

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die ältere Lehre	5
I. Die Diskussion seit dem Ende des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts .	5
1. <i>Kleinschrod</i>	5
2. <i>v. Almendingen</i>	6
3. <i>Köstlin</i>	9
II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	10
III. Die Vorsatztheorie	14
1. <i>Binding</i>	15
2. Die übrigen Vertreter der Vorsatztheorie — die Entwicklung bis zum Zweiten Weltkrieg	19
C. Die Abgrenzung des Unrechtsbewußtseins vom Verbotsirrtum	25
I. Subjektive Unsicherheit und objektiv umstrittene Rechtslage — „echtes“ und „unechtes“ bedingtes Unrechtsbewußtsein	25
1. Zu den verschiedenen Wahrscheinlichkeitstheorien	26
a) Der „klassische“ Wahrscheinlichkeitsbegriff	26
b) Objektive Wahrscheinlichkeit	26
c) Subjektive Wahrscheinlichkeit	28
2. Wahrscheinlichkeitstheorien und ihre strafrechtliche Anwendung — insbe- sondere im Bereich des Unrechtsbewußtseins	29
3. Exkurs: Die Fälle des „unechten“ bedingten Unrechtsbewußtseins	32
a) Abgrenzung der Problematik	32
b) Mögliche Lösungen	35
α) Lösungen auf der Tatbestandsebene	37
αα) Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz	37
ββ) In dubio mitius — die „Vertretbarkeitslösung“	38
β) Lösungen im Bereich der Schuld	42
αα) Unzumutbarkeit?	42
ββ) Behandlung als Verbotsirrtum	43

II. Gleiche Abgrenzungskriterien für Vorsatz und Fahrlässigkeit und für Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum?	46
III. Unterschiedliche Abgrenzungskriterien für Handlungs- und Unterlassungsdelikte?	52
IV. Die „Willenstheorie“	55
1. Überblick über die benutzten Kriterien	55
2. Probleme der Rechtsprechung des BGH	57
3. Die dogmatische Begründung der Willenstheorie	60
a) Die Lehre <i>Rudolphis</i>	60
b) Die Natur des Sich-Abfindens und des Ernstnehmens als Kriterien der Abgrenzung des Unrechtsbewußtseins	61
α) Das Ernstnehmen der Gefahr bzw. der Möglichkeit der Rechtswidrigkeit	63
β) Das Sich-Abfinden mit der Tatbestandsverwirklichung als notwendige Folge des Ernstnehmens der Gefahr	65
γ) Folgen für die Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins ..	67
c) Die „Entscheidung für das mögliche Unrecht“ im Rahmen der Lehre <i>Rudolphis</i>	68
d) Das Sich-Abfinden mit der Tatbestandsverwirklichung bzw. mit der möglichen Rechtswidrigkeit als selbständiges Willenselement	71
4. Kritik der Willenstheorie	74
V. Die „emotionalen“ Theorien	79
1. Die Billigungstheorie	79
2. Die Gleichgültigkeitstheorie	81
a) Der Begriff der Gleichgültigkeit — das Gesinnungsmoment beim Unrechtsbewußtsein	81
b) Kritik der Gleichgültigkeitstheorie	85
c) Bedingtes Unrechtsbewußtsein und „abgestumpfter Gewohnheitsverbrecher“	88
VI. Die Möglichkeitstheorie	91
1. Prolegomena zur Möglichkeitstheorie	91
2. Die begriffliche Vereinbarkeit von Zweifel und Irrtum	93
3. Irrtum und Zweifel in anderen Bereichen des Strafrechts	97
4. Die Motivierungskraft des Unrechtszweifels	100
a) Privilegierung des Gleichgültigen?	100
b) Die Bedeutung der normativen Betrachtung für die Abgrenzung des Unrechtsbewußtseins	103
VII. Die Annahme eines Verbotsirrtums in allen Fällen des Unrechtszweifels ..	110

VIII. Die Wahrscheinlichkeitstheorie	112
1. Die herkömmlichen Versionen der Wahrscheinlichkeitstheorie	112
2. Wahrscheinlichkeit als Risiko	114
3. Wahrscheinlichkeit als Urteil des Täters über eine Möglichkeit	116
4. Unrechtsbewußtsein als Urteil über die vorgestellte Möglichkeit der Rechtswidrigkeit	117
5. Einwände gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie	124
6. Die Ernstnahme der Möglichkeit, rechtswidrig zu handeln — die Verdrän- gungs- und Gleichgültigkeitsfälle	127
7. Die Übernahme der vorgestellten Möglichkeit der Rechtswidrigkeit als verbindliche persönliche Sicht	132
IX. Zwischenergebnis	134
D. Die Bestrafung beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein	137
I. Muß das Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein immer unter Strafe gestellt sein?	138
II. Strafmilderung beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein?	139
1. Die Herleitung der Strafmilderung aus dem Schuldgrundsatz	139
2. Die Behebbarkeit des Zweifels	142
III. Zwischenergebnis	147
IV. Bedingtes Unrechtsbewußtsein und Zumutbarkeit	147
1. „Zumutbarkeit“ der Erkundigung	147
2. Zumutbarkeit der Nichtvornahme der Tat beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein	149
V. Bedingtes Unrechtsbewußtsein und mangelnde Vorwerfbarkeit — der Zwei- fel über zwei einander ausschließende Pflichten	157
VI. Bedingtes Unrechtsbewußtsein und Generalprävention	163
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	169
Literaturverzeichnis	177

