

BEMERKUNGEN ZUM VERBOTSIRRTUM UND SEINER VERMEIDBARKEIT

Einleitung

Am Anfang des wissenschaftlichen Wirkens von Rudolphi steht auch die Monographie über „Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums“. Obwohl sie schon 1969 erschienen ist, ist sie bis heute das Standardwerk auf diesem Gebiete geblieben. Es ist daher nicht nur naheliegend, sondern auch sehr reizvoll, dieses Thema in einem Aufsatz aufzugreifen, der Herrn Rudolphi zu seinem 70. Geburtstag gewidmet ist, und dabei die Positionen, die Rudolphi damals bezogen hat, mit der Rechtsentwicklung der vergangenen über 30 Jahre zu konfrontieren.

Dabei stellt sich heraus, dass diese Entwicklung nicht wesentlich über die damals von Rudolphi bezogenen Positionen hinausgekommen ist. Indessen hat sich auf einem anderen Gebiet eine Rechtsentwicklung vollzogen, deren Berücksichtigung in der Lehre vom Unrechtsbewusstsein und vom Verbotsirrtum noch aussteht. Das ist die Lehre von der Rechtsanwendung und von der Rolle, die dabei die höchstrichterliche Rechtsprechung spielt. Auch diese Entwicklung hat sich schon abgezeichnet, als Rudolphi seine Monographie niederschrieb. Erst danach ist sie aber zur vollen Entfaltung gelangt. Sie besteht im Wesentlichen in der Erkenntnis, dass die Tätigkeit der Rechtsprechung nicht so sehr Findung eines schon vorhandenen Rechts ist, als vielmehr Rechtssetzung. Dem muss auch die Lehre vom Inhalt des Unrechtsbewusstseins und von der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums Rechnung tragen. Dies soll in der folgenden kleinen Abhandlung versucht werden.

Richterrecht und Unrechtsbewusstsein

In der Literatur und Rechtsprechung besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Täter, der weiß, dass sein Handlungsprojekt nach der Auffassung der Rechtsprechung verboten ist, das Unrechtsbewusstsein hat, auch dann, wenn er selbst der Ansicht ist, dass diese Auffassung falsch ist. Besteht zwischen den Gerichten Uneinigkeit, so ist die Auffassung des höheren Gerichts maßgeblich¹. Rudolphi begründet das mit der höheren Sachkompetenz der Gerichte im Vergleich zum einzelnen Bürger. Dieser solle sich im Zweifel nicht auf sein eigenes Urteil

¹ LK-Schroeder § 17 Rn. 35; NK-Neumann § 17 Rn. 52; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben § 17 Rn. 21; SK-Rudolphi § 17 Rn. 39; Warda FS Welzel (1974), 499, 509, 511.

verlassen, sondern auf diese höhere Sachkompetenz der Gerichte.² Ich zweifele daran, dass Rudolphi angesichts verschiedener Erfahrungen mit der Rechtsprechung diese Begründung heute noch geben würde. Hat der Richter wirklich eine höhere Sachkompetenz zur Beurteilung von Rechtsfragen als beispielsweise ein Professor der Strafrechtswissenschaft? Hat der BGH-Richter, eben weil er BGH-Richter ist, schon eine bessere Rechtserkenntnis als etwa der Amtsrichter? Ist wirklich die bessere Rechtserkenntnis der BGH- und OLG-Richter der Grund dafür, dass ein Strafrechtsprofessor, der eine strafbegründende These eines höchstrichterlichen Urteils für krass fehlerhaft und mit einer methodisch korrekten Handhabung des Gesetzes unvereinbar hält, sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen kann, wenn das über seinen Fall entscheidende Gericht seine Gründe nicht zum Anlass nimmt, von seiner bisherigen Rechtsauffassung Abstand zu nehmen, nur weil er diese Rechtsauffassung kannte ?

Will man den Inhalt des Unrechtsbewußtseins in Zweifelsfällen nicht der wenn auch sorgfältig erarbeiteten Rechtsmeinung eines jeden Bürgers preisgeben, so muß es bei der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung bleiben. Sie muß aber anders begründet werden. In der Methodenlehre der Rechtswissenschaft hat sich seit dem Erscheinen der Abhandlung von Rudolphi immer mehr die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Rechtsprechung zu großen Teilen nicht ein Vorgang der Erkenntnis eines Rechts ist, das allein aus dem Gesetz ableitbar ist und daher immer schon gegolten hat, sondern ein Akt der Rechtssetzung.³

Die rechtsprechende Gewalt ist, wie in Art. 92 GG festgelegt, den Richtern anvertraut. Die Rechtswissenschaft ist im Gegensatz zu früheren Zeiten keine Rechtsquelle mehr. Die höhere Kompetenz haben die Gerichte im Verhältnis zum Bürger und die höheren Gerichte im Verhältnis zu den niederen nicht im Sinne einer höheren Sachkompetenz, sondern einer höheren Rechtskompetenz. Sie besitzen die ihnen vom Grundgesetz verliehene Befugnis, ihrer Rechtsauffassung Geltung zu verschaffen.

