der elementaren Forderungen der sittlichen Normen⁴⁶ und diesbezüglich ist das Recht „*nichts anderes als das ethische Minimum*“.⁴⁷ Insofern lässt sich das Recht überhaupt als „*institutionelle Inkarnation der Moral*“⁴⁸ auffassen, als die Durchsetzung eines Teils moralischer Normen durch die staatliche Gesetzgebung und Justiz garantiert wird.

Wie bereits angedeutet, weisen diese beiden Begriffe partiell gemeinsame Merkmale auf und die Grenze des zu befolgenden Gehalts zwischen ihnen scheint sehr schwebend zu sein. Deshalb unterscheiden sich die rechtlichen und sittlichen Normen in der Verhaltensregelmäßigkeit und der Wirksamkeit (nicht in der Geltung) im Sinne einer weitgehenden Normanerkennung kaum voneinander. Denn es ist durchaus vorstellbar, dass hinsichtlich der Intension (der gesamten Merkmale) und der Extension (der ihnen entsprechenden Tatsachen) zwei unterschiedliche Normen unter Umständen vollkommen identisch sein können, weil sich zahlreiche rechtliche Normen von moralischen Normen ableiten, vornehmlich, weil die meisten Vorschriften des Strafrechts (insbesondere des Kernstrafrechts) in den sozialemischen Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft wurzeln.⁴⁹ Selbst unter rechtspositivistischem Aspekt könnte der gleiche Schluss gezogen werden, wenn eine bestimmte rechtliche Vorschrift moralische Normen inkorporiert.⁵⁰

Im Rahmen dieser Strafnormen, die nur der Aufrechterhaltung von Ordnungswerten dienen, ist in der Regel die Abgrenzung zwischen Recht und Moral relativ deutlich. Aber auch wenn im konkreten Fall die deutliche Differenzierung durch den Umfang des materiellen Gehalts von Recht und Moral offenkundig vorliegt, liefert sie jedoch keinen unmittelbaren Nachweis dafür, dass bei der Entscheidung über die Strafbarkeit allein schon aufgrund einer solchen Differenzierung die Sittenwidrigkeitseinsicht aus dem Unrechtsbewusstsein ausscheiden müsste (s. u. II 3 b). Gleiches gilt auch für die verschiedenen Literaturmeinungen, z. B. die Unterschiede im

⁴³ NK/Neumann, 17/14, 17/44. Dazu vgl. auch Shklar, Legalism, S. 2.

⁴⁴ Vgl. etwa H. Mayer, AT, § 9, wo das Verbrechen als „*Rechtsgüterverletzung, darüber hinaus aber unerträgliche Verletzung der Sittenordnung*“ erklärt wird.

⁴⁵ Ähnliche Meinung Jescheck/Weigend, AT, § 38 I.

⁴⁶ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, § 14 II 2. (S. 216); Seelmann, Rechtsphilosophie, 3/16.

⁴⁷ Jellinek, Die sozialemische Bedeutung, S. 45.

⁴⁸ Seelmann, Rechtsphilosophie, 3/11.

⁴⁹ Hierauf Bezug nehmend Arthur Kaufmann, JuS 1978, S. 316; Günther, JuS 1978, S. 8; Jung, GA 2005, S. 377; Kühl, Otto-FS, S. 63; Renzikowski, ZRP 2005, 213.

⁵⁰ Seelmann, Rechtsphilosophie, 3/45.

Zwecksubjekt⁵¹. Diese Überlegungen erfreuen sich dogmatischer Relevanz und können unter Umständen eine deutliche Grenze zwischen den beiden Phänomenen bilden, folglich sind sie auch hilfreich dabei, die rechtswidrigen Handlungen vom Bereich der bloßen Sittenwidrigkeit zu unterscheiden. Für das hier zu lösende Problem sind diese Thesen jedoch nicht sehr dienlich.

Dient lediglich der Unterschied im Umfang des Gehalts der beiden Verhaltensnormen als Maßstab ihrer Trennung, so geht es um das Thema „*ob das Recht ethisches Minimum ist*“. Im Sinne dieses Gedankens werden Strafnormen auf ein Mindestmaß an Sittlichkeit, auf wichtigste moralische Normen beschränkt. Zu erkennen ist folglich nur das intensionale und extensionale Verhältnis zwischen den beiden Phänomenen, d. h., die beiden Verhaltensnormen können sich teilweise decken und das Recht stellt eine echte Teilmenge von der Moral dar, vor allem im Bereich des Kernstrafrechts (s. u. II 3 a). Noch in der Schwebe ist aber die Frage, warum die Einsicht in die bloße Sittenwidrigkeit für das Unrechtsbewusstsein nicht ausreicht.

2. Rechtliche Sanktionen als ethisches Maximum

Durch die obige Darstellung über das „ethische Minimum“ liegt es darüber hinaus nahe, dass der inhaltliche Unterschied zwischen Moral und Recht einerseits diffus ist, andererseits nicht abklären kann, warum die Einsicht in die Sittenwidrigkeit einer Handlungsweise die Unrechtsentscheidung nicht darstellen kann. Deshalb sollten wir die Antwort darauf, ob die bloße Sittenwidrigkeitseinsicht in strafrechtlicher Hinsicht für vorwerfbar oder belanglos erachtet werden soll, durch einen anderen Gedanken zu finden versuchen. Bei der Untersuchung des Unrechtsbewusstseins ist zu überlegen, woraus sich das Motiv des Täters ergibt, sich an seiner Normkenntnis zu orientieren. Die Entstehung eines solchen Motivs könnte auf die Reaktion der Rechtsfolge zurückzuführen sein. Aus diesem Grund wird der folgende Diskurs vom Gedanken „ethisches Maximum“⁵² ausgehen.

⁵¹ Das Recht habe die mitmenschlichen Beziehungen zum Gegenstand, die Moral dagegen den Menschen als Einzelwesen. Der rechtliche Wert kennzeichne eine Handlung als gut für das Zusammenleben, er sei nämlich Wert einer Handlung für andere oder für die Gesamtheit der anderen; der moralische Wert kennzeichne dagegen eine Handlung als gut schlechthin, es sei also geradezu der Wert einer Handlung. Exemplarisch ist die scholastische Formel: die Moral sei „ab agentis (vom Handelnden/Individuum aus)“, das Recht dagegen „ad alterum (zu den anderen)“, dazu s. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 43; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, § 14 II 2. (S. 214). Hieraus kann man schließen, dass unter obiger Ansicht das Recht ein relativ eingeschränkter Begriff von der Moral wäre.

⁵² *Schmoller*, Grundriss I, S. 57.

a. Das Unrechtsbewusstsein als subjektives Verbrechensmerkmal

Bei dieser zu lösenden Problematik geht es nicht nur um die Trennung zwischen Moral und Recht, sondern auch um die Rechtsnatur des Unrechtsbewusstseins. Aus diesem Grund wird nunmehr seine in der Literaturmeinung verankerte Funktion, zugleich auch die Aufgabe von solch einem subjektiven Merkmal, kurz gestreift.

Es ist unbestritten und für die Lehre vom Verbrechenaufbau grundlegend, dass die Gesamtheit der Merkmale eines bestimmten Verbrechens die jeweilige Straftat zur Darstellung bringt und jedes beliebige Merkmal die Funktionen besitzen muss, den Umfang der Straftat einzuschränken und damit in den konkreten Fällen die Strafbarkeit der Tat zu bestimmen.⁵³ Als eine der subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit tut das Unrechtsbewusstsein in abstracto einen Teil der subjektiven Seite der Straftat dar und hat in concreto den bestimmten psychischen Sachverhalt des Täters bei Tatbegehung zum Inhalt. D. h., als ein Verbrechenselement hat das strafrechtlich relevante Unrechtsbewusstsein zwei Bedeutungen hinsichtlich seiner Funktionen: Erstens beschränkt das Unrechtsbewusstsein die Extension der Straftat bezüglich der subjektiven Seite auf den gesetzlich ausdrücklichen oder konkludenten Bereich; zweitens ist der Gegenstand seiner Überprüfung die psychischen Fakten des Täters bei Begehung.

Zwar liegen die Meinungsverschiedenheiten darin, dass das Unrechtsbewusstsein nach der Schuldtheorie die Voraussetzung für den vollen Schuldvorwurf darstellt und nach der Vorsatztheorie neben dem Tatbewusstsein den Bestandteil der sog. Vorsätzlichkeit⁵⁴, aber für das Verhalten des Gesunden wird das Unrechtsbewusstsein allgemein als eines der allen Straftaten gemeinsamen subjektiven Verbrechensmerkmale bezeichnet. Hierzu ist anzumerken, welche psychischen Fakten beim Unrechtsbewusstsein untersucht werden sollen. In § 17 StGB sind die entscheidenden Kriterien für die Strafbarkeit sowie die Strafzumessung festgelegt: Das ist die Erforderlichkeit der Kenntnis und Kenntnisfähigkeit hinsichtlich des Verbotsenseins oder Gebotenseins der Handlung. Dieser gesetzlichen Verbotsirrtumsregelung gemäß scheidet die Schuld nur dann aus, wenn zum Tatzeitpunkt der Täter die rechtliche Bewertung des jeweiligen Verhaltens nicht richtig erkannt hat, die er währenddessen de facto auch nicht hat erkennen können.

Klar ist, bei der Kenntnisfähigkeit handelt es sich nicht um die Annahme des Unrechtsbewusstseins; ihr Vorkommen ist vielmehr der Anhaltspunkt, der zur Aufklärung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums führen kann. Nachzubohren ist infolgedessen allerdings hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Unrechtsbewusst-

⁵³ Vgl. statt vieler *Jescheck/Weigend*, AT, § 21.

⁵⁴ *Schmidhäuser*, LB, 10/56.

sein und dem anderen psychischen Faktum, nämlich der Unrechtseinsicht. Diese kognitive Komponente ist nicht das Unrechtsbewusstsein selbst, sondern lediglich die Voraussetzung für es und eine Komponente von ihm (dazu vgl. § 3 II). Weil sie den Täter nicht unbedingt von der rechtswidrigen Tat abhalten⁵⁵ und auch nicht zu Verbrechen anregen kann, ist sie allein für die Vorwerfbarkeit nicht entscheidend. Konstituierend dafür ist vielmehr die negative Reaktion des Täters auf seine Kenntnis⁵⁶ oder Zweifel an der Unrechtmäßigkeit des Tatplans, scil. die Entscheidung, der jeweiligen rechtlichen Vorschrift zuwiderzuhandeln oder sich über sie hinwegzusetzen.⁵⁷ Z. B. wird niemand deshalb bestraft, weil er das Verbotensein der Aufnahme eines nicht öffentlichen Telefongesprächs erkannt hat oder hätte erkennen können. In diesem Fall liegt die strafrechtlich relevante subjektive Vorwerfbarkeit erst dann vor, wenn der Täter ungeachtet der richtigen Einsicht in das Verbotensein seiner Handlung (hier: die Aufnahme des nicht öffentlich gesprochenen Wortes) oder der ausreichenden Kenntnisfähigkeit den entsprechenden Tatbestand (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB) hat verwirklichen wollen, oder mit dem Wortlaut von § 17 S. 1 StGB: Wenn der Täter sich mit solcher Einsicht bzw. Fähigkeit entschieden hat, Unrecht zu tun. Die bloße Kenntnis oder Kenntnisfähigkeit stellt, summarisch gesprochen, nur die notwendige Bedingung für das Unrechtsbewusstsein als die Voraussetzung des vollen Schuldvorwurfs dar. Der Täter, der die Vorstellung gehabt hat, möglicherweise Unrecht zu tun, hat erst dann mit Unrechtsbewusstsein gehandelt, wenn er die Überzeugung oder das Für-möglich-halten von der Unrechtmäßigkeit der geplanten Handlung in seinen Willen aufnimmt.⁵⁸

Unter diesem Topos ist die Ausdrucksweise, das Unrechtsbewusstsein sei Kognitives, also die bloße Kenntnis der rechtlichen Normen, unvollständig und träge hinsichtlich der subjektiven Zurechnung auch nicht ins Schwarze (dazu ausführlich 1. Teil § 3). Für die Erhebung eines subjektiven Vorwurfs reicht die bloße Einsicht in die Unrechtmäßigkeit einer Verhaltensweise oder die Kenntnisfähigkeit allein nicht aus. Für einen vollen Schuldvorwurf gibt vielmehr der Wille zum Verstoß gegen die jeweilige Norm in Kenntnis des Verbotenseins oder Gebotenseins von der bestimm-

⁵⁵ vgl. *Schewe*, *Bewusstsein und Vorsatz*, S. 147.

