

CHRISTOPH WOLF

Error facti et error iuris

Studien und Beiträge

zum Strafrecht

27

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 27



Christoph Wolf

Error facti et error iuris

Die Vorsatzirrelevanz
des Rechtsirrtums

Mohr Siebeck

Christoph Wolf, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main und an der University of Leicester (UK); 2007 Erste juristische Prüfung; Referendariat in Frankfurt am Main; 2009 Zweite juristische Prüfung; von 2012–2017 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden; 2017 Promotion an der Universität Passau; seit Mai 2017 Qualifikationsprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden.

ISBN 978-3-16-155472-8 / eISBN 978-3-16-155473-5

DOI 10.1628/978-3-16-155473-5

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit beruht auf meiner Dissertationsschrift, die dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Passau im Wintersemester 2016/2017 vorgelegen hat und die für die Drucklegung ergänzt und aktualisiert worden ist. Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. H. Putzke sowie Herrn Professor Dr. R. D. Herzberg, der freundlicherweise das Zweitgutachten erstellt hat. Ferner danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Wiesbaden, im Juli 2019

Christoph Wolf

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXI
A. Einleitung	3
<i>I. Die Quadratur des Kreises als lösbares Problem</i>	<i>5</i>
<i>II. Die Verrechtlichung des Vorsatzgegenstandes als folgenschwere Weichenstellung</i>	<i>8</i>
<i>III. Ausgangspunkte und Grundannahmen</i>	<i>10</i>
1. Funktion der Strafrechtsdogmatik	10
a) Strafrechtswissenschaft als „Zuchtmeister“?	10
aa) Bedenken gegen ein „zuchtmeisterliches“ Selbstverständnis	11
bb) Versuchung „zuchtmeisterlich“ zielorientierter Argumentation im Einzelfall	13
cc) Ordnender Zugriff durch Systematisierung	16
(1) Status quo: Ein systemimmanenter „Gemischtwarenladen“	16
(2) Konsequenzen	17
(3) Erfolgsaussichten	18
b) Strafrechtswissenschaft als bloße Praxisbeobachterin	19
c) Strafrechtswissenschaft als „überflüssiges Spektakulum“?	19
d) Ergebnis	20
2. Ergebnis	22
B. Historische Entwicklungslinien	23
1. Das Verhältnis von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein	23
a) Vorsatz als dolus malus	24
b) Auflösung des dolus als dolus malus	24
c) Ergebnis	26
2. Irrtumsdogmatik des Reichsgerichts auf Grundlage des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871	26

a)	Hintergründe der reichsgerichtlichen Unterscheidung	27
b)	Die Gründe für die Abkehr von der reichsgerichtlichen Doktrin	28
aa)	Abgrenzungswillkür	28
bb)	Verstoß gegen das Schuldprinzip	29
cc)	Gefahr zu großer Milde	30
c)	Gefahren unfundierter Abgrenzungskriterien	30
3.	Hinwendung zur Dichotomie von Tatbestands- und Verbotsirrtum	32
a)	Kernaussagen der Entscheidung BGHSt 2, 194	32
b)	Bewertung	34
aa)	Kontinuitäten mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts	34
bb)	Konservierung des Abgrenzungsproblems	36
cc)	Die Senatsentscheidung als Grundstein einer goldenen Brücke für NS-Täter?	38
c)	Zwischenergebnis	39
d)	Von der Großen Strafrechtskommission zum Allgemeinen Teil bis zu §§ 16, 17 StGB	39
aa)	Der Entwurf 1962	40
(1)	Rechtsirrtum als Tatumstandsirrtum	41
(2)	Vorwerfbar oder vermeidbar?	41
(3)	Verbindungslinien zwischen Handlungslehre und der Lokalisierung des Vorsatzes sowie der Schuldtheorie	42
(a)	Lokalisierung des Vorsatzes	42
(b)	Lokalisierung und Stellenwert des Unrechtsbewusstseins	44
(c)	Ergebnis	45
bb)	Alternativentwurf 1966	46
cc)	Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform	46
dd)	2. Strafrechtsreformgesetz	47
ee)	Folgeprobleme und Erklärungsversuch diesbezüglich	47
e)	Ratio legis der §§ 16, 17 StGB	50
aa)	These von der Appellfunktion	50
bb)	Der Irrtum nach § 16 I 1 StGB als bloß intellektuelles, nicht aber moralisches Versagen	52
cc)	Ausschalten unwiderlegbarer Schutzbehauptungen	52
dd)	Leichtere Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums?	53
ee)	Bekanntheit des Strafgesetzes	53
ff)	Rechtskenntnispflicht/Identifikationsanspruch des Staates	53
gg)	Ergebnis	55
4.	Ergebnis der historischen Betrachtung	55

C. Grundlegung	57
1. Normativität des Vorsatzes	57
2. Primat der Vorsatzlehre und Irrtumslehre als bloßer Reflex	57
3. Die Anwendung des Strafgesetzes auf den Fall	58
a) Die vier Prämissen	59
aa) Der Lebenssachverhalt als Subsumtionsstoff	59
bb) Das Recht	60
cc) Die Definition	60
dd) Die empirische Behauptung	63
b) Probleme/Fragen	63
aa) Zweifel an der Unterscheidbarkeit von Sachverhalt und Recht	63
(1) Walter	64
(2) Hoffmann-Holland	65
bb) Lösung	66
(1) Definition „Recht“	66
(2) Problemfall Verwaltungsakt	67
(3) Anwendung auf die Fallbeispiele Hoffmann-Hollands	68
(a) Beispiel 1	68
(b) Beispiel 2	68
(c) Beispiel 3	69
(d) Beispiel 4	70
cc) Mala per se oder mere prohibita?	70
c) Ergebnis	70
4. Der Vorsatzgegenstand: Mögliche Konzepte	71
a) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit: Kein Vorsatzgegenstand	71
b) Merkmale des objektiven Tatbestandes als Vorsatzgegenstand	71
aa) Subsumtionsstoff als Vorsatzgegenstand	72
bb) Subsumtionsstoff und Subsumtionsergebnis (kumulativ)	
als Vorsatzgegenstand	73
(1) Zunehmende Hinwendung zu diesem Modell	73
(2) Konkretisierung der Sachverhaltskenntnis	74
(a) Bestehende Unsicherheiten und Bedenken	74
(b) Konkretisierung des Konzepts Sachverhalt	
als Vorsatzgegenstand	76
(3) Ergebnis	78
cc) Subsumtionsergebnis als Vorsatzgegenstand	78
(1) Anwendung des Modells in der Rechtsprechung	79
(2) Abweichende h. M. in der Literatur bei vergleichbarem Fall	
(„Mauswiesel-Problem“)	80
(3) Fazit und Folgeüberlegung	82
c) Ergebnis	82

aa) Grobraster	83
bb) Nichteinbeziehung des Sachverhalts in den Vorsatzgegenstand	83
cc) Bedeutung für die weitere Arbeit	84
5. Modernes Strafrecht als Präventionsstrafrecht	84
D. Analyse des dogmatischen Systems der h. M. zur Bestimmung der Vorsatzanforderungen	87
I. Grundannahmen der h. M.	87
1. Schuldprinzip	87
a) Irreführende Benennung	87
b) Fragwürdige Herleitung des Schuldprinzips	88
c) Schuld im strafrechtsdogmatischen Sinne	89
d) Gefahren der Konfundierung von Vorsatz und Vorwerfbarkeit	90
2. Das Wesen des Vorsatzes	91
a) Fehlendes Fundament	91
b) Anhaltspunkte im Gesetzeswortlaut	91
c) Wesensbeschreibung durch die Strafrechtswissenschaft	92
aa) Ausgangspunkt	93
bb) Höherer Informiertheitsgrad des Vorsatztäters	93
cc) Bedeutungskennntnis des Täters	94
(1) Bewusste Entscheidung gegen das Rechtsgut	95
(2) Bedenken	95
dd) Vorsatzbejahung trotz fehlender Entscheidung gegen das Rechtsgut	96
(1) Konzeptkonformität beim Sachverhaltsirrtum	97
(2) Brüche beim Rechtsirrtum	98
(3) Roxins Rettungsversuch schlägt fehl	99
(a) Kriterium dient nur der Abgrenzung zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit	99
(b) Bewusste Entscheidung gegen das Rechtsgut als Tatumstandskennntnis	100
(c) Bewertung und Schlussfolgerungen	102
(4) Der Vorsatztäter als „Rechtsfeind“	104
ee) Verschiebungen in Richtung Vorsatztheorie	104
(1) Weitreichende Deckungsgleichheit mit der Vorsatztheorie	105
(2) Wesensbeschreibung als Argumentationshilfe zur Implementation vorsatztheoretischer Ergebnisse	106
ff) Ergebnis: Inkonsistente Wesensbeschreibung des Vorsatzes	106
3. Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit	107
a) Vorsatz und Fahrlässigkeit schließen sich nach h. M. gegenseitig aus	108
b) Vorsatz und Fahrlässigkeit stehen in einem Plus-minus-Verhältnis	108

c) Bewertung	110
d) Faktische Strafmaßunterschiede	111
<i>II. Das dogmatische Instrumentarium der h. M.</i>	111
1. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit	111
a) Konzept	112
b) Bewertung	112
2. Deskriptive und normative Merkmale	113
a) Deskriptive Merkmale	114
b) Normative Merkmale	114
c) Widerlegung	114
aa) Identische Funktion aller Tatbestandsmerkmale	115
(1) Ausstanzen des tatbestandsmäßigen Lebenssachverhaltes	115
(2) Erfassung der realen Welt	115
bb) Kein Tatbestandsmerkmal hat einen „natürlichen“ Sinngehalt	115
cc) Sinnliche Wahrnehmung als nicht weiterführendes Kriterium	116
dd) Ergebnis: (Offene) Abgrenzungsunmöglichkeit	117
d) Funktionalität der Differenzierung	118
aa) Wechselwirkung zwischen der These von der Appellfunktion und der vorausgesetzten Bedeutungskennntnis	118
bb) Rückwärtsargumentation und Scheinlegitimation	119
cc) Implementation einer gemäßigten bzw. verkappten Vorsatztheorie	119
3. Subsumtionsirrtum als vorsatzirrelevanter Rechtsirrtum	121
4. Die Rechtsfigur der „Parallelwertung in der Laiensphäre“	124
a) Zielrichtung der Untersuchung	124
b) Strukturanalyse eines dogmatischen Kuriosums	125
aa) Variante 1 des Konstrukts: Der Sachverhalt als Vorsatzgegenstand	127
(1) Der Bierdeckel-Fall als Exemplifikation der Variante 1	127
(2) Sachbeschädigungsfälle	130
(3) Ergebnis	130
bb) Variante 2 des Konstrukts: Rechtliche Bewertung als Vorsatzgegenstand	131
cc) Problem: Doppelfunktionalität ohne Bereitstellung eines Abgrenzungskriteriums	133
dd) Ergebnis der Strukturanalyse	136
(1) Grundannahmen und Folgeprobleme	136
(2) Exemplifikation des terminologischen Verzichts auf die Parallelwertungslehre	137
(a) Prüfung nach § 263 I StGB	138
(b) Prüfung nach § 267 I StGB	139
(c) Fazit	140
c) Weitere Argumente für die Aufgabe der Rechtsfigur	140
aa) Verzicht auf die „juristisch präzise Subsumtion“	140

bb) Vorsatztheoretische Genese zur Zeit der reichsgerichtlichen Irrtumsdoktrin	143
cc) Falscher Anknüpfungspunkt: Bedeutungsgehalt des Merkmals bzw. Tatumstands	145
dd) Falscher Anknüpfungspunkt: „Sozialer Sinngehalt“/„soziale Bedeutung“	145
ee) „Laiensphäre“: Falscher Anknüpfungspunkt	146
ff) Konstrukt verleitet zu obsoleten und irreführenden Nachsätzen in Kommentierungen	146
gg) Verdeckte Vorsatzpräsumtion	147
d) Endergebnis	147
aa) Deutungsversuch bzgl. des Festhaltens an der Figur	148
bb) Prognose	149
5. Nicht normative normative Tatbestandsmerkmale	149
a) Ausgangspunkt	150
b) Früher: Die „Komplexbegriffe“	150
c) Heute: Die Lehre von den „gesamttatbewertenden Merkmalen“	151
aa) Entstehung	151
(1) Offene Tatbestände	151
(2) Die „Rechtspflichtmerkmale“	152
(3) Folgen	153
bb) Konzeption der gesamttatbewertenden Merkmale	153
cc) Probleme	154
(1) Die Verwerflichkeitsklausel in § 240 II StGB als nicht tragfähiger Stützpfiler	155
(2) Abseits der Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB	157
(3) Bewertung und Prognose	159
d) Negative Wertprädikate	161
aa) Beispiel Mordmerkmal „grausam“	162
bb) Beispiel Mordmerkmal „niedriger Beweggrund“	164
cc) Zwischenergebnis	165
6. Blankettstrafgesetze und Blankettmerkmale	166
a) Ausgangspunkt	166
b) Das Zusammenlesen	167
aa) Ausgestaltung des Gesetzes folgt rein gesetzgebungstechnischen Erwägungen ohne Bezug zur Vorsatzdogmatik	169
bb) Konsequente Umsetzung der Schuldtheorie	170
cc) Einschränkungen nach Vogel	171
c) Abgrenzungsprobleme	171
aa) Abgrenzungsunklarheit bei „nicht eindeutigen Blanketten“/konkludenten Verweisungen	172
(1) Kriterium der „vollständigen Bestimmungsnorm“	174
(2) Exekutiv- und Satzungsblankett	176
(3) Das Merkmal „fremd“ in § 242 StGB als Beispiel	176

bb) „Ausdrückliches“ Blankett und dennoch Anwendung des § 16 I 1 StGB	179
cc) Voraussetzung positiver Verbotskenntnis	180
dd) Fahrlässigkeitstatbestand (nur) für Rechtsfahrlässigkeit	180
d) Ergebnis zum „System der h. M.“	181
e) Im Vordringen befindliche Auffassung: Immer § 16 I 1 StGB	182
aa) Beweggrund 1: Angleichungsbestrebungen	182
bb) Beweggrund 2: Ausbleibender Appell	184
cc) Verfassungsrechtliche Perspektive	185
dd) Klassifizierung als normatives Tatbestandsmerkmal statt Zusammenlesen	185
ee) Der Ansatz Bültes	186
ff) Zwischenergebnis	188
f) Gegenargumente	188
aa) Begründbar bedeutet nicht sachgerecht und systemkonform	188
bb) Funktionale Klassifizierungen	189
cc) Fehlansatz: Durch Abgrenzungsunsicherheiten bedingte Übertragung des Konzepts von den normativen Tatbestandsmerkmalen	189
dd) Abgrenzungsunsicherheiten und willkürliche Ergebnisse	190
ee) Unzulässige Loslösung von der gesetzlichen normierten Schuldtheorie und Wechsel zur Vorsatztheorie	190
ff) Konterkarierung der Präventionsziele	191
gg) (Bewusstes?) Übersehen des § 17 StGB	192
g) Zusammenfassung der Ergebnisse	193
h) Prognose bezüglich der Anwendung	194
7. Erlaubnisvorbehalt (Rechtsirrtum zum Teil beachtlich)	195
a) Deliktssystematische Einordnung der Genehmigung	195
aa) Kritik	196
(1) Keine Abgrenzungsnotwendigkeit	197
(2) Abgrenzungsunschärfe	199
(a) Keine Unterschiede in puncto Wirkung und Zielrichtung	199
(b) Sozialadäquanz nicht isoliert bestimmbar	201
(c) Gefühlsmäßige Entscheidung substituiert objektive Abgrenzungskriterien	203
bb) Ergebnis	206
b) Verbindungslinien zur Irrtumsdogmatik	206
aa) Kritik an der Anwendung des § 16 I 1 StGB	207
(1) Wortlaut des § 16 I 1 StGB stützt das Ergebnis nicht	208
(2) Rechtspolitische Hintergründe der Anwendung des § 16 I 1 StGB	208
(3) Mängel schutzgutsbezogener Argumentationen	209
(a) Geschütztes Rechtsgut	210
(b) Vorsatztheoretische Ausrichtung und Widerspruch zu Präventionszielen	211
(4) Brüche im Konzept	212

c) Ergebnis und Ausblick	213
aa) Die Differenzierung zwischen tatbestands- und rechtswidrigkeitsausschließenden Genehmigungen ist unscharf	213
bb) Anknüpfende dogmatische Irrtumsregel unsachgerecht	213
cc) Abschließende Bewertung und Prognose	214
8. Umkehrprinzip (Rechtsirrtum als strafbegründender Tatentschluss)	215
a) Untauglicher Versuch und strafloses Wahndelikt	215
b) Ankerpunkt „Umkehrprinzip“	216
c) Folgefragen und -probleme	218
aa) Unzureichende Klarheit hinsichtlich des Vorsatzgegenstandes	218
bb) Vorsatzgegenstand bei „normativen“ Tatbestandsmerkmalen	218
cc) Parallelwertungslehre	219
dd) Fortsetzung der unklaren Abgrenzung zwischen Blankettmerkmal und normativem Tatbestandsmerkmal	220
ee) Rechtspolitisch ungewollte Ergebnisse	220
ff) Zwischenergebnis: Abgrenzungunklarheit	220
d) Gründe gegen eine Versuchsstrafbarkeit wegen Rechtsirrtums	221
aa) Entscheidung gegen das Rechtsgut als nicht tragfähiges Argument	221
(1) In Wahrheit gerade keine Entscheidung gegen das Rechtsgut	221
(2) Entscheidung gegen Rechtsgut auch bei Wahndelikt	222
(a) Entscheidung gegen das Rechtsgut wird zum Teil ausgeblendet	222
(b) Von vornherein Wahndelikt, wenn nicht tatbestandlich vertyp	223
bb) Bestrafung sachwidrig	223
cc) Konflikt mit dem Strafgrund des Versuchs (nach h. M.)	226
dd) Abgrenzungskriterium „Vorfelddelikt“ ist keine Sachbegründung	226
ee) Diskussion verfehlt teilweise das geltende Recht	229
ff) Betrachtung des Rechts als Tatsache nicht weiterführend	229
gg) Unsachgerechte Strafbarkeitsfalle und gigantisches Dunkelfeld	230
e) Begründungsansätze zum Ausschluss einer Versuchsstrafbarkeit bei Rechtsirrtum	231
aa) Korrekturen des Umkehrprinzips	231
(1) Roxin	231
(2) Ergebnis: Falscher Ansatzpunkt	234
bb) Anwendung des § 23 III StGB	235
cc) Ergebnis: Korrektur muss am Vorsatzgegenstand ansetzen	235
f) Ergebnis	236
 <i>III. Ergebnis der Untersuchung des dogmatischen Instrumentariums</i>	 238
1. Unbefriedigender Forschungsstand	238
2. Konfusion als Folge	239
3. Kryptozoologie/Geheimfreirechtleri	240
4. Die Irrtumslehre als Irrgarten	242

E. Analyse der Anwendung des dogmatischen Instrumentariums . . .	245
<i>I. Analyse der Anwendung des dogmatischen Instrumentariums auf Straftatbestände des Strafgesetzbuchs sowie des Nebenstrafrechts . . .</i>	<i>245</i>
1. Vorsatz bezüglich Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB	246
2. Vorsatz bezüglich „rechtswidriger Tat“ im Sinne des § 26 StGB	247
3. Vorsatz bezüglich „unbefugt“ in § 132 StGB	249
4. Vorsatz bezüglich Katalogtat im Sinne des § 138 StGB	251
5. Vorsatz bezüglich verschiedener Merkmale in § 142 StGB	252
a) Vorsatzanforderungen hinsichtlich „Unfall im Straßenverkehr“	252
b) Vorsatzanforderungen hinsichtlich „angemessener Zeit“	253
c) „Berechtigt oder entschuldigt“	253
6. Vorsatz bezüglich „zuständiger Stelle“ in § 153 und § 154 StGB	254
7. Vorsatz bezüglich „gesetzlicher Unterhaltspflicht“ in § 170 StGB	255
8. Vorsatz bezüglich „pornographischer Schriften“ in § 184 StGB	257
9. Vorsatz bezüglich tauglichem Tatort nach § 184f StGB	259
10. Vorsatz bezüglich „unbefugt“ in § 201 StGB	260
11. Vorsatz bezüglich „schwerwiegender Beeinträchtigung“ in § 238 StGB	261
12. Vorsatz bezüglich „Verbrechen“ in § 241 StGB	263
13. Vorsatz bezüglich „fremd“ und „Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung“ in § 242 StGB	264
14. Vorsatz bezüglich „rechtswidriger Tat“ in § 258 StGB	264
15. Vorsatz bezüglich „subventionserheblicher Tatsachen“ und „Vorschriften über Subventionsvorgaben“ in § 264 I Nr. 3 StGB	265
16. Vorsatz bezüglich „Pflichtenverstoß“ in § 266 StGB	268
17. Vorsatz bezüglich „Arbeitgeber“ und „Beiträge vorenthält“ § 266a StGB	269
a) Literatur	270
b) Rechtsprechung	271
aa) BGH	271
bb) LG Ravensburg	272
cc) LG Karlsruhe	273
c) Ergebnis	275
18. Vorsatz bezüglich „Urkunde“ in § 267 I StGB	275
19. Vorsatz bezüglich „gesetzlicher Verpflichtung zur Buchführung“ in § 283 I Nr. 5 Alt. 1 StGB	276
20. Vorsatz bezüglich der ungeschriebenen Merkmale „Pfändbarkeit“ und „Anspruch“ in § 288 StGB	278
21. Vorsatz bezüglich „Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht“ etc. in § 289 StGB	281
22. Vorsatz bezüglich „Wild“ und „Jagdrechtsverletzung“ in § 292 StGB	282
a) Wild	283
b) Verletzung fremden Jagdrechts	284

c) Ergebnis	285
23. Vorsatz bezüglich „rechtswidriger Absprache“ in § 298 StGB	287
24. Vorsatz bezüglich „in unlauterer Weise“ in § 299 StGB	288
25. Vorsatz bezüglich „rechtswidrig“ in § 303a StGB	290
a) Anforderungen an den subjektiven Tatbestand nach der Literatur	291
b) Ansicht der Rechtsprechung	292
aa) Entscheidung des AG Göttingen	293
bb) Ergebnis der Urteilsanalyse	294
c) Ergebnis	295
26. Vorsatz bezüglich „Verstoßes gegen Rechtsvorschriften“ in § 315a I Nr. 2 StGB	295
27. Vorsatz bezüglich „Regeln der Technik“ in § 319 I StGB	296
28. Vorsatz bezüglich „Amtsträger“ und „Vorteil“ in § 331 StGB	296
a) Amtsträger	296
b) Vorteil	298
29. Zwischenergebnis nach Auswertung der StGB-Straftatbestände	299
a) Vorsatztheoretische Ausrichtung des Gesamtkonzepts	299
b) Omnipräsenter Rekurs auf die Parallelwertungslehre	302
c) Ausblendung des Eventualvorsatzes	302
d) Nichtbegründung bzw. Scheinbegründung statt Deduktion	302
e) Unterscheidung nach Sachverhalt und Recht präsent	303
30. Echte Unterlassungsdelikte	303
31. Rechtsirrtum bezüglich Erlaubnisvorbehalt	304
a) § 284 StGB	305
b) § 324 I Alt. 1 StGB	305
c) § 327 II Nr. 1 StGB	307
d) Aufenthaltsgesetz	308
e) Außenwirtschaftsgesetz	308
f) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	309
g) Betäubungsmittelgesetz	311
h) Fischereigesetz für Baden-Württemberg	311
i) Art. 37 Gesetz über das Landesstrafrecht (Bayern)	314
j) Gewerbeordnung	315
k) Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit	315
l) Grundstoffüberwachungsgesetz	316
m) Kreditwesengesetz	317
n) Kriegswaffenkontrollgesetz	320
o) Rechtsberatungsgesetz	321
p) Sprengstoffgesetz	322
q) Tierschutzgesetz	322
r) Waffengesetz	322
aa) Differenzierung nach Klassifikation der betroffenen Waffen	323
bb) Irrtumsrechtliche Folgen	324

