Hamburger Rechtsstudien

Heft 83

Norm- und Verbots(un)kenntnis

§ 17 Satz 2 StGB

Von

Thomas Groteguth

Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS GROTEGUTH

Norm- und Verbots(un)kenntnis

Hamburger Rechtsstudien

herausgegeben von den Mitgliedern des
Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg
Heft 83

Norm- und Verbots(un)kenntnis

§ 17 Satz 2 StGB

Von

Thomas Groteguth

Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Universität Hamburg

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Groteguth, Thomas:
Norm- und Verbots(un)kenntnis : § 17 Satz 2 StGB / von Thomas Groteguth. — Berlin : Duncker und Humblot, 1993
(Hamburger Rechtsstudien; H. 83)
Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1992
ISBN 3-428-07537-4
NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0072-9590
ISBN 3-428-07537-4

Meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbst 1989 fertiggestellt. Später erschienene Literatur konnte leider nur teilweise berücksichtigt werden.

Die Anregung zu der Arbeit ging von Prof. Dr. Michael Köhler aus, der mit unendlicher Geduld und ständiger Gesprächsbereitschaft ihre Betreuung übernommen hat. Für die Vermittlung einer sachlich-kritischen Sicht des Strafrechts gegenüber naiv-positivistischer Affirmation danke ich ihm in herzlicher Verbundenheit.

Daneben schulde ich zahlreichen anderen Dank, die mir, ob bewußt oder unbewußt, bei der Suche nach Antworten auf entwickelte Fragen geholfen haben. Ausgeschlossen ist, sie alle zu nennen. Gleichwohl statte ich ihnen an dieser Stelle meinen Dank ab. Diejenigen, die es angeht, werden es wissen.

Hamburg, Oktober 1992

Thomas Groteguth

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung 15

2. Teil

Aktuelles Unrechtsbewußtsein 22

1. Abschnitt: Abwesenheit von Bewußtseinsdefiziten 22

2. Abschnitt: Entwickeltes Unrechtsbewußtsein 23

A. Bisheriger Stand der Diskussion 23

I. Frage nach dem Inhalt des Unrechtsbewußtseins 23

II. Frage nach den Bildungsvoraussetzungen 24

1. „Gewissensanspannung" und verwandte Formeln 24

2. Kritik an der Kategorie 25

3. Relativierung nach Kern-/Randbereich 27

a) Praktikabilität der Kategorisierung 28

b) Kritik der Kategorisierung 29

aa) Vergleich mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . 29

(1) Kritik an der Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . 30

(2) Heutige Gültigkeit der Kritik 30

(a) Schuldprinzip 30

(b) Bestimmtheitsgebot 31

(c) Ableitung des Normbewußtseins aus der Kategorisierung 31

bb) Materiale Wertethik 32

cc) Methodischer Mangel 33

c) Erforderlichkeit weiterer Analyse des Unrechtsbewußtseins . . . 33

III. Ergebnis 34

B. Bildung des Unrechtsbewußtseins 35

I. Ambivalenz des Begriffs des Unrechtsbewußtseins 35

II. Derzeitiger Stand der Analyse 37

III. Offene Fragen 38

IV. Bestimmung des Unrechtsbewußtseins aus dem Begriff der Person . . . 39

1. Person 40

2. Gemeinschaftlichkeit 41

a) Wechselseitige Anerkennung im Zwei-Personen-Verhältnis ... 41
b) Beteiligung des Dritten an der Begründung der Intersubjektivität 43
3. Vermittlung von Anerkennungsverhältnissen in und durch Intersubjektivität ... 45
4. Zwangsrecht ... 45
5. Staat ... 47
6. Strafgesetz ... 48
a) Beschränkung auf den Bereich des Rechts ... 48
b) Beschränkung im Bereich des Rechts ... 49
c) Relativität und Absolutheit des allgemeinen Willens im Strafgesetz ... 50
aa) Relativität des allgemeinen Willens im Strafgesetz ... 51
bb) Asolutheit des allgemeinen Willens im Strafgesetz ... 52
(1) Berechtigende Wirkung ... 53
(2) Verpflichtende Wirkung ... 53
(a) Gültigkeitserfordernis ... 53
(aa) Ableitung des Gesetzes aus der Interpersonalität ... 53
(bb) Bestimmtheitsgebot ... 54
α) Voraussehbarkeit ... 54
β) Nachprüfbarkeit ... 54
(cc) Analyse des Bestimmtheitsgebots ... 55
α) Maßstab der Voraussehbarkeit ... 55
αα) Verzicht auf die Voraussehbarkeit bei formeller Bestimmung ... 56
ββ) Materielle Perspektive ... 57
γγ) Vermittlungspflicht ... 58
(α) Ableitung der Pflicht ... 58
(β) Materielle Erfüllung ... 58
(γ) Intensität der Pflicht ... 59
(δ) Einseitigkeit der Pflicht ... 60
β) Maßstab der Nachprüfbarkeit ... 60
γ) Beziehung zwischen materieller und formeller Rechtsordnung ... 62
αα) Existentieller Konstitutionszusammenhang ... 63
(α) Inkongruenz ... 63
(β) Fragmentarische Natur des Strafrechts ... 63
ββ) Funktioneller Konstitutionszusammenhang ... 64
(dd) Gültigkeit der Norm ... 65
(b) Verfolgungszwang ... 66