⁵⁶ Beim Fehlen der richtigen Unrechtseinsicht, nämlich der Unkenntnis und unrichtigen Kenntnis, handelt es sich vor allem um die Vermeidbarkeitsprüfung für den Verbotsirrtum, d. h., in diesem Fall ist das Unrechtsbewusstsein nicht gegeben. Diese Frage ist im 1. Teil behandelt worden und wird hier nicht mehr wiederholt, weil an dieser Stelle nur der Rechtsnatur des Unrechtsbewusstseins näher nachzugehen ist.

⁵⁷ Ähnlich *Rudolphi*, *Unrechtsbewusstsein*, S. 124.

⁵⁸ So bis dato die überwiegende Meinung, vgl. etwa aus der Praxis BGH JR 1952, S. 285; BGHSt 4, 1, 4; BGHSt 27, 196, 202; aus der Literatur *Lackner/Kühl*, StGB, 17/4; *Maurach/Zipf*, AT/1, 38/34; *Roxin*, JuS 1964, S. 58 f.; *Welzel*, JZ 1953, 266 f.; *Kohlrausch/Lange*, StGB, S. 219; a. M. *Horn*, *Verbotsirrtum*, S. 35; *Warda*, *Welzel-FS*, S. 523 ff.; *NK/Neumann*, 17/33; *Puppe*, *Rudolphi-FS*, S. 235; *dies*, AT, 19/6, 19/11.

ten Verhaltensweise den Ausschlag.⁵⁹ Dies können wir von zweierlei Seiten verstehen: Zum einen hat der Täter schon diesen Willen, sobald er bei der konkreten Tatbegehung mit der richtigen Kenntnis der Unrechtmäßigkeit der Handlung gehandelt hat; d. h., dieser Wille (das Unrechtsbewusstsein) ist dann gegeben, wenn sich der Täter trotz solcher Kenntnis entschlossen hat, diesen Handlungsplan in die Tat umzusetzen und den ihm bekannten Tatbestand zu verwirklichen. Zum anderen ist die Überprüfung des Unrechtsbewusstseins erst dann möglich und von Bedeutung, wenn der Täter durch seine Handlung, die nach seiner Vorstellung den bestimmten Tatbestand verwirklichen kann und bei Tatbegehung in seinen Willen aufgenommen worden ist, die richtige oder fehlerhafte Erkenntnis (und daher auch die Attitüde) der jeweiligen Verhaltensnormen zutage bringt.⁶⁰ Z. B., da die Strafbarkeit, sei es bei Vollendung oder Versuch, im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG auf den Verbots- oder Gebotsbereich des jeweiligen Straftatbestands begrenzt bleiben muss,⁶¹ können wir daher mit Sicherheit behaupten, dass das Unrechtsbewusstsein ein tatbestandsbezogenes Element auf der subjektiven Seite darstellt, weswegen die Überprüfung des Unrechtsbewusstseins dann belanglos ist, wenn der Täter irrig angenommen hat, dass sein Verhalten gegen eine (rechtliche) Verbotsnorm verstoße, die in Wirklichkeit aber überhaupt nicht existiert. In diesem Fall tritt ein sog. **Wahndelikt** auf, das deshalb nicht bestraft wird, weil dabei keine Unrechtshandlung vorhanden ist und demzufolge die isolierte irrige Vorstellung auch keine strafbare Schuld begründet.⁶²

Zusammenfassend wäre zu sagen, dass das Hauptgewicht der Vorwerfbarkeit auf dem (vermeidbaren) Willenentschluss für Unrecht liegt, der durch die Vornahme einer Unrechtshandlung zutage gebracht wird.

b. Die motivationalen Hintergründe für die Einhaltung der Normen

Aus der obigen Darstellung ersieht man, dass das Unrechtsbewusstsein dann gegeben ist, wenn der Täter trotz Einsicht in die Unrechtmäßigkeit des Handlungsprojekts entschieden hat, es durchzuführen. Solch eine objektive Unrechtshandlung ist nicht nur für die Annahme des strafbaren Unrechts unentbehrlich, sie weist zugleich auf einen Willensentschluss zur jeweiligen Unrechtshandlung hin. Ist beim Un-

⁵⁹ Diese These kann auch schlüssig an die „normative Schuldlehre“ anknüpfen, nach der das Wesen der Schuld als die Vorwerfbarkeit der Willensbildung und Willensbetätigung begriffen wird, dazu stellvertretend *Frank*, StGB, Anm. II vor § 51 (S. 136 ff.). Denn hier ist die Überprüfung des Unrechtsbewusstseins die normative Bewertung eines psychischen Sachverhalts.

⁶⁰ Das bedeutet, dass niemand wegen eines bloßen Gedankens Strafe erleiden soll. Zu bestrafen ist allerdings das gegen eine Strafnorm verstoßende äußere Verhalten.

⁶¹ Vgl. nur *Streng*, GA 2009, S. 529, 540.

⁶² Vgl. *Walter*, Kern, S. 84; *Jescheck/Weigend*, AT, § 50 II 1. m. w. N.; eingehend *Streng*, GA 2009, S. 529 ff.

rechtsbewusstsein nach unserer Ansicht solch ein Wille als voluntative Komponente zu überprüfen, so scheint sein Hintergrund, wie die Normen den Bürger zu bestimmter Verhaltensweise motivieren und wie der Normadressat auf die Normen reagiert, für das hier zu lösende Problem entscheidend zu sein. Aus diesem Grund wird im Folgenden durch eine andere Denkweise, bei der – im Gegensatz zu der Aussage „das ethische Minimum“ – das Recht als „das ethische Maximum“ angesehen wird, versucht, mit Hilfe des Unterschieds im motivierenden Mittel und in der Reaktion des Normadressaten ein Argument für oder gegen die h. M. vorzubringen.

Gehen wir vom Unterschied der Forderungen der Moral und des Rechts aus. Hier wird oftmals der Ausdruck *Kants* „die Moral fordert Moralität (Sittlichkeit), das Recht nur Legalität (Gesetzmäßigkeit)“ und sein Autonomiegedanke in der Ethik zitiert und diskutiert.⁶³ Nach der These *Kants* bedeutet Legalität (Gesetzmäßigkeit) die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz, ohne Rücksicht auf die *Triebfeder* derselben; hingegen stelle Moralität (Sittlichkeit) die Übereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz dar, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetz zugleich die *Triebfeder* der Handlung sei. Dementsprechend gehe es bei den Unterschieden zwischen Legalität und Moralität um *motivationale Hintergründe für Einhaltung der Normen*.⁶⁴

Während die Moral kein staatlich zwingendes Mittel als Sanktion hat, besitzt das Strafrecht die Strafe als motivierendes Mittel, die nur durch die Ausübung der Staatsgewalt vollzogen werden darf. Die Art und Stärke psychischen Zwangs der beiden Normen und die Stärke der psychischen Reaktionen auf Sanktionierung bei Nichtbefolgung der strafrechtlichen oder moralischen Normen lässt sich zwar schwer unterscheiden,⁶⁵ aber bei einer staatlichen Sanktion, vornehmlich der Strafe, muss man berechnen können, was verboten und was erlaubt ist. Wenn der Bürger die rechtliche Bewertung eines Verhaltens abschätzen kann, ist er in der Lage, auf die Anforderung der Rechtsnormen richtig zu reagieren, nämlich die mit der Erwartung der Rechtsordnung übereinstimmenden Handlungsweisen einzuhalten. Von der positiven Generalprävention her ist das Vertrauen in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung zu stabilisieren und verstärken,⁶⁶ dies setze den Vertrauensschutz voraus, denn das Strafrecht als die Institution zur Verhinderung willkürlicher und maßloser Justiz darf erst dann den Täter bestrafen, wenn er das Verbotensein seiner Handlung voraussehen kann. Das ist eine der Funktionen des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips, das dem Normadressanten die Vorhersehbarkeit

⁶³ Vgl. z. B. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 44; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, § 13 II (S. 198 ff.)

⁶⁴ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, S. 324; vgl. auch *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 3/25, Fn. 22.

⁶⁵ Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 50.

⁶⁶ *Roxin*, AT/1, 3/26 m. w. N.

und Berechenbarkeit von Strafe garantiert (s. o. 1. Teil § 4 II 3, 4). Die Einübung in Rechtstreue kann erst dann durch die Strafjustiz bewirkt werden, wenn die Grenze der Strafbarkeit so klar ist, dass der Bürger die strafrechtliche Bewertung seiner Handlung zuvor berechnen kann. Das bedeutet, die Strafe als Sanktionsapparat ist zwar das deutliche Kriterium für die Abgrenzung von den moralischen Normen, aber, wenn von dem Schuldgedanken und der positiven Generalprävention die Rede ist, entscheidend ist nicht der Unterschied dieses Mittels selbst, sondern die auf das Mittel erfolgende Reaktion. Für die Feststellung des Unrechtsbewusstseins ist dies der Grund, weshalb die Kenntnis der Moralwidrigkeit für den Gegenstand der Unrechtseinsicht untauglich ist.

3. Exkurs: das Unrechtsbewusstsein innerhalb und außerhalb des Kernstrafrechts

Bei der Behandlung der Irrtümer liegt der Schwerpunkt immer darin, ob und inwieweit sie auf die Strafbarkeit der Handlung einwirken, sei es im Kernbereich des Strafrechts oder nicht. In diesem Abschnitt ist das Verhältnis zwischen der Kenntnis der Sittenwidrigkeit und der Unrechtseinsicht in den beiden Bereichen zu ermitteln.

a. Innerhalb des Kernbereichs des Strafrechts

Aufgrund der Annahme im Kernbereich des Strafrechts, dass der reife, durchschnittliche Bürger aus eigener Vernunft die Verbote und Gebote, wie etwa „du darfst nicht töten“, „du darfst nicht stehlen“, erkennt, ist es fast unmöglich, dass der Täter einen solchen Tatbestand, der seit jeher ethisch fundierte Verhaltensdispositionen zum Inhalt hat, ohne Unrechtsbewusstsein verwirklicht.⁶⁷ Dies liegt vor allem daran, dass die Vorschriften in diesem Bereich durch die Moralerziehung in der Familie, in der Schule und im sozialen Umfeld internalisiert werden⁶⁸ sowie tief in unseren moralischen Intuitionen verankert⁶⁹ und dadurch in unserem Alltagsbewusstsein verwurzelt sind.⁷⁰ In der Regel sind die Angehörigen der einheimischen Kultur in der Lage, die Wertungsmaßstäbe im Kernbereich ihres Strafrechts einzu-

⁶⁷ Timpe, GA 1984, S. 53; Krauß, Unrechtsbewusstsein, S. 51 f.; Jakobs, AT, 19/7 ff; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 21/63. Im Ergebnis ähnlich Schmidhäuser, LB, 10/72.

⁶⁸ Schünemann, Nulla poena, S. 13 f; Freund, AT, 4/65

⁶⁹ Seelmann, Rechtsphilosophie, 3/12; ähnlich Schmidhäuser, LB, 10/74.

⁷⁰ Dass sich Recht und Moral teilweise überlappen können, wird vom Rechtspositivismus im Grunde nicht abgestritten. Die oben genannten Beispiele bezeichnet Hart, der berühmteste Vertreter des modernen Rechtspositivismus, als „*the minimal content of natural law*“, s. Hart, The conception of law, S. 193 ff. D. h., in jedem Rechtssystem existieren mal häufiger, mal seltener, einige rechtliche Normen, die mit den moralischen Normen identisch sind. Dies ist aber nicht begrifflich, sondern nur empirisch notwendig.

sehen und nach der Ansicht *Schewes* solle die Orientierung über die Position der Handlung im Bezugssystem der Rechtsordnung einen Verbotsirrtum ausschließen.⁷¹ In solchen Fällen handeln die meisten Täter zumindest mit einem sog. Mitbewusstsein (dazu s. 1. Teil I). Teils wird aber hervorgehoben, dass nicht jeder gegen eine Vorschrift des Kernstrafrechts verstoßende Täter unbedingt das Unrechtsbewusstsein in Form des Mitbewusstseins haben müsse.⁷²

Von geringen Abweichungen abgesehen, stehen diese beiden Ansichten nicht im Widerspruch zueinander, weil die zweite Annahme als Ausnahme der Ersteren angesehen werden kann. Denn die „Grenzzone der Legalität“⁷³ ist zwar eher selten, aber auch im Kernbereich des Strafrechts gegeben, wenn sich der Täter wegen seiner unrichtigen Auffassung von der dem Recht zugrunde liegenden sittlichen Wertung im Verbotsirrtum befinden könnte. Infolgedessen ist die Auffassung des RG bedenklich, nach welcher jedermann das Verbotensein oder Gebotensein einer Handlungsweise im Strafrechtsbereich des ethischen Minimums einsehen würde und daher ein Verbotsirrtum unvorstellbar wäre.⁷⁴ Bei der Einsicht in die Sittenwidrigkeit einer Verhaltensweise geht es nicht um das Zustandekommen des Verbotsirrtums, sondern um die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, folglich ist z. B. ein vermeidbarer Verbotsirrtum bei Angehörigen fremder Kulturen denkbar.⁷⁵ D. h., die Kenntnis der Sittenwidrigkeit kann als Indiz für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums herangezogen werden,⁷⁶ denn von seltenen Ausnahmen abgesehen ist der Täter beim Kernstrafrecht in der Lage, die rechtliche Bewertung seiner Handlung richtig zu erkennen.⁷⁷

b. Außerhalb des Kernbereichs des Strafrechts

Während sich die Vorschriften im Kernbereich des Strafrechts an dem Sittenkodex orientieren, sind im Nebenstrafrecht oder im bloßen positiven Recht, welches die Bewahrung der staatlichen Ordnung und der staatlichen Institutionen zum Ziel hat, die Beschreibungen eines großen Teils der Tatbestände sozialetisch farblos, z. B. verfolgt ein Embargo aus wirtschaftlichen oder politischen Gründen keinen spezifischen sittlichen Grund.⁷⁸ In diesem Gebiet kann daher eine Unrechtshandlung

⁷¹ *Schewe*, *Bewusstsein und Vorsatz*, S. 193.