A. Einleitung

Die Frage nach dem Unrechtsbewußtsein gehört zu den meistdiskutierten Problemen der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft. Die inzwischen unübersichtlich gewordene Literatur und die reiche Rechtsprechung zu diesem Thema haben zwar wesentlich zur Klärung der Problematik beigetragen, noch gibt es aber wichtige Bereiche, in denen die Irrtumsdogmatik einen langen Weg vor sich hat. Zu denken wäre etwa an den Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale und die Abgrenzung des Tatbestands- vom Verbotsirrtum, an die Konkretisierung der Kriterien der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums sowie an die Stellung und die Funktion des Verbotsirrtums im Rahmen der neueren Auffassungen über den funktionalen Schuldbegriff. Gleichzeitig werden alte Fragen, die als geklärt galten, erneut gestellt. Es erscheint deshalb auch nur wenig überraschend, daß sich einige Autoren weiterhin für die Vorsatztheorie aussprechen¹ und daß sogar auf die alte reichsgerichtliche Unterscheidung von Tatirrtum und strafrechtlichem sowie außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum zurückgegriffen wird².

Überraschend dürfte es allerdings sein, daß über die Behandlung des Zweifels an der Rechtswidrigkeit, der Gegenstand dieser Untersuchung ist, sehr wenig geschrieben worden ist. Zwar lassen sich fast in jedem Lehrbuch oder Kommentar einige Sätze zu dem Thema finden, so etwa, daß für das Vorliegen des Unrechtsbewußtseins keine sichere Kenntnis erforderlich sei, bedingtes Unrechtsbewußtsein vielmehr ausreiche. Diese Aussage ist meistens von dem Bekenntnis zu einem der hier zu untersuchenden Abgrenzungskriterien begleitet. Eine gründlichere Analyse des Unrechtszweifels ist jedoch nur an wenigen Stellen zu finden, ganz abgesehen davon, daß eine monographische Bearbeitung des

¹ Vgl. *Langer*, GA 1976, S. 213 ff.; *Schmidhäuser*, JZ 1979, S. 365 ff.

² Vgl. etwa die Arbeiten von *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, und *Tischler*, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Zum gegenwärtigen Stand der Irrtumslehre im Strafrecht vgl. *Frisch*, in: *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 3, S. 237 ff.

Themas nicht vorhanden ist³. Dieser Mangel wird noch auffälliger, wenn man den Vergleich zur Parallelerscheinung des *dolus eventualis* zieht, der immer noch einen beliebten Gegenstand strafrechtlicher Untersuchungen bildet. Der Grund dafür liegt in dessen viel größerer Bedeutung; seine Verneinung hat zumeist Strafflosigkeit (oder ggf. eine erheblich mildere Fahrlässigkeitsstrafe) zur Folge. Andererseits ist für die Bejahung von Schuld das Unrechtsbewußtsein nicht unbedingt erforderlich; nur die Möglichkeit der Unrechtseinsicht ist nach der Schuldtheorie eine ausreichende Grundlage für die Bestrafung des Täters, und zwar nach § 17 S. 2 StGB ohne obligatorische Strafmilderung⁴. Das hat zu der Auffassung geführt, daß es sich bei der Abgrenzung des Unrechtsbewußtseins vom Verbotsirrtum lediglich um eine „dogmatisch-klassifikatorische Vorentscheidung“ handelt; entscheidend sei vielmehr die Vorwerfbarkeit des Irrtums⁵.

Hierzu ist zunächst anzumerken, daß der Wert einer „dogmatisch-klassifikatorischen“ Systematisierung nicht unterschätzt werden darf. Die dogmatische Systematisierung ist eine primäre Aufgabe der Strafrechtswissenschaft und stellt natürlich keinen Selbstzweck dar. Sie dient vielmehr als Grundlage für ein rechtsstaatliches Strafrecht und als Ausgangspunkt für einen effektiven Rechtsgüterschutz⁶. Die heutige Praxis, die in den Fällen des Unrechtszweifels ohne deutliche Grenzziehung zwischen Verbotskenntnis und Verbotsirrtum unmittelbar nach Vermeidbarkeitsmaßstäben urteilt, hat zu einer höchst unbefriedigenden begrifflichen Unklarheit geführt und erweckt den Eindruck, daß zumeist das Rechtsgefühl entscheidet. Über ihre systematische Bedeutung hinaus hat jedoch die Abgrenzung des Unrechtsbewußtseins vom Verbotsirrtum auch eine erhebliche praktische Relevanz. Denn während beim Handeln mit Unrechtsbe-

³ Auf das Bedürfnis einer näheren dogmatischen Ausarbeitung der Problematik weist neurdings auch *Roxin* hin (AT 1, S. 596).