V. Ergebnis 67
1. Klärung aufgeworfener Fragen 68
a) Bestimmung des Unrechtsbewußtseins aus der Interpersonalität 68
b) Bildung des Unrechtsbewußtseins durch Vermittlung von Anerkennungsverhältnissen 68
c) Vertragliche Ableitung des Gesetzes 68
d) Interdependenz zwischen Gesetz und Anerkennungsverhältnis 69
e) Brauchbarkeit soziologischer Kategorien für die Erfassung der Zusammenhänge 70
f) Anerkennung des sachgedanklichen Mitbewußtseins 71
g) Anerkennung des bedingten Unrechtsbewußtseins 71
h) „Potentielles" Unrechtsbewußtsein 72
2. Auswirkungen der gewonnenen Erkenntnisse auf die Straftatstruktur 73
a) Ableitung der Sollensnorm als Schutz von Anerkennungsverhältnissen (Rechtsgütern) 73
aa) Bezogensein auf ein konkretes Anerkennungsverhältnis 73
(1) Objektives Bezogensein 73
(2) Subjektives Bezogensein 74
bb) Kongruenzprinzip 74
(1) Ableitung aus dem Bezug 74
(2) Einschränkung des Kongruenzprinzips 75
(a) Subsumtionsirrtum / Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal 75
(b) Ununterscheidbarkeit von normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen 76
(c) Unbestimmtheit der Kategorie 77
(3) Materieller Vorsatzbegriff 78
(a) Einwände gegen die materielle Bestimmung des Vorsatzes 79
(aa) Keine intersubjektive Verbindlichkeit 79
(bb) Rechtsunsicherheit 80
(cc) Strafbarkeitslücken 81
α) Zum Wert des Arguments 81
β) Zur Sache 82
(dd) Konvergenz 82
(ee) Ungleichbehandlung von äußerer und innerer Tatseite 83
(ff) Widerspruch zum objektiven Recht 84
(b) Ergebnis 84
b) Anforderungen an die Unrechtsseite der Straftat 85
aa) Gültige Norm 86
bb) Materiell-konkretes Verletzungswissen 86
cc) Vereinbarkeit mit § 17 StGB 86

(1) Auslegung von § 17 StGB 87
(2) Vorrang der teleologischen Methode 88
dd) Bezug des Verletzungswissens zur formellen Norm 88
c) Abgrenzung von der Vorsatztheorie 89
d) Ablehnung der Kombinationslehre 89
aa) Kategorisierung strafrechtlicher Tatbestände 89
bb) Objektives Bezogensein auch im sogenannten Nebenstrafrecht 90
e) Praktische Konsequenzen aus den gewonnenen Erkenntnissen 92
aa) Vermittlungsdefizit 93
(1) Neues Anerkennungsverhältnis 93
(2) Änderung der Norm 95
(a) Neues Gesetz 95
(b) Änderung der Rechtsprechung 95
(aa) Verbot nur durch Gesetz 96
(bb) Kein Vertrauensschutz 98
(cc) Genügender Schutz durch Verbotsirrtum . 99
(dd) Keine prozessuale Durchführbarkeit 99
(3) Wechsel des Rechtskreises 100
bb) Objektiv mehrdeutige Ordnung 101
(1) Widersprüchlichkeit der Norm 101
(a) Obsolete Norm 101
(b) Mehrdeutige Norm 102
(2) Widersprüchlicher Umgang mit der Norm 104
(a) Rechtswidriges Verhalten staatlicher Stellen . . . 104
(b) Rechtmäßiges Verhalten staatlicher Stellen 106
(aa) Widersprüchliche Gerichtsentscheidungen 106
(bb) Widersprüchliche Entscheidungen von Behörden 108
cc) Falsche Rechtsauskunft 109
dd) Einschränkung der strafrechtlichen Haftung 110
f) Unrechtsbewußtsein als Bewußtsein des Verletzungsverbots . . . 111
aa) Ambivalenz des materiell-konkreten Verletzungswissens 111
bb) Beziehung zwischen Verletzungswissen und Unrechtsbewußtsein 112
cc) Qualifizierung der Verletzung durch das Subjekt 113
dd) Einwände gegen die materielle Bestimmung des Unrechtsbewußtseins 114
g) Strafbegründung bei Deliktsbegehung mit aktuellem Unrechtsbewußtsein 115
3. Problematische Fälle 115