⁷² Vgl. *Horn*, *Verbotsirrtum*, S. 43; *LK/Schroeder*, 17/26.

⁷³ *Roxin*, *ZStW* 78 (1966), S. 258.

⁷⁴ Dazu vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 21/63; *Krauß*, *Unrechtsbewusstsein*, S. 50; *BGHSt* 2, 194, 202 f.

⁷⁵ *Timpe*, GA 1984, S. 54; *Jakobs*, *Willensfreiheit*, S. 76; *ders.*, AT, 19/7.

⁷⁶ *SK/Rudolphi*, 17/31; *NK/Neumann*, 17/14; *ders.*, JuS 1993, S. 794; *LK/Vogel*, 17/13

⁷⁷ Aus diesem Grund behauptet *Schewe*, dass im Kernbereich sittlicher Bewertungsnormen der verschuldete Verbotsirrtum unvorstellbar ist, vgl. *ders.*, *Schewe*, *Bewusstsein und Vorsatz*, S. 193.

⁷⁸ Vgl. *Jakobs*, AT, 19/18; *NK/Neumann*, 17/90.

moralisch nicht verwerflich sein, z. B. wer bewusst ohne Fahrerlaubnis oder mit einem Führerschein einer zu geringen Klasse ein Kraftfahrzeug führt⁷⁹, durchbricht, obgleich dieses Führen strafbar ist (vgl. StVG § 21 Abs. 1 Nr. 1.), keine sittliche Schranke. Genauer gesagt birgt solch eine Unrechtshandlung keine vorrechtliche Wertwidrigkeit in sich und wird erst durch die Kodifikation für das gesellschaftliche Zusammenleben oder für die Rechtsunterworfenen erheblich.⁸⁰ Die Kodifikation beruht aber nicht auf rechtlicher Anerkennung sozialemischer Normen, sondern ausschließlich auf einer Entscheidung des Gesetzgebers.⁸¹ Im Vergleich zu den Vorschriften des Kernbereichs des Strafrechts sind die Norminhalte in diesem Bereich einerseits nicht durch den Sittenkodex fundiert, andererseits kontingent und veränderbar.⁸² Deswegen ist es ohne weiteres vorstellbar, dass dem Handelnden die konforme Einsicht in die Maßstäbe positivierten Rechts fehlen kann, auch wenn er kraft seiner Allgemeinbildung in demselben Kulturkreis aufgewachsen und sozialisiert worden ist. D. h., ein Verhalten, das einer solchen rechtlichen Bestimmung zuwiderläuft, mag jeglichen moralischen Normen Genüge leisten, weswegen hierbei die Trennung von der Erkenntnis der Sittenwidrigkeit und der jeweiligen Unrechtseinsicht leicht vorgenommen werden kann. In diesem Bereich stellt die Erkenntnis der Sittenwidrigkeit – genauso wie beim Kernstrafrecht – das Unrechtsbewusstsein selbst nicht dar und ist – im Gegensatz zu ihrer Funktion im Rahmen des Kernstrafrecht – auch kein Indiz für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums.

c. Argumentation für das Ausscheiden des moralischen Bewertungsmaßstabs

Nach der vorstehenden Darstellung könnte man nunmehr zu dem Ergebnis kommen, dass die Auffassung, die Erkenntnis der Sittenwidrigkeit sei der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins, die Anwendung des § 17 StGB in Bedrängnis bringt:

Zum einen würde die praktische Bedeutung der Regelung des Verbotsirrtums im Kernstrafrecht ausgehöhlt werden, da jeder bewusst gegen die Sittenordnung verstoßende Handlungsplan ein Unrechtsbewusstsein enthalten könnte; hält der Täter seinen Handlungsplan auch für rechtmäßig, ist der Verbotsirrtum jedoch (in der Regel) vermeidbar. Daher könnte die gesetzliche Definition des Verbotsirrtums „*Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun*“ nur in extrem eingeschränktem Rahmen zur Anwendung kommen, z. B. wenn der Täter in einem fremden Kultur- bzw. Rechtskreis oder isoliert aufgewachsen ist.

⁷⁹ Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, StVG 21/4.

⁸⁰ Vgl. Jescheck/Weigend, AT, § 38 I.

⁸¹ NK/Neumann, 17/90.

⁸² Timpe, GA 1984, S. 55.

Zum anderen wäre eine solche Erkenntnis im Nebenstrafrecht oder im bloßen positiven Recht ein unwirksamer Maßstab, denn die Verbote und Gebote in den meisten Tatbeständen stehen bei solchen Rechtsnormen gar nicht in Beziehung oder zumindest nicht in einer so engen Beziehung⁸³ mit sittlichen Normen wie die Vorschriften im Kernstrafrecht. Z. B. wird der Täter kaum darüber nachdenken, ob das Fahren eines PKW ohne entsprechende Fahrerlaubnis sittenwidrig sein könnte.

Nun ist zweifelhaft, ob es sachgemäß sein kann, dass im Kernstrafrecht das Unrechtsbewusstsein gerade dann vorliegt, wenn zum Tatzeitpunkt der Handelnde die Sittenwidrigkeit des eigenen Verhaltens eingesehen hat. Bejaht man dies, könnte die vorstehende Kritik in der Praxis wegen als wirkungslos scheitern, weil beim Kernstrafrecht kaum ein Täter je einem Verbotsirrtum erliegen würde. Prima facie scheint dies verständlich, denn es lässt sich nicht abstreiten, dass sich die Verhaltensnormen im Kernbereich des Strafrechts mit einem Teil der seit alters her eingehaltenen und internalisierten sittlichen Wertordnung überschneiden. In Bezug auf den Gegenstand des strafrechtlichen Unrechtsbewusstseins könnte dies aber nur dann widerspruchsfrei anerkannt werden, wenn die moralischen Wertvorstellungen des Normadressaten, des Gesetzgebers und des Richters im Allgemeinen übereinstimmen und deshalb stabil genug für eine Beurteilung des Unrechtsbewusstseins wären. In der Realität ist dies aber gerade nicht der Fall. Vornehmlich in der Gegenwart sind die universal anerkannten moralischen Bewertungen unauffindbar und werden es vermutlich auch in der Zukunft nicht sein. Ein von A für anständig gehaltenes Betragen könnte für B ein Anstößiges sein. Ein in diesem Zusammenhang besonders zutreffendes Schulbeispiel stellt die sog. **Überzeugungstat** dar, wobei die Kollision der verschiedenen Wertvorstellungen, hauptsächlich zwischen der des Gesetzgeber und Richters und der des Täters, sich durch die gegen die jeweilige strafrechtliche Vorschrift verstoßende Handlung des Täters zeigt. Wäre die Sittenwidrigkeit der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins, so läge ein Verbotsirrtum auch bei der (tatbestandsmäßigen) Überzeugungstat vor, die aus der Sicht des Täters moralisch, aber in Wirklichkeit (oder genauer gesagt: aus der Sicht des Gesetzgebers oder des Richters) unmoralisch sowie zugleich unrecht ist. Solch ein Ergebnis wird aber von der überwiegenden Meinung abgelehnt. Ob der Täter sein widerrechtliches Verhalten als den Regeln der Moral entsprechend bewertet oder sogar als sittliche Pflicht (z. B. Ehrenmord) empfindet, ist für die Festlegung des Unrechtsbewusstseins nicht entscheidend.⁸⁴

⁸³ Denn es ist möglich, dass eine solche Vorschrift ausdrücklich oder konkludent Moralnormen inkorporiert und diese folglich als notwendige Komponente beinhaltet. Vgl. *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 3/45.

⁸⁴ *Welzel*, LB, § 22 IV; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 18/36; *Maurach/Zipf*, AT/1, 35/7 ff; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1, 10/60; *Jakobs*, AT, 19/24; *Jescheck/Weigend*, AT, § 37 II 3, § 41 I 3 a; *Roxin*, AT/I, 21/15; *MüKo/Joelckes*, 17/20; *NK/Neumann*, 17/40; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben*, 17/7;

Heutzutage nehmen der Verkehr und der Kontakt zwischen verschiedenen Territorien durch die moderne Technik und häufige Handelstätigkeit immer schneller und umfangreicher zu, so dass Konflikte vorrechtlicher Bewertungen zwischen einzelnen Individuen, zwischen dem Individuum und dem Gesetzgeber bzw. Richter, insbesondere wenn diese aus verschiedenen Kultur- und Rechtskreisen stammen, hervorgerufen werden können. Während die offensichtlich gegen moralische Wertvorstellungen verstoßenden Handlungen, wie etwa Tötung, Körperverletzung, Vergewaltigung usw., überall als unmoralisch anerkannt werden, sind wir bei einigen, z. B. Homosexualität⁸⁵, darin uneins, ob das Verhalten als solches für sittenwidrig oder sittlich anzusehen ist. In der multikulturellen Welt ist der Begriff der Sittenwidrigkeit labil und zeitbedingt, d. h., als ein Kriterium der Strafbarkeit ist er bei der realistischen Betrachtung nicht nur pluralistisch, unsicher und schwankend, sondern verändert sich auch stetig,⁸⁶ weswegen er nicht als der konsensfähige Maßstab gelten sollte.

Dieser vorstehend geschilderte Unterschied zwischen der Kenntnis der Sittenwidrigkeit in und außerhalb des Kernstrafrechts liegt nicht an der Beziehung zwischen den rechtlichen und moralischen Norminhalten, sondern an dem Schuld- und Generalpräventionsgedanken. Im Hinblick auf das Schuldprinzip ist es bei ethisch fundierten Tatbeständen für den einheimischen Bürger zumutbarer, vom Rechtsnormbruch Abstand zu nehmen, als bei sozialetisch farblosen Rechtsnormen. Aus diesem Grund dient die Einsicht in die Sittenwidrigkeit einer Handlungsweise als Indiz für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums im Kernbereich des Strafrechts. Von der positiven Generalprävention her destabilisiert die Anerkennung der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums in diesem Rechtsbereich die soziale Geltung der durch die vorrechtlichen Bewertungen begründeten Rechtsnorm,⁸⁷ weil die Normen im Kernbereich des Strafrechts durch Unkenntnis infrage gestellt werden, weswegen die Rechtsunkenntnis nur ausnahmsweise – wie oben genannt – für unvermeidbar erklärt werden kann.⁸⁸ Unter dem genau entgegengesetzten Gesichtspunkt zeigen die Ausnahmefälle die Unrichtigkeit der Auffassung, nach der die Rechtskenntnis im Kernbereich des Strafrechts als Aufgabe der an gesellschaftli-

SK/Rudolphi, 17/23; ders, Unrechtsbewusstsein S. 35 ff., 188 ff.

⁸⁵ Seit 1969 hat der Gesetzgeber Deutschlands angefangen, das Verbot homosexueller Handlung zu ändern. Erst 1994 ist der Tatbestand der homosexuelle Handlungen (§ 175 a. F.) in Deutschland vollständig abgeschafft worden, denn der Gedanke der alten Vorschrift, die mit der Strafdrohung eine bestimmte Sexualmoral anordnet, ist heutzutage fehl am Platz und stimmt nicht mit dem Zweck des Strafrechts überein, vgl. LK/Walter, 13/7. Darüber hinaus wird die Homosexualität jetzt für die meisten Leute in den Ländern des Abendlands nicht mehr als eine Amoralität erachtet.