(1) Beschluss des OLG Frankfurt am Main aus dem Jahr 2005	324
(2) Beschluss des LG Ravensburg aus dem Jahr 2007	325
(3) Beschluss des BayObLG aus dem Jahr 2001	325
cc) Bewertung	325
(1) Kein Anknüpfungspunkt im Wortlaut der Strafnorm	326
(2) Präventionsziele werden konterkariert	326
(3) „Sozialadäquananz“ als falscher Ausgangspunkt für Irrtumsfolgen	327
dd) Ergebnis	332
s) Vergleich zu Delikten, die fehlende Anmeldung/Anzeige unter Strafe stellen	332
t) Ergebnis	333
32. Steuerstrafrecht (§ 370 AO)	334
a) Der Rechtsirrtum über den Steueranspruch	335
aa) Historische Entwicklungslinien	335
bb) Anzeichen für eine Rechtsprechungsänderung?	336
cc) Dogmatische und rechtspolitische Ankerpunkte	337
dd) Dogmatische Brüche der h. M.?	339
ee) Klassifizierungsbemühungen überzeugen nicht	340
(1) Sachgerechtigkeit des Maßstabs bleibt unbegründet	342
(2) Abgrenzungskriterium ist zu unbestimmt	343
ff) Die hinter der Steueranspruchstheorie stehenden Erwägungen	346
(1) Wortlautargument aus § 16 I 1 StGB	346
(2) (Vermeintlich) Ausbleibender Appell der Faktenkenntnis	347
(3) Vorsatztheoretische Ausrichtung	349
(4) Alltagssprachliches Vorsatzverständnis	351
(5) Historisches Argument	351
b) Rechtsirrtum bezogen auf das Merkmal „pflichtwidrig“ in § 370 I Nr. 2 AO	352
c) Folgeproblem: Umgekehrter Irrtum	353
d) Ein wissenschaftlicherer Sprachgebrauch und die Suche nach (echten) Sachgründen	354
e) Ergebnis	356
33. Urheberstrafrecht	358
a) § 106 UrhG	358
aa) Ausgangspunkte des Konzepts von Sternberg-Lieben	358
bb) Vorsatzanforderungen bezüglich des Tatobjektes „Werk“	360
cc) Vorsatzanforderungen bezüglich der Tathandlung „vervielfältigen“	362
dd) Vorsatz bezüglich der Tathandlung „verbreiten“	363
ee) Vorsatz bezüglich „in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen“	364
ff) Umgekehrter Irrtum	365
gg) Ergebnis	366
b) § 108b UrhG	369
aa) Literatur	372
bb) Bewertung	373

34. Betäubungsmittelstrafrecht	374
a) Das „Betäubungsmittel“ im Sinne des § 29 BtMG	374
aa) Objektive Anforderungen und Regelungstechnik	374
bb) Vorsatzanforderungen bezüglich des Merkmals „Betäubungsmittel“	376
(1) Vorsatzkonstitutive Sachverhaltskenntnis	376
(2) (Ausschließliche) Begriffskenntnis	379
b) Auswertung der Kommentarliteratur zum subjektiven Tatbestand	379
aa) Vorsatz bezüglich „Betäubungsmittel“ bei der Tatmodalität „Anbau“ (§ 29 I Nr. 1 Var. 1 BtMG)	380
bb) Vorsatz bezüglich „Betäubungsmittel“ bei der Tatmodalität „herstellen“ (§ 29 I Nr. 1 Var. 2 BtMG)	382
cc) Vorsatz bezüglich „Betäubungsmittel“ bei der Tatmodalität „Handeltreiben“ (§ 29 I Nr. 1 Var. 3 BtMG)	382
dd) Vorsatz bezüglich Betäubungsmittel bei „Einführen“ (§ 29 I Nr. 1 Var. 4 BtMG)	384
ee) Fazit Vorsatzanforderungen bezüglich Betäubungsmittel	384
c) Vorsatz bezüglich „unerlaubt“/„ohne Erlaubnis“	385
d) Vorsatz bezüglich der Tathandlungen	385
e) Umgekehrter Irrtum: Versuchsvorsatz?	387
aa) Sachverhaltsirrtum	387
bb) Rechtsirrtum	388
(1) Rechtsirrigte Annahme eines Betäubungsmittels	388
(2) Irrige Annahme einer Erlaubnispflichtigkeit	389
f) Ergebnis	389
35. Arzneimittelstrafrecht	390
a) Vorsatzanforderungen § 95 I Nr. 1 AMG (i. V. m. § 5 AMG)	390
aa) Denkbare Vorsatzanforderungen bezüglich „Arzneimittel“	390
(1) Gesetzesferne Modelle	391
(2) Konzept Raums	392
(3) Konzept Webers	393
(4) Konzept Patzaks und Volkmers	395
(5) Konzept Volkmers	395
bb) Vorsatzanforderungen bezüglich „Bedenklichkeit“	396
b) Umgekehrter Irrtum als untauglicher Versuch oder Wahndelikt?	396
c) Terminologische Präzisierung der h. M.	397
aa) Vorsatzanforderungen	397
bb) Untauglicher Versuch	398
36. Arbeitsschutzgesetz	398
37. Aufenthaltsgesetz	399
a) Vorsatz bezüglich „erforderlichen Aufenthaltstitel“ im Sinne des § 95 I Nr. 2 AufenthG	399
b) Vorsatztheoretische Positionen	399

c) Offenlassen der Einordnung	400
38. Depotgesetz	400
39. Betriebsverfassungsgesetz	401
a) Objektiver Tatbestand	401
b) Subjektiver Tatbestand	401
c) Zweifelhafte Indizienkonzept	403
aa) Kognitives Element	403
bb) Voluntatives Element	403
40. § 399 I AktG und § 82 I GmbHG	404
a) § 399 I AktG	404
aa) Der objektive Tatbestand des § 399 I AktG	404
bb) Folgen für den subjektiven Tatbestand	406
(1) Irrtum bezüglich Einzahlungsmodalitäten	407
(a) AktG	407
(b) GmbHG	409
(c) Fazit	411
(2) Noch ausstehende restliche Einzahlung „zu geringfügig“	412
(3) Ausstehende Einzahlung in unmittelbarer zeitlicher Folge	412
(4) Verdeckte Sacheinlage	412
(5) Irrtum über die endgültig freie Verfügung des Vorstandes	413
(a) Urteil zum AktG	413
(b) Urteil zum GmbHG	414
(c) Ergebnis	415
(6) Verfügungen zwischen Anmeldung und Eintragung	415
(a) BGH	415
(b) Bestätigung des Urteils durch Müller-Michaels und Ransiek	416
(c) Abweichende Ansicht Altenhains und Hefendehls	417
(d) Sinn und Zweck	417
(7) Unterlassene Angaben zu Sacheinlagen	418
(8) Falschangaben außerhalb des gesetzlich geforderten Bereichs	418
(9) Zwischenergebnis	418
cc) Bedenkliche Weichenstellungen	420
(1) Verallgemeinerbare Problempunkte	420
(a) Begründungsloses Übergehen der h. M. zu Blankettgesetzen	420
(b) Der Präzision abträglicher Rekurs auf die Parallelwertungslehre	421
(2) Individuelle Problempunkte der einzelnen Ansätze	423
(a) Südbeck und Eidam	423
(b) Kiethe	424
(c) Schaal	424
(d) Altenhain	426
(e) Hefendehl	427
b) § 82 GmbHG	427

c) Gesamtergebnis	428
41. Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch	429
a) Parallelwertungslehre	430
b) Blankettausfüllende Normen	431
c) Einzelfälle	431
aa) Rechtsirrtum als Irrtum nach § 16 I 1 StGB	431
(1) BayObLG	431
(2) Weitere unter § 16 I 1 StGB eingeordnete Fälle	432
bb) Rechtsirrtum als Irrtum nach § 17 StGB	432
(1) Irrtum bezüglich des Merkmals „verdorben“	432
(2) Verkehrsauffassung bei rechtssätzlicher Festlegung	433
(3) Sorbinsäure	433
cc) Kritik an der vorsatztheoretischen Konzeption Danneckers	433
42. Handelsgesetzbuch	436
a) § 331 HGB [Unrichtige Darstellung]	436
aa) Nutzloser Rekurs auf dogmatische Kategorien	436
bb) Weitergehende Fassung von Rechtsirrtümern unter § 16 I 1 StGB	437
cc) Fazit	438
b) § 332 HGB	439
43. Mutterschutzgesetz	440
44. Umwelthaftungsgesetz	441
45. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	442
a) Absenkung der Vorsatzanforderungen	442
b) Parallelwertungslehre	443
c) Rechtsirrtümer	444
46. Umwandlungsgesetz	445
47. § 119 III WpHG (Insiderdelikte)	445
a) Allgemeines	445
b) Legislatorische Entsubjektivierung und Spector-Entscheidung	446
c) Vorsatz- und Irrtumsdogmatik	447
aa) Merkmal „Insidergeschäft“ etc.	447
bb) Merkmal „unbefugt“ (a. F.)/„unrechtmäßig“ (n. F.)	448
(1) Unbestimmtheit des Merkmals „unbefugt“	448
(2) Subjektiver Tatbestand	449
d) Ergebnis	451
48. Grundstoffüberwachungsgesetz	451
49. Pflichtversicherungsgesetz	452
50. Straßenverkehrsgesetz	453
51. Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung	453
a) § 8 SchwarzArbG	454
b) § 9 SchwarzArbG a. F.	455
c) § 10 SchwarzArbG	455

d) Ergebnis	456
52. Kunsturhebergesetz	457
53. Patentgesetz (§ 142 PatG)	458
a) Untersuchungsgegenstand und Zielrichtung	458
b) Vorsatz- und Irrtumsdogmatik zu § 142 PatG	459
aa) Der Rechtsirrtum bezüglich des Patents als Irrtum nach § 17 StGB (Witte)	460
bb) Der Rechtsirrtum bezüglich des Patents als Irrtum nach § 16 I 1 StGB (h. M.)	461
(1) Differenzierung nach Rechtscharakter der Ausfüllung (Hesse)	462
(2) Keukenschrijver	467
c) Ergebnis	469
54. Markengesetz	470
a) Ausgangspunkt	470
b) Objektiver Tatbestand und denkbare Vorsatzanforderungen	471
aa) Sachverhalt als Vorsatzgegenstand	472
bb) (Auch) Subsumtionsergebnis als Vorsatzgegenstand	472
c) Meinungsbild hinsichtlich der subjektiven Anforderungen	472
aa) Gesetzeswidrige Positionen	473
bb) Rechtsverletzung als Vorsatzgegenstand	473
(1) Genauere Auswertung der Kommentierungen zu § 143 MarkenG	475
(2) Auffassung Schulz'	478
(a) Fehlende Abgrenzungskriterien	479
(b) Beispielfall	481
(c) Schutzschranke nach § 24 I MarkenG	482
(d) Ergebnis	483
cc) Ingerl und Rohnke: Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsirrtum	485
d) Prozessuale Seite	486
e) Ergebnis	488
55. Medizinproduktegesetz	489
a) § 40 MPG	489
b) § 41 MPG	489
aa) § 41 Nr. 1 MPG	489
bb) § 41 Nr. 4 MPG	490
c) § 42 MPG	490
56. Ergebnis	491
a) Rückwärtsargumentation statt Deduktion	491
b) Vorwerfbarkeit des Irrtums als mitbestimmendes Leitmotiv seiner rechtlichen Einordnung	493
c) Strafrechtsdogmatik als Freiheitsgarant	494

<i>II. Der Rechtsirrtum auf Rechtfertigungsebene</i>	496
1. Einleitung: Der Fall BGH 1 StR 606/14 (Urteil vom 9. Juni 2015)	496
a) Sachverhalt	496
b) Der Rechtsirrtum als Erlaubnistatumstandsirrtum?	497
c) Das Urteil des BGH	498
2. Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes auf der Ebene der Rechtswidrigkeit	499
3. Rechtsirrtümer als Erlaubnistatumstandsirrtum im System der h. M.	501
a) Erlaubnistatumstandsirrtum und Erlaubnisirrtum	501
aa) Definitionsgemäße Interpretierbarkeit eines Rechtsirrtums als Erlaubnistatumstandsirrtum	501
bb) Denkbare Modelle	502
(1) Jede Voraussetzung als „Umstand“	502
(2) Bestimmte Voraussetzungen als „Umstand“	502
(3) Keine Voraussetzungen als „Umstand“	503
(4) Zwischenergebnis	503
b) Prämissenkonformität der Klassifizierung von Rechtsirrtümern als Erlaubnistatumstandsirrtum	504
aa) Analoganwendung des § 16 I 1 StGB als Rechtsfolge	504
bb) Friktionen bei der Erfassung von Rechtsirrtümern	505
cc) Interpretation des Arguments „an sich rechtstreu“	506
dd) Zwischenergebnis	508
c) Präzisierung der Strukturanalogien	509
aa) Vergleichbarkeit der Bezugspunkte der Irrtümer	510
bb) Gleichheit oder Vergleichbarkeit der Fragen?	511
cc) Zwischenergebnis	513
d) Ergebnis	513
4. Lösungs- bzw. Abgrenzungsmodelle im System der h. M.	513
a) Rechtsprechung	513
aa) Entscheidung BGH 4 StR 81/62	514
bb) Entscheidung BayObLG RevReg. 2b St 112/64	514
(1) Rechtliche Einordnung des Irrtums	515
(2) Beliebigkeit der Argumentation	516
(3) Abstellen auf Vorfrage als Abgrenzungskriterium	517
cc) Entscheidung BGH 2 StR 505/03	519
dd) Zwischenergebnis	520
b) Literatur	520
aa) Nicht näher begründete Stellungnahmen	520
(1) Engisch	520
(2) Kühl	521
(3) Jescheck und Weigend	521
(4) Zwischenfazit	522

bb) Eingehender begründete Ansätze	522
(1) Erb	522
(a) Konkrete Ableitungen und Begründung	523
(b) Kritik	524
(c) Mutmaßlicher Hintergrund	525
(d) Die Fallgruppen Hausrecht und Eigentum	525
(2) Rönnau und Hohn	526
(3) Schuster und Sternberg-Lieben	528
(a) Abstellen auf „gesamttatbewertende Merkmale“	528
(b) Kritik	530
(4) Lange	532
(a) Lehre von der teleologisch-reduzierten Sachverhaltssicht als theoretischer Ausgangspunkt	533
(b) Funktionsweise des Modells im Konkreten	534
(c) Überzeugende Legitimation der gefundenen Ergebnisse?	536
(d) Ergebnis	538
c) Ergebnis der Auswertung des Meinungsbildes	539
aa) Konsequente Fortführung des Systemdenkens	539
bb) Zweifelhafte fundierte und legitimierte Differenzierungskriterien sowie Abgren- zungsunsicherheiten	539
cc) Sachgerechte Privilegierung des „an sich Strafrechtstreuen“?	539
(1) Fehlende Bedeutungskennntnis	540
(2) Größere Verzeihlichkeit	540
dd) Verschlechterung des Rechtszustandes als Ergebnis	541
5. Weitere Kritikpunkte gegenüber dem dogmatischen Status quo	541
a) (Rechts-)Folgenbetrachtung	541
aa) Auftreten von Strafbarkeitslücken	542
bb) Fehlende Ergebnisplausibilität der Differenzierung Kühls	543
(1) Unsachgerechte Ungleichbehandlung von Rechtsirrtümern	543
(2) Unsachgerechte Strafbarkeitslücken bei fehlendem Fahrlässigkeitstatbestand	544
(3) Unsachgerechte Strafbarkeitslücken bei Versuch	544
(4) Ergebnis: Sachwidrigkeit der Differenzierung	545
cc) Fehlende Ergebnisplausibilität des Modells vom „Vorfragenirrtum“	545
dd) Folgeproblem: Maßstab des § 17 StGB bei der Fahrlässigkeitsprüfung?	546
b) Nichterreicherung der angestrebten Täterprivilegierung in der Praxis	546
aa) Nichtfeststellung entsprechender Bewusstseinsbilder	547
bb) Erdachte Fallbeispiele des „Vorfragenmodells“ finden kaum eine Entsprechung in der Praxis	548
c) Gesetzeswidrige Akzentverschiebung in Richtung Vorsatztheorie	549
6. § 17 StGB als sachgerechter Lösungsmaßstab	550
a) Vermeidung der Abgrenzungsunsicherheiten	550

b) Integrierbarkeit eines bereits vorhandenen Gedankens in die Vermeidbarkeitsprüfung	550
c) Fahrlässigkeitsprüfung: Entspricht ohnehin bereits Vermeidbarkeitsprüfung im Sinne des § 17 StGB	551
d) Bessere Vereinbarkeit mit der geltenden Schuldtheorie	551
7. Endergebnis und Rückschlüsse	552
<i>III. Überprüfung der Effektivität des Konzepts vom vorsatzausschließenden Rechtsirrtum</i>	<i>553</i>
1. Gang der Untersuchung	554
2. Suggestivfallbeispiele unter Ausblendung des theoretischen und praktischen Umfelds	555
a) Schulfälle blenden wesentliche Aspekte aus	555
b) Fehlende Sachverhaltsplausibilität und Praxisrelevanz	556
aa) Der Schulfall des Irrtums über die Fremdheit der Sache im Sinne des § 242 I StGB	556
(a) Schulfall „verlorene Geldbörse“	557
(b) Schulfall „Eigentumsvorbehalt verkannt“	557
(c) Schulfall „zivilrechtliches Trennungsprinzip verkannt“	558
(d) Fazit	559
bb) Schulfälle haben kein Praxisproblem zum Gegenstand	559
3. Abweichendes materielles Vorsatzkonzept bei rechtlichen Bewertungen als Vorsatzgegenstand?	559
a) Unbeachtlichkeit des Wollens bei bestimmten Tatbestandsmerkmalen?	560
b) Streit über die Terminologie bei Einigkeit in der Sache	561
c) Jedenfalls Relativierungspotential als Folge	564
4. Prozessuale Perspektive	564
a) Ausgangspunkt und Zielrichtung	565
b) Empirisch-statistische Fragen	566
c) Der innerpsychische Sachverhalt als Dreh- und Angelpunkt	567
aa) Deskriptiv-psychologische Feststellung oder normative Zuschreibung?	567
bb) Generelle Schwierigkeiten bei der Feststellung eines Bewusstseinsbildes betreffend rechtliche Bewertungen	569
cc) Das Ausgehen vom „Normalfall“ und damit einhergehend: Die faktische Beweis- und Darlegungslast des Angeklagten	571
dd) Potential unzutreffender Feststellungen und kriminalpolitisch motivierter Entscheidungen	573
ee) Zwischenergebnis	575
ff) Erwartbarkeit der Feststellung vorsatzausschließender Sachverhalte	575
(1) Wissenskomponente	576
(a) Psychologische Aspekte	576
(b) Kein Fürmöglichhalten bei Unvermeidbarkeit des Irrtums	577