3. Teil

Bestrafung bei Tatbegehung ohne aktuelles Unrechtsbewußtsein 116

1. Abschnitt: Affekt 116

2. Abschnitt: Annahme einer Gegennorm 116

A. Besondere Gegennorm 117

B. Allgemeine Gegennorm 117

I. Verbotsirrtum als indirekter Irrtum 117

II. Strafbarkeit trotz fehlenden aktuellen Unrechtsbewußtseins? 118

1. Appellfunktion des materiell-konkreten Verletzungswissen als allgemeiner Anlaß zur Erkundung 118

2. Erforderlichkeit materiellen Strafbarkeitsbewußtseins 120

3. Trennung von der Frage der Vermeidbarkeit 121

4. Vermeidbarkeit 122

a) Erkennbarkeit des Unrechts 123

aa) Subjektiver Maßstab 123

bb) Konkretisierung des Maßstabs 124

cc) Indizierung der Vermeidbarkeit durch konkreten Anlaß . . 125

dd) Kausalität der Mißachtung des Anlasses 126

b) Anwendung der gewonnenen Maßstäbe 127

aa) Fall Weinhold 127

bb) Fall Aslan 128

cc) Würdigung der Frage des Unrechtsbewußtseins 129

3. Abschnitt: Ergebnis 133

4. Teil

Zusammenfassung und Gesamtergebnis 134

Literaturverzeichnis 138

1. Teil

Einleitung

Mit der Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen vom 18. März 1952, hat der BGH eine neue Ära des Strafrechts eingeleitet. Mit der in dieser Entscheidung vollzogenen, inzwischen in § 17 StGB in der Fassung des 2. StRG vom 2. Januar 1975 Gesetz gewordenen Abwendung von der Vorsatztheorie und der Hinwendung zur Schuldtheorie[1] wurde nicht nur das Unrechtsbewußtsein als ein selbständiges Schuldelement anerkannt, sondern darüber hinaus dessen Vorliegen als Voraussetzung für eine Bestrafung bezeichnet[2].

Während die Struktur des Verbrechensaufbaus bis heute umstritten geblieben, der Streit zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie noch immer nicht beigelegt ist[3], besteht jedoch kein Zweifel mehr daran, daß das Unrechtsbewußtsein überhaupt ein notwendiges Element der Straftat ist[4,5]. Fehlt dem Täter das Unrechtsbewußtsein, so handelt er in einem die Rechtsfolgen des § 17 StGB auslösenden Verbotsirrtum. Ein solcher Verbotsirrtum ist nicht, wie zunächst in § 21 E 1962 vorgesehen[6], erst dann gegeben, wenn der Täter positiv annimmt, kein Unrecht zu tun, er liegt vielmehr bereits dann vor, wenn dem Täter infolge schlichter Unkenntnis die Unrechtseinsicht gefehlt hat.

Die heute selbstverständlich erscheinende Übereinstimmung im Hinblick auf das Erfordernis des Unrechtsbewußtseins hat nicht zu allen Zeiten bestanden. So zieht sich durch die Rechtsprechung des RG vom Anfang (RGSt 2, 268ff.; Urteil vom 25. Sept. 1880) bis zum Ende (RGSt 77, 275;

---

[1] Vgl. BGHSt 2, 194 (209); bestr. von Schmidhäuser AT 10/64; StuB AT 7/88 - 90; JZ 1979, S. 362; Langer, GA 76, S. 216ff.