⁸⁶ Roxin, AT/1, 21/12; NK/Neumann, 17/13; LK/Vogel, 17/13; Kaiser, Verkehrsdelinquenz, S. 110; BGHSt 23, 40 ff.

⁸⁷ NK/Neumann, 17/6.

⁸⁸ Timpe, GA 1984, S. 54 f. NK/Neumann, 17/5, 17/91; MüKo/Joecks, 17/78.

chen Unternehmen Beteiligten angesehen werde und zur Zuständigkeit des Täters gehöre,⁸⁹ ansonsten sollte der Verbotsirrtum in diesem Rechtsbereich immer für unvermeidbar und daher auch für strafbar gelten. In einer pluralistischen Gesellschaft gerät diese Auffassung in praktische Schwierigkeiten und könnte auch einen klaren Bruch mit dem Konsens enthalten, dass in der Rechtswissenschaft der Freiheit schützenden Funktion des Rechts tiefere Bedeutsamkeit als dessen Moral schützender Funktion beigemessen wird (dazu s. o. I 2 b), weil für den Irrenden die betroffene Rechtsnorm nichts anderes als eine von der moralischen Wertung der anderen gebildete Schranke seiner Freiheit ist.

Während der Bürger die Wertvorstellung der meisten Norminhalte des Kernstrafrechts internalisiert hat, ist das bloße positive Recht nur die Dezision des Gesetzgebers. Inzwischen mehren sich die Stimmen, nach denen im Bereich des änderbaren Rechts die Rechtsnormen durch Unkenntnis nicht in Frage gestellt,⁹⁰ sondern erst durch das Fehlen der Bereitschaft, das vom Gesetzgeber gesetzte Recht beliebigen Inhalts zu befolgen, tangiert werden.⁹¹ Wenn der Täter gewillt war, die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, aber den Norminhalt missverstanden oder gar nicht erkannte, ist er nicht für den Verbotsirrtum zuständig; d. h., für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums in diesem Bereich kommt es allein darauf an, ob der Irrende die Rechtsordnung befolgen will. Hier ist hervorzuheben, dass der Richter sich in diesem Fall nicht wegen der Einübung in Rechtstreue über die Aufforderung des Schuldgrundsatzes hinwegsetzen darf.

Die vorstehenden Darstellungen erfolgen prinzipiell nicht grundlos, denn im Bereich des Kernstrafrechts ist der Effekt der positiven Generalprävention auf den Staatsangehörigen schon durch die Internalisierung und die Sozialisation evoziert worden, im Vergleich dazu wird der identische Effekt im anderen strafrechtlichen Normbereich erst dadurch ausgelöst, dass die Strafdrohung durch den legitimen Gesetzgebungsprozess dem Normadressaten zu Bewusstsein kommt.⁹² Aus den Ausnahmefällen können wir aber ersehen, dass dies nur die Behandlungsweise des Regelfalls darstellen könnte, weil nur „in der Regel“ die Kenntnis der Tatumstände im Bereich des Kernstrafrechts die richtige strafrechtliche Bewertung der Handlung vermittelt, außerhalb des Kernstrafrechts, etwa im Bereich des Nebenstrafrechts, aber nicht.⁹³ Richtig dürfte aber auch sein, dass für den in einem fremden Wertungssystem aufgewachsenen Täter der Norminhalt des (lokal) ethisch fundierten Kern-

⁸⁹ *Timpe*, GA 1984, S. 53.

⁹⁰ *Jakobs*, Schuld und Prävention, S. 18; *ders.*, AT, 19/11; *Timpe*, GA 1984, S. 54; *MüKo/Joecks*, 17/78.

⁹¹ *Jakobs*, Willensfreiheit, S. 76; *ders.*, AT, 19/11 f.; *Timpe*, GA 1984, S. 55; *NK/Neumann*, 17/5, 17/91.

⁹² Ähnlich *Schünemann*, Nulla poena, S. 13 f.

⁹³ Vgl. *Arthur Kaufmann*, Lackner-FS, S. 189.

strafrechts keine internalisierte Verhaltensdisposition darstellt, sondern genauso fremd ist wie eine Rechtsnorm außer dem Kernbereich des Strafrechts. Ist daher die Frage zu beantworten, ob und inwieweit ein Verbotsirrtum auf die Strafbarkeit der Handlung einwirken soll, hängt die Antwort immer davon ab, ob der Irrende die Wertvorstellung der betroffenen Rechtsnorm einsehen kann und soll. D. h., die Maßstäbe für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums orientieren sich immer an dem Schuldprinzip und der präventiven Bestrafungsnotwendigkeit und bleiben immer gleich, scil. die Zumutbarkeit, die rechtliche Bewertung der Handlung zu erkennen, und die Bereitschaft, die Rechtsordnung zu befolgen, sei es innerhalb oder außerhalb des Bereichs des Kernstrafrechts.⁹⁴

⁹⁴ Dazu s. o.1. Teil § 5 III 4.

§ 7 Die Sozialschädlichkeit

Im nächsten Schritt ist das Bewusstsein der Sozialschädlichkeit näher zu betrachten, das in der Literatur als ein Kriterium dem Unrechtsbewusstsein viel näher stehe als das der Sittenwidrigkeit, denn die Aufgabe des Strafrechts könnte in Verhinderung des sozialschädlichen Verhaltens oder von dessen Folgen bestehen.⁹⁵ In Bezug auf die Bedeutungen und Effekte im Strafrecht bestehen auf der einen Seite allerdings erhebliche Differenzen zwischen den beiden Termini; auf der anderen Seite, also was den Verbotsirrtum betrifft, ist nach überwiegender Meinung⁹⁶ hingegen die Kenntnis der Sozialschädlichkeit zusammen mit der Sittenwidrigkeitseinsicht über denselben Kamm zu scheren: Sie sind also beide für die Annahme des Unrechtsbewusstseins nicht ausreichend.

Hinsichtlich der Sozialschädlichkeit wird im Folgenden angestrebt, ihre Bedeutung im Sinne der sog. materiellen Verbrechen und – wenn die Sozialschädlichkeit als ein unerlässlicher Bestandteil der Straftat anzusehen ist – ihre Rolle im Sinne der allgemeinen juristischen Voraussetzungen der Strafbarkeit zu durchdenken.

I. Die Sozialschädlichkeit im Verbrechenaufbau

Im Zusammenhang mit den Ausführungen zur strafrechtlich systematischen Bedeutung der Sozialschädlichkeit sollten einige einschlägige Begriffe bezüglich der Terminologie des Verbrechenaufbaus prägnant erklärt werden, damit eventuelle Missverständnisse vermieden werden. Der Terminus "Verbrechen"⁹⁷ wird oft als Synonym für „Straftat“, „strafbare Handlung“ oder „Delikt“ verwendet,⁹⁸ die als Inbegriff aller Voraussetzungen der Strafbarkeit (sog. Tatbestand im weiteren Sinne) mit den drei wesentlichen Komponenten – Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld –⁹⁹ erfasst werden; darüber hinaus bezeichnet man innerhalb dieses Systems die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als „Unrecht“, dessen ma-

⁹⁵ NK/Neumann, 17/15.

⁹⁶ Vgl. nur Roxin, AT/1, 21/12; NK/Neumann, 17/15; LK/Vogel, 17/14; Lackner/Kühl, StGB, 17/2; andere Auffassung Otto, AT, 7/63 ff., 13/40; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, 142 ff., ders., Schuldprinzip, S. 130 ff.; ders., Parallelwertung S. 22 f; ders., Lackner-FS, S. 185 ff; Schmidhäuser, H. Mayer-FS, S. 329.

⁹⁷ Gemeint sind hierbei die Verbrechen in einem sog. weiteren Sinne, nämlich alle strafbaren Handlungen. In Vergleich zum „Verbrechen im engeren Sinne“, die nach § 12 I die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder darüber bedrohte rechtswidrige Tat sind, umfassen diese außer jenen auch die Vergehen im Sinne von § 12 II.

⁹⁸ LK/Hilgendorf, 12/7.

⁹⁹ Welzel, JuS 1966, S. 421, wo die Zerlegung als der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten zwei bis drei Menschenalter angesehen werde.

terieller Gehalt durch die Bestimmungen der Unrechtstypen und Rechtfertigungsgründe ausgeprägt wird.¹⁰⁰ Während die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld allgemein als sachgemäß und unverzichtbar angesehen wird,¹⁰¹ ist die Notwendigkeit der Abgrenzung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit immer noch heftig umstritten.

Auf der Unrechtsebene sind der Handlungs- und ggf. auch Erfolgsunwert¹⁰² dadurch zu überprüfen, ob die Handlung den jeweiligen Tatbestand ohne Rechtfertigungsgründe verwirklicht hat. Erst nach der Bejahung des Unrechts ist auf der Schuldebene festzustellen, ob dieser als Unrecht bezeichnete konkrete Sachverhalt dem Täter persönlich vorwerfbar ist, hier nämlich stellt die innere Beziehung zwischen dem Täter und dem von ihm hervorgerufenen äußeren rechtswidrigen Geschehen das Material für die Überprüfung auf Schuldebene dar.¹⁰³ Da Sozialschädlichkeit eine abstrakte Beschreibung der äußeren Realität ist, wird ihre Überprüfung keinesfalls direkt der Schuldebene zugeordnet, und folglich könnte sie nur für die Feststellung des Unrechts entscheidend sein. Dogmengeschichtlich gesehen wird in den verschiedenen Verbrechenlehren das Unrecht oder die Rechtswidrigkeit materiell oft als Sozialschädlichkeit oder sozialschädliche Rechtsgüterverletzung verstanden; dies wird in mannigfaltigen Schreibstilen und Formulierungsweisen zum Ausdruck gebracht: *Liszt* (das klassische Verbrechenssystem) betrachtet eine Handlung (den angeblich äußeren Kausalvorgang) dann als materiell rechtswidrig, wenn diese als gesellschaftsschädlich anzusehen ist,¹⁰⁴ die neoklassische Verbrechenlehre entwickelte sich unter dem Einfluss der Normentheorie, welche die Rechtswidrigkeit als formellen Verstoß gegen eine Rechtsnorm und das Unrecht materiell als Sozialschädlichkeit erachtet. Nach dieser Ansicht sollte die Sozialschädlichkeit als materieller Bewertungsmaßstab für das Unrecht und die Vorwerfbarkeit als das Kriterium für die Schuld aufgefasst werden. Bis heute orientieren sich die meisten Systementwürfe an dieser Gedankenfolge.¹⁰⁵ Zu vertiefen ist, welche Rolle die So-

¹⁰⁰ Vgl. statt vieler *Roxin*, AT 14/4.

¹⁰¹ Vgl. nur *Welzel*, JuS 1966, S. 422; *Jescheck/Weigend*, AT, § 39 I 1. Diesen eindeutigen Unterschied kann man aus den Formulierungen in Strafgesetzbuch herausfinden, z. B. heißt in § 17 I Unrechtsbewusstsein „die Einsicht, *Unrecht* zu tun“, und bei unvermeidbarem Fehlen der Einsicht handelt der Täter „ohne *Schuld*“. Ebenso wie das Letzte (also handelt der Täter unter den gesetzlichen Bedingungen „ohne *Schuld*“) vgl. etwa §§ 20, 35 I 1. Dazu näher *Otto*, AT, 12/5 ff.; zur Kritik *Pawlik*, *Otto-FS*, S.133 ff. m. w. N.

¹⁰² Anders s. *Armin Kaufmann*, *Welzel-FS*, S. 410 f.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, S. 143, 172 ff., 208 ff., bei ihnen ist für den Unrechtsbegriff allein der Handlungsunwert entscheidend. Zur Kritik *Gallas*, *Bockelmann-FS*, S. 161 ff.; *Hirsch*, *Kölner-FS*, S. 409 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 22 VI 1., dort wird aufgezeigt, dass der Unrechtsgehalt der vorsätzlichen Straftat durch diese Gedanken von *Armin Kaufmann* und *Zielinski* entscheidend verkürzt wird.

¹⁰³ „Oft wird die Differenz zwischen Unrecht und Schuld auch so erklärt, dass das Unrecht ein Unwerturteil über die Tat, die Schuld dagegen ein Unwerturteil über den Täter.“ So *Roxin*, AT, 7/25.

¹⁰⁴ *Liszt*, LB, S.132 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Roxin*, AT, 7/17; *Jescheck/Weigend*, AT, § 22 III 2. c.

zialschädlichkeit im materiellen Verbrechensbegriff spielt und das Verhältnis von ihr zu den kognitiven Momenten der Straftat.