(c) Expliziter Rekurs auf Vermeidbarkeitsaspekte bei der Vorsatzfeststellung	578
(d) Das Konstrukt des sachgedanklichen Mitbewusstseins	581
(e) Fazit	583
(2) Wollenskomponente: Kollaps der Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre	583
(3) Ergebnis	585
gg) Täterbelastendes Potential des Konzepts vorsatzausschließender Rechtsirrtümer?	587
5. Die Rolle der Fahrlässigkeitstatbestände	588
a) Potentieller Bedeutungszuwachs der Fahrlässigkeitsdelikte mangels trennscharfer Abgrenzungskriterien bei Rechtsirrtümern	589
aa) Entsprechende Tendenzen in der Literatur	589
bb) Bewertung	590
cc) Folgewirkungen	591
b) Resultat: Vermeidbarkeit als wichtigste Kategorie	592
c) Ergebnis	593
6. Normative Relativierung des Vorsatzerfordernisses	594
a) Bestrebungen zur (teilweisen) Entpsychologisierung des Vorsatzes	595
b) Normativierung der Kategorie des festen Vertrauens	598
c) Normativierung der Parallelwertungslehre	599
d) Ergebnis	600
7. Ergebnis	602
a) Verzicht auf ein Wollenselement	602
b) Prozessrealität	603
c) Normativierungstendenzen	603
d) Schlussbewertung	604
 F. Rechtsvergleichende Aspekte	 607
1. Innereuropäische Vereinheitlichungstendenzen	608
2. Der Rechtsirrtum in ausländischen Rechtsordnungen	609
a) Unterschiede und Gemeinsamkeiten	609
aa) Schuldprinzip versus objektive Verantwortlichkeit	609
bb) Beweislastumkehrung	611
cc) Unrechtsbewusstsein als Voraussetzung vorsätzlichen Handelns	611
(1) Sonderfall Portugal	612
(2) Kritik und Bewertung	613
(3) Ergebnis	614
dd) Unbeachtlichkeit des unvernünftigen Irrtums	615
ee) Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums: ignorantia legis neminem excusat?	616
ff) Ergebnis	617

b) Analyse der gesetzlichen Grundlagen	617
aa) USA	617
bb) Vereinigtes Königreich	619
cc) Frankreich	620
dd) Italien	621
ee) Portugal	621
ff) Spanien	622
gg) Österreich	623
hh) Schweiz	623
ii) Ergebnis: Anerkennung zweier Klassen von Rechtsirrtümern	624
c) Abgrenzung zwischen vorsatzausschließenden und sonstigen Rechtsirrtümern	626
aa) Vereinigtes Königreich	626
bb) Italien	628
cc) Spanien	629
dd) Schweiz	629
ee) Österreich	632
ff) Ergebnis: Rechtsordnungsübergreifende Abgrenzungsunsicherheiten	634
3. Ergebnis	635
G. Neuausrichtung	637
I. <i>Das Konzept und seine Vorteile</i>	637
1. Umriss und Durchführung	637
aa) Der objektive Tatbestand ist erfüllt	638
(1) Täter irrt nicht über den Sachverhalt	638
(a) Lebenssachverhalt vollständig erfasst	638
(b) Lebenssachverhalt partiell erfasst	639
(2) Täter irrt über den Sachverhalt	639
(a) Vorsatzausschluss: Objektiver Tatbestand auf Grundlage der Tätervorstellung nicht erfüllt	639
(b) Vorsatz: Irrig von anderem tatbestandsmäßigen Subsumtionsstoff ausgegangen	639
(c) Vorsatzausschluss: Generell auch bei Doppelirrtum	640
bb) Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt	641
(1) Tatentschluss: Vorstellung eines tatbestandsmäßigen Subsumtionsstoffes	641
(2) Kein Tatentschluss: Nur Subsumtionsergebnis angenommen	641
cc) Ergebnis	642
2. Sachgerechter Bedeutungszuwachs des § 17 StGB als Folge	642
a) Höhere und sachangemessene Flexibilität auf Rechtsfolgenreite	642

b) Akzentverschiebung von der Sachverhaltsfeststellung zur Rechtsanwendung	643
c) Die Beurteilung der Vermeidbarkeit als zentrale Stellschraube	644
d) Vorteile und Folgen	646
3. Keine Strafbarkeitslücken bei Teilnehmern	647
4. Unangemessene Verwässerung des Gesamtsystems zugunsten weniger Ausnahmen?	648
5. Absprachepraxis (sog. Deal)	649
<i>II. Widerlegung von Einwänden und weitere Absicherung der These . . .</i>	650
1. Einwand: Konzept verstößt gegen den Wortlaut des § 16 I 1 StGB	650
2. Zu erwartender Einwand: Konzept unvereinbar mit Wesen des Vorsatzes	653
a) Konflikt mit dem Modell der h. M.	653
b) Ausgangspunkte	654
c) Sachgerechtigkeit des hiesigen Ansatzes	655
aa) Lebenssachverhalt als entscheidender Bezugspunkt des Vorsatzes	658
bb) Kein Vorsatzentfall bei Rechtsirrtum	660
d) Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bei entnormativiertem Vorsatzgegenstand	662
3. Kategoriale Problemidentität	663
a) Vorsatz trotz fehlender Bedeutungskennntnis im System der h. M.	664
aa) Beispiel: Irrtum im Grenzbereich des Menschseins als Beleg dafür, dass Bedeutungskennntnis auch nach h. M. . keine zwingende Bedingung für die Annahme von Vorsatz ist	664
bb) Deutung	666
b) Ergebnis: Kategoriale Verschiedenheit nicht gegeben	666
4. Terminologische Bezeichnung als Vorsatz unsachgerecht?	667
5. Vorsatz als Wissen, bei dem eine Abstandnahme des Täters erwartbar ist	668
6. Straftatbestände mit „Ungehorsamselement“	670
a) Schusters Argumentation deckt sich mit dem Rechtsgefühl	670
b) Gegenargumente	671
aa) Ungehorsamselement als ungeeignetes Kriterium	671
bb) Konfundierung zwischen Vorsatzzuschreibung und Vorwurf einer Vorsatztat	671
cc) Verfehlen der Präventionsziele (am Beispiel des § 339 StGB)	671
dd) Rückausnahmen mit neuen Abgrenzungsunsicherheiten	673
ee) Rechtsirrtum wird ohnehin im objektiven Tatbestand berücksichtigt . .	674
c) Ergebnis	674
7. Auswirkungen auf Notwehrkonstellationen nach § 32 StGB	674
a) Inakzeptable Duldungspflichten des Angegriffenen nach h. M.?	675
b) Inakzeptable Duldungspflichten auf Seiten des Irrenden nach hiesiger These?	675

H. Schluss	679
<i>I. Gegenstand und Status quo</i>	<i>679</i>
<i>II. Vervollständigung der Herauslösung des Unrechtsbewusstseins aus dem Vorsatz</i>	<i>680</i>
<i>III. Vorsatz und Fahrlässigkeit als sich auflösende Kategorien?</i>	<i>681</i>
<i>IV. Zu erwartende Folgewirkungen bei Umsetzung der hiesigen These</i>	<i>682</i>
1. Theorieebene	683
2. Praxisebene	683
Literaturverzeichnis	685
Sachregister	701

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
AL	Ad legendum (Zeitschrift)
All ER	All England law reports
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
AO	Abgabenordnung
ApoG	Apothekengesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
Art.	Artikel
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AT	Allgemeiner Teil
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AusführungsVO	Ausführungsverordnung
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheidungen (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BlutschutzG	Blutschutzgesetz
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache

BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cost.	Costituzione italiana
Cp	Code penal, Codice penale, Codice penal
d. h.	das heißt
DepotG	Depotgesetz
ders.	derselbe
DGS	Deutsche Gesellschaft für Soziologie
DPP	Director of Public Prosecutions
Dr. jur.	Doktor der Rechte
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
E	Entwurf
E/K	Erbs/Kohlhaas
EBS	European Business School
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
f.	folgend
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende
FG	Festgabe, Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Großkomm.	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedenkschrift; Gedächtnisschrift, Großer Senat
GSB	Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen
GÜG	Grundstoffüberwachungsgesetz
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
IfSG	Infektionsschutzgesetz
Informationsgesellschafts-RL	Informationsgesellschaftsrichtlinie

INN	International Nonproprietary Name (Internationaler Freiname)
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurionRS	Jurion Rechtsprechung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K/P/V	Körner/Patzak/Volkmer
Kap.	Kapitel
KäseVO	Käseverordnung
KG	Kammergericht (Berlin), Kommanditgesellschaft
KK	Karlsruher Kommentar
Komm.	Kommentar
KritV	Kritische Viertel-Jahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrWaffKontrG	Kriegswaffenkontrollgesetz
KunstUrhG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
L/K	Lackner/Kühl
LandesdenkmalschutzG	Landesdenkmalschutzgesetz
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch)
LFischG (BW)	Landesfischereigesetz (Baden Württemberg)
LFischVO (BW)	Landesfischereiverordnung (Baden Württemberg)
LG	Landgericht
LGR	Landgerichtsrat
lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
LRE	Sammlung lebensmittelrechtlicher Entscheidungen
LStVG	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Ordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	
MAR	Market Abuse Regulation (Marktmissbrauchsverordnung)
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Million
MK	Münchener Kommentar
MMR	MultiMedia und Recht
MPC	Model Penal Code
MPG	Gesetz über Medizinprodukte
MuSchG	Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
NS	Nationalsozialismus

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmens- strafrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
ÖStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
PfIVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter
RAO	Reichsabgabenordnung
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen
RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
S.	Seite
s. o.	siehe oben
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz)
SGB	Sozialgesetzbuch
SIM	Subscriber identity module
sog.	sogenannt
SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
StGB	Strafgesetzbuch
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
str.	strittig
StR	Strafrecht
StraFo	Strafverteidiger Forum
StPO	Strafprozessordnung
StUG	Stasi-Unterlagengesetz
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SubvG	Subventionsgesetz
THC	Tetrahydrocannabinol
TiergrenztransportVO	Tiergrenztransportverordnung
TierSchG	Tierschutzgesetz
u.	unten, und
u. a.	und andere
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
Urt.	Urteil

USA	United States of America
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom, versus
Var.	Variante
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO (EG)	Verordnung der Europäischen Gemeinschaft
Vorbem.	Vorbemerkung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
W/B/S	Wessels/Beulke/Satzger
WaffG	Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)
z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Online Zeitschrift)
ZollVG	Zollverwaltungsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

„Hinsichtlich des Irrtums des Täters ist zwischen Tatbestandsirrtum des § 16 StGB u Verbotsirrtum des § 17 StGB zu unterscheiden (Rn. 6). Die Abgrenzung ist außerordentlich problematisch u kaum rational nachvollziehbar, soweit sich der Täter im Bereich der normativen Tatbestandsmerkmale irrt. Hier kann ein Irrtum über Rechtspflichten vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum begründen. Dabei besteht die Gefahr, den bei Vorsatztaten strafausschließenden Tatbestandsirrtum zu Lasten des eine Bestrafung ermöglichenden Verbotsirrtums unsachgemäß auszuweiten. Die zur Verfügung stehenden Abgrenzungskriterien genügen rechtsstaatlichen Anforderungen nicht.“

Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 82 Rn. 21

A. Einleitung

Die vorliegende Arbeit zielt im Kern auf eine inhaltliche wie auch terminologische Präzisierung der Vorsatzdogmatik im Hinblick auf den Vorsatzgegenstand. Begründet und zugleich entfaltet werden soll ein Modell, für das die Unterscheidung zwischen Sachverhalts- und Rechtsirrtum maßgeblich und Letzterer für den Vorsatz irrelevant ist. Ziel der Arbeit ist es, die Abgrenzungsunsicherheiten, Intransparenzen und Widersprüchlichkeiten aufzulösen, die auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen Tatumstands- und Verbotsirrtum über die Jahrzehnte gewachsen sind. Die hier in den Blick genommenen Mängel gehen zurück auf die bereichsweiser Normativierung des Vorsatzgegenstandes und sind so gewichtig, dass zwischenzeitlich ein Zivilrechtsprofessor sogar Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit der zur Verfügung stehenden Abgrenzungskriterien angemeldet hat.¹ In Abkehr vom gegenwärtigen Systemdenken will die vorliegende Arbeit den Weg bereiten für eine sachgerechte, in Theorie und Praxis transparente Problemlösung, die zugleich mit den Grundannahmen eines modernen und sich verstärkt präventiven Zielsetzungen zuwendenden Strafrechts in Einklang steht. Die zentrale These hierfür lautet: Der Vorsatzgegenstand ist zu entnormativieren. Rechtsirrtümer des Täters fallen nicht unter § 16 I 1 StGB, sind somit für den Vorsatz irrelevant und stattdessen Frage der persönlichen Vorwerfbarkeit, also der Schuld (vgl. § 17 StGB).

Die Aktualität der Problematik zeigen nicht zuletzt zwei jüngere Entscheidungen des BGH. So hat der 1. Strafsenat des BGH in einer aus dem Jahr 2012 stammenden Entscheidung zur Steuerhinterziehung nach § 370 AO erwogen, ob der Rechtsirrtum über den Steueranspruch – von der tradierten Rechtsprechung abweichend – als vorsatzirrelevanter Irrtum nach § 17 StGB zu klassifizieren ist,² was im Einklang mit literarischen Stellungnahmen einzelner Richter am Bundesgerichtshof stand bzw. steht,³ die „Prophezeiung“ von der Aufgabe der Steueranspruchs-

¹ Vgl. die gleichlautende Einschätzung für den Bereich des GmbH-Strafrechts von Haas, in: Baumbach/Hueck, § 82 GmbHG Rn. 21.

² BGH NSTZ 2012, 160 ff. (Winzer-Urteil).

³ So meint etwa der im Jahr 2016 zum Richter am BGH (6. Zivilsenat) ernannte Peter Allgayer, die bisherige Rechtsprechung zur Irrtumsproblematik sei – ausgehend von der Annahme, dass es sich um Blankettstraftatbestände handle – unzutreffend und es bleibe zu hoffen, dass die Rspr. ihren Standpunkt überdenke, Allgayer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 369 AO Rn. 28. Sich dem anschließend hieß es in einer Kommentierung des Mitglieds des

theorie aufkommen ließ⁴ und gegenüber der Rechtswissenschaft als Aufforderung zur Abgabe von Stellungnahmen gemeint war,⁵ die auch rasch kamen, den ange-dachten Paradigmenwechsel indes fast einhellig ablehnten⁶. Ausweislich eines Ur-teils aus dem Jahr 2018 tendiert der 1. Strafsenat des BGH gegenwärtig nun wieder eher in eine gegenläufige Richtung, indem er erwägt, die Anwendbarkeit des § 16 I 1 StGB auf Rechtsirrtümer im Kontext des § 266a StGB zu erweitern und so in einen Gleichlauf mit der (aufrechtzuerhaltenden) Steueranspruchstheorie bei § 370 AO herzustellen.⁷ Wie wenig nach wie vor damit indes die Sachfragen geklärt sind, lässt die Einschätzung *Eiseles* erahnen, der in Bezug auf das Urteil anmerkt, man könne insoweit kritisch fragen, ob die Korrektur nicht doch „bei den steuer-rechtlichen Straftatbeständen in Richtung eines Verbotsirrtums“ zu erfolgen habe.⁸ Ganz in diesem Sinne sind in der Literatur in jüngerer Zeit Arbeiten vorgelegt worden, die – allgemeiner oder für bestimmte nebenstrafrechtliche Teilbereiche – den Rechtsirrtum aus dem Anwendungsbereich des § 16 I 1 StGB ausschließen, also ebenfalls eine Entnormativierung des Vorsatzgegenstandes propagieren.⁹ Auch diese Konzepte sind – soweit bereits rezipiert – fast einhellig auf Ablehnung gestoßen.¹⁰ Dass sie aber den richtigen Weg weisen, soll hier in einer breiter ange-legten Untersuchung belegt werden.

1. Strafsenats des BGH *Jäger*, in: Klein, Abgabenordnung, 13. Aufl., 2016, § 370 Rn. 173: „Mit Recht wird aber gegen die ‚Steueranspruchstheorie‘ eingewandt, [...]“. *Jäger* hat sich zwischen-zeitlich – vermutlich im Hinblick auf die die Steueranspruchstheorie bekräftigende Entscheidung BGH, Urt. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 seines Senats – wieder etwas aus dem Lager der Kritiker der h. M. entfernt, indem er sich die von den Gegenstimmen formulierte Kritik nun nicht mehr zu eigen macht, sondern diese nur noch referiert, vgl. *Jäger*, in: Klein, Abgabenordnung, § 370 AO Rn. 173.

⁴ Vgl. *Olfen/Plattes/Meinecke*, DStR 2016, S. 355 ff., 357; *Reichling*, StraFo 2012, S. 316 ff., 318, schrieb als Reaktion auf das Urteil, es erscheine naheliegend, dass der BGH die Steuer-anspruchstheorie bei passender Gelegenheit aufgeben werde; *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 23 Rn. 46, meinte, ein Festhalten des BGH an der Steueranspruchstheorie erscheine „angesichts jüngerer Entscheidungen“ fraglich.

⁵ Vgl. *Wulf*, Stbg 2012, S. 19 ff., 20 Fn. 5, wonach sich Markus *Jäger*, der seit 2008 Mitglied des 1. Strafsenats des BGH ist, entsprechend in einem Referat geäußert habe.

⁶ Vgl. exemplarisch *Wulf*, Stbg 2012, S. 19 ff., 20: „Vor einer Änderung der Rechtsprechung in diesem Punkt kann nicht deutlich genug gewarnt werden.“

⁷ BGH NSTZ-RR 2018, 180 ff. mit zustimmenden Anmerkungen von *Beyer*; NZWiSt 2018, S. 341 ff.; *Floeth*, NSTZ-RR 2018, S. 182 ff., *Reiserer*; DStR 2018, S. 1624 ff., *Schall*, NSTZ 2018, S. 318 und *Schuster*; NZWiSt 2018, S. 346 f.

⁸ *Eisele*, JuS 2018, S. 1106 ff., 108.

⁹ So insbesondere *Glandien*, Fehlvorstellungen, S. 74 ff.; *Heinrich*, in: FS-Roxin, S. 449 ff.; *Rinck*, Delikttaufbau, S. 323 ff., insbes. S. 340 und 346; *Safferling*, Vorsatz, S. 118 ff.; *Wissmann*, Irrtum, S. 189 ff.

¹⁰ Ablehnend etwa *Papathanasiou*, Irrtum, S. 94 ff.; *Roxin*, in: FS-Neumann, S. 1023 ff., 1027 ff.; *Schuster*, Verhältnis, S. 118 (Fn. 766). Spezifische Kritik am Konzept *Safferlings* übt *Pawlik*, ZIS 2010, S. 339 ff., 340.

I. Die Quadratur des Kreises als lösbares Problem

Kurze Zeit nach der Geburtsstunde der Unterscheidung zwischen vorsatzausschließendem Tatbestands- und potentiell schuldausschließendem Verbotsirrtum im Jahr 1952 hat *Lang-Hinrichsen* die folgende Prognose abgegeben:

„Zieht man die praktische Rechtsanwendung in Betracht, so wird für diese eine Scheinproblematik durch eine andere ersetzt. Die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, mit der sich nunmehr Theorie und Praxis zu beschäftigen haben werden, ist, wie ausgeführt, einer Lösung ebensowenig zugänglich wie die Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum und die Quadratur des Kreises. Die Qualifizierung der Irrtümer wird von der Überlegenheit in der Dialektik abhängen, hinter der kryptozoologisch der Wille stehen wird, einem Irrtum eine größere, geringere oder gar keine Bedeutung beizumessen.“¹¹

Befasst man sich heute – über 60 Jahre später – mit der strafrechtlichen Vorsatz- und Irrtumsdogmatik, so ist man geneigt, dem Zitat *Lang-Hinrichsens* zuzustimmen, das auf den Zeitpunkt einer Entscheidung des BGH zurückgeht, die die strafrechtliche Vorsatzlehre bis heute determiniert. Denn ein Blick in die strafrechtliche Fachliteratur belegt schnell, dass die Frage nach der Einordnung eines Irrtums als Irrtum nach § 16 I 1 oder § 17 StGB heute in der Tat zumeist umstritten ist und das dogmatische Instrumentarium, nach dem man haltsuchend greift, ein – wie noch zu belegen ist – hohes Maß an Unsicherheiten beinhaltet: Ist das in Streit stehende Merkmal ein deskriptives, normatives oder gar ein Blankettmerkmal? Und falls man sich festlegen kann: Was bedeutet das für den Vorsatz? Resignierend könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass es tatsächlich eher die „Überlegenheit in der Dialektik“ ist, die bei der Einordnung die maßgebliche Rolle zu spielen scheint. Erkannt ist das Problem freilich längst. Gar von einer „intuitiven Handhabung“ ist die Rede.¹² Zu Recht – wie noch zu zeigen sein wird – geht die Kritik sogar so weit, dass behauptet wird, die Grenze zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum lasse sich „frei manipulieren“.¹³

Die Reihe ähnlich lautender Zitate ließe sich beinahe beliebig fortsetzen. Dieser Befund ist besorgniserregend, da eine strafrechtliche Frage von grundsätzlichem Gewicht betroffen ist. Sie lautet: Was setzt die vorsätzliche Erfüllung eines Straftatbestandes voraus? Trotz aller zutage tretender Resignation stellt sich die Frage, ob die Unterscheidung – wie *Lang-Hinrichsen* 1952 geschrieben hat – tatsächlich einer Lösung nicht zugänglich und „die Quadratur des Kreises“ ist. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang bereits ein näherer Blick auf die von *Lang-Hinrichsen* in Bezug genommene „Quadratur des Kreises“ selbst, die heute als sprachliches Symbol für eine „unlösbare Aufgabe“ steht. Die „Quadratur des Krei-

¹¹ *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, S. 302 ff., S. 356 ff., 357.