[2] BGH aaO. Bereits vor dem BGH hatten seit dem Kriegsende Obergerichte und der OGH (z. B. OGHSt 2, 117 (129f.) in diesem Sinne entschieden (Nachweise bei Kaufmann, UB, S. 23ff. und Jescheck[2], S. 247 Fn. 57).

[3] Vgl. Langer, GA 1976, S. 209ff.; Schmidhäuser StuB 7/89; H.-W. Schünemann, NJW 1980, S. 735 (736). Der Streit wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter erörtert werden, da er für die hier behandelten Probleme ohne Belang ist (vgl. in diesem Sinne auch Rudolphi, UB, S. 2f.).

[4] Siehe nur LK-Schroeder, 17 Rdn. 1; Jakobs 19/2.

[5] Dies tritt bereits in der Bezeichnung der widerstreitenden Theorien zu Tage, die ihre Bezeichnung als Vorsatz- und Schuldtheorie gerade von der Streitfrage herleiten, an welcher Stelle der Straftatstruktur das jedenfalls erforderliche Unrechtsbewußtsein einzuordnen ist.

[6] Vgl. LK/Schroeder § 17 Rdn. 17 m.w.N. in Fn. 20; Baumann 8, S. 438 m.w.N. in Fn. 58 in diesem Sinne schon BayObLG JR 63, S. 229.

Urteil vom 26. Nov. 1943) der auf die Rechtsprechung des RG zum Irrtum bezogene Grundsatz error iuris nocet, demzufolge die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit der Tat dem Täter grundsätzlich nicht zugute kommen sollte. Diese Haltung des RG war einerseits in dem Bemühen begründet, Beweisschwierigkeiten zu umgehen[7], andererseits beruhte sie auf der inzwischen überholten Differenzierung des RG nach Tatsachen- (error facti) und Rechtsirrtum (error iuris) und bei letzterem nach strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum. Während der Tatsachenirrtum immer beachtlich war (error facti non nocet) und den Vorsatz ausschloß, war diese Rechtsfolge beim Rechtsirrtum auf den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum beschränkt. Nur dort sollte der Täter mit seiner Verteidigung, die Norm nicht gekannt zu haben, Beachtung finden können. Fehlte dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit der Verletzung einer Strafrechtsnorm, so ging das RG davon aus, daß derartige Normen jedermann bekannt seien und wertete die Behauptung der Unkenntnis der Norm a priori als Schutzbehauptung[8]. Allerdings wurden dort, wo das Einhalten dieses Grundsatzes auch nach reichsgerichtlichen Maßstäben zu untragbaren Ergebnissen führte, wie etwa im „Nebenstrafrecht"[9], Ausnahmen gemacht[10].

An dieser Rechtsprechung des RG ist zu damaliger Zeit permanent Kritik geübt worden[11]. Dem RG wurde vorgeworfen, mit seiner Behandlung der Irrtumsproblematik gegen den Schuldgrundsatz zu verstoßen, indem es den Täter bestrafe, der um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht gewußt hätte. Im Schrifttum wurde als Minimum an Bewußtseinsinhalt das Bewußtsein der Sozialschädlichkeit[12], der Pflichtwidrigkeit[13] bzw. der Gemeinschädlichkeit[14] gefordert. Andere Autoren ließen es ausreichen, wenn der Täter das Unrechtsbewußtsein hätte haben können und müssen[15].

Inzwischen besteht zwar Einigkeit über die Funktion des Unrechtsbewußtseins im weitesten Sinne der soeben dargestellten Definitionen als verbrechenskonstitutives Merkmal, es herrschen jedoch nach wie vor Unklarheiten über die Frage, mit welchem Aktualitätsgrad dem Täter die Kenntnis der Rechts-

---

[7] Jescheck[2], S. 229 m.w.N. in Fn. 47.

[8] Vgl. Hartung, DRZ 49, S. 342f.

[9] Der Begriff „Nebenstrafrecht", wie der korrespondierende Begriff „Kernstrafrecht" bedürfen der Kritik. Darauf wird noch zurückgekommen werden.

[10] RGSt 42, 26 (27); 50, 332 (335); 62, 35 (41); vgl. auch Irrtums-VO v. 18. 1. 1917 (RGBL S. 58) sowie weitere Nachweise bei Jescheck[2], S. 228 Fn. 46.