II. Die Relevanz der Sozialschädlichkeit im materiellen Verbrechensbegriff

Dass das Verbrechen eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung, ein gegen die strafrechtliche Rechtsordnung verstoßendes Verhalten oder eine als strafwürdig und strafbedürftig angesehene strafbare Tat sei, könnte zwar seine Struktur und Bedeutung im Sinne der Überprüfung der Strafbarkeit verdeutlichen, aber nicht als Gehalt des Verbrechensbegriffs bezeichnet werden. Diese Darlegungen hätten nur die formalen Definitionen gebildet und eine zu füllende Hülle geformt. Bevor wir uns der Frage zuwenden, ob die Sozialschädlichkeit der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins ist, wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit zuerst diskutiert, welche Aufgabe dem Sozialschädlichkeitsbegriff in dieser Hülle zugeteilt wird und welche Funktion diese formelle Voraussetzung selbst besitzt.

Seit der Lehre vom Gesellschaftsvertrag ist man bestrebt, die rechtlichen Normen von den göttlichen oder natürlichen Normen abzukoppeln und stattdessen den vernünftigen Gedanken über die Legitimation des Strafrechts einzuführen.¹⁰⁶ Obwohl dieser Vertragsgedanke in der Praxis kaum ein konkretes, haltbares Kriterium für den Verbrechensbegriff aufstellte, brachte er immerhin deutlich zum Ausdruck, dass im Unterschied zur theokratischen Strafzwecklehre eine menschliche, vernunftgemäße Normsetzung sich auf ihre Richtigkeit und Legitimität überprüfen lassen muss; auf Grund dieser Anforderung wird die Sozialschädlichkeit von da an als ein allgemeiner, inhaltserfüllter Verbrechensbegriff bezeichnet.¹⁰⁷ Wenngleich ihm nicht in allen Details kongruente Bedeutung beigemessen wird,¹⁰⁸ ist heute der diffuse Begriff der Sozialschädlichkeit als Voraussetzung einer Straftat allgemein akzeptiert und spielt immer noch eine wichtige Rolle in der Gegenüberstellung des materiellen und formellen Verbrechensbegriffs.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 19; *Hefendehl*, Rechtsgüter, S. 9 f. m. w. N.

¹⁰⁷ Für eine prägnante Beschreibung vom Entwicklungsprozess dieser Lehre s. *Hefendehl*, Rechtsgüter, S. 9 ff. Anderer Ansicht vgl. z. B. *H. Mayer*, AT, § 10. Der Autor vertritt die Auffassung, dass für den materiellen Verbrechensbegriff die Sozialschädlichkeit nicht ausreicht. Die Straftat sei nach seiner Meinung eine besonders anstößige Handlung, die die Verletzung einer Schutzordnung sowie die unerträgliche Verletzung der Sittenordnung zum Inhalt habe; sie müsse das „unerträgliche Beispiel“ sein, in der die wichtigeren geschützten Güter verletzt würden oder vor allem sich der Handlungs- oder Personalunwert zeige.

¹⁰⁸ *Naucke*, Verbrechensbegriff, S. 269 ff. m. w. N.; *Zaczyk*, Modernes Strafrecht, S. 113, wo die Begriffe „Gesellschaftgefährlichkeit“ und „Gesellschaftschaden“ als Synonyme angesehen werden, weist darauf hin, dass die Schwierigkeit in der Feststellung dieses Begriffs liegt.

¹⁰⁹ Vgl. etwa *K. Peters*, ZStW 77 (1965), S. 501; anders s. *H. Mayer*, AT, § 10 I. Eine lesenswerte Darlegung der beiden Begriffe s. *Kaiser*, Verkehrsdelinquenz, S. 106 ff. Hingegen ist der auf der

Dies bedeutet jedoch nur, dass vom materiellen Gesichtspunkt¹¹⁰ aus sich der Verbrechensbegriff durch die Sozialschädlichkeit ausdrücken müsste, aber nicht, dass er um jeden Preis deswegen von rechtmäßiger Handlung abgegrenzt werden sollte. Kurz und gut: Ein sozialschädliches Verhalten kann ein Verbrechen sein, muss es aber nicht.¹¹¹ Die Sozialschädlichkeit könnte den abstrakten immanenten (Unrechts-)Charakter aller Verbrechen darstellen¹¹² und den Umfang der Straftat auf die Verletzung oder Gefährdung beschränken, die für die sozialen Lebensinteressen als eine unerträgliche Beeinträchtigung angesehen wird. Aber unter formalem Aspekt wird die Handlung mit dem Charakter eines materiellen Verbrechens erst durch die gesetzliche Konstatierung zu einem strafbaren Verbrechen,¹¹³ insbesondere weil wir ein Gesetzesrecht haben und nach Angabe von Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK¹¹⁴, Art. 103 Abs. 2 GG sowie § 1 StGB, in denen das Rechtsstaatsgebot für die staatliche Strafgewalt konkretisiert wird, das *Gesetzlichkeitsprinzip* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ausdrücklich normiert ist.¹¹⁵

Gemäß der oben skizzierte Darstellung muss man sodann zum Ergebnis kommen: In Vergleich mit dem bloß sozialschädlichen Verhalten sollte die Straftat sich den Unwertgehalt in solch intolerabel hohem Maß manifestieren und aus diesem Grund vom Gesetzgeber mit Strafe bedroht werden.¹¹⁶ Einige, wenn nicht gar die meisten sozialschädlichen Handlungen, ereignen sich stündlich und sind nach dem geltenden Recht zu tolerieren oder sogar zu erlauben, als da sind der Verkauf von Tabakwaren, die CO₂-Emissionen von Autos, der Lärm startender Flugzeuge usw. Solche die gesellschaftlichen Lebensbedingungen schädigenden Handlungen und die dadurch verursachten Beeinträchtigungen werden erst dann als widerrechtlich erachtet, wenn z. B. die Emissionen oder der Lärm die gesetzlich bestimmten Grenzwerte überschreiten.¹¹⁷ So sind mehrere sozialschädliche Verhaltensweisen nicht verboten, sondern erlaubt. Die Sozialschädlichkeit, die nach der oben erwähnten Ansicht den

Gesellschaftsvertragstheorie beruhende Verbrechensbegriff, scil. Rechtsverletzung oder genauer gesagt die Beeinträchtigung der äußeren menschlichen Freiheit, aus der Diskussion des materiellen Verbrechensbegriffs ausgeklammert worden. Dazu ausführlich *Hefendehl*, Rechtsgüter, S. 11 ff.

¹¹⁰ Auf den kriminologischen Verbrechensbegriff wird hier absichtlich nicht näher eingegangen, der unabhängig von der Relativität der Strafrechtsnormen und der Strafrechtsdogmatik ist. Zu den mannigfaltigen Versuchen zum kriminologischen Verbrechensbegriff s. LK/*Hilgendorf*, 12/7; *Einsenberg*, Kriminologie, 1/23 ff.; *Kaiser*, Kriminologie, 18/3.

¹¹¹ Ähnlich NK/*Neumann*, 17/15.

¹¹² Vgl. *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 143.

¹¹³ *Frank*, StGB, Anm. IV vor § 1; NK/*Neumann*, 17/15.

¹¹⁴ Eine Ausnahme für Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist in Art. 7 Abs. 2 EMRK (sog. Nürnberg-Klausel) normiert. Dazu vgl. *Satzger*, Int. Strafrecht, 10/61; *Ambos/Stegmiller*, Int. Strafrecht, 10/67; *Sachs/Degenhart*, 103/56. Diese Bestimmung ist von der BRD zunächst mit dem Vorbehalt ratifiziert worden und später hat Deutschland diese zurückgenommen, vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 7/12 f.

¹¹⁵ Vgl. nur *Sachs/Degenhart*, 103/53; *Roxin*, AT/1, 5/2.

¹¹⁶ Vgl. *Kaiser*, Verkehrsdelinquenz, S. 107 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 7 I 1.

¹¹⁷ NK/*Neumann*, 17/15.

Verbrechensbegriff materialisiert, erfüllt die Hülle des formellen Verbrechensbegriffs, aber erfährt zugleich beim Entstehen der Hülle auch eine Einschränkung. Denn erst durch den verfassungsgemäßen Gesetzgebungsprozess wird das Zustandekommen der strafrechtlichen Vorschriften, die die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie die einzelnen Merkmale der Straftat bestimmen, formell legitimiert.

Mit den Überlegungen, welche sozialschädlichen Handlungen und Erfolge für das gesellschaftliche Zusammenleben als nicht tolerierbar und welche davon nach der (Interessen-)Abwägung als erlaubt erachtet werden können, erstellt der Gesetzgeber von Staats wegen zum einen eine Liste der strafbaren Handlungen und erklärt damit zum anderen den Rest des sozialschädlichen Verhaltens für straffrei. Dies erkennen alle Bürger und die meisten von uns begehen selbst meist bewusst die relativ minder sozialschädlichen Handlungen täglich ohne Zweifel darüber, ob die Handlung (straf-)rechtlich verboten sei. Wegen der Kluft zwischen der Sozialschädlichkeit und dem vom Gesetzgebungsorgan kodifizierten Verbrechensbegriff (genauer gesagt: Unrechtshandlung) ist die Kenntnis des Ersten allein untauglich, um verlässliche rechtliche Handlungsorientierungen garantieren zu können.¹¹⁸

¹¹⁸ NK/Neumann, 17/15.

§ 8 Die (beliebige) Rechtsnorm als Gegenstand des (strafrechtlichen) Unrechtsbewusstseins

Aus den vorstehenden Kapiteln ersehen wir, dass die moralischen Normen und die Sozialschädlichkeit keinen tauglichen Gegenstand des Unrechtsbewusstseins darstellen. Wenn wir nunmehr die Diskussion über den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins auf den Verstoß der Handlung gegen die Rechtsordnung beschränken, geht es dabei um die Überlegung, ob eine bestimmte Kategorie rechtlicher Ordnung für die Unrechtseinsicht erforderlich ist. Hinsichtlich der Aufgliederung der Rechtsnormen ist in diesem Kapitel weiter zu untersuchen, ob für das Unrechtsbewusstsein die Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung erforderlich ist oder bereits die Kenntnis des Verstoßes gegen eine beliebige Rechtsordnung ausreicht. Hier ist ein kleines Manko des Fachausdrucks leicht zu verstehen, dass die Strafbarkeit der Handlung nicht den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins darstellen darf, da das Unrechtsbewusstsein selbst eine der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ist. Es ist allerdings logisch unmöglich, dass der Täter die Strafbarkeit seiner Handlung erkennen könnte, bevor das Unrechtsbewusstsein gegeben ist; das ist also ein Widerspruch in sich selbst. In Betracht kommt hiernach nicht die Strafbarkeit einer Handlung, sondern das strafbare Unrecht.

Für die Annahme des Unrechtsbewusstseins wird in Praxis und in dem größten Teil der Literatur das Bewusstsein, strafbares Unrecht zu tun, für unnötig gehalten. Nach der h. M. ist die Einsicht der Täter, „dass das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist“, ¹¹⁹ für die Unrechtseinsicht ausreichend; das bedeutet, die Einsicht in den Verstoß gegen Rechtsätze aller Art stellt die hinreichende und notwendige Bedingung für die strafrechtlich relevante Unrechtseinsicht dar und steht dem Verbotsirrtum entgegen. ¹²⁰ Dazu muss man bezweifeln, ob es angängig ist, dass die Kenntnis der strafrechtlichen Bewertung des Verhaltens des Täters für die Bejahung des Unrechtsbewusstseins im Strafrechtsbereich nicht notwendig sei. ¹²¹

¹¹⁹ BGHSt 2, 194, 196.

¹²⁰ Allgemeine Ansicht, mit Abweichungen im Einzelnen vgl. BGHSt 2, 194, 202; 4, 236, 243; *Maurach/Zipf*, AT/1, 38/10; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 21/48; *LK/Vogel*, 17/15; *Roxin*, AT/1, 21/13; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 3 a); *Welzel*, LB, § 22 III 1 g); *Lackner/Kühl*, StGB, 17/2; *SK/Rudolphi*, 17/5; *ders.*, Unrechtsbewusstsein, S. 63; *Arthur Kaufmann*, Lackner-FS, S. 188; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* 17/5; *Otto*, Jura 1990, S. 645; *ders.*, AT, 7/63, 7/68, 13/42.

¹²¹ So sinngemäß *LK/Schroeder*, 17/7; *NK/Neumann*, 17/9; *ders.*, JuS 1993, S. 794; *Grotguth*, Verbots(un)kenntnis, S. 23.