⁴ So hat die Abgrenzung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit für die Vorsatztheorie eine größere Bedeutung, weil mit seiner Verneinung der Vorsatz entfällt, was in den meisten Fällen zur Strafflosigkeit führt.

⁵ *Kienapfel*, ÖJZ 1976, S. 113. Dagegen *Schick*, ÖJZ 1980, S. 596, 600. Vor der Gefahr einer solchen Vernachlässigung der Abgrenzung von Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum hat *Warda*, ZStW 71 (1959), S. 260, gewarnt, als er sich gegen die Möglichkeit wandte, beim vermeidbaren Verbotsirrtum in gleicher Weise zu strafen wie bei Vorliegen von Unrechtsbewußtsein (d.h. ohne zwingende Strafmilderung). Vgl. auch *Krümpelmann*, GA 1968, S. 136, Anm. 40.

⁶ Vgl. *Hirsch*, ZStW 93 (1981), S. 831 ff.; *Welzel*, FS für Maurach, S. 4 f.; *Androulakis*, Strafrechtliche Studien, S. 10 ff., 21, 31 f. (auf griechisch).

wußtsein auf die volle Vorsatzstrafe zu erkennen ist⁷, eröffnet sich mit der Einordnung eines psychischen Sachverhalts in den Bereich des Verbotsirrtums eine breite Strafmilderungsmöglichkeit, die im Falle der Unvermeidbarkeit bis zur Strafflosigkeit reicht⁸. Erst recht zeigt sich, wie wichtig diese Abgrenzung ist, wenn man die richtige, aber in § 17 StGB nicht verankerte Auffassung zugrundelegt, daß im Falle eines Verbotsirrtums eine Strafmilderung obligatorisch zu sein hat⁹. Man sollte weiterhin die Tatsache nicht außer acht lassen, daß die Fälle des Zweifels an der Rechtswidrigkeit im täglichen Leben durchaus nicht selten sind. Fälle eines naiven Verbotsirrtums, in denen der Täter an die Rechtswidrigkeit der Tat gar nicht denkt, sind sicherlich seltener als Fälle des Unrechtszweifels¹⁰. Andererseits beschränkt sich das Handeln mit sicherer Unrechtskenntnis oft nur auf die wichtigsten Tatbestände des Kernstrafrechts. Bei dem ständig an Bedeutung gewinnenden Nebenstrafrecht ist der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat eine „alltägliche Situation“¹¹.

Die vorliegende Untersuchung beginnt mit einem Überblick über die Entwicklung der Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins in den letzten 200 Jahren, unter besonderer Berücksichtigung der reichen Judikatur des Reichsgerichts zu diesem Thema sowie der Vorsatztheorie, für die der Unrechtszweifel von erheblicher Bedeutung war. Danach wird sie in zwei große Teile gegliedert. Der erste betrifft die Abgrenzung des Unrechtsbewußtseins vom Verbotsirrtum. Zunächst werden einige Vorfragen geklärt, und es wird

⁷ Ob eine Strafmilderung auch im Falle des (bedingten) Unrechtsbewußtseins angezeigt ist, ist ebenfalls Gegenstand dieser Untersuchung. Siehe unten, S. 139 ff.

⁸ Das ist die bekannte „Geschmeidigkeit“ bzw. „Elastizität“ der Schuldtheorie und des § 17 StGB, die die Gerechtigkeit im Einzelfall ermöglichen soll (Welzel, NJW 1951, S. 578; vgl. Jakobs, Studien, S. 110). Man weist andererseits darauf hin, daß hierdurch — insbesondere durch die Unklarheit, die bei der Bestimmung der Vermeidbarkeitskriterien herrscht — der Weg zur Willkür eröffnet werden kann (Arthur Kaufmann, FS für Lackner, S. 186). Vgl. auch Krümpelmann, Beiheft zur ZStW 1978, S. 36.

⁹ Hirsch, in: Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, S. 52; Roxin, in: Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, S. 82 f.; Zaczyk, JuS 1990, S. 893. Vgl. auch Roxin, ZStW 76 (1964), S. 604 ff.

¹⁰ Roxin, in: Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, S. 85.

¹¹ Schick, ÖJZ 1980, S. 600. Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 306. Die Häufigkeit der Fälle des bedingten Unrechtsbewußtseins im Nebenstrafrecht zeigt sich ganz deutlich schon in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der Irrtumsvorordnung von 1917 sowie zu den Irrtumsvorschriften der Reichsabgabenordnung und der Devisenbewirtschaftungsgesetze. Das Reichsgericht hat, wie noch zu zeigen ist, sehr oft die Gelegenheit gehabt, sich mit dem Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat zu beschäftigen. Vgl. unten, S. 10.