[11] Vgl. Binding, Normen, Bd. III, S. 384ff.; v. Hippel, Bewußtsein d. RW, insbes. S. 8ff.; Kohlrausch, Irrtum, S. 118ff., S. 178ff.; Mezger, Lb., S. 329f.; weitere Nachw. bei Baumann[5], S. 397.

[12] E. Schmidt in v. Liszt-Schmidt, S. 258.

[13] P. Merkel, Bd. I, S. 242.

[14] Gleispach in MonSchrKrps 16, 229.

[15] Frank § 59 III 2.

widrigkeit seines Verhaltens gegenwärtig sein muß. Hier geht es darum, ob auch der Täter, der, mit bedingtem Unrechtsbewußtsein handelnd, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nur für möglich hält oder sogar derjenige, der im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnd, kein aktuelles Unrechtsbewußtsein hat, dieses aber hätte haben können, bestraft werden darf.

Diese Unklarheiten will die vorliegende Untersuchung beheben. Ausgegangen wird dabei von dem auch der Entscheidung BGHSt 2, 194ff. zugrunde liegenden klassischen Schuldbegriff[16] in der entwickelten Form des Willensschuldbegriffs[17]. Auszugehen ist danach von einer ursprünglichen Einheit des Subjekts und der Gemeinschaft im Rechtsverhältnis, die vom Subjekt als Teil dieser Gemeinschaft in seinem Willen mitgetragen wird. Durch die Straftat verletzt das Subjekt das Gemeinschafts(rechts)verhältnis und begibt sich dadurch in einen Selbstwiderspruch, da das Gemeinschaftsverhältnis von ihm ursprünglich mitgetragen war. Dieser in der Tat zu Tage tretende Widerspruch wird aufgelöst durch die Strafe, wobei das Subjekt die Auflösung und damit die Strafe selbst vom vernünftig-einsichtigen Standpunkt mitbegründet. Dieser Zusammenhang von Verletzung des Allgemeinwillens (Gesetz) und Selbstverletzung des Subjekts (Strafe) impliziert als Voraussetzung der Begründung des in der Straftat liegenden Selbstwiderspruchs die aktuelle Unrechtseinsicht als Einsicht in die dargestellten Zusammenhänge[18].

Die so abgeleitete verbrechenskonstitutive Qualität des Unrechtsbewußtseins wird jedoch im Fall des bedingten Unrechtsbewußtseins und des vermeidbaren Verbotsirrtums eingeschränkt:

Nach heute überwiegender Auffassung genügt es, wenn der Täter ein bedingtes oder ein potentielles Unrechtsbewußtsein hat. Hält es der Täter für möglich, Unrecht zu tun, ist sich dessen aber nicht sicher, so geht die überwiegende Auffassung von aktuellem Unrechtsbewußtsein aus, wenn der Täter die Unrechtsbegehung in einer dem bedingten Vorsatz entsprechenden Weise in seinen Willen aufgenommen und danach mit bedingtem Unrechtsbewußtsein

---

[16] Im Gegensatz dazu wird vor allem in jüngster Zeit eine Auffassung vertreten, die dem Präventionsgedanken im Schuldbegriff ein Übergewicht einräumt und zu dessen Auflösung in reine Präventionserwägungen zu führen droht (Roxin JuS 1966, S. 384; Rudolphi in: Unrechtsbewußtein, S. 6ff.; Klug, Schutzgedanke, S. 49; Dreher, Gerechte Strafe, S. 133; ders., in ZStW 65, S. 486ff.; Heinitz, ZStW 65, S. 26; Jagusch, LK[8] A. II vor § 13; Nowakowski, FS Rittler, S. 67; Jakobs, Schuld und Prävention; ders., Lehrbuch 17/22ff.). Eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Auffassung kann und soll hier nicht erfolgen (vgl. dazu aber: Köhler, Zusammenhang, S. 40ff.; ders., Begriff der Strafe, S. 62ff., insbesondere S. 66f. m.w.N.; Artur Kaufmann, FS Wassermann, S. 895ff., Köhler GA 1987, S. 155ff.; Wolff, ZStW 97 (1985), S. 826; Griffel in ZStW 98 (1986), S. 43; Stratenwerth, Schuldprinzip, S. 12, 42; LK-Jescheck vor § 13 Rdn. 65, (67)). Sie wird aber dort, wo sie den Gegenstand dieser Untersuchung berührt, insoweit gewürdigt werden.

[17] Vgl. Köhler, Fahrlässigkeit, S. 337f., Begriff, S. 29ff.

[18] Vgl. ebd.