I. Die Kritik an der h. M.

Der o. g. Standpunkt der h. M. zeigt eindeutig, dass für die Annahme des Unrechtsbewusstseins die Vorstellung eines jeden rechtlichen Verstoßes ausreichend sei. Diese Ansicht hält jedoch einer näheren Nachprüfung nicht stand und folglich mehren sich in jüngster Zeit die Stimmen, welche die konventionelle Auffassung und die herkömmliche Terminologie in Zweifel ziehen und dafür vielfältige Argumente ins Feld führen.¹²² Hier gilt es präzise zu untersuchen, wie die Frage nach dem Gegenstand des Unrechtsbewusstseins in der Literatur behandelt wird. Mittels gründlicher Untersuchung der diversen Blickwinkel und Auffassungen strebt der Verfasser dieser Arbeit danach, die Rechtsnatur des Unrechtsbewusstseins zu klären.

Im Folgenden sind zunächst diese Argumentationen für diese Ergebnisse der h. M. nachzuprüfen.

1. Das Argument der Auslegungsmethoden

Die semantische Auslegung wird als Ausgangspunkt aller Auslegungsmethoden bezeichnet, aber sie ist nicht die Einzige und hat eine bestimmte Grenze.¹²³ Das Unrecht im Sinne des § 17 ist ein besonders gutes Beispiel dafür.

Die Behauptung, dass der Gesetzgeber in § 17 StGB von der „Einsicht, strafbar zu handeln“ anstatt der „Einsicht, Unrecht zu tun“ hätte sprechen müssen, wenn er die Kenntnis der Strafbarkeit zum Gegenstand der Unrechtseinsicht hätte machen wollen,¹²⁴ ist angreifbar. Einerseits, wie bereits eingangs angedeutet, ist das Unrecht vieldeutig. Das Unrecht eines beliebigen Rechtsgebiets fällt genauso wie das strafbare Unrecht in den möglichen Wortsinn¹²⁵ des Unrechts, mit anderen Worten werden die beiden Möglichkeiten durch die grammatische Auslegung nicht ausgeschlossen. Wenn dieses Argument als vertretbar erachtet würde, dann ist allerdings fragwürdig, ob das in jedem strafrechtlichen Lehrbuch gefundene Wort „Unrecht“ und die daraus gebildeten Komposita, als da sind Unrechtstatbestand, Unrechtsvorsatz, sich in der Tat nicht auf das strafbare Unrecht bezögen, sonst hätte der Autor eine andere Formulierung wie etwa den strafrechtlichen Unrechtstatbestand, den strafbaren Unrechtsvorsatz verwenden müssen. D. h., allein aus dem Wortlaut des § 17 wird keine eindeutige Definition für den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins gefolgert. Andererseits ist die Gesetzgebungsgeschichte zum

¹²² Zur Darstellung der Literatur vgl. LK/Schroeder, 17/7; LK/Vogel, 17/16 ff; MüKo/Joehs, 17/13.

¹²³ Eingehend Puppe, Kleine Schule, S. 91 ff.

¹²⁴ Roxin, AT/1, 21/13; ähnlich LK/Vogel, 17/15;

¹²⁵ Vgl. nur Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 8.

Inhalt des Unrechtsbegriffs in § 17 nicht eindeutig,¹²⁶ d. h., aus der subjektiven Auslegung ist das Ergebnis nicht zu gewinnen. Das extensive Auslegungsergebnis der o. g. Ansicht lässt sich nicht darauf stützen und infolgedessen sollte unter diesen Umständen auch ein restriktives Auslegungsergebnis zugunsten des Täters infrage kommen.

2. Die Inkompatibilität der Annahme der Teilbarkeit und des sog. doppelten Verbotsirrtums mit der h. M.

Wenn man auf der einen Seite der h. M. folgt, auf der anderen Seite die **Teilbarkeit** des Unrechtsbewusstseins¹²⁷ annimmt, sind die beiden Ansichten widersprüchlich. Erfüllt der Täter in Tateinheit mehrere Straftatbestände, liege nach h. M. das Unrechtsbewusstsein für alle betroffenen Rechtsnormen schon dann vor, wenn er nur einen der von ihm verwirklichten Straftatbestände oder sogar irgendeine Rechtsregel jeder Art erkennt, da er daraus die Rechtswidrigkeit seiner Handlung ersieht und weiß, dass das, was er tut, rechtlich verboten ist.¹²⁸ Bei tateinheitlicher Verwirklichung mehrerer Straftatbestände ist es dann teilbar,¹²⁹ weil in Übereinstimmung mit der Konsequenz der allgemeinen Ansicht das Unrechtsbewusstsein **tatbestandsbezogen** sein muss.¹³⁰ Das bedeutet, dass das Unrechtsbewusstsein den spezifischen Unrechtsgehalt der in Betracht kommenden Deliktsart erfassen muss.¹³¹ Daher kann man ohne Übertreibung sagen, dass die Einsicht in die rechtliche Wertwidrigkeit der Handlung als die kognitive Komponente des Unrechtsbewusstseins begriffen werde, durchaus der Tatbestandsbezogenheit und daher auch der Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins widerspricht.

Bei den Fällen des sog. **doppelten Verbotsirrtums** mag man einem ähnlichen Problem begegnen. Wenn der Täter irrig sein Verhalten für einen Verstoß gegen eine tatsächlich nicht existierende Rechtsnorm hält und zugleich die Rechtsnorm nicht erkennt, der in der Tat von ihm zuwidergehandelt wird, d. h., er sich gleichzeitig in einem Verbotsirrtum und in einem umgekehrten Verbotsirrtum (scil. in einem sog. Wahndelikt) befindet, ist der doppelte Verbotsirrtum vorhanden. Beispiel zu solchem Irrtum: Wenn T als Onkel mit seine 15-jährigen Nichte O geschlechtlich verkehrt, glaubt er irrig einerseits, dass die Verführung 15-jähriger Mädchen nicht verboten sei (§ 182 StGB), andererseits, dass der Geschlechtsverkehr zwischen Onkel

¹²⁶ NK/Neumann, 17/22.

¹²⁷ Die Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins ist heutzutage gemeinhin anerkannt, aber der BGH hat sie ursprünglich abgelehnt, vgl. BGHSt 3, 342.

¹²⁸ Laubenthal/Baier, GA 2000, S. 207.

¹²⁹ Exemplarisch BGHSt 10, 35.

¹³⁰ Vgl. statt vieler SK/Rudolphi, 17/7.

¹³¹ Wessels/Beulke, AT, Rn. 428; BGHSt 42, 123.

und Nichte als Blutschande strafbar sei (vgl. § 173 StGB).¹³² Bei der konsequenten Betrachtung der h. M. müsste T mit Unrechtsbewusstsein handeln, auch wenn der in Betracht kommende Tatbestand derjenige ist, der ihm bei Tatbegehung unbekannt ist, denn er nimmt in diesem Fall an, dass seine Handlung, nämlich der Geschlechtsverkehr mit O, rechtlich verboten sei. Behauptet der Befürworter der h. M., dass bei § 182 StGB dem Täter T das „tatbestandsspezifische“ Unrechtsbewusstsein fehle und er im Verbotsirrtum handelt¹³³ und sein Verbotirrtum erst dann vermeidbar sei, wenn er den „wahren Unrechtsgehalt“ seines Verhaltens erkennen könne,¹³⁴ bieten diese inkonsequenten Aussagen uns eine Chance, darüber nachzudenken, ob der „wahre“ Unrechtsgehalt das strafrechtliche Unrecht, das „tatbestandsspezifische“ Unrechtsbewusstsein das Straftatbestandsspezifische bedeutet.¹³⁵ Das bedeutet, dass das Unrechtsbewusstsein gemäß unserer These dann gegeben ist, wenn der Täter das L-äquivalente Verhältnis¹³⁶ zwischen dem Handelnden und der jeweiligen Straftatbestandsbezeichnung erkennt. In der Literatur wird auch ausdrücklich aufgezeigt, dass mit den Formulierungen als solchen die h. M. auch Anklänge an das Bewusstsein einer Strafbarkeit suche, und zudem auch behauptet, dass der Gegenstand der Unrechtseinsicht ohnehin die Strafbarkeit sei.¹³⁷

3. Die verbindliche materiale Wertordnung des Rechts als Gegenstand der Unrechtseinsicht

Nach einem anderen Ausdruck liegt die Unrechtseinsicht vor, wenn der Täter weiß, dass seine Handlung „gegen die verbindliche materiale Wertordnung des Rechts verstößt und daher rechtlich verboten ist“.¹³⁸ Mit Hilfe des Unterschieds zwischen Rechtsprinzipien und Rechtsnormen¹³⁹ kritisiert *Neumann* treffend diese Auffassung, denn die materiale Wertordnung des Rechts stellt die **Gesamtheit der Rechtsprinzipien** dar, die zwar als die Grundlage des Normensystems der Rechtsordnung dienen, aber keine konkreten Verbote oder Gebote formulieren; z. B., der Grundsatz des Eigentumsschutzes besagt nicht, welche Eingriffe in fremdes Eigentum verboten sind, der Grundsatz des Selbsthilferechts formuliert auch keine Umstände, unter den die Eingriff erlaubt ist. Dies gehört zu dem Gestaltungsspielraum

¹³² Beispiel nach *Roxin*, AT/1, 21/18.

¹³³ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 89 f.; *Roxin*, AT/1, 21/18.

¹³⁴ *SK/Rudolphi*, 17/10; *ders.*, Unrechtsbewusstsein, S. 89 f.; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben*, 17/11; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 20/58.

¹³⁵ Ähnlich *LK/Schroeder*, 17/7; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, S. 208. Unter einem anderen Gesichtspunkt übt *Jakobs* die Kritik an der psychologisierenden Betrachtung, dazu vgl. *ders.*, AT, 19/28.

¹³⁶ Dazu. 1. Teil § 3 II 2.

¹³⁷ *LK/Schroeder*, 17/7.

¹³⁸ *Lackner/Kühl*, StGB, 17/2.

¹³⁹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff.

des Gesetzgebers und sollte von ihm entschieden wird. Den Rechtsprinzipien mangelt wegen ihrer abstrakten Beschaffenheit die Orientierungsfunktion, nach der der Bürger sein Verhalten richten könnte und sie sind für die Bewertung einer Handlungsweise nicht ausreichend.¹⁴⁰ Zusammenfassend wäre zu sagen, dass der Täter trotz der Kenntnis der materialen Wertordnung des Rechts die Grenze zwischen Verbotensein und Erlaubtheit nicht herausfinden kann.

4. Die Differenz zwischen der Kenntnis des strafbaren Unrechts und der Rechtswidrigkeit anderer Art als das Kriterium der Strafzumessung?

Aus der vorstehenden Kritik an den extensiven Auslegungen des Unrechts im Sinne des § 17 StGB könnte man den Mangel der h. M. ersehen. Es ist aber weniger selbstverständlich, als es auf den ersten Blick erscheinen könnte, dass zur Verneinung des Verbotsirrtums das Bewusstsein von einer Rechtswidrigkeit aller Art genüge. Solche Auffassung ist nicht nur bei der Auslegung zweifelhaft, sondern auch bei der Behandlung der Strafzumessung, wo die Ansicht des BGH das erhebliche Manko hat. Gemäß dem Vorschlag des BGH ist einerseits das Bewusstsein einer strafrechtlichen Begehung mit der Vorstellung eines Verstoßes gegen irgendeine rechtliche Norm gleichzustellen; andererseits vertritt er die Meinung, dass für die Straffrage weitergehende Feststellungen über den Inhalt dieses Bewusstseins der Rechtswidrigkeit von Bedeutung seien.¹⁴¹ Es stellt sich daher die Frage, aus welchem Grund diese für die Beurteilung des Unrechtsbewusstseins bzw. des Schuldvorwurfs belanglose Differenzierung einen Einfluss auf die Frage der Strafzumessung haben soll, so als ob diese Differenzierung, die Wertwidrigkeit welcher Rechtsordnung dem Täter bekannt ist, hinsichtlich der Regelung des Verbotsirrtums in Zusammenhang mit der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums stünde (vgl. § 17 S. 2 StGB).

Die Behauptung des BGH ist nur im Ergebnis akzeptabel, der Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Bei der Feststellung, ob der Täter seine Handlung für strafrechtlich verboten gehalten hat, geht es um das Vorliegen des strafrechtlichen Unrechtsbewusstseins; aber wenn der Täter die strafrechtliche Unrechtmäßigkeit seiner Handlung nicht erkannt hat, geht es bei der Ermittlung, ob er seine Handlung für zivilrechtlich bzw. öffentlich-rechtlich rechtswidrig erachtet, lediglich um die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Daraus lässt sich schließen, dass die

¹⁴⁰ NK/Neumann, 17/18; ders, JuS 1993, S. 794.