¹² *Fischer*, StGB, § 17 Rn. 18; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 170.

¹³ *Walter*, Kern, S. 396; zu Unrecht von *Kuhlen*, ZStW 2008, S. 140 ff., 147, als „freilich weit überzogen“ kritisiert.

ses“ im eigentlichen Sinne, nämlich dem eines geometrischen Problems, bereitet indes bereits seit den Annäherungen *Archimedes'* an die Kreiszahl Pi um etwa 250 v. Chr. kaum mehr Probleme. Denn es geht hierbei nur darum, aus einem Kreis ein flächeninhaltsgleiches Quadrat zu konstruieren. Der im Jahr 1882 durch den deutschen Mathematiker *Ferdinand von Lindemann* erbrachte Unmöglichkeitbeweis dagegen bezieht sich auf ein spezifischeres Problem, nämlich das, jene Aufgabe unter einer Beschränkung der Konstruktionsmittel auf Stift, Lineal und Zirkel zu lösen. Dass diese Aufgabe nicht lösbar ist, ist seitdem gesicherter mathematischer Forschungsstand. Die Unmöglichkeit beruht auf einem logischen Widerspruch.¹⁴ Ähnlich könnte es bei dem hier untersuchten Forschungsgegenstand liegen: Ebenso wie die „Quadratur des Kreises“ könnte die Abgrenzung zwischen Tatumstands- und Verbotsirrtum möglich, einer Lösung nämlich dann zugänglich sein, wenn man die Beschränkung auf bestimmte Konstruktionsmittel entfallen lässt. Diese Konstruktionsmittel sind freilich hier nicht Lineal und Zirkel und überhaupt auch nicht gegenständlicher, sondern theoretischer Natur: Die Konstruktionsmittel sind rechtsdogmatische Kategorien und Konstrukte wie die – um nur einige zentrale zu nennen – der normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmale, der gesamtatbewertenden Merkmale, Blankettmerkmale bzw. -normen sowie die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre und der Subsumtionsirrtum.

Es soll mit dieser Arbeit zunächst belegt werden, dass mit den zuvor genannten dogmatischen Konstrukten das Abgrenzungsproblem in der Tat nicht lösbar und in diesem Sinne verstanden tatsächlich die „Quadratur des Kreises“ ist. Es soll der Nachweis dafür erbracht werden, dass es sich in weitem Umfang nur um wissenschaftlich klingende Scheinargumente handelt, die eher nachträglich für richtig gehaltene Ergebnisse *scheinbar* plausibel machen, die sich aber nicht deduktiv zur eindeutigen Zuweisung eines Irrtums zu § 16 I 1 StGB oder § 17 StGB eignen. Dieser Nachweis soll erbracht werden anhand einer Kritik der Kategorien als solcher, aus der hervorgehen wird, dass und warum die Kategorien zu einer eindeutigen Problemlösung nicht führen können. Die so gewonnene These einer Abgrenzungsunmöglichkeit soll weiter erhärtet werden, durch eine breitangelegte Analyse der Anwendung des dogmatischen Instrumentariums auf konkrete Fragestellungen im Kern- und Nebenstrafrecht durch Literatur und Rechtsprechung. Hier wird sich zeigen: Der Rekurs auf die vorsatzdogmatischen Kategorien kann die postulierten Ergebnisse nicht absichern, sondern nur nachträglich scheinbar plausibel machen. Zum Teil wird der Eindruck entstehen, die Dogmatik habe sich einen Irrgarten erschaffen, indem sich selbst Experten ihres Faches nicht mehr zurechtfinden. Es sollte jedenfalls zu denken geben, wenn in einem annähernd 1000 Seiten umfassenden Standardwerk zum Allgemeinen Teil des Strafrechts zu der Frage, was Vorsatz bezogen auf Blankettgesetze im Nebenstrafrecht (im Kernstrafrecht ist das

¹⁴ Vgl. zur „Quadratur des Kreises“ als Problem der Geometrie: *Stewart*, *Mathematik*, S. 62 ff.

Problem gleichermaßen und nur quantitativ geringfügiger existent) voraussetzt, offenbar nicht mehr gesagt werden kann als: „Auf Blanketttatbestände des Nebenstrafrechts kann hier nicht eingegangen werden“.¹⁵

Ein so erhobener Befund stützt wiederum die These *Lang-Hinrichsens*, dass die Qualifizierung der Irrtümer von der Überlegenheit in der Dialektik und dem Willen abhängt, dem „Irrtum eine größere, geringere oder gar keine Bedeutung beizumessen“. Nach dem Bekunden des ehemaligen Ordinarius für praktische Mathematik, *H. von Sanden*, erhalte jedes mathematische Institut „jahraus, jahrein vermeintliche Lösungen des Problems der Quadratur des Kreises“, die Einsender wüssten aber entweder nicht, dass *von Lindemann* das Problem bereits 1882 endgültig gelöst habe, oder, worin es besteht, und schlussfolgert pointiert:

„Man kann also den Unglücksmenschen, die heute die Quadratur des Kreises gefunden zu haben meinen, nur den Rat geben, ihre ‚Lösung‘ in den Papierkorb zu werfen – oder Mathematik zu studieren.“¹⁶

Seine Betrachtungen wollen – so Die Zeit – „[a]ls Aufbegehren des Fachmanns gegen die unverwüstlichen Amateurforscher, die Tinte und Papier nicht scheuen“, verstanden sein. Gerade in diese „Falle“ zu treten, die sich auf rechtswissenschaftlichem Gebiet freilich analog auftut, droht nach dem Ansatz dieser Arbeit jedenfalls nicht. Steht nämlich fest, dass die „Konstruktionsmittel“ nicht näher fundierbar sind, legt dies den Verzicht auf selbige nahe und ermöglicht eine Hinwendung zur dann möglich gewordenen Lösung des Problems. Dieses liegt in der Rückkehr der seit dem Aufkommen der Kritik an der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Unrecht in Verruf geratenen Differenzierung in Sachverhalts- und Rechtsirrtum, als eindeutigen Abgrenzungsmaßstab.¹⁷

Anders als der Mathematiker *von Sanden*, der sich sowohl darauf berufen kann, dass die Unmöglichkeit der „Quadratur des Kreises“ unter der genannten Beschränkung der Konstruktionsmittel endgültig bewiesen ist und das Sachproblem seit 2000 Jahren gelöst ist, dürfte die Stellungnahme *Lang-Hinrichsens* (wenngleich sie so auch überhaupt nicht gemeint sein dürfte!) auch legitimerweise nicht als Aufbegehren des Fachmannes gegen unverwüstliche Amateurforscher gelten. Denn weder ist es gesicherter Forschungsstand, dass die gegenwärtigen dogmatischen Instrumentarien einer sauberen Abgrenzung *nicht* dienlich sind – wie wäre sonst zu legitimieren, dass sie heute im Jahr 2016 noch in Gebrauch ist? –, noch weiß die Vorsatzdogmatik der h. M. – anders als auf ihrem Gebiet die Mathematik – das Sachproblem auf anderem Wege (eindeutig) zu beantworten.

¹⁵ *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 97.

¹⁶ Vgl. <https://www.zeit.de/1959/10/quadratur-des-kreises> (zuletzt abgerufen am 30.04.2019).

¹⁷ Freilich ohne die Rückkehr zum Grundsatz genereller Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums oder zur reichsgerichtlichen Distinktion zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum.

II. Die Verrechtlichung des Vorsatzgegenstandes als folgenschwere Weichenstellung

Entgegen der hiesigen These kann im System der h. M. vorsätzliches Handeln in gewissem Umfang eine zutreffende rechtliche Bewertung des Täters erfordern, was gleichbedeutend ist mit der Aussage, dass der Vorsatzgegenstand normativiert ist. Der Rechtsirrtum kann im System der h. M. mithin Tatumstandsirrtum¹⁸ nach § 16 I 1 StGB sein. Ein prominentes Beispiel ist die bereits eingangs erwähnte – erstaunlicherweise sogar in den Status einer Theorie erhobene – Steueranspruchttheorie, nach der der Täter einer Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO auch Vorsatz hinsichtlich des Steueranspruchs aufweisen muss.¹⁹ Der Steueranspruch sei Tat- bzw. Rechtsumstand im Sinne des § 16 I 1 StGB, der entsprechende Irrtum des Täters mithin nicht Verbotsirrtum nach § 17 StGB, sondern Tatumstandsirrtum nach § 16 I 1 StGB.

Dieser Befund eines normativierten Vorsatzgegenstandes belastet die strafrechtliche Vorsatzdogmatik mit zahlreichen Problemen. Kern des Problems ist, dass die Reichweite dieses Konzepts ungeklärt ist, da keine Klarheit darüber besteht, was ein „Umstand“ im Sinne des § 16 I 1 StGB ist. Pointiert könnte man sagen, dass jedes Element einer Strafnorm das Potential hat, als Umstand deklariert zu werden. Besonders deutlich wird das an folgender Aussage *Jakobs*: „Wer sich freilich für wirksam aus der Rechtsordnung ausgeschlossen halten sollte und tötet, kennt nicht das ‚Wer‘ in § 212 I StGB.“²⁰

Selbst die Voraussetzung „entgegen § X“ in einer Strafnorm, die durch diese Formulierung auf eine andere Norm explizit verweist, lässt sich derart klassifizieren, um bei demjenigen den Vorsatz entfallen zu lassen, der nicht weiß, dass er „entgegen § X“ handelt. Dieses Problem der Abgrenzungsunsicherheit besteht nicht nur auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit, sondern ist auch auf der Ebene der *Rechtswidrigkeit* unter veränderten Vorzeichen, nämlich in der Kategorie des Erlaubnistatumstandsirrtums, gleichermaßen gegeben. Die Frage lautet dort: Wann ist der Rechtsirrtum des Täters so zu bewerten, dass er sich „Umstände“ vorstellt, die im Falle ihres tatsächlichen Gegebenseins die Tat rechtfertigen würden? Diese Frage ist bislang ebenso wenig überzeugend beantwortet. Einer weiteren Verne-

¹⁸ In Rechtsprechung und Literatur verbreitet ist die Bezeichnung des Irrtums nach § 16 I 1 StGB als „Tatbestandsirrtum“. Da der Bezugspunkt eines Irrtums nach § 16 I 1 StGB aber nicht der gesetzliche Tatbestand selbst ist, sondern nur der zum gesetzlichen Tatbestand gehörige Umstand, ist die Bezeichnung als „Tatumstandsirrtum“ enger am Gesetzeswortlaut orientiert und damit vorzugswürdig. So u. a. auch *Kühl*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 2, 7 ff.; *Wissmann*, Irrtum, S. 59 m. w. N.

¹⁹ Vgl. zur h. M. und zur diesbezüglichen Kritik *Jäger*, in: Klein, Abgabenordnung, § 370 Rn. 170 ff.

²⁰ *Jakobs*, in: FS-Rudolphi, S. 107 ff., 115 Fn. 35.

belung leistet der omnipräsente Rekurs auf das – nach hiesiger These – auch innerhalb des Systems der h. M. obsoletere und daher preisgebende Konstrukt der Parallelwertung in der Laiensphäre Vorschub.

Die Folge ist bereichsweise eine weitreichende Unklarheit in der Beschreibung dessen, was vorsätzliches Verhalten bezogen auf einen bestimmten Straftatbestand voraussetzt. Die Unklarheit betreffend die Einordnung eines Irrtums als Irrtum nach § 16 I 1 oder § 17 StGB ist bloße Konsequenz. Des Weiteren steht die Möglichkeit, einen Rechtsirrtum als vorsatzausschließenden Irrtum anzuerkennen, in bemerkenswerter Nähe zur *Vorsatztheorie*, die für vorsätzliches Handeln Unrechtsbewusstsein des Täters voraussetzt. Bemerkenswert ist dies deshalb, weil im deutschen Strafrecht eine eingeschränkte Schuldtheorie Gesetz geworden ist, nach der das Unrechtsbewusstsein Teil der Schuld ist und selbst dessen Fehlen einen Schuldausschluss nicht zwingend, sondern nur dann nach sich zieht, wenn der Irrtum unvermeidbar war (vgl. den Wortlaut des § 17 StGB). Es wird sich zeigen, dass es gelungen ist, eine *Art gemäßigte Vorsatztheorie* verdeckt am Leben zu erhalten, und dass es – vor allem im Bereich der Blankettgesetze und damit nahezu im gesamten Nebenstrafrecht – Bestrebungen gibt, eine Kopplung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein herzustellen. Dies läuft der präventiven Ausrichtung des modernen Strafrechts eklatant entgegen, indem so faktisch ein Anreiz zur Rechtsunkenntnis gesetzt wird. Neben das Problem der Abgrenzungsunklarheit und den partiellen Widerspruch zu den Vorgaben der geltenden eingeschränkten Schuldtheorie tritt ein weiteres Problem: Aus der Festlegung, dass Vorsatz eine rechtliche Wertung voraussetzt, diese aber auch genügen kann, folgt, dass Rechtsirrtümer sich auch täterbelastend, genauer strafbarkeitsbegründend auswirken können, da damit – unter Anwendung des sog. Umkehrprinzips – ein strafbarer untauglicher Versuch dort vorliegen kann, wo der Täter zu seinem Nachteil rechtlich falsch gewertet und das Erfülltsein eines Tatbestandsmerkmals irrig bejaht hat. Dass auch dies nicht sachgerecht ist, soll hier ebenfalls belegt werden. Schließlich tritt hinzu, dass das Konzept der Vorsatzrelevanz von Rechtsirrtümern, das (auch) täterprivilegierend gedacht ist, die Implementation in sein Umfeld, dessen Konstanten zum einen der Eventualvorsatz und zum anderen die Tatsachenfeststellung im Prozess ist, nicht ohne weitreichende Funktionsverluste übersteht, mithin zur Umsetzung des Zieles einer sachgerechten Täterentlastung nicht effektiv ist. Beinahe könnte man sagen, der vorsatzausschließende Rechtsirrtum sei – insbesondere abseits derjenigen Irrtümer, die als „unvermeidbar“ im Sinne des § 17 StGB anzusehen wären – in der Praxis bloßes Phantom. § 17 StGB wird als geeigneter Lösungsmaßstab übergangen.

III. Ausgangspunkte und Grundannahmen

Da die vorliegende Arbeit eine strafrechtsdogmatische Arbeit sein will, sei im Folgenden zunächst der eigene Standpunkt zur Aufgabe von Strafrechtsdogmatik entfaltet. Diese liegt nach hier vertretener Auffassung in einer möglichst exakten Strukturanalyse des positiven Rechts, mit dem Ziel, es zu systematisieren, widerspruchsfrei zu halten und so in der Anwendung zu stützen.²¹ Für den hiesigen Forschungsgegenstand gilt es deshalb zentral ein Modell zu präsentieren, das für die Abgrenzung zwischen § 16 I 1 StGB und § 17 StGB einen konsistenten und transparenten Entscheidungsrahmen vorgibt, den Gerichten sachgerechte Begründungserfordernisse auferlegt und in dem so von Fall zu Fall – transparent – gerechte und nachprüfbar Ergebnisse gefunden werden können. Bei der Konstruktion dieses Modells können Entwicklungen des Strafrechts hin zu einem Präventionsstrafrecht nicht unberücksichtigt bleiben.

1. Funktion der Strafrechtsdogmatik

a) Strafrechtswissenschaft als „Zuchtmeister“?

Seit jeher scheint der Fokus der Strafrechtswissenschaft indes nicht nur auf die bloße „Erkenntnis“ des Rechts gerichtet zu sein (wenngleich eine solche *rein* objektiv kaum möglich ist, da das Recht nicht „fertig im Gesetz steckt“ und „mittels formallogischer Prozeduren herausgelöst“ werden kann),²² sondern vielmehr zugleich auf dessen „Gestaltung“, genauer die *Restriktion* des Strafrechts. Mit den folgenden Worten, die diesen Befund spiegeln, hat beispielsweise der schweizerische Strafrechtsprofessor *Niggli* im Jahr 2013 sein Referat mit dem Thema „Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht“ eingeleitet:

„Als ich klein war, gab es Leute, die davon träumten, das Strafrecht abzuschaffen. Bücher, die solche Forderungen erhoben, konnten zu Bestsellern werden. Strafrecht war repressiv und Ausdruck von Herrschaft und Ungerechtigkeit und die Intelligenz suchte nach Wegen, diese Schärfe wenigstens zu mildern, wenn nicht aufzuheben.“²³

Dass dieses Denken unter deutschen Strafrechtsdogmatikern auch heute existent ist, zeigt sich deutlich beispielsweise in den Ausführungen *Schünemanns*:

„[...] und weil die Strafgewalt die furchtbarste Gewalt im Staat ist, betreiben wir zu ihrer Eindämmung die Strafrechtsdogmatik.“²⁴

²¹ Vgl. zur Funktion der Rechtsdogmatik *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 321 ff.

²² Hassemer/Neumann/Saliger-Kaufmann/von der Pfordten, Einführung, S. 117.

²³ *Niggli*, Strafverteidigung, S. 13 ff., 13.

²⁴ *Schünemann*, GA 2011, S. 445 ff., 460; vgl. auch *Roxin*, RJ 2000, S. 637 ff., 638.

Den für die hiesige Untersuchung interessanten und grundlegenden Umstand, dass die Vorsatz- und Irrtumsdogmatik in diesem Sinne als sehr funktional erscheinen kann, belegt bereits das folgende Zitat aus einer Kommentierung zu einer Strafnorm des Aktienrechts:

„Die überwiegende Meinung im Schrifttum [...] neigt zu einer zu weitgehenden Anerkennung des Tatbestands- auf Kosten des Verbotsirrtums; das führt im Ergebnis praktisch zur Lahmlegung der Brauchbarkeit des Tatbestands.“²⁵

Jüngst, im Jahr 2015, hat auch *Hefendehl* eine „problematische[...] Tendenz“ beobachtet, „zunehmend auf § 16 StGB zurückzugreifen, um eine als unangemessen empfundene Strafbarkeit zu vermeiden“.²⁶ Und im Jahr 2016 hat *Bürger* gemeint, die „Pönalisierung komplexer Zusammenhänge, die durch die Risikogesellschaft geschaffen werden“, verlange eine „maßvolle Anwendung“, die durch eine „sinnvolle, d. h. nachvollziehbare Entlastung des Akteurs im Rahmen des § 16 StGB erreicht werden“ könne.²⁷

Schünemann spricht weiter von der „Kontrolle der Wissenschaft über die Tätigkeit der Rechtsprechung“, der Dogmatik als „Zuchtmeister“ und dem „ordnenden Zugriff der Rechtswissenschaft“.²⁸ Befasst man sich nun näher mit dem rechtsdogmatischen Konzept, wonach Rechtsirrtümer bereichsweise den Vorsatz ausschließen sollen, so kann man sich nur schwer des Eindrucks erwehren, dass dieses Konzept jedenfalls bereichsweise Ausdruck eben jener Suche der Intelligenz nach einem Weg ist, die Schärfe des Strafrechts zu mildern oder – wenn kein Fahrlässigkeitstatbestand existiert – aufzuheben. Pointiert: Ein fortwährend expandierendes Präventionsstrafrecht scheint jeden Schrecken zu verlieren, wenn ein Rechtsirrtum des Täters es ausschalten kann.

aa) Bedenken gegen ein „zuchtmeisterliches“ Selbstverständnis

Das Selbstverständnis einer Strafrechtsdogmatik als „Zuchtmeister“ wirft Bedenken auf. Wie kann jemand „Zuchtmeister“, also strenger Erzieher, sein oder auch nur sein wollen, ohne dass ihm „Zuchtmittel“ zur Verfügung stünden? Die Rechtsprechung ist in keiner Weise an in der Strafrechtswissenschaft vertretene Auffassungen gebunden, sofern diese nicht eine „zwingende“ Gesetzesauslegung spiegeln. Zudem dürfte der „Zuchtmeister“, soll die Züchtigung gelingen, nicht zu einer Frage verschiedene Positionen einnehmen. Denn es gibt freilich nicht die mit einer Stimme sprechende Strafrechtswissenschaft. Diese stellt sich nämlich nach *Schünemann* als „ein realer Diskurs mit schätzungsweise 400 Teilnehmern“

²⁵ *Geilen*, in: Kölner Komm. AktG (1984), § 399 Rn. 80.

²⁶ *Spindler/Stilz-Hefendehl*, AktG, § 399 Rn. 239. Indes handelt es sich – wie noch aufzuzeigen ist – hier nicht um ein bereichsspezifisches Problem, das nur im AktG auftritt.

²⁷ *Bürger*, wistra 2016, S. 169 ff., 173.