Das bedeutet, dass eine zweifelhafte Rechtsfrage so lange nicht mit Rechtsverbindlichkeit entschieden ist, solange kein Gericht über sie geurteilt hat. Es bedeutet auch, dass eine Änderung der Rechtsauffassung eines höchsten Gerichts eine Änderung des Inhalts der Rechtsordnung ist und nicht nur eine bessere Erkenntnis von deren Inhalt. Die Konsequenzen,

² Rudolphi Unrechtsbewußtsein, 1969, 103, 232 ff.

³ NK-Hassemer § 1 Rn. 51; NK-Neumann § 17 Rn. 51 f.; Puppe AT/1 32/29 f.

die sich daraus für den Verbotsirrtum und seine Vermeidbarkeit ergeben, sind bisher nicht gezogen worden.

Die Änderung der Rechtsprechung

Nimmt ein hohes Gericht einen Fall zum Anlass, seine Rechtsauffassung im Sinne einer Erweiterung der Strafbarkeit zu ändern, so wird dem Täter in der Regel ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugebilligt.⁴ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass das von dem Gericht neu „gefundene“ Recht, immer schon gegolten hat, nur dass der Täter nicht fähig gewesen sei, dies zu erkennen, weil die Gerichte selbst es noch nicht erkannt haben.⁵ Ein Verbotsirrtum in diesem Sinne wäre jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der Täter aufgrund seiner „besseren“ Rechtserkenntnis schon vor dem Gericht zu dem richtigen Ergebnis gekommen wäre, dass sein Handlungsprojekt entgegen der bisherigen Auffassung der Gerichte unter den Tatbestand subsumierbar ist. Die Konsequenz wäre, dass der Bürger, sofern er eine strengere Rechtsauffassung hegt als die Gerichte, sich an dieser strengen Auffassung orientieren müsste. Ist seine Auffassung aber großzügiger, hält er also ein Verhalten nicht für strafbar, das die Gerichte für strafbar erklärt haben, so dürfte er es nicht riskieren, sich an dieser seiner Auffassung zu orientieren. Denn wenn das Gericht aus Anlass seines Falles nicht selbst zu dieser besseren Erkenntnis gelangt, wird es ihn mit der Begründung verurteilen, dass ein Verbotsirrtum nicht vorliegt, weil er die Auffassung der Rechtsprechung kannte. Bei der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit seines Handlungsprojekts gilt danach für den Bürger der Grundsatz, in dubio contra libertate.⁶

Geht der Bürger aber von der bisherigen großzügigeren Auffassung der Gerichte aus, so dass man ihm aufgrund der neuen besseren Rechtserkenntnis der Gerichte einen Verbotsirrtum attestiert, so ist es noch nicht ausgemacht, dass dieser unvermeidbar war, sofern der Bürger seine Rechtserforschungspflicht vernachlässigt hat. Nach der früheren Rechtsprechung wäre dann die Unvermeidbarkeit sogar zu verneinen.⁷ Die neue Rechtsprechung macht in diesem Fall die Vermeidbarkeit von der Entscheidung der Frage abhängig, welche Auskunft der

⁴ NK-Neumann § 17 Rn. 68 f.; Roxin AT/1 21/63; vgl. SK-Rudolphi § 17 Rn. 37; Tröndle/Fischer § 17 Rn. 9.

⁵ NK-Neumann § 17 Rn. 51.

⁶ LK-Schroeder § 17 Rn. 35 ff.; NK-Neumann § 17 Rn. 52 f., 68 ff.; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben § 17, Rn. 20; SK-Rudolphi § 17, Rn. 37; Tröndle/Fischer § 17, Rn. 9; Neumann JuS 1993, 793 (798); Puppe AT/1 32/29; Roxin AT/1 21/63; Stratenwerth AT, 10/91.

⁷ BHGSt 21, 21; BayObLG NJW 1960, 504, 1320; 1965, 1926; OLG Köln NJW 1974, 1831; NK-Neumann § 17 Rn. 81; SK-Rudolphi § 17 Rn. 25.

Bürger erhalten hätte, wenn er seine Rechtserforschungspflicht durch Befragung eines vertrauenswürdigen Fachmannes, etwa eines Rechtsanwalts erfüllt hätte.⁸ Steht die Auskunftsperson, die er befragt hätte, objektiv nicht fest, soll das