¹⁴¹ Vgl. BGHSt 11, 263, 266, wonach das Bewusstsein der verschiedenen Rechtsgebiete mindestens das Maß der Schuld (und daher auch der Strafzumessung) beeinflusst, ähnliche Meinung s. *Stratenwerth/Kuhlen*, AT/1, 10/61.

Strafe in der letzten Situation gemildert werden kann. D. h., wenn der Täter nicht weiß, dass sein Verhalten einer Strafnorm zuwiderläuft, befindet er sich im Verbotsirrtum; hält er sein Verhalten aber etwa für zivilrechtlich unerlaubt, so ist der Verbotsirrtum vermeidbar, denn in diesem Fall ist dem Täter zumutbar und er hat auch Anlass, die rechtliche Bewertung seiner Handlung richtig zu erkennen. Die Kenntnis der Rechtswidrigkeit anderer Rechtsnormen ist – genauso wie die Kenntnis der Sittenwidrigkeit – ein Indiz für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Es fragt sich nur, ob der Ansatz, den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins im Rahmen des strafbaren Unrechts einzuschränken, haltbar ist.

II. Resümee: Das strafbare Unrecht als Gegenstand des Unrechtsbewusstseins

Es wird aufgezeigt, dass in der Literatur auch Anklänge an das Bewusstsein einer Strafbarkeit gesucht werden.¹⁴² Ob dies die Behauptung bestätigen könnte, dass der Gegenstand der Unrechtseinsicht die Strafbarkeit oder das strafbare Unrecht ist,¹⁴³ ist noch unklar, aber der neuralgische Punkt der h. M. kommt schon dadurch zum Vorschein.

1. Der Verbotsirrtum als eine regulative Idee

An vorheriger Stelle (1. Teil § 4 II 3) haben wir schon erfahren, dass die absolute Bestimmtheit der strafrechtlichen Gesetzfassung de facto unmöglich ist und die Unklarheit der Rechtsnorm in der Praxis meistens hingenommen wird. Ist die betroffene Rechtsnorm aber objektiv so unklar, dass der Bürger mit willkürlichen Strafeingriffen überzogen werden kann (1. Teil § 4 II 4 a), dann stellt sie keinen tauglichen Gegenstand der Unrechtseinsicht dar. Auf der anderen Seite könnte das Zustandekommen des unvermeidbaren Verbotsirrtums auf diese für den Täter unklaren Rechtsnormen zurückgeführt werden, denn bei Vorliegen eines für ihn hinreichend bestimmten Gesetzes ist ihm die richtige Kenntnis zumutbar und obligatorisch. Zudem bedeutet die Regelung des Verbotsirrtums, dass die Rechtsunkenntnis des Bürgers bis zu einem gewissen Grad – nämlich in Rahmen der sog. Unvermeidbarkeit – für zulässig erachtet wird und daher der Irrende in diesem Fall auch zu exkulpieren

¹⁴² Z. B. „derjenige Widerspruch des Verhaltens zur Gemeinschaftsordnung, auf dem das strafrechtliche Verbot beruht und das dieses zum Ausdruck bringt“ (Welzel, LB, § 22 III 2); „erforderliche Erkenntnis des kriminellen Unrechtsgehalts der Tat“ oder „erforderliches Bewusstsein gerade des besonders gravierenden Unrechts, das Strafe nach sich zieht“ (Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 69, 69); „strafatbestandsspezifisches Unrecht“ (OLG Stuttgart NStZ 1993, S. 345)

¹⁴³ LK/Schroeder, 17/7.

ist. Daraus ersieht man, dass das durch die in der Praxis hingegenommene objektive Unklarheit ausgelöste Auslegungsrisiko nicht vom Bürger zu tragen ist und durch die Regelung des Verbotsirrtums aufgehoben wird. D. h., der Verbotsirrtum gilt als eine regulative Idee, er gleicht den Unterschied zwischen dem Verständnis des Täters und dem des Richters aus und setzt das Bestimmtheitsgebot im Bereich des strafbaren Unrechts und die Anforderungen von Rechtskenntnissen voraus.

2. Der Schuldgedanke und der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins

Geht man lediglich vom Schuldgedanken aus, dann ist die Ansicht vielleicht vertretbar, dass für die strafrechtlich relevante Unrechtseinsicht allein schon die Kenntnis des Verstoßes einer Handlungsweise gegen eine beliebige Rechtsnorm ausreicht und die Einsicht in die Strafbarkeit oder das strafbare Unrecht der Handlung nicht erforderlich sei. Denn dem Täter ist nach dem Maßstab der Zumutbarkeit die Tat dann vorwerfbar, wenn er trotz der Kenntnis der Rechtswidrigkeit seines Handlungsprojekts oder der Fähigkeit zu dieser Kenntnis dieses in die Tat umsetzt; m. a. W. genügt es für den Schuldvorwurf des Täters, dass er das rechtliche Verbotensein seines Verhaltens kannte oder kennen musste.¹⁴⁴

An vorheriger Stelle wird beleuchtet, dass es sich bei der Unrechtseinsicht um ein subjektives psychisches Faktum handelt, ob der Täter bei Tatbegehung die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung gekannt hat; das bedeutet auch, für die Frage, ob die Unrechtseinsicht vorhanden ist, kommt es nicht auf der Zumutbarkeit an, es handelt sich nämlich bei der Überprüfung des Vorhandenseins nicht um den Schuldgedanken.

3. Der positive Generalpräventionsgedanke und der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins

Es wird behauptet, dass in präventiver Hinsicht man sich das identische Ergebnis erarbeiten könne, weil die Kenntnis des rechtlichen Verbots für den Täter auf jeden Fall genügen müsse, um sich zu rechtstreuem Verhalten zu motivieren.¹⁴⁵ Zu bedenken ist hierbei allerdings zweierlei: Zum einen, ob – aus der Sicht des Handelnden – die Kenntnis des zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verbots in der Tat die strafrechtliche Rechtstreue anregen könnte; zum anderen, ob – unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten – diese Ansicht haltbar ist, wenn das Strafrecht, das

¹⁴⁴ Vgl. nur BGHSt 2, 194, 202; 10, 35, 41; *Schreiber*, ZStW 80 (1968), S. 360.

¹⁴⁵ *Roxin*, AT/1, 21/13.

Zivil- und Verwaltungsrecht sehr unterschiedlichen Zwecken dienen und daher sehr verschieden sind. Glaubt der Täter, dass seine Handlung, die in Wirklichkeit strafbar ist, nur die Rechtsfolge bezüglich der Wiedergutmachung auslösen könne, darf man dann gegen den Täter einen strafrechtlichen Vorwurf erheben, wenn er diese Handlung begeht? Diese Frage können wir so ausdrücken: Kann die Kenntnis des zivilrechtlichen Verbotenseins den Täter motivieren, die strafrechtliche Verhaltensnorm einzuhalten?¹⁴⁶ Nach Auffassung von *Feuerbach* ist auf jeden Fall eine negative Antwort darauf gegeben. Diese von seiner psychologischen Zwangstheorie abgeleitete Auffassung, die meint, dass durch die Kenntnis der Strafbarkeit die Zwangswirkung, durch die Bestrafung der Delinquenten die Abschreckung der Allgemeinheit ausgelöst werde, ist zwar deshalb zu widersprechen, weil nicht nur der äußere Gesetzesbefehl den Menschen vom Verbrechen abhalten könne,¹⁴⁷ begründet aber einen der wichtigsten und allgemein anerkannten Grundsätze „nullum crimen, nulla poena sine lege“. Diese positive Einwirkung besteht vor allem darin, dass diese Theorie *Feuerbachs* und das Gesetzlichkeitsprinzip einen stabilen Unterbau der generalpräventive Strafzwecklehre strukturieren.¹⁴⁸ Ob eine bestimmte, allgemein verständliche gesetzliche Strafdrohung die generalpräventive Wirkung auszulösen vermag, kann wahrscheinlich empirisch nicht belegt werden,¹⁴⁹ aber ohne Zweifel ist die Klarheit der Rechtsnormen die Voraussetzung der Generalprävention.

Zudem setzt nach dem Ansatz der vorliegenden Arbeit, nämlich dem objektivierten, modifizierten Vertrauensschutzgedanken, der taugliche Gegenstand der Unrechtseinsicht eine objektiv klare gesetzliche Norm voraus,¹⁵⁰ denn die positive Generalprävention zielt auf die Stärkung des Vertrauens in die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung ab. Um diesen Zweck zu verfolgen, bedarf das Strafrecht besonders strenger Anforderungen an die Bestimmtheit. Diese strengen Anforderungen, die an andere Rechtsbereiche nicht gestellt werden, ergeben sich bei einem Vergleich von Art. 103 Abs. 2 mit Art. 20 Abs. 3 GG. Die anderen Rechtsnormen, an die nur ein geringes Bestimmtheitsgebot gestellt wird, können auch nur einen geringeren Vertrauensschutz schaffen als das Strafrecht. Deswegen sollte die Unrechtseinsicht nicht gegeben sein, wenn der Täter beispielsweise sein Verhalten für möglicherweise oder sicher zivilrechtlich verboten hält.

Zusammenfassend lässt sich sagen, der Grund für dieses Ergebnis liegt im Folgenden: Wenn wir von der positiven Generalprävention ausgehen, sollten nur die hinreichend bestimmten gesetzlichen Normen als Gegenstand der strafrechtlich re-

¹⁴⁶ Ähnlich *Neumann*, 17/9; *ders.*, JuS 1993, S. 795.

¹⁴⁷ *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S.39.

¹⁴⁸ *Schünemann*, Nulla poena, S.11 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Jakobs*, AT, 4/3, Fn. 5; ähnlich *LK/Dannecker*, 1/60.

¹⁵⁰ Dazu s. o. 1. Teil § 4 II 4 a.

levanten Unrechtseinsicht begriffen werden, dies ist auch das Minimum an Freiheits- und Vertrauensschutz. Sonst würde der Bürger angesichts der Normenflut und der Neuschaffung von Rechtsnormen den ganzen Tag unruhig und ängstlich sein, denn er müsste Auskunft einholen und sein Handlungsprojekt bis zur Beseitigung aller Bedenken zurückhalten, sofern er es für möglich hält, dass seine Handlung irgendeiner Rechtsnorm zuwiderlaufen kann.

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans

- Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974, zit.: Grundlagen.

Ambos, Kai/Stegmiller, Ignaz

- internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, europäisches Strafrecht, 2. Aufl. München 2008, zit.: Int. Strafrecht.

Amelung, Knut

- Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984; zit.: Grundfragen.
- Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft : Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozial-schädlichkeit' des Verbrechen, Frankfurt am Main 1972; zit.: Rechtsgüter-schutz.

Arzt, Gunter

- Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979), S. 857 ff.

Baumann, Jürgen

- Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, in: Günter Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag , Berlin 1974, 533ff.

Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003; zit.: *Baumann /Weber/Mitsch, AT.*

Binding, Karl

- Die Schuld im deutschen Strafrecht: Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit, Leipzig 1919, zit.: Schuld.

Böning, Peter

- Die Lehre vom Unrechtsbewusstsein in der Rechtsphilosophie Hegels, 1977; zit. : Unrechtsbewusstsein.

Burmann, Michael/ Heß, Rainer/Jahnke, Jürgen/Janker, Helmut

- Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl., München 2010, zit.: Bur-mann/Heß/Jahnke/Janker, StVR.

Busch, Richard

- Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-FS, S.

165 ff.

Dannecker, Gerhard

- Das intertemporale Strafrecht, Tübingen 1993.

Darnstädt, Thomas

- Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Jus 1978, S. 441 ff.

Deckers, Rüdiger

- Unrechtsbewusstsein, in: Bönner, Karl H./de Boor, Wolfgang (Hrsg.), Unrechtsbewusstsein, aus der Sicht des Täters, aus der Sicht des Richters, Basel/München/Paris/London/New York/Sydney 1982; zit.: Unrechtsbewusstsein.

Dimakis, Alexandros

- Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, Eine Untersuchung zur Problematik des bedingten Unrechtsbewusstseins, 1992; zit.: Zweifel

Eckert, Hans-Ulrich

- Schuld, Verantwortung, Unrechtsbewusstsein : Bemerkungen zum personalen Konzept strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1999; zit.: Schuld

Eisenberg, Ulrich

- Kriminologie, 6 Aufl., München 2005.

Epping, Volker/ Hillgruber, Christian

- Grundgesetz, 8. Aufl., München 2010, zit.: Epping/Hillgruber/Bearbeiter.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von

- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. Aufl., Gießen 1801, zit.: LB, 1. Aufl.
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, Mit Anmerkungen, herausgegeben von C. J. A. Mittermaier 14. Aufl., Gießen 1847, zit.: LB, 14. Aufl.