²⁸ *Schünemann*, in: FS-Roxin (2001), S. 1 ff., 6.

dar.²⁹ Und deshalb verwundert es nicht, dass *Schünemann* ein von ihm als „dritte Entwicklungslinie der rechtsdogmatischen Überfeinerung“ bezeichnetes Phänomen wahrnimmt, das den „Traum der dogmatischen Vollkommenheit in einen Alptraum zu verwandeln“ drohe: Bedingt durch den „unablässigen neuen Strom“ an Theorien habe sich die Dogmatik „von einem Zuchtmeister in einen Gemischtwarenladen“ verwandelt, in dessen Regalen die Rechtsprechung „immer dasjenige findet, was zur Begründung des jeweils gewünschten Ergebnisses herhalten kann“ und so „gleich einem an keine logische Konsequenz gebundenen Schmetterling auf das nächste dogmatische Gewächs hinüberflattern und sich damit dem ordnenden Zugriff der Rechtswissenschaft immer wieder entziehen kann“.³⁰ Dem so erkannten Problem könne man – „weil es die Wissenschaftsfreiheit nicht zulässt“ – nicht dadurch begegnen, dass man die Zahl der Publikationen „hoheitlich“ einschränke (wer sollte auch diese „Hoheit“ sein?), und deshalb verbleibe nur, jeden Bundesrichter – gleich einem Strafrechtsordinarius – mit wissenschaftlichen Mitarbeitern zur Sondierung der Literatur auszustatten.³¹ Des Weiteren könne in Betracht gezogen werden, durch weiterhin „hochselektive Qualifikationsmechanismen“ einen möglichst hohen „Mindeststandard der Teilnehmer des rechtswissenschaftlichen Diskurses“ zu erzeugen, „um die unablässige Herausforderung dogmatischer Glanzleistungen durch dogmatische Mißgeburten zu beschränken“.³²

Abgesehen davon, dass es fraglich erscheint, warum es „dogmatischer Glanzleistungen“ bedarf, um „dogmatische Mißgeburten“ zu entlarven, und wie es trotz des „hohen Mindeststandards“ der Diskursteilnehmer zu einem Rechtszustand kommen konnte, dem ein Professor des Zivilrechts die Rechtsstaatlichkeit abspricht (vgl. das Zitat von *Haas* oben), zeigt sich an den Ausführungen *Schünemanns* aber auch das Problem eines Verständnisses der Strafrechtswissenschaft als „Zuchtmeister“: Wenn die Strafrechtswissenschaft der „Zuchtmeister“ der Rechtsprechung sein soll, dann ist wissenschaftliche Meinungsvielfalt bzw. konkret der Andersdenkende – und das sagt *Schünemann* im Grunde ja auch ganz offen – ein Störfaktor. Für den hiesigen Kontext ist der folgende Umstand entscheidend: Das wissenschaftliche Selbstverständnis als „Zuchtmeister“ birgt die Gefahr, statt Rechtswissenschaft in der Sache eher Rechtspolitik zu betreiben, nämlich mit Fokus auf den Einzelfall zu propagieren, ein Rechtsirrtum des Täters müsse zum Vorsatzausschluss führen. Gleichwohl ist *Schünemann* im Grundsatz beizupflichten und der Anspruch eines „ordnenden Zugriffs“ sollte nicht aufgegeben werden. Hierbei bedarf es jedoch – jedenfalls im hier untersuchten Bereich – einer Neuausrichtung. Dies sei im Folgenden dargelegt.

²⁹ *Schünemann*, GA 1995, S. 201 ff., 203. (Interessant wäre eine Offenlegung der Berechnungsgrundlage.)

³⁰ *Schünemann*, in: FS-Roxin (2001), S. 1 ff., 6.

³¹ *Schünemann*, GA 2011, S. 445 ff., 460.

³² *Schünemann*, in: FS-Roxin (2001), S. 1 ff., 8.

bb) *Versuchung „zuchtmeisterlich“ zielorientierter Argumentation im Einzelfall*

Das bisherige Denken ist zu stark davon geprägt, bezogen auf bestimmte Normen oder Strafrechtsbereiche zu propagieren, der Rechtsirrtum müsse den Vorsatz ausschließen.

Im Jahre 1934 hat *Kelsen* im Vorwort zu seiner „Reinen Rechtslehre“ geschrieben:

„Von allem Anfang an war dabei mein Ziel: die Jurisprudenz, die offen oder versteckt – in rechtspolitischen Raisonement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft [...] zu heben. Es galt, ihre nicht auf Gestaltung, sondern ausschließlich auf Erkenntnis des Rechts gerichteten Tendenzen zu entfalten und deren Ergebnisse mit dem Ideal aller Wissenschaftlichkeit, Objektivität und Exaktheit, soweit als möglich anzunähern.“³³

Jedenfalls der letzte Satz dieses Zitats soll heute „von jedem Rechtstheoretiker“ als „hieb- und stichfest“ anerkannt werden.³⁴ Sich diesem „Ideal aller Wissenschaftlichkeit“, verstanden als dem Streben nach größtmöglicher Objektivität und Exaktheit, ebenso uneingeschränkt verpflichtet sehend, soll mit der vorliegenden Arbeit – möglichst frei von einem rechtspolitischen Blickwinkel – weder einer Verschärfung noch einer Milderung der Anforderungen an das Verhängen einer Vorsatzstrafe das Wort geredet werden. Stattdessen soll durch eine exakte Strukturanalyse des geltenden Rechts der Entscheidungsrahmen, den das Gesetz dem Rechtsanwender überlässt, ermittelt und innerhalb dessen dasjenige Lösungsmodell aufgezeigt werden, das in puncto Transparenz, Exaktheit und Systemkonformität am sachgerechtesten ist, was – zu Ende gedacht – eine Einbeziehung der prozessualen Perspektive bedingt.

Kelsens damaliger Vorwurf, die Jurisprudenz sei „offen oder versteckt“ völlig „in rechtspolitischen Raisonement“ aufgegangen, ist harsch. Und dennoch könnte er der Sache nach gerade auf den gegenwärtigen Stand der strafrechtlichen Dogmatik zur Frage des vorsatzausschließenden Rechtsirrtums zutreffen. Kern dieser Dogmatik ist nämlich vielerorts in der Tat Rechtspolitik, genauer die Dogmatik gewordene Forderung einer Entlastung des Straftäters von als zu weitreichend empfundenen Strafbarkeiten eines sich ausbreitenden Kern- und Nebenstrafrechts. Eine Unkenntnis des Täters von den Normen soll diese möglichst unanwendbar und somit bedeutungslos machen. Nicht die Analyse des geltenden Rechts scheint im Vordergrund zu stehen, sondern das gewünschte Ziel. Die folgenden Zitate mögen dies belegen. Besonders offen zeigen sich in diesem Sinne z. B. *Hildebrandt/Reinbacher*, die in ihrer Kommentierung zum Urheberstrafrecht schreiben:

„Das Grundproblem besteht darin, dass die klassische Irrtumslehre eine zu weit reichende Strafbarkeit mit sich bringen würde. Denn einerseits müsste ein Großteil der Irrtümer *konsequenter-*

³³ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Vorwort.

³⁴ *Adomeit/Hähnchen*, Rechtslehre, Rn. 18; vgl. zur Kritik am Werterelativismus der „reinen Rechtslehre“ *Kelsens*, *Braun*, Einführung, S. 239 ff.

weise bei § 17 StGB angesiedelt werden; andererseits kann die Kenntnis der – wegen des Verweises des Strafrechts auf nahezu das gesamte Urheberzivilrecht – äußerst komplexen urheberrechtlichen Vorschriften jedenfalls vom Laien nicht erwartet werden. Einen *Ausweg* bietet die großzügige Einordnung von Irrtümern als normative Tatbestandsmerkmale [...].³⁵

In diesen Ausführungen gestehen die Autoren offen ein, dass eine konsequente Rechtsanwendung zu einem unerwünschten Ergebnis führe („zu weit reichende Strafbarkeit“), da ihrer Ansicht nach entsprechende Rechtskenntnisse „jedenfalls vom Laien nicht erwartet werden“ können (was im Übrigen ausblendet, dass § 17 StGB hier auf der Schuldebene einen Lösungsmaßstab anbietet), und legen dar, wie dieses Ergebnis zu vermeiden ist, also worin die Umgehungsstrategie besteht („großzügige Einordnung von Irrtümern als normative Tatbestandsmerkmale“).³⁶ Noch zugespitzter könnte man die Aussage folgendermaßen zusammenfassen: Das Grundproblem ist das Gesetz, die hierdurch vorgeschriebenen Ergebnisse sind deshalb durch *praeter legem* erdachte dogmatische Konstrukte außer Kraft zu setzen. Aber so klar wollen es *Hildebrand/Reinbacher* dann offenbar nicht formulieren.

Sichtbar wird das Denken vom Ergebnis und nicht vom Gesetz her exemplarisch auch bei *Roxin*, der in seinem Aufsatz zunächst schreibt, welche Richtung er für richtig hält, und dann fragt:

„Wie aber lässt sich das mit dem geltenden Recht vereinbaren, das [...] sich für die Schuldtheorie entschieden hat?“³⁷

Nach Entfaltung seines Konzepts meint er:

„Das alles lässt sich auch sogar mit der Regelung unseres Strafgesetzbuchs (§§ 16, 17 StGB) vereinbaren.“³⁸

Auch bei *Brettel* wird die – der präventiven Ausrichtung des Nebenstrafrechts zuwiderlaufende – kriminalpolitische Tendenz deutlich, wenn er schreibt:

„Das Rechtsirrtümer also bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen für den Vorsatz von vornherein unbeachtlich sind, wird zum Anlass für eine großzügige Zuordnung zum Bereich der normativen Tatbestandsmerkmale genommen. Solche Merkmale finden sich in großer Zahl in den strafrechtlichen Vorgaben für das Wirtschaftsleben, so insbesondere in vielen Bereichen des Nebenstrafrechts. Zugleich sind die Regelungen im Wirtschafts- bzw. Nebenstrafrecht oft so kompliziert, dass die Gefahr von fehlerhaften Bewertungen groß ist. Solchen Fehleinschätzungen dann beim Vorsatz nicht Rechnung tragen zu können, wird aus kriminalpolitischer Warte als unbefriedigend angesehen.“³⁹

³⁵ Wandtke/Bullinger-Hildebrand/Reinbacher, UrhG, § 106 Rn. 32 (Hervorhebungen von mir).

³⁶ Man kann freilich nicht einen Irrtum als normatives Tatbestandsmerkmal einordnen. Gemeint sein kann nur, dass der Irrtum als ein Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale einzuordnen sein soll.

³⁷ *Roxin*, in: FS-Tiedemann, S. 375 ff., 376.

³⁸ *Roxin*, in: FS-Tiedemann, S. 375 ff., 383.

³⁹ Brettel/Schneider-Brettel, Wirtschaftsstrafrecht, § 2 Rn. 145.

Und ganz offensichtlich meint *Brettel* dies nicht etwa kritisch, wenn er sodann anfügt, im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht erscheine „eine großzügige Berücksichtigung eines fehlerhaften Rechtsbewusstseins auf Seiten des Täters eher angebracht als im Kernstrafrecht, wo stärker auf generalpräventive Aspekte Rücksicht zu nehmen“ sei, denn dort (also im Kernstrafrecht) dürften Normen nicht durch Unkenntnis in Frage gestellt werden.⁴⁰ Im Nebenstrafrecht dagegen, so wird man im Umkehrschluss folgern müssen, soll ein solches Abhängigkeitsverhältnis von Normkenntnis und Normgeltung indes offenbar im Bereich des Möglichen liegen. Warum?

Ebenfalls die Kriminalpolitik im Fokus sieht auch *Walter*, wenn er im Zusammenhang mit den Konzepten zum Vorsatzgegenstand schreibt:

„Die Auswahl unter diesen Modellen ist ein kriminalpolitischer Akt. [...] Wesentlich ist, daß dogmatisch alle drei Modelle zulässig sind, daß sie sich aber in ihrer kriminalpolitischen Härte unterscheiden.“⁴¹

Allerdings spricht er seinen Kollegen diese Einsicht überraschend ab und meint:

„Dessen sind sich aber die wenigsten bewußt, und so führt man den Streit um das beste Modell weithin unter den Bannern dogmatischer Erkenntnis. Das verkrampt die Diskussion und verstellt den Blick auf das Wesentliche.“⁴²

Angemerkt sei hierzu, dass es wenig überzeugend erscheint, der Mehrheit ein Bewusstsein dafür abzusprechen, um was es tatsächlich geht. Und was die Diskussion tatsächlich „verkrampt“, ist allenfalls, dass – in der Regel – nicht *offen* rechtspolitisch argumentiert wird, sondern das „Banner dogmatischer Erkenntnis“ vorgeschoben wird. Zeigt sich damit bereits hier, dass das „rechtspolitische Wollen“ in der Vorsatz- und Irrtumsdogmatik jedenfalls kein zu vernachlässigender Faktor ist, so sind die Gefahren evident. Mit dem Phänomen, „daß wissenschaftliche Argumente nicht allein aus dem Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit, sondern zur Erreichung eines anderweitigen Zieles artikuliert und also nicht nur instrumentell eingesetzt, sondern bereits instrumentell erdacht werden“,⁴³ hat sich auch *Schünemann* befasst. Und deutlich zeigt er die Gefahren auf, die darin begründet liegen:

„Nicht nur moralische Verwicklungen, sondern sogar die *Demontage der Wissenschaft* droht aber dann, wenn es nur sehr schwache Richtigkeitskriterien gibt und wenn in Wahrheit politische Zwecke im Gewand einer sich neutral gebärdenden Wissenschaft verfolgt werden.“⁴⁴

⁴⁰ *Brettel/Schneider-Brettel*, Wirtschaftsstrafrecht, § 2 Rn. 146.

⁴¹ *Walter*, Kern, S. 256.

⁴² *Walter*, Kern, S. 256.

⁴³ *Schünemann*, GA 1995, S. 201 ff., 227.

⁴⁴ *Schünemann*, GA 1995, S. 201 ff., 227.

Da nach *Kelsen* Wissenschaft nur in der Feststellung der verschiedenen Möglichkeiten der Entscheidung, also der Bestimmung des Entscheidungsrahmens, besteht, ist das Ausfüllen des Spielraums bereits Rechtspolitik,⁴⁵ weshalb auch der Vorschlag für das hier propagierte Modell als Rechtspolitik verstanden werden kann. Der entscheidende Unterschied liegt aber darin, dass dieses rechtspolitische Plädoyer nicht auf die Einordnung einzelner Problemfälle, sondern auf die Wahl für ein „Entscheidungssystem“ als solches gerichtet ist.

cc) Ordnender Zugriff durch Systematisierung

Es ist oben bereits angedeutet worden, dass dem Gedanken *Schünemanns* vom „ordnenden Zugriff“ der Rechtswissenschaft auf die Rechtsprechung – im Sinne einer Zielbestimmung – zuzustimmen ist. Wenn es die Aufgabe von Rechtsdogmatik ist, das Recht zu systematisieren, widerspruchsfrei zu halten und die Rechtsanwendung zu stützen, dann ist der Bezug zur Rechtspraxis evident. Im Folgenden ist darzulegen, ob und warum genau der ordnende Zugriff auf die Rechtsprechung im hier untersuchten Bereich durch den „Alptraum“ eines dogmatischen „Gemischtwarenladens“ im *Schünemann'schen* Sinne vereitelt zu werden droht, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind und wie es um die diesbezüglichen Erfolgsaussichten steht.

(1) Status quo: Ein systemimmanenter „Gemischtwarenladen“

Übertragen auf die Frage nach der Relevanz von Rechtsirrtümern für den Vorsatz offenbart ein Blick in die einschlägigen Kommentare zu den jeweiligen Normen des Kern- oder Nebenstrafrechts schnell jenen von *Schünemann* – allgemein – angeprangerten „Gemischtwarenladen“. Nahezu immer finden sich Literaten, die den auf ein Tatbestandsmerkmal bezogenen Rechtsirrtum als Irrtum nach § 16 I 1 StGB einordnen wollen, während andere einer Einordnung als Verbotsirrtum nach § 17 StGB das Wort reden. „Zuchtmeister“ kann die Rechtswissenschaft nicht sein, als die Rechtsprechung eklektisch zu jener Auffassung greifen wird, die das von ihr angestrebte Ergebnis stützt.⁴⁶ *Schünemanns* allgemeine Einschätzung, dass hierdurch eine „kadihafte Praxis“ und Ad-hoc-Entscheidungen zumindest begünstigt werden können und die „Strafrechtsdogmatik folgenlos“ zu werden droht,⁴⁷ ist daher plausibel.

Das eigentlich Bemerkenswerte ist aber nicht dieser Befund einer unterschiedlichen Gesetzesauslegung verschiedener Autoren zu einer bestimmten Frage. Der

⁴⁵ Vgl. Hassemer/Neumann/Saliger-Kaufmann/von der Pfordten, Einführung, S. 117.

⁴⁶ *Fischer*, in: FS-Hamm, S. 63 ff., 66, weist offen darauf hin, dass die Rechtsprechung ihre Ergebnisse nicht „vordringlich aus wissenschaftlichen Argumentationen entwickelt“, sondern die Ergebnisse mit den Theorien bloß „unterfüttert“. (Hervorhebungen im Original).

⁴⁷ *Schünemann*, GA 1995, S. 201 ff., 224.

von *Schünemann* allgemein festgestellte und als alptraumhaft kategorisierte Befund eines „Gemischtwarenladens“ bewahrheitet sich nämlich zugleich – und hierin liegt ein zentrales Problem – auf einer der konkreten Fragestellung *vorgelagerten* Ebene. Tatsächlich ist es nämlich so, dass diese konkreten Ergebnisse mit einem (scheinbar) zur trennscharfen Abgrenzung gedachten dogmatischen Instrumentarium „hergeleitet“ (treffender wäre: „scheinbar abgesichert“) werden können. Zugespitzt könnte man sagen: Es ist das – der konkreten Einordnung von Irrtümern vorgelagerte – dogmatische Instrumentarium selbst, das den „Gemischtwarenladen“ im *Schünemann'schen* Sinne institutionalisiert und etabliert hat. Besonders deutlich formuliert hat dies bereits *Tischler*, bei dem es heißt:

„Der Übergang vom Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal zum Verbotsirrtum ist so gleitend, die Grenze zwischen beiden so flüssig, daß sie von der Rechtsprechung ohne Begründungsprobleme in beiden Richtungen überschritten werden kann.“⁴⁸

Die zu formulierende Kritik richtet sich also weniger gegen die unterschiedliche Einordnung eines Irrtums durch verschiedene Autoren und Gerichte, sondern gegen das dogmatische Instrumentarium selbst, das dies „ermöglicht“. Denn die Dogmatik hat ein Abgrenzungsinstrumentarium erdacht, das der von *Schünemann* angeprangerten „eklektizistischen Dogmatik“ und der daraus resultierenden „Zickzacklinie“ der Rechtsprechung, die dadurch droht, „jede systematische Folgerichtigkeit“ einzubüßen,⁴⁹ geradezu den Weg bereitet. Nicht also ist hier das Problem darin zu sehen, dass unterschiedliche Juristen unterschiedliche Meinungen zu einer spezifischen Frage vertreten (dies zu kritisieren ist bereits oben problematisiert worden), sondern dass weitestgehend Einvernehmen darüber zu herrschen scheint, dass ein System betrieben wird, dem die fehlende Eignung zum ordnenden Zugriff bereits deshalb fehlt, weil es selbst jene Ordnung nicht aufweist. Indem die Dogmatik mit – um nur ein gravierendes Beispiel zu nennen – ihrem Beharren auf der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen als „faulem Kern“⁵⁰ funktional so eingesetzt werden kann, um das Ergebnis zu erhalten, das man gerne hätte, ist einer Rationalitätskontrolle weitestgehend der Boden entzogen.

(2) Konsequenzen

Der intendierte „ordnende Zugriff“ auf die Rechtsprechung muss vor diesem Hintergrund tendenziell bloße Illusion bleiben: Man denke an die Ohnmacht spiegelnde „Prophezeiung“, der BGH werde hinsichtlich § 370 AO die Steueranspruchstheorie zugunsten einer Anwendung des § 17 StGB womöglich gleichsam von

⁴⁸ *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 365.

⁴⁹ Vgl. *Schünemann*, GA 1995, 201, 224 (dort aber in allgemeinem Kontext).

⁵⁰ *Walter*, Kern, S. 221.

heute auf morgen „kippen“.⁵¹ Tatsächlich hat man ein System geschaffen, das derartige „Unordnung“ stützt. Ein Perspektivwechsel ist dringend angezeigt: Nicht darf man einen ordnenden Zugriff in der Weise intendieren, indem man meint, den Gerichten vorschreiben zu können, dass dieser oder jener Rechtsirrtum vorsatzausschließend wirken müsse (was durch die Praxis im Übrigen ohnehin allzu leicht durch abweichende Tatsachenfeststellung ausgeschaltet werden kann). Stattdessen gilt es, einen überzeugenden, wenn möglich unter logischen Aspekten zwingenden Rahmen der Rechtsanwendung zu erdenken, der dem Rechtsanwender konsistente, transparente und ausdifferenzierte Begründungen abverlangt, um die getroffene Entscheidung so einer Rationalitätskontrolle unterziehen zu können.

(3) Erfolgsaussichten

Gegenüber einem Verständnis der Strafrechtsdogmatik als „Zuchtmeister“ sind oben zwei zentrale Bedenken geäußert worden: einerseits hinsichtlich der Wirksamkeit bzw. der Erfolgsaussichten in Anbetracht nicht gegebener Bindungswirkung, andererseits in Anbetracht des Umstands einer wissenschaftsimmanenten Meinungspluralität.

Zum Problem der fehlenden Bindungswirkung: Wenngleich zwar keine Bindungswirkung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse für die Rechtsprechung besteht, so ist hierbei dennoch darauf zu setzen, dass ein in der Sache überzeugendes, da rational begründetes und transparent ausgestaltetes dogmatisches Konstrukt jedenfalls ein deutliches *Potential* hat, von der Rechtsprechung anerkannt und umgesetzt zu werden. Das einzige, aber immerhin doch potente „Zuchtmittel“ ist wissenschaftliche Neutralität und Fundiertheit: Gegen Gesetze der Logik wird niemand langfristig verstoßen wollen oder können. Zwar würde *Schünemann* diese Sicht der Dinge sicherlich als „naiv-optimistisch“ bezeichnen. Denn er meint in der Rechtswissenschaft herrschen „von anderen Wissenschaften abweichende[...] Selektionskriterien“, nämlich nicht die permanenter empirischer Überprüfung, sondern einer „Auslese“, die „in letzter Konsequenz von der Rechtspraxis und vor allem von der *Rechtsprechung*“ durchgeführt werde, die hierbei langfristig „am längeren Hebel“ sitze und auf Praktikabilität der Ergebnisse und nicht auf dogmatische Konsistenz achte.⁵² Hierzu ist aber zum einen zu sagen, dass Praktikabilität der Ergebnisse und dogmatische Konsistenz für den hier untersuchten Gegenstand keinen Widerspruch darstellen müssen. Zum anderen erscheint es als unnötig pessimistisch, von vornherein davon auszugehen, dass ein überzeugendes Modell nicht auch in der Rechtsprechung Anerkennung finden könnte.

Zum Aspekt der wissenschaftsinternen Meinungspluralität: Nach hiesiger These würde dem derzeit zu verzeichnenden „Gemischtwarenladen“ in Gestalt einer na-

⁵¹ Vgl. *Olfen/Plattes/Meinecke*, DStR 2016, S. 355 ff., 357.

⁵² *Schünemann*, GA 1995, S. 201 ff., 223 f. (Hervorhebung im Original).

hezu immer vorzufindenden Einordnung des Irrtums sowohl als Irrtum nach § 16 I 1 StGB als auch nach § 17 StGB die theoretische Grundlage entzogen werden, weil Rechtsirrtümer fortan immer nach § 17 StGB zu behandeln wären. Hiergegen könnte man zwar vorbringen, dass dies – aufs Ganze gesehen – den dogmatischen „Gemischtwarenladen“ ebenfalls nur um eine Ware im Sortiment bereichere, die dort überdies ohnehin schon vorhanden ist, und dies ist im Grunde auch zutreffend. Indes – und das mag vermessen klingen – setzt die hiesige Arbeit es sich zum Ziel, dem hier propagierten Ansatz zur Durchsetzung zu verhelfen. Damit soll aber nicht bloß die eigene Ansicht über die der anderen gestellt werden, sondern darum geworben werden, dass ein dogmatisches System und sein dogmatisches Instrumentarium nicht in einer Weise beschaffen sein *dürfen*, die der Errichtung eines „Gemischtwarenladens“ auf dem Fundament scheinbar gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse dienlich ist, denn damit droht Dogmatik in der Tat folgenlos zu werden. Geworben werden soll also in der Tat für eine – in dieser Sache – mit einer Stimme sprechende Wissenschaft.

b) Strafrechtswissenschaft als bloße Praxisbeobachterin

Paeffgen meint, in der „neueren Strafrechtslehre“ bestehe ein Trend, „dogmatische Fragen eher als randständig zu behandeln (und dabei vornehmlich auf die Ergüsse der Rspr zu linsen)“, wofür er in der Fußnote *Vogel* zitiert, der in seiner Kommentierung zu § 15 StGB meint, es sei vorzugswürdig, den „fallanschauungsgesättigten Rechtsprechungsformeln“ zu folgen und „iÜ unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden“, und diesbezüglich anmerkt, dass es sich um „fraglos besonders wegweisende Empfehlungen“ *Vogels* handle.⁵³ Ob ein solcher „Trend“ tatsächlich besteht oder nicht, ist hier nicht entscheidend. Die hiesige Arbeit setzt den Fokus auf die dogmatische Durchdringung des Stoffes, sieht nämlich in den „fallanschauungsgesättigten Formeln“ eher das Problem als die Lösung.

c) Strafrechtswissenschaft als „überflüssiges Spektakulum“?

Von außerhalb der Rechtswissenschaft betrachtet scheint die Strafrechtsdogmatik sich derzeit vornehmlich durch Praxisferne auszuzeichnen. So schreibt *Fischer*:

„Die Strafrechtswissenschaft muss sich der Erkenntnis stellen, dass erhebliche Teile ihrer Dogmatik rationale Folgen zwar noch in der Binnenstruktur der scientific community haben mögen, außerhalb von deren Systemgrenzen aber weithin als überflüssiges spectaculum gelten.“⁵⁴

Viele Veröffentlichungen betreffen – so *Fischer* – Gegenstände, bei denen es schwer falle, eine praktische Bedeutung zu postulieren, und erstaunlich oft bestätige sich

⁵³ NK-*Paeffgen*, StGB, § 113 Rn. 69a.

⁵⁴ *Fischer*, in: FS-Hamm, S. 63 ff., 81.

„der alte Vorwurf, die Strafrechtswissenschaft befasse sich in zu großem Umfang mit praxisferner ‚Lehrbuch-Kriminalität‘ und nutzloser Glasperlen-Spielerei“.⁵⁵ Den von ihm konstatierten geringen Einfluss der Wissenschaft auf die Praxis der Strafrechtspflege sieht *Fischer* durch die „strukturelle Schwäche der Strafrechtswissenschaft“ mitverursacht, „auf wichtige *aktuelle* Fragen der Strafrechtsentwicklung“ keine adäquaten, „nach eigenen Maßstäben *gehaltvolle* und die Wirklichkeit erreichende[n] Antworten und Anleitungen zu geben“.⁵⁶ Die Strafrechtswissenschaft erstarre in „Selbstbetrachtung und Geschwätzigkeit, wenn sie ihren Gegenstand gar nicht mehr in der Wirklichkeit sucht“.⁵⁷

Ob *Fischer* damit den Istzustand zutreffend beschreibt, muss hier offenbleiben. Die schier unüberschaubare Fülle von Veröffentlichungen zum hiesigen Forschungsgegenstand, deren Praxistauglichkeit zumindest teilweise fraglich erscheint, gepaart mit dem überall anzutreffenden Eingeständnis, das Problem sei nach wie vor ungeklärt, mögen aber gewisse Rückschlüsse zulassen. Jedenfalls spricht *Fischer* der Strafrechtswissenschaft nicht die Bedeutung ab, sondern sieht – zu Recht, denn was sonst ist ihre Aufgabe? – die „Bringschuld“ auf ihrer Seite und sieht Vorteile, die der Rechtspraxis fehlten: „Zeit, Distanz, Unabhängigkeit vom Konkreten, oft ideale Arbeitsbedingungen“.⁵⁸ Es zeigt sich hieran, dass Strafrechtsdogmatik auch von der Praxis eine echte Funktion zuerkannt wird und grundsätzliche Offenheit für wissenschaftlich erdachte Modelle besteht. Diese aber müssen dem Anspruch wissenschaftlicher Exaktheit sowie Praxistauglichkeit zugleich genügen, wenn die Implementation in die Praxis tatsächlich nicht nur frommer Wunsch bleiben soll.

d) Ergebnis

Im hiesigen Kontext ist eine Rückbesinnung auf die zentralen Aufgaben der Rechtsdogmatik unter Abwendung von rechtspolitischen Zielsetzungen erforderlich. Die Versuchung eines „zuchtmeisterlichen“ Zugriffs auf die Rechtsprechung durch das Postulat, ein bestimmter Rechtsirrtum, z. B. der über den Steueranspruch im Sinne des § 370 AO oder jener über die Arbeitgebereigenschaft im Sinne des § 266a StGB⁵⁹, müsse zwingend vorsatzausschließend wirken, mag groß sein. Eine derart auf den Einzelfall verengte Blickrichtung verliert indes aus den Augen, dass sie in Wahrheit der Willkür das Wort redet. Liegt nämlich der Bestimmung des für Vorsatz erforderlichen Bewusstseinsinhalts bzw. der Einordnung eines Irrtums kein konsistentes und transparentes Abgrenzungssystem zugrunde, so kann die

⁵⁵ *Fischer*, in: FS-Hamm, S. 63 ff., 74.

⁵⁶ *Fischer*, in: FS-Hamm, S. 63 ff., 75.

⁵⁷ *Fischer*, in: FS-Hamm, S. 63 ff., 80.

⁵⁸ *Fischer*, in: FS-Schünemann, S. 41 ff., 49.

⁵⁹ Vgl. jüngst den zweifelhaft begründeten und ersichtlich vom Ergebnis her gedachten Vorstoß von *Bürger*, wistra 2016, S. 169 ff., 173 f.

Rechtsprechung ohne weiteres jederzeit ein anderes Ergebnis begründen. Wie sonst erklärte es sich, dass man vor einiger Zeit noch prophezeite, die Rechtsprechung werde womöglich alsbald von der Steueranspruchstheorie zu einer Anwendung des § 17 StGB übergehen?⁶⁰

Wenngleich unstreitig sein dürfte, dass eine vollständig objektive Erkenntnis des Rechts nicht möglich ist, da man ohne Wertungen nicht auskommt, ist die Hauptaufgabe der Strafrechtsdogmatik doch jedenfalls in einer möglichst großen Annäherung an dieses Ziel zu erblicken. Durch eine Strukturanalyse des positiven Rechts soll ein konsistentes und transparentes System zum Vorsatzgegenstand entwickelt werden. Nach zutreffendem Verständnis von Rechtsdogmatik soll diese nämlich den Rechtsstoff ordnen und systematisieren, das Recht „lehr- und lernbar“ machen und letztlich „die Vorhersehbarkeit der Gerichtsentscheidungen, also die Rechtssicherheit“, stärken.⁶¹

Dies bestätigt *Schünemann*, der schreibt:

„[...] denn die Aufgabe der Strafrechtsdogmatik besteht ja gerade darin, die beträchtlichen Interpretationsspielräume des Gesetzes in logisch konsistenter Form auszufüllen [...]“.⁶²

Zudem mahnt *Schünemann* zutreffend an:

„Im Zeitalter der ‚Postdemokratie‘, die uns in Europa durch eine bürokratische Rechtssetzung und in Deutschland durch eine zu wenig durchdachte und (wie dargelegt) manchmal sogar von elementaren Fehlern durchsetzte Rechtsschöpfung der obersten Gerichte begegnet, ist eine mit wissenschaftlichem Ernst betriebene Strafrechtsdogmatik unentbehrlicher denn je.“⁶³

Gerade jener „wissenschaftliche Ernst“ muss die Antriebsfeder sein, ein konsistentes, transparentes und möglichst zwingendes System zu entwickeln, das nicht auf anerkanntermaßen unhaltbaren Prämissen aufbaut (wie z. B. der Unterscheidung von deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen) und auch nicht mit terminologischen Unschärfen stark belastet ist (wie es wegen des omnipräsenten Rekurses auf das Konstrukt der Parallelwertung in der Laiensphäre der Fall ist). Auf diesem Wege soll und kann Rechtswissenschaft, freilich weniger als „Zuchtmeister“ denn als „Mentor einer systematisch konsistenten Rechtsprechung“,⁶⁴ den ordnenden Zugriff auf die Rechtsprechung anstreben, indem sie „gefühlsmäßigen“ Entscheidungen die theoretische Grundlage entzieht und Begründungsanforderungen erhöht. „Wissenschaftlicher Ernst“ indes kann – wie sich zeigen wird – dem Status quo der Dogmatik zum Vorsatzgegenstand nicht durchgängig bescheinigt werden. Als „Kostprobe“ dienen mag ein Zitat aus dem bereits oben zitierten und jüngst erschienenen Aufsatz *Bürgers*, in dem der Autor als scheinbare

⁶⁰ Vgl. hierzu oben S. 3 f.

⁶¹ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 321 f.

⁶² *Schünemann*, in: FS-Roxin (2001), S. 1 ff., 12.

⁶³ *Schünemann*, GA 2011, S. 445 ff., 461.

⁶⁴ *Schünemann*, GA 1995, S. 201 ff., 224.

Besonderheit des Tatbestandsmerkmals „fremd“ in § 242 I StGB Folgendes herausstellt:

„Dieses Tatbestandsmerkmal ist nur durch rechtliche Wertungen bestimmbar, die allerdings immer – von streitigen Rechtsfragen abgesehen – zu einem eindeutigen Ergebnis führen.“⁶⁵

Für welches Tatbestandsmerkmal aber gilt das nicht?

2. Ergebnis

Die Aufgabe einer wohlverstandenen Strafrechtsdogmatik ist es, den Inhalt der Rechtsregeln „systematisch“ zu entwickeln und zu deuten“ und so „die Rechtsanwendung über Zufall und Willkür zu erheben“.⁶⁶ Für den hier untersuchten Bereich bedeutet das, dass ein Modell zu präsentieren ist, das einen trennscharfen und systemkompatiblen Abgrenzungsmaßstab zur Zuordnung von Irrtümern zu § 16 I 1 oder § 17 StGB liefert. Dieses Modell soll dadurch versuchen, ordnenden Zugriff auf die Rechtsprechung zu nehmen, indem dieser damit transparenzsteigernde und nachprüfbar Begründungen zur Legitimation ihrer Ergebnisse abverlangt werden. Da die vorliegende Arbeit sich somit davon abwendet zu fordern, der Irrtum müsse bei (bestimmten) Rechtsirrtümern uneingeschränkt vorsatzausschließend wirken, und – scheinbar unreflektiert – die Neuausrichtung des Strafrechts als Präventionsstrafrecht zugrunde legt, mag das – weiter befördert durch das obige Zitat *Kelsens* – jene Kritik heraufbeschwören, die auch *Kelsen* seit jeher entgegengebracht wird. *Braun* beispielsweise kritisiert gegenüber *Kelsen*:

„Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft soll sich nach *Kelsen* gerade darin erweisen, daß sie die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit des Rechts ausklammert und ihre formalen Dienste jedem zur Verfügung stellt, der den Gesetzgebungsapparat zu mobilisieren vermag. Mit der ‚Reinheit‘ der Rechtslehre ist daher nichts anderes gemeint, als daß sie gereinigt ist von jedem Gerechtigkeitsbezug und daher immer sauber bleibt, wie schmutzig das Recht auch sein mag.“⁶⁷

Inwieweit diese Kritik gegenüber *Kelsen* gerechtfertigt ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn entscheidend ist, dass hier das Gegenteil intendiert und auch im Ergebnis zu erwarten ist. Die Kernkritik am Konzept *Kelsens*, die auf eine fehlende inhaltliche Orientierung abhebt,⁶⁸ ist hier nicht von Interesse. Denn weder soll hier einer „Begriffsjurisprudenz mit versteckten rechtspolitischen Optionen“ noch einer rechtspolitischen Gewissenlosigkeit das Wort geredet werden.⁶⁹

⁶⁵ *Bürger*, wistra 2016, S. 169 ff., 172.

⁶⁶ *Welzel*, Strafrecht, S. 1.

⁶⁷ *Braun*, Einführung, S. 240.

⁶⁸ Vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie, § 13 Rn. 16 ff.

⁶⁹ Die Gefahr hierfür sehen *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie, Rn. 18.

B. Historische Entwicklungslinien

Der Erlangung eines tiefergehenden Verständnisses für den Status quo der strafrechtlichen Vorsatz- und Irrtumslehre ist es förderlich, die wesentlichen historischen Entwicklungen nachzuverfolgen, aus denen dieser hervorgegangen ist. Hierbei wird vorliegend keinesfalls der Anspruch verfolgt, einen exakten Überblick der historischen Entwicklungen in den zurückliegenden Jahrhunderten und Jahrzehnten zu geben. Dies ist für die hiesige Untersuchung nicht erforderlich, da die Beschäftigung mit Details der Vorsatzlehre aus vergangenen Epochen mit einem divergierenden theoretischen und praktischen Umfeld für die hier untersuchte Frage nicht ergiebig ist. Stattdessen sollen schlaglichtartig nur jene Aspekte beleuchtet werden, die sich für die Analyse des heutigen Rechtszustandes als zentral erweisen. Diese zentralen Aspekte sind das historische Verständnis vom Vorsatz als *dolus malus*, die Irrtumsdoktrin des Reichsgerichts sowie die durch den Bundesgerichtshof 1952 eingeleitete Entwicklung zu den heutigen §§ 16, 17 StGB. Das auf diese Weise gewonnene Wissen soll dazu beitragen, die gegenwärtige Auslegung und die damit einhergehenden Problemlagen im geltenden Recht transparenter und damit besser verständlich zu machen.

1. Das Verhältnis von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein

Dem tieferen Verständnis aktueller Ansichten und Positionen kann es dienlich sein zurückzuverfolgen, welches Denken der gegenwärtigen Sicht historisch vorausgeht und in welcher Tradition sie damit gegebenenfalls steht. Für die Frage nach der Vorsatzrelevanz von Rechtsirrtümern lenkt dies den Fokus auf die Kopplung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein: Wenn das Bewusstsein, sich gegen die Rechtsordnung aufzulehnen, für die Annahme von Vorsatz konstitutiv wäre, dann würde sich hieraus unproblematisch ergeben, dass Rechtsirrtümer den Vorsatz ausschließen. Tatsächlich ist die Entwicklung indes gegenläufig, es ist nämlich – jedenfalls legislativ – eine Entkopplung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein zu verzeichnen (vgl. §§ 16 I 1, 17 StGB).

a) *Vorsatz als dolus malus*

In der historischen Betrachtung scheint es, als ob die Verbindung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein seit jeher auf die *Theorie* eine große Anziehungskraft gehabt hat, sich aber praktisch nicht recht durchsetzen konnte. Bereits *Ulpian* habe laut *Hruschka* gemahnt, man solle statt lediglich von *dolus* besser von *dolus malus* sprechen und jedenfalls in der *Theorie* soll sich der Gedanke, wonach Vorsatz Unrechtsbewusstsein voraussetzt bzw. sogar sein „entscheidendes Element“ ist, in den Jahrhunderten durchgesetzt haben.¹ Anerkannt sei dies aber keinesfalls immer gewesen, und zwar bereits von den Römern nicht.² So findet sich im „Corpus Iuris“ der auf den römischen Juristen *Paulus* zurückgehende Satz von der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums (*error iuris nocet*).³ In der *Praxis* – und dies bildete den bemerkenswerten Gegenpol zum theoretischen Konzept – habe man dagegen „durch die Jahrhunderte“ entweder auf dieses Erfordernis verzichtet oder es praktisch nicht durchgeführt.⁴ Der Grund dafür dürfte schlicht darin liegen, dass eine vorsatztheoretische Betrachtungsweise die realen Bedürfnisse verfehlt: Die Kopplung des Vorsatzes an das Unrechtsbewusstsein führt zu Beweisnöten, Strafbarkeitslücken und schafft für den Rechtsunterworfenen einen Anreiz zur Rechtsunkenntnis. Auch in der Theorie selbst wurde die Vorsatztheorie in jüngerer Zeit daher kaum ohne Abschwächungen vertreten.⁵

b) *Auflösung des dolus als dolus malus*

Ab dem 19. Jahrhundert wurde dieser – römischrechtliche – Vorsatzbegriff, dem auch noch *Kant* folgte, zunehmend aufgelöst.⁶ So heißt es beispielsweise in Art. 233 des österreichischen StGB von 1852, die Unkenntnis des Strafgesetzes könne *nicht* entschuldigen. Das Unrechtsbewusstsein ist für die Möglichkeit einer Bestrafung wegen einer Vorsatztat damit unbeachtlich, kann also nicht notwendige Voraussetzung des Vorsatzes sein. Auch das deutsche Strafgesetzbuch folgt nicht der Vorsatztheorie, sondern der sog. Schuldtheorie, sieht das Unrechtsbewusstsein nämlich nicht als zwingenden Vorsatzbestandteil, sondern als Teil der Schuld an (vgl. § 17 StGB). Ein wichtiges Charakteristikum des geltenden Vorsatzbegriffs ist also, dass auch demjenigen Vorsatz zuzuschreiben ist, der – die Tatumstände kennend – das Verbotensein seines Tuns nicht erkannt hat, sich also subjektiv nicht

¹ Vgl. *Hruschka*, in: FS-Roxin, S. 441 ff., 441 f.

² *Hruschka*, in: FS-Roxin, S. 441 ff., 442.

³ *Kaufmann*, Parallelwertung, S. 6; Uneinigkeit besteht laut Kaufmann darüber, ob der Grundsatzt nur zivilrechtliche oder auch strafrechtliche Geltung besaß. Vgl. auch *Kunert*, Merkmale, S. 5.

⁴ *Schmidt-Leichner*, GA 54, S. 1 ff., 2.

⁵ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl., Rn. 693.

⁶ *Hruschka*, in: FS-Roxin, S. 441 ff., 442.

bewusst gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat. Da ein Unrechtsbewusstsein für den Vorsatz nicht konstitutiv ist, verwirklicht der so Irrende den objektiven Tatbestand vorsätzlich.

Zwar soll – so liest man heute – die „Vorsatztheorie“, die das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Element des Vorsatzes auffasste, bereits zu Zeiten des Reichsgerichts „überholt“ und eine „historische Reminiszenz“ gewesen sein.⁷ Und man meinte im Jahr 2016, sie sei durch § 17 StGB „bedeutungslos“ geworden.⁸ Kann es aber tatsächlich sein, dass eine Sichtweise, wonach Vorsatz Unrechtsbewusstsein voraussetzt und die ein derart breites historisches Fundament hat, heute *keinerlei* Rolle mehr spielt? Auf das Gegenteil deutet es jedenfalls hin, wenn man liest, dass selbst im 20. Jahrhundert diejenigen, die für vorsätzliches Handeln ein Unrechtsbewusstsein voraussetzten, die „vereinzelt Gegner“ zahlenmäßig bei weitem übertrafen.⁹ Noch 1952 schrieb beispielsweise *Lang-Hinrichsen* als Vertreter der Vorsatztheorie:

„Nicht Tatbestands- und Verbotsirrtum sind die für die Schuldbewertung entscheidenden Gegensätze, sondern, um auch hier noch einmal die Formulierungen Bindings zu wiederholen, Aufheben wider das Recht und unbewusste Vernachlässigung des Rechts.“¹⁰

Dass all jene mit der Entscheidung des BGH gegen die Vorsatztheorie die Überzeugung aufgegeben haben, dass Vorsatz ein Unrechtsbewusstsein voraussetzt, muss bezweifelt werden. So heißt es beispielsweise heute bei *Pawlik*, die Schuldtheorie zahle „freilich einen hohen Preis“, reiße nämlich auseinander, was „verbrechenssystematisch zusammengehört: Vorsatz und Unrechtsbewusstsein“, und fügt in der Fußnote hinzu:

„Die Einsicht in die sachliche Zusammengehörigkeit beider Kategorien erlebt im Schrifttum seit einigen Jahren eine derart starke Renaissance, daß kaum mehr von einer ‚dogmatischen Außen-seiterposition‘ [...] die Rede sein kann.“¹¹

Dass *Pawlik* den Status quo des Diskussionsstandes nicht verfehlt (die *Sachgerechtigkeit* dieser Auffassung sei hier zunächst einmal dahingestellt), zeigt sich beispielsweise an der Auffassung *Walters*, der einen von der gegenwärtigen Rechtslage abweichenden Gesetzgebungsvorschlag macht und hierzu meint: „Grundlegender Gedanke ist, daß zwischen der bewußten und der unbewußten Entscheidung gegen das Recht ein tiefer Unterschied besteht.“¹² Und dementsprechend lautet sein Gesetzgebungsvorschlag: „Vorsatz hat, wer sich bewußt ist, Unrecht zu tun, sofern er

⁷ *Hruschka*, in: FS-Roxin, S. 441 ff., 445.

⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl., Rn. 693. In der aktuellen Auflage wird sie bei Rn. 742 treffender als „mit dem heutigen Recht nicht mehr vereinbar“ bezeichnet.

⁹ *Schmidt-Leichner*, GA, S. 1 ff., 2.

¹⁰ *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, S. 356 ff., 357.

¹¹ *Pawlik*, Unrecht, S. 403 (das Zitat stammt aus Fn. 868).

¹² *Walter*, Kern, S. 428.

sich zugleich äußerer Folgen seines Verhaltens bewußt ist, welche die Merkmale eines Straftatbestandes erfüllen.“¹³ Und auch *Gaede* meint im Zuge seiner jüngeren Untersuchung zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses, dass ein solcher Neuansatz Türen aufstoße, „um Vorsatz und Unrechtsbewusstsein wieder-zuvereinen, wodurch sie die Diskussion um den *dolus malus* neu“ belebe.¹⁴

c) Ergebnis

Ein Unrechtsbewusstsein als für Vorsatz konstitutiv zu erachten hat in der Theorie breite Tradition, ist aber ein Konzept, das offenbar praktisch kaum je durchgeführt und in jüngerer Zeit zudem durch entsprechende gesetzliche Normierungen immer weiter zurückgedrängt wurde. Zumindest vorschnell wäre es indes, aus dem Wortlaut der §§ 16 I 1, 17 StGB den Schluss zu ziehen, dass die jahrhundertealte Grundidee, wonach wesentliches Element vorsätzlicher Straftatbegehung das Bewusstsein der Regelübertretung ist, heute im geltenden Recht und in dessen Auslegung *keinerlei* Rolle mehr spielt.¹⁵ Tatsächlich ist – wie hier noch gezeigt werden soll – im geltenden Recht eine Art gemäßigte Vorsatztheorie verdeckt am Leben erhalten worden.¹⁶ Und überdies erfährt die Kopplung des Vorsatzes an das Unrechtsbewusstsein innerhalb der Strafrechtsdogmatik, konkret z. B. im Bereich der Blankettstrafgesetze und damit nahezu im gesamten Nebenstrafrecht, aktuell gerade eine Renaissance.

2. Irrtumsdogmatik des Reichsgerichts auf Grundlage des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871

Vorangestellt sei, dass zur Zeit des Reichsgerichts noch ein klassischer („kausaler“) Verbrechensaufbau vorherrschte, der im dreigliedrigen Verbrechensaufbau, bestehend aus Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, den Vorsatz als Schulselement betrachtete, anders als heute also nicht in der Tatbestandsmäßigkeit verortete.¹⁷ Ein Vorsatzentfall führte daher – anders als heute – zum Schuldentfall. Vergleichbar dem heutigen § 16 I 1 StGB normierte das RStGB von 1871 in § 59 Abs. 1 RStGB:

„(1) Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.“

¹³ *Walter*, Kern, S. 443.

¹⁴ *Gaede*, ZStW 121 (2009), S. 239 ff., 241 Fn. 12, vgl. auch S. 267 bei Fn. 142.

¹⁵ So heißt es etwa noch bis zur 2003 erschienenen 11. Aufl. bei *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, § 21 Rn. 40, dass es „auf Sympathie stoßen“ müsse, wenn man versuche, der Vorsatztheorie „auch noch unter dem jetzt geltenden Recht Anerkennung zu verschaffen“.

¹⁶ Vgl. *Schulz*, in: FS-Bemmann, S. 246 ff., 246, 256.

¹⁷ Vgl. zum klassischen („kausalen“) Verbrechensaufbau *Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 96 ff.

Über die Relevanz eines Unrechtsbewusstseins besagte das Reichsstrafgesetzbuch indes nichts, eine Regelung vergleichbar dem heutigen § 17 StGB war nicht existent. Auf dieser gesetzlichen Grundlage unterschied das Reichsgericht, das für Vorsatz kein Unrechtsbewusstsein voraussetzte und insofern nicht der Vorsatztheorie folgte, sondern bereits eher schuldtheoretisch ausgerichtet war,¹⁸ zwischen Irrtümern über Tatsachen (Tatirrtum) und dem Rechtsirrtum (Irrtum über Rechtsbegriffe), wobei ein Rechtsirrtum grundsätzlich unbeachtlich sein sollte.¹⁹ Auf den „außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum“ wendete das Reichsgericht § 59 StGB a. F. – der seinerzeit die einzige Möglichkeit zur Berücksichtigung von Rechtsirrtümern darstellte²⁰ – indes analog an und stellte diesen so dem Tatirrtum gleich.²¹ Ein solcher außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum war ein Irrtum über Rechte, Rechtsverhältnisse und rechtliche Beziehungen, die sich nach außerstrafrechtlicher Regelungsmaterie richteten, sowie Irrtümer über Existenz, Inhalt oder Anwendbarkeit einer blankett-ausfüllenden Norm.²² Unbeachtlich war dagegen – es sei noch einmal daran erinnert, dass eine dem heutigen § 17 StGB vergleichbare Regelung nicht existent war – der strafrechtliche Rechtsirrtum, und zwar auch dann, wenn er sich auf Tatbestandsmerkmale bezog.²³

a) Hintergründe der reichsgerichtlichen Unterscheidung

Historisch geht die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum, die somit keine „Erfindung“ des Reichsgerichts war, auf die mittelalterlichen Kanonisten zurück.²⁴ Der „logische Grund“ der Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum soll – so heißt es zum Teil – darin liegen, dass man zu wissen habe, was im Strafgesetz geregelt ist, wogegen dies für andere Gesetze nicht gelte.²⁵ Ähnlich erkennt *Tiedemann* eine „verbreitete Erklärung“ für das Modell des Reichsgerichts in einem „Zugeständnis an die moderne Normenflut und an die Unmöglichkeit einer Kenntnis aller dieser Normen“.²⁶ Auffällig an dieser Argumentation ist, dass hiermit ein Kriterium der Vermeidbarkeit oder Vorwerfbarkeit zum Ausgangspunkt der Frage wird, ob ein

¹⁸ Vgl. *Heinrich*, in: FS-Roxin, S. 449 ff., 451 Fn. 11.

¹⁹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 735.

²⁰ Darauf weist auch *Safferling*, Vorsatz, S. 135, ausdrücklich hin.

²¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 735 m. w. N. *Kunert*, Merkmale, S. 6, meint hier zu treffend, man habe durch das „Stempeln“ von Rechtsirrtümern als Tatirrtümer den Satz von der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums „formal unangetastet“ lassen können, dabei aber ein Verfahren gewählt, das in „fataler Weise“ an das „Schulparadigma von den Hunden erinnert, die ‚Pferde im Sinne des Gesetzes‘ sind“.

²² *LK-Vogel*, StGB, § 16 Rn. 6.

²³ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 735.

²⁴ *Kaufmann*, Parallelwertung, S. 6.

²⁵ *Kaufmann*, Parallelwertung, S. 12.

²⁶ *Tiedemann*, in: FS-Geerds, S. 95 ff., 98.

Rechtsirrtum den Vorsatz ausschließt; ein an sich aber sachfremdes Argument, da auch § 59 StGB a. F. wie der heutige § 16 I 1 StGB keinen entsprechenden Anknüpfungspunkt beinhaltet. Die in entgegengesetzter Richtung durch das Reichsgericht angenommene Unbeachtlichkeit des strafrechtlichen Irrtums erkläre sich, so der einstmalige Reichsgerichtsrat *Hartung*, zudem dadurch, dass die Behauptung, das Unrechtmäßige nicht erkannt zu haben, „unglaublich“ und „widersinnig“ erscheinen müsse, was wiederum darauf zurückzuführen sei, dass das Reichsgericht bei seiner Gründung nur Strafnormen in Gestalt des Strafgesetzbuchs vorfand.²⁷ Hieraus erhellt sich, dass der Hintergrund der Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums eigentlich das Beweisrecht ist, was an der Terminologie *Hartungs* deutlich wird, der von einer „unwiderlegbaren Vermutung“ und „Beweiserleichterung“ spricht.²⁸ Eingeräumt wird, dass man die Distinktion seinerzeit lange Zeit nicht aufgab, um einer zu großen Zahl von Freisprüchen entgegenzuwirken.²⁹

b) Die Gründe für die Abkehr von der reichsgerichtlichen Doktrin

Im Folgenden sollen die zentralen Gründe für die Abkehr von der reichsgerichtlichen Doktrin beleuchtet werden. Von Anfang an ist hierbei in den Blick zu nehmen, dass einerseits die Verwerfung der Abgrenzung nach strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtümern nicht zur Beseitigung des Abgrenzungsproblems führte, welche Irrtümer unter § 59 StGB a. F. fallend den Vorsatz ausschließen, sondern nur das diesbezügliche Kriterium aufgegeben wurde und andererseits heute durchaus noch eine gewisse Sympathie für die reichsgerichtliche Distinktion³⁰ zu bestehen scheint.

aa) Abgrenzungswillkür

Ein zentraler Angriffspunkt gegen die reichsgerichtliche Irrtumsdoktrin war die aus Sicht ihrer Kritiker nicht hinreichend konturierbare Abgrenzung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum. So stellte das Reichsgericht in manchen Fällen für die Differenzierung auf die – oft zufällige – Gesetzestechnik ab, wogegen in anderen Fällen die Interpretation des Rechtsanwenders entscheiden sollte.³¹ Diese habe zu Begründungen geführt, „die das Ergebnis als Folge rational nicht faßbarer Deduktionen erscheinen ließen“, weshalb sie „in ihren Resul-

²⁷ *Hartung*, DRZ 1949, S. 342 ff., 343; vgl. auch *Backes*, Problematik, S. 66.

²⁸ *Hartung*, DRZ 1949, S. 342 ff., 343.

²⁹ *Hartung*, DRZ 1949, S. 342 ff., 343.

³⁰ Vgl. etwa *Herzberg*, JuS 1980, S. 469 ff., 473 („richtiger Kern“); *Tiedemann*, in: FS-Geerds, S. 95 ff., 99 („deutliche Wiederbelebung in den letzten 25 Jahren“).

³¹ *Tiedemann*, in: FS-Geerds, S. 95 ff., 99.

taten besser als in ihrer Logik“ gewesen sei.³² Besonders deutlich hat hierauf bereits *Kohlrausch* hingewiesen:

„Es weichen denn auch einzelne Entscheidungen des Reichsgerichts von dem Grundsatz, dass die Stellung eines Begriffes im Strafgesetzbuch oder in einem anderen Gesetz massgebend sei, ab. Ein Irrtum über die Begriffe ‚Kaufmann‘, ‚Soldat‘ hält das Gericht für unbeachtlich, obwohl hier über Vorschriften nicht des Strafgesetzbuches, sondern des Handelsgesetzbuches und der Wehrordnung geirrt wird. Andererseits beachtet es einen Irrtum über den Begriff ‚Beamter‘, obwohl dieser im Strafgesetzbuch definiert ist. Allein man sucht vergeblich nach einem tiefer greifenden Kriterium, das hier zu Grunde gelegt sein könnte. Die mehrfach zu findende Äusserung, dass ein ausserstrafrechtlicher Begriff dadurch zu einem strafrechtlichen werde, dass das Strafgesetz auf ihn Bezug nehme, kann vom Standpunkt des Reichsgerichts aus nicht genügen. Wollte man sie durchführen, so wäre die ganze Regel preiszugeben. So ist der Eindruck nicht abzuweisen, dass in diesen Ausnahmefällen von einem billig erscheinenden Ergebnis aus rückwärts argumentiert wurde.“³³

Aus heutiger Sicht meint *Jakobs*, es liege die Vermutung nahe, dass das Reichsgericht nach dem „Rechtsgefühl“ entschieden und den „als entlastend ‚empfundenen‘ Irrtum für ‚außerstrafrechtlich‘ erklärt“ habe.³⁴ Auch andere gelangen zu der überzeugenden Einschätzung, das Reichsgericht habe sich von Strafwürdigkeitserwägungen leiten lassen und das so gefundene Ergebnis nachträglich mit der Klassifizierung des Irrtums als strafrechtlich oder außerstrafrechtlich plausibel gemacht.³⁵ Entwaffnend räumt selbst der ehemalige Reichsgerichtsrat *Hartung* ein:

„Im Ergebnis lief die Rechtsprechung des RG zur Frage des ‚Rechtsirrtums‘ schließlich darauf hinaus, eine den Gegebenheiten des Einzelfalles angepasste gerechte Entscheidung zu finden. Daß das immer gelungen ist, läßt sich nicht behaupten. Gerade die Unsicherheit, die Unberechenbarkeit, ja Willkürlichkeit der auf das Unterscheidungsmerkmal ‚strafrechtlich, außerstrafrechtlich‘ gegründeten Rechtsprechung war es, die mehr und mehr den Widerspruch der Wissenschaft hervorrief.“³⁶

Besonders deutlich ist die Kritik *Engischs*, der bereits im Jahr 1930 den Versuch, weitere Worte zur Ehrenrettung der reichsgerichtlichen Differenzierung zu finden, als die „aussichtsloseste aller möglichen dogmatischen Unternehmungen“ bezeichnet hat.³⁷

bb) Verstoß gegen das Schuldprinzip

Ebenfalls als unbefriedigend erachteten die Kritiker die generelle Unbeachtlichkeit eines fehlenden Unrechtsbewusstseins im Sinne einer generellen Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums. Man sah hierin einen Verstoß gegen das Schuldprinzip.³⁸

³² *Herdegen*, in: FS 25 Jahre BGH, S. 195 ff., 197.

³³ *Kohlrausch*, Irrtum, S. 180 f.

³⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, S. 545.

³⁵ *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 354; vgl. auch *Kaufmann*, Parallelwertung, S. 13.

³⁶ *Hartung*, DRZ 1949, S. 342 ff., 343.

³⁷ *Engisch*, Untersuchungen, S. 250.

³⁸ *Rosenbaum*, Arbeit, S. 57; *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 356.

Vor dem Hintergrund, dass die unter Zugrundelegung der Irrtumsdoktrin des Reichsgerichts ausgesprochenen Urteile zumeist auf Zustimmung stießen, erscheint die Vermutung überzeugend, der Abgrenzungsmaßstab des Reichsgerichts sei nur in einer „Ersatzfunktion“ in das „Kreuzfeuer der Kritik“ geraten, tatsächlich sei es darum gegangen, die „theoretisch unbefriedigende Schuldirrelevanz des strafrechtlichen Rechtsirrtums“ zu beseitigen.³⁹ Der Abgrenzungsmaßstab des Reichsgerichts bot aber „logisch-begrifflicher Argumentation“ „größere Angriffsflächen“ als die mit logischen Mitteln nicht erhärtbare Forderung nach einer Relevanz des strafrechtlichen Rechtsirrtums.⁴⁰ Dies könnte ein erster Erklärungsansatz sein, warum die reichsgerichtliche Differenzierung heute – was ja an sich aufgrund des seinerzeitigen Vorwurfs der Willkür und logischen Undurchführbarkeit äußerst überraschend sein muss – noch immer auf Sympathie stößt.

c) Gefahr zu großer Milde

Einen weiteren Grund für die Abkehr von der Unterscheidung in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum könnte die Intention gewesen sein, der Gefahr einer zu großen Milde im sich ausbreitenden Nebenstrafrecht vorzubeugen, wo die Klassifizierung eines Irrtums als außerstrafrechtlich besonders nahelag und eine Verurteilung „Begründungsschwierigkeiten“ mit sich bringen konnte.⁴¹

c) Gefahren unfundierter Abgrenzungskriterien

Bemerkenswert ist, dass damit die reichsgerichtliche Irrtumsdoktrin ganz offenkundig aufgrund eines wackligen Fundaments dem Vorwurf der Unberechenbarkeit und Willkür ausgesetzt war und sich dennoch über lange Zeit behaupten konnte. Die einzig überzeugende Erklärung hierfür scheint zu sein, dass die Rechtsprechung der Sache nach überwiegend überzeugende Urteile aussprach, worauf viele gleichlautende Stellungnahmen hindeuten: So bescheinigt beispielsweise *Schmidt-Leichner* dem Reichsgericht einen „recht gesunden Blick für die Belange der Strafrechtspflege einerseits und des Einzelnen andererseits“.⁴² Der Einwand bezüglich des Fehlens trennscharfer Abgrenzungskriterien scheint von dieser Warte aus betrachtet an Bedeutung zu verlieren und dem Problem gewissermaßen durch sachgerechte Ergebnisse den Schrecken zu nehmen. Die nichtsdestotrotz existenten Gefahren eines solchen Konzepts, das sich nicht fundieren lässt und auf unscharfen Prämissen ruht, werden aber auf den zweiten Blick deutlich.

So hat *Pauli* in einer jüngeren Untersuchung zu Kontinuitäten zwischen der Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Zeit zwischen 1933 und 1945 und der

³⁹ *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 355 f.

⁴⁰ *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 356.

⁴¹ *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 355.

⁴² *Schmidt-Leichner*, GA 54, S. 1 ff., 2.

des BGH belegt, dass der von *Schmidt-Leichner* erhobene Befund eines „recht gesunden Blicks“ keinesfalls für alle Entscheidungen des Reichsgerichts gelten kann, die auf der Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum aufbauen. So habe das Reichsgericht die offengehaltenen Wertungsspielräume in seiner Rechtsprechung gegen Minderheiten genutzt und damit insbesondere Juden besonders geschadet.⁴³ Als Beleg hierfür führt *Pauli* einerseits die Entscheidung RG JW 1938, 34, 36 an, in der das Reichsgericht einen Irrtum über den Begriff der Haushaltsbeschäftigung, der in § 12 Abs. 2 der 1. AusführungsVO zum BlutschutzG vom 14. November 1935 definiert war, als unbeachtlichen bloßen Strafrechtsirrtum klassifizierte. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um drei jüdische Geschäftsleute, deren „arische Lehrmädchen“ Botengänge zwischen Geschäft und Privatwohnung vornahmen sowie auf Geheiß mit der Tochter des Hauses spazieren gingen. Als vorsatzausschließenden außerstrafrechtlichen Irrtum bewertete das Reichsgericht in RGSt 72, 305 dagegen die etwaige Fehlvorstellung eines Revierjägers über die Reichweite des Gesetzes über Waffengebrauch der Jagdschutzberechtigten vom 26. Februar 1935. Jener hatte, von einem SS-Mann begleitet, einen vermeintlichen Kartoffeldieb erschossen. Auch *Vogel* stellt fest:

„Die Notwehr- und Irrtumsdogmatik wurde offen politisch gehandhabt: contra reum bei Juden, Fremdvolkangehörigen und Regimegegnern, pro reo bei Nationalsozialisten.“⁴⁴

Das Irrtumskonzept des Reichsgerichts erweist sich damit bei näherem Hinsehen als ein Konzept der *Materialisierung*, also „den durch den Blick auf das Ergebnis bedingten Abbau der Form“.⁴⁵ Grundgedanke der Materialisierung ist es, die Gerechtigkeit der Rechtssicherheit überzuordnen, wobei eine gerechte Einzelfallentscheidung durch den Verzicht auf formale Entscheidungskriterien und das Offenhalten von Wertungsspielräumen geschehen soll.⁴⁶ Zwar bietet die Irrtumsdoktrin des Reichsgerichts mit der Differenzierung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum auf den ersten Blick solch formale Abgrenzungskriterien. Bei näherem Hinsehen wird aber deutlich, dass diese unscharf sind, dem Reichsgericht daher große Wertungsspielräume gegeben waren, so dass das gewünschte Ergebnis begründbar war. Dies passt zu dem Befund, dass insbesondere in der Zeit des Nationalsozialismus die Rechtssicherheit als liberaler Wert geringgeschätzt wurde.⁴⁷ Begreift man die Kategorien – und die oben genannten Fälle legen das deutlich nahe – tendenziell als Scheinkategorien, so wird die Gefährlichkeit einer auf sol-

⁴³ *Pauli*, Rechtsprechung, S. 70.

⁴⁴ *Vogel*, Einflüsse, S. 65.

⁴⁵ Die Definition der Materialisierung stammt von *Pauli*, Rechtsprechung, S. 241; zur entsprechenden Einschätzung in der Sache vgl. a. a. O., S. 69.

⁴⁶ *Pauli*, Rechtsprechung, S. 69 f.

⁴⁷ Vgl. *Pauli*, Rechtsprechung, S. 69 Fn. 214.

chen Prämissen aufbauenden Dogmatik offenbar: Während die annähernde Willkürlichkeit der Zuweisung zur einen oder anderen Kategorie beinahe jedes Ergebnis konstruierbar macht, scheint der Rekurs auf eine der Kategorien jegliche Argumentation in der Sache entbehrlich zu machen. Die Klassifikation eines Irrtums als „strafrechtlich“ in der oben in Bezug genommenen Entscheidung betreffend die jüdischen Geschäftsleute tritt dabei gleichsam als „Argument“ in Erscheinung, um die zugewiesene Rechtsfolge „Irrtum unbeachtlich“ als über jeden Zweifel erhaben erscheinen zu lassen. In der Sache indes ist das Gegenteil der Fall.

3. Hinwendung zur Dichotomie von Tatbestands- und Verbotsirrtum

Bereits vor der Entscheidung des Großen Senats des seit dem 1. Oktober 1950 bestehenden BGH am 18. März 1952 verlor die reichsgerichtliche Unterscheidung langsam an Bedeutung. So wurde abseits des Kernstrafrechts bereits am 18. Januar 1917 eine dem heutigen § 17 StGB ähnelnde Normierung des unverschuldeten Verbotsirrtums als Strafausschließungsgrund für den Sektor des Kriegswirtschaftsrechts erlassen.⁴⁸ Die Rechtsprechungswende zum Verbotsirrtum wurde im Jahr 1948 in einer NS-Strafsache, genauer dem sog. NS-Denunziationsfall, eingeleitet,⁴⁹ wo das Gericht, ohne sich mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts auseinanderzusetzen, denjenigen als schuldlos handelnd klassifizierte, der „sein Tun nach dem Maße seiner Einsicht und seiner geistigen Fähigkeiten für rechtmäßig halten darf“.⁵⁰ Immer noch auf der Grundlage des weiterhin geltenden § 59 RStGB verwarf der seit dem 1. Oktober 1950 bestehende BGH dann im Jahr 1952 die reichsgerichtliche Irrtumsdoktrin.⁵¹

a) Kernaussagen der Entscheidung BGHSt 2, 194

Der BGH folgte zunächst den Kritikern des Reichsgerichts in ihrer Einschätzung bzgl. der Undurchführbarkeit der reichsgerichtlichen Abgrenzung:

„Wenn die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wie auch von ihren Gegnern anerkannt wird, gleichwohl meist zu befriedigenden Ergebnissen geführt hat, so ist dies vor allem dem Umstand zu verdanken, daß die logische Undurchführbarkeit jener Unterscheidung gestattete, die Entscheidung nach dem Rechtsgefühl zu treffen und mit der strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Natur der verkannten Norm zu begründen, je nach dem, ob nach dem Rechtsgefühl der Irrtum Beachtung verdiente oder nicht.“⁵²

⁴⁸ Heger; AL, S. 398 ff., 399.

⁴⁹ Vogel, Einflüsse, S. 69.

⁵⁰ OGHSt 1, 67 ff., 69 (= OGH MDR 1948, 425 ff., 426 f.); vgl. hierzu den Diskussionsbericht von Julius, ZStW 115 (2003), S. 671 ff., 703. Nach Julius setzten die Instanzgerichte für die Verurteilung von NS-Tätern nach Art. II KRG 10 sogar das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus.

⁵¹ BGHSt 2, 194.

⁵² BGH NJW 1952, 593 ff., 595.

Auch der Vorsatztheorie, die das Unrechtsbewusstsein als für den Vorsatz konstitutiv ansehen will und viele Anhänger hatte, versagte der BGH die Gefolgschaft.⁵³ Zwar habe diese den Vorteil, nicht zwischen Tatumstandsirrtum und Verbotsirrtum unterscheiden zu müssen. Auf Grundlage dieser Auffassung befürchtete der BGH aber ungerechtfertigte Freisprüche bei Tätern in „starker Gemütsregung“, „leidenschaftlicher Aufwallung“ oder bei Überzeugungstätern, denen das Unrechtsbewusstsein bei Begehung der Tat fehlen könne, die aber nicht minder strafwürdig seien.⁵⁴ Auch missfiel dem BGH für den Fall des „verschuldeten Verbotsirrtums“ die Folge, dass es bei Fehlen eines Fahrlässigkeitsstraftatbestandes zu Strafbarkeitslücken komme.⁵⁵ Wollte man dem wiederum – wie es modifizierte Formen der Vorsatztheorie vorsahen⁵⁶ – durch die Schaffung eines Tatbestandes der Rechtsfahrlässigkeit oder einer Regelung für Fälle der Rechtsfeindschaft begegnen, so wäre indes wieder zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum zu unterscheiden gewesen, womit der Vorzug einer fehlenden Abgrenzungsnotwendigkeit entfallen wäre.⁵⁷

Der BGH gab sodann der Schuldtheorie den Vorzug, die das Unrechtsbewusstsein nicht als ein „vom Vorsatz getrenntes selbständiges Schulselement“ begreift und (nur) bei „unverschuldetem“ Verbotsirrtum die Strafbarkeit ausschließt. Der zentrale Beweggrund erweist sich dabei als kriminalpolitisches Motiv:

„Ein weiterer Nachteil der von der Vorsatztheorie vorgeschlagenen Lösung liegt darin, daß die Bestrafung in verschuldetem Verbotsirrtum begangener vorsätzlicher Verbrechen auf diejenigen Straftaten beschränkt ist, die auch bei fahrlässiger Begehung mit Strafe bedroht sind. Bei der großen Zahl der nur vorsätzlich begehbaren Verbrechen bedeutet dies eine kriminalpolitisch höchst unerwünschte und sachlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der Strafbarkeit.“⁵⁸

Und zur Schuldtheorie, der der BGH dann folgt, heißt es:

„Der Richter braucht keinen Strafwürdigen frei ausgehen zu lassen. Der Gesetzgeber wird nicht genötigt, einen Sammeltatbestand der Rechtsfahrlässigkeit zu schaffen. Sie ermöglicht es, vorsätzliche Taten als das zu bestrafen, was sie sind; nämlich als vorsätzliche Taten, ohne den Richter zu nötigen, den Schuldspruch auf eine Fiktion des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu gründen.“⁵⁹

Die Bezeichnung Schuldtheorie gibt Aufschluss über die Verortung des Unrechtsbewusstseins. Sie ist hierbei zutreffend als „elastisch“⁶⁰ beschrieben, da Schuld auch bei einem fehlenden Unrechtsbewusstsein zugeschrieben wird, wenn der Irrtum vermeidbar war.

⁵³ BGH NJW 1952, 593 ff., 595.

⁵⁴ BGH NJW 1952, 593 ff., 595.

⁵⁵ BGH NJW 1952, 593 ff., 595.

⁵⁶ Nachweise bei *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl., Rn. 693.

⁵⁷ BGH NJW 1952, 593 ff., 595. Zu den Abgrenzungsproblemen auf der Grundlage einer gemäßigten Vorsatztheorie vgl. *Rosenbaum*, Arbeit, S. 105 m. w. N. zu der entsprechenden Kritik Welzels.

⁵⁸ BGH NJW 1952, 593 ff., 595.

⁵⁹ BGH NJW 1952, 593 ff., 596.

⁶⁰ *Jakobs*, Strafrecht AT, S. 543.

b) Bewertung

aa) Kontinuitäten mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Wenngleich durch die Verwerfung der reichsgerichtlichen Irrtumsdoktrin unter Hinwendung zur Dichotomie von Tatbestands- und Verbotsirrtum hier ein deutlicher Fall der Diskontinuität in der Rechtsprechung gegeben zu sein scheint, so ist dies tatsächlich nicht der Fall, eine Kontinuität auf den zweiten Blick nämlich deutlich erkennbar. Denn wie bereits das Konzept des Reichsgerichts stellt sich auch das Konzept des BGH im Ergebnis als ein Konzept der Materialisierung dar.⁶¹ Anschaulich hat seinerzeit *Schmidt-Leichner* geschrieben, der BGH habe die „bisherigen Schranken“ aufgehoben, „aber doch andererseits die Zügel nicht aus der Hand“ gegeben.⁶² Der BGH vergrößerte seinen Entscheidungsspielraum stattdessen in der Tat noch weiter und befreite sich hierbei – nun auch pro forma – von dem formalen Kriterium der Provenienz der Norm, über die der Täter irrt. Die neu entstandenen Wertungsspielräume sind, einen Rechtsirrtum als Tatbestands- oder Verbotsirrtum zu klassifizieren sowie Letzteren als unvermeidbar oder vermeidbar anzusehen. Überraschen sollte dieses Vorgehen freilich wenig. Denn warum sollte sich die Rechtsprechung freiwillig ein engeres Korsett anlegen? Überzeugend meint *Pauli* im Hinblick auf die Gesamtentwicklung:

„Das RG hatte in einem bis dahin nicht gekannten Ausmaß nach Strafwürdigkeitserwägungen judiziert, und der BGH konnte der Verlockung, sich wenigstens im Prinzip diese Freiräume der richterlichen Entscheidungsfindung offen zu halten, nicht widerstehen.“⁶³

Insbesondere wird aus dem Urteil des BGH selbst deutlich, dass man nicht gewillt war, als unsachgerecht empfundene Strafbarkeitslücken hinzunehmen, die aus der Vorsatztheorie resultiert hätten. Zudem steht zu vermuten, dass durch das Anwachsen des Nebenstrafrechts mit seiner Verweisungstechnik womöglich zu viele Irrtümer als außerstrafrechtlich hätten qualifiziert werden müssen.⁶⁴ Das Resümee *Paulis* lautet:

„Mit diesem rechtspolitischen Motiv stellt sich der Bundesgerichtshof in eine Tradition höchstrichterlicher Rechtsprechung, die dort, wo sie Auslegungsmöglichkeiten hat, sich für die strafbarkeitsausdehnende Auslegung entscheidet.“⁶⁵

Und sie schreibt:

„Es offenbart sich hier eine Rechtsprechungstradition, die man etatistisch oder besser ‚superetatistisch‘ nennen mag, da sie auf eine Gesetzesauslegung hinwirkt, die zu einer Maximierung

⁶¹ Vgl. *Pauli*, Rechtsprechung, S. 69 ff.

⁶² *Schmidt-Leichner*, GA 1954, S. 1 ff., 4.

⁶³ *Pauli*, Rechtsprechung, S. 245.

⁶⁴ Im Bereich des Blankettstrafrechts hat die Schuldtheorie zu einer Expansion des Bereiches vorsätzlicher Straftaten geführt, vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 406.

⁶⁵ *Pauli*, Rechtsprechung, S. 75.

der Strafrechtsanwendung, und zwar unter Vorgriff auf oder gänzlich ohne eine gesetzliche Regelung hinausläuft.“⁶⁶

Ergänzen muss man allerdings „potentiell“ strafbarkeitsausdehnend. Denn durch die Anerkennung eines Irrtums als Tatumstandsirrtum oder unvermeidbarer Verbotsirrtums ist auch das Gegenteil möglich. Im Ergebnis steht die Rechtsprechung des BGH *konzeptionell* jedenfalls in einer Kontinuität zur Irrtumsdoktrin des Reichsgerichts. Den Spielraum, den sich der BGH im Jahr 1952 schuf, dokumentiert er heute zuweilen selbst, man denke beispielsweise an die oben skizzierte Andeutung einer Aufgabe der Steueranspruchstheorie oder an den Mannesmann-Prozess, wo es im Urteil heißt:

„Je nach dem Stand ihrer (Un-)Kenntnis von den Tatsachen und der eigenen (Fehl-) Bewertung ihres Verhaltens könnten sie in einem den Vorsatz und damit die Strafbarkeit ausschließenden *Tatbestandsirrtum* (§§ 15, 16 StGB) oder in einem vermeidbaren oder unvermeidbaren *Verbotsirrtum* (§ 17 StGB) gehandelt haben. Die Abgrenzung im Einzelnen *dürfte sich als schwierig erweisen*, wie dies bei Tatbeständen mit *stark normativ geprägten* objektiven Tatbestandsmerkmalen (hier in § 266 Abs. 1 StGB die Verletzung der Pflicht, die Vermögensinteressen wahrzunehmen) häufig der Fall ist und gerade für den zu beurteilenden Sachverhalt auch durch entgegen gesetzte Stellungnahmen in der Literatur belegt wird [...]. [...] Eine sachgerechte Einordnung etwaiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen der Angeklagten wird sich *nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen* erreichen lassen. Die Annahme etwa, dass jede (worin auch immer begründete) fehlerhafte Wertung, nicht pflichtwidrig zu handeln, stets zum Vorsatzausschluss führt, weil zum Vorsatz bei der Untreue auch das Bewusstsein des Täters gehöre, die ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht zu verletzen, kann nicht überzeugen. Umgekehrt könnte der Senat auch der Auffassung nicht folgen, dass es für die Bejahung vorsätzlichen Handelns ausreicht, wenn der Täter alle die objektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns begründenden tatsächlichen Umstände kennt und dass seine in Kenntnis dieser Umstände aufgrund unzutreffender Bewertung gewonnene fehlerhafte Überzeugung, seine Vermögensbetreuungspflichten nicht zu verletzen, stets nur als Verbotsirrtum zu werten ist.“⁶⁷

Unklar bleibt hier übrigens, worin die „wertenden Kriterien“ und die „differenzierenden Betrachtungen“ genau liegen. *Fischer* kommentiert dies zutreffend folgendermaßen:

„Leider hat der 3. *StS* offengelassen, *welche* das im konkreten Fall sein konnten.“⁶⁸

Damit sind im Ergebnis Willkürspielräume eröffnet, die die Abgrenzung zugleich weniger als „schwierig“ als vielmehr *flexibel* erscheinen lassen. Da das LG Düsseldorf nach Zurückverweisung durch den BGH nach § 153a II StPO einstellte, blieb die Frage *in casu* letztlich ungeklärt.

⁶⁶ *Pauli*, Rechtsprechung, S. 74.

⁶⁷ BGH NSTZ 2006, 214 ff., 217 (Hervorhebungen von mir); das Instanzgericht hatte hinsichtlich der Angeklagten Ackermann und Zwickel noch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen, vgl. LG Düsseldorf NJW 2004, 3275.

⁶⁸ *Fischer*, StGB, § 16 Rn. 16a.

bb) Konservierung des Abgrenzungsproblems

Die durch den BGH postulierte Abkehr von der reichsgerichtlichen Distinktion suggeriert an der Oberfläche einen alle bisherigen Probleme auflösenden Paradigmenwechsel, was aber einem näheren Hinsehen nicht standhält. Die „echte“ Neuerung bestand nur darin, dass nun auch ein strafrechtlicher Rechtsirrtum nicht per se unbeachtlich sein musste, also eine weitere Irrtumskategorie mit Rechtsfolgen hinzukam. Nicht übersehen darf man, dass zwischen 1952 und 1975 unverändert § 59 RStGB galt. Die Frage, welche Irrtümer unter diese Norm zu fassen waren, wann der Täter also über einen Tatumstand irrte, stellte sich also unverändert. Problematisch blieb somit, wann ein Rechtsirrtum unter § 59 RStGB fiel. Zwar sollte nun nicht mehr die Klassifizierung als strafrechtlich oder außerstrafrechtlich maßgeblich sein, hätte man sich damit doch in Widerspruch zu der über Jahrzehnte am Reichsgericht geübten Kritik gesetzt.⁶⁹ Jedoch gab es auch kein neues Kriterium, das die Frage beantwortete. Insofern war die Rechtslage tendenziell eher unklarer als klarer geworden. Dass Rechtsirrtümer bereichsweise aber weiterhin unter § 59 RStGB fallen konnten und mithin vorsatzausschließend sein sollten, war in dem Beschluss des BGH klar angelegt:

„Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bedeutet: Der Täter weiß, daß das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist. Es hat also nicht die Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, zum Gegenstand, mögen diese auch in Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnissen bestehen wie etwa die Fremdheit der Sache beim Diebstahl oder die Beschlagnahme beim Verstrickungsbruch. Die irrige Annahme, einer dieser Tatumstände liege nicht vor, ist Tatbestandsirrtum, der in § 59 StGB geregelt ist. Auch hier hält der Täter sein Tun für erlaubt, jedoch weil er nicht weiß, was er tut. Sein Wille ist nicht auf die Verwirklichung des Tatbestandes gerichtet.“⁷⁰

Dass nun mit der Anerkennung des Verbotsirrtums eine neue Lösungsoption entstanden war und man alle Rechtsirrtümer dieser Irrtumsform hätte zuordnen können, wurde damit offenkundig nicht in Erwägung gezogen. Der Grund, auf Rechtsirrtümer § 59 RStGB „analog“ anzuwenden bzw. diese Irrtümer dem Tatumstandsirrtum gleichzustellen, war aber an sich entfallen. Das „Schwarz-Weiß-Modell“ des Reichsgerichts und sein Hintergrund einer „täterfreundlichen Irrtumsrechtssprechung“ waren im Grunde zu diesem Zeitpunkt schon überholt.⁷¹ So aber wurde das Abgrenzungsproblem zwischen nach § 59 RStGB beachtlichen und unbeachtlichen Rechtsirrtümern, das schon das Reichsgericht über Jahrzehnte hinweg nicht hatte zufriedenstellend lösen können, konserviert. Der Möglichkeit einer klaren Abgrenzung stand man – vor dem skizzierten Hintergrund wenig überraschend – schon damals skeptisch gegenüber (vgl. auch bereits das Zitat *Lang-Hinrichsens* in der Einleitung). So hat *Bindokat* 1953 geschrieben:

⁶⁹ *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 357.

⁷⁰ BGH NJW 1952, 593 ff., 593.

⁷¹ Vgl. *Safferling*, Vorsatz, S. 136.

„Die Grenze zwischen normativ und deskriptiv – wenn es eine solche gibt – dürfte noch schwerer zu finden sein als die zwischen strafrechtlich und außerstrafrechtlich. Die Lehre vom Verbotsirrtum gibt der Rechtsprechung ein schwankendes Leitseil, das in ein dunkles und auch gefährliches Gebiet führt.“⁷²

Und 1954 hat *Schmidt-Leichner* nüchtern festgestellt:

„Wer allerdings glaubte, daß der neue Weg der (bedingten) Relevanz des Unrechtsbewusstseins des Täters jene ‚Wahrheitsbombe‘ bringen würde, die Lobe bereits im Jahr 1916 als ‚Erlösung‘ herbeisehnte und die mit einem Schläge alle Schwierigkeiten in der Beurteilung der Irrtümer und Mißverständnisse des Täters beseitigen würde, müßte schon heute enttäuscht sein.“⁷³

Naheliegender erscheint es da sogar, dass der Abgrenzungsmaßstab des Reichsgerichts damit der Sache nach weiter in Gebrauch bleiben würde. *Wegner* hat bereits im Jahr 1951 die – wie er es selbst bezeichnete – „kühne Behauptung“ gewagt, dass die Gegner des Reichsgerichts alsbald wieder zu denselben Unterscheidungen zurückfinden würden „wie das von ihnen befehdete höchste Gericht“.⁷⁴ Nur drei Jahre nach dieser Vorhersage hat auch *Schmidt-Leichner* gefragt, ob vielleicht nicht doch „alles beim alten bleibe“,⁷⁵ und 1968 lautete der von *Baumann* erhobene Befund bereits, der BGH greife zu „Differenzierungskniffen“, die „den Unterscheidungskriterien des RG [...] mindestens ebenbürtig“ seien.⁷⁶ Ebenfalls für die Richtigkeit dieser Annahme spricht die Erkenntnis *Bachmanns* aus dem Jahr 1993, wonach die „Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum eine Fortführung der reichsgerichtlichen Lehre vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum“ darstelle.⁷⁷ Im Jahr 2014 hat *Kudlich* geschrieben:

„Die h. M. geht dabei – wie auch bei anderen normativen Tatbestandsmerkmalen – davon aus, dass Rechtsirrtümer, die nicht dem Strafrecht zugehören, sondern im außer- bzw. vorstrafrechtlichen Bereich wurzeln, im Ergebnis wie Tatsachenirrtümer zu behandeln und damit vorsatzrelevant sind.“⁷⁸

Und jüngst heißt es bei *Roxin* unter der bemerkenswerten Überschrift „Außerstrafrechtliche Irrtümer schließen den Vorsatz aus“: „Man kann also davon ausgehen, dass der Vorsatz ausgeschlossen ist, wenn der Täter außerstrafrechtliche Rechtskomplexe, auf die sich der Tatbestand bezieht, nicht kennt oder missversteht.“⁷⁹ Eine Zusammenfassung der Auslegungslinien der „h. M.“ im Sinne *Kudlichs* ist dennoch eine Seltenheit.⁸⁰ Teilweise finden sich sogar Einschätzungen, die auf

⁷² *Bindokat*, JZ 1953, S. 71 ff., 75.

⁷³ *Schmidt-Leichner*, GA 1954, S. 1 ff., 1.

⁷⁴ *Wegner*, Strafrecht AT, S. 174.

⁷⁵ *Schmidt-Leichner*, GA 1954, S. 1 ff., 1.

⁷⁶ *Baumann*, Strafrecht AT, S. 427.

⁷⁷ *Bachmann*, Vorsatz, S. 143.

⁷⁸ *Kudlich*, JA 2014, S. 947 ff., 948.

⁷⁹ *Roxin*, in: FS-Neumann, S. 1023 ff., 1034.

⁸⁰ Vgl. aber auch die mit *Kudlich* übereinstimmende Einschätzung *Safferlings*, Vorsatz, S. 136 (Fn. 131) und S. 145.