Fischer, Thomas/ Schwarz, Otto/Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert

- Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl., München 2011, zit.: *Fisch*, StGB.

Frank, Reinhard

- Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931; zit.: StGB.

Freund, Georg

- Strafrecht, Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, zit: AT.

Frister, Helmut

- Die Struktur des "voluntativen Schuldlements": zugleich eine Analyse des

Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, Berlin 1993; zit.: Struktur.

- Strafrecht, allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2009, zit.: AT.

Groteguth, Thomas

- Norm- und Verbots(un)kenntnis: § 17 Satz 2 StGB, Berlin 1993; zit.: Verbots(un)kenntnis.

Grünwald, Gerald

- Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, ZStW 76 (1964), S. 1 ff.

Hart, Herbert Lionel Adolphus

- The concept of law, 2. ed., Oxford 1994.

Hassemer, Winfried

- Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, JuS 1989, S. 843 f.

Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.)

- Beck'scher Online-Kommentar StGB, 13. Edition, München 2010, zit.: BeckOK/Bearbeiter

Horn, Eckhard

- Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit: eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, Berlin 1969; zit.: Verbotsirrtum.

Hruschka, Joachim

- Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1988, zit.: Strafrecht.

Iltting, Karl-Heinz

- Naturrecht und Sittlichkeit: begriffsgeschichtliche Studien , 1. Aufl., Stuttgart 1983, zit.: Naturrecht und Sittlichkeit.

Jakobs, Günther

- Schuld und Prävention, Tübingen 1976.
- Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, zit.: AT.
- Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit? in: Dieter Henrich (Hrsg.), Aspekte der Freiheit: Vortragsreihe der Universität Regensburg, Regensburg 1982, S. 69 ff., zit.: Willensfreiheit.

Jellinek, Georg

- Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908; zit.: Die sozialetische Bedeutung.

Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas

- Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996; zit.: AT.

Jhering, Rudolf von

- Der Zweck im Recht, Band 2., 8. Aufl., Leipzig 1923, zit.: Der Zweck im Recht II.

Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus

- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., München 2003, zit.: MüKo/Bearbeiter.

Joerden/ Jan C.

- Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010, zit.: Logik im Recht.

Kaiser, Günther

- Verkehrsdelinquenz und Generalprävention : Kriminologie der Verkehrsdelikte und zum Verkehrsstrafrecht, Tübingen 1970, zit.: Verkehrsdelinquenz

Kaiser, Günther

- Kriminologie : eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl., Heidelberg 1997, zit.: Kriminologie.

Kaufmann, Armin

- Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), S. 64 ff.
- Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normenlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954, zit.: Bindings Normentheorie.
- Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, durchgesehener Neudruck der Ausgabe Mainz 1949, Aalen 1985; zit.: Unrechtsbewusstsein.

Kaufmann, Arthur

- Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, in: Wilfried Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S.185 ff.
- Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2. Aufl., Köln 1983, zit.: Schuld und Strafe.
- Die Parallelwertung in der Laiensphäre, ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre, München 1982; zit.: Parallelwertung.
- Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., Heidelberg 1976; zit.: Schuldprinzip.

Kelsen, Hans

- Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928, zit.: Grundlagen.

Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich

- Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, zit.:

NK/Bearbeiter.

Köhler, Michael

- Strafrecht, allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg/New York 1997, zit.: AT.

Kohlrausch, Eduard/ Lange, Richard

- **Strafgesetzbuch**: mit Erläuterung und Nebengesetzen, 43. Aufl., Berlin 1961, zit.: *Kohlrausch/Lange*, StGB.

Krauß, Detlef

- Das Unrechtsbewusstsein, Studie an zwei Gerichtsurteilen, in: Bönner, Karl H./de Boor, Wolfgang (Hrsg.), Unrechtsbewusstsein, aus der Sicht des Täters, aus der Sicht des Richters, Basel/München/Paris/London/New York/Sydney 1982; zit.: Unrechtsbewusstsein.

Kuhlen, Lothar

- Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Frankfurt am Main 1987; zit.: Unterscheidung

Kunz, Karl-Ludwig

- Strafausschluss oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?, GA 1983, S. 457 ff.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian

- Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2007; zit.: *Lackner/Kühl*, StGB.

Langer, Winrich

- Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung — Zur Kompetenzabgrenzung von Strafgesetzgebung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Strafrechtswissenschaft —, GA 1976, S. 193 ff.

Lang-Hinrichsen, Dietrich

- Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotstirrtum, JR 1952, S. 184 ff.

Laubenthal, klaus/Baier, helmut

- Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 2000, S. 205

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus

- Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Berlin/New York, zit.: LK/Bearbeiter.

Lesch, Heiko

- Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums, JA 1996, S. 346 ff., 504 ff., 607 ff.

Liszt, Franz von

- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., Berlin 1919, zit.: LB.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman

- Grundgesetz, München 2010, zit.: Maunz/Dürig/Herzog/Bearbeiter

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl., Heidelberg 1992; zit.: AT/1.

Mayer, Hellmuth

- Strafrecht, allgemeiner Teil, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, zit.: AT.

Meyer-Ladewig, Jens

- Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, zit.: EMRK.

Naucke, Wolfgang

- Staatstheorie und Verbotsirrtum, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 503 ff.
- Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1973, zit.: Generalklauseln.
- Der materielle Verbrechensbegriff im 19. Jahrhundert, in: Diethelm Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert : Kontinuität, Inhalt, Funktion, Wirkung, Goldbach 1997, S. 269 ff.; zit. Verbrechensbegriff.

Neumann, Ulfrid

- Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), JuS 1993, S. 793 ff.

Otto, Harro

- Der Verbotsirrtum, Jura 1990, S. 645 ff.
- Grundkurs Strafrecht, Band 1, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004; zit.: AT.

Pawlik, Michael

- „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter“? , in: Gerhard Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/München 2007, S. 133.

Platzgummer, Winfried

- Die Bewusstseinsform des Vorsatzes: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, Wien 1964; zit.: Bewusstseinsform.

Puppe, Ingeborg

- Vorsatz und Rechtsirrtum, in: Holm Putzke (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos : Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2008, S. 275.
- Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, S. 145 ff.
- Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Rudolphi-FS, 2004, S. 231 ff.
- Kleine Schule des juristischen Denkens, Göttingen 2008; zit.: Kleine Schule.

- Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, zit.: AT

Quine, Willard Van Orman

- Grundzüge der Logik, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1993, zit.: Logik.

Roxin, Claus

- Literaturbericht, Allgemeiner Teil, ZStW 78 (1966), S. 214 f.
- Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, S. 279 ff.
- Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), S. 582 ff.
- Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, in: Hans Joachim Hirsch (Hrsg.), Deutsch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1986 : dogmatischer Teil der Strafrechtsreform, Sanktionensystem, Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Baden-Baden 1987, S. 81 f.; zit.: Kolloquium 1986
- „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als Strafrechtliche Systemkategorien, in: Claus Roxin (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft : Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 171 ff.
- Bemerkungen zur actio libera in causa, in: Wilfried Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S. 307 ff.
- Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, S. 373 ff.
- Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988.
- Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363, JuS 1964, S. 53 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim

- Das virtuelle Unrechtsbewusstsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, in: Bönner, Karl H./de Boor, Wolfgang (Hrsg.), Unrechtsbewusstsein, aus der Sicht des Täters, aus der Sicht des Richters, Basel/München/Paris/London/New York/Sydney 1982; zit.: Das virtuelle Unrechtsbewusstsein.
- Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969; zit.: Unrechtsbewusstsein.
- Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984; zit.: Grundfragen.
- Die Bedeutung eines Gewissenentscheides für das Strafrecht, in: Günter

Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 605

Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/ Samson, Erich/ Günther, Hans-Ludwig

- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7., teilweise 8. Aufl., München/Unterschleißheim, zit.: SK/Bearbeiter.

Sachs, Michael (Hrsg.)

- Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München 2009; zit.: Sachs/Bearbeiter.

Safferling, Christoph J. M.

- Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Tübingen 2008; zit.: Vorsatz.

Satzger, Helmut

- Internationales und europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2010., zit.: Int. Strafrecht.

Satzger, Helmut/ Schmitt, Bertram/ Widmaier, Gunter

- Strafgesetzbuch: Kommentar, 1. Aufl., Köln 2009, zit.: SSW-StGB/Bearbeiter

Sax, Walter

- Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte Bd. III 2. Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959, S. 909 ff., zit.: Die Grundrechte III (2).

Schewe, Günther

- Bewusstsein und Vorsatz, Neuwied/Berlin 1967; zit.: Bewusstsein und Vorsatz.

Schlüchter, Ellen

- Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1983; zit.: Irrtum.

Schmidhäuser, Eberhard

- Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB) – Zugleich zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. 12 1975 über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB: JZ 1976, 91, BVerfGE 41, 121, JZ 1979, S. 361 ff.
- Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins, in: Friedrich Geerds und Wolfgang Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft : Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, Berlin 1966, S. 17 ff.
- Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, S. 1807 ff.
- Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, S. 1807 ff.

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975, zit.: LB.

Schmoller, Gustav von

- Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre Band 1, Begriff ; Psychologische und sittliche Grundlage ; Literatur und Methode ; Land, Leute und Technik; Die gesellschaftliche Verfassung der Volkswirtschaft, München/Leipzig 1919, zit.: Grundriss I.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst

- Strafgesetzbuch, Kommentar,, 28. Aufl., München 2010, zit.: Sch/Sch/Bearbeiter.

Schreiber, Hans-Ludwig

- Gesetz und Richter: zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Frankfurt a. M. 1976, zit.: Gesetz und Richter.
- Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW 80 (1968), S. 348 ff.

Schroth, Ulrich

- Vorsatz und Irrtum, München 1998; zit.: Vorsatz

Schünemann, Bernd

- Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984; zit.: Grundfragen.
- Nulla poena sine lege? : rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin/New York 1978, zit.: Nulla poena.

Schünemann, Hans-Wilhelm

- Verbotsirrtum und Faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, S. 735 ff.

Seelmann, Kurt

- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10. 4. 1996 – 3 StR 5/96, StV, 1996, S. 672f.
- Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 2010.

Shklar, Judith N.

- Legalism, Cambridge, Mass. 1964.

Siekmann, Hanno

- Das Unrechtsbewusstsein der DDR-"Mauerschützen", Berlin 2005; zit.: Mauerschützen.

Spendel, Günter

- Das Unrechtsbewusstsein in der Verbrechenssystematik, in: Hans-Heinrich Jescheck und Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin 1989.

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar

- Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 6. Aufl., München 2011; zit.: AT/1.

Streng, Franz

- Das „Wahndelikt“ – ein Wahn? Überlegungen zum umgekehrten Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, GA 2009, S. 529 ff.

Stuckenberg, Carl-Friedrich

- Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik, Berlin 2007; zit.: Vorstudien.

Tiedemann, Klaus

- Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), S. 869 f.
- Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsrechts, Tübingen 1969, zit.: Tatbestandsfunktionen.

Timpe, Gerhard

- Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, S. 51 ff.

Tischler, Werner Georg

- Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale : Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems, Berlin 1984; zit.: Verbotsirrtum.

Valerius, Brian

- Das globale Unrechtsbewusstsein, NStZ 2003, S. 341.

Velten, Petra

- Normkenntnis und Normverständnis, Baden-Baden 2002; zit.: Normkenntnis.

Vergho, Raphael

- Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, Freiburg 2009, zit.: Verbraucherschutzstrafrecht.
- Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 2008

Walter, Tonio

- Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen 2006, zit.: Kern.

Warda, Heinz-Günter

- Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, S. 1 ff., 71 ff., 113 ff., 286 ff.

- Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955; zit.: Blankettstrafgesetzen.
- Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, in: Günter Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 499.

Welzel, Hans

- Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, zit.: Naturrecht.
- Arten des Verbotsirrtums, JZ 1953, S. 266 ff.
- Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ 1954, S. 276 ff.
- Diskussionsbemerkungen zum Thema „Die Irrtumsregelung im Entwurf“, ZStW 76 (1964), S. 619 ff.
- Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961; zit.: Strafrechtssystem.
- Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1990, zit.: Naturrecht.
- Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, zit.: LB

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner

- Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau, 40. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg/Müller 2010, zit.: AT.

Zabel, Benno

- Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB, GA 2008, S 33 ff.

Zaczyk, Rainer

- Der Begriff „Gesellschaftsgefährlichkeit“ im deutschen Strafrecht, in: Klaus Lüderssen, (Hrsg.), Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt am Main 1990, S. 113 ff.; zit.: Modernes Strafrecht.
- Der verschuldete Verbotsirrtum – BayOblG, NJW 1989, 1744, JuS 1990, S. 88 ff.

Ziegert, Ulrich

- Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, Berlin 1987.

Zippelius, Reinhold

- Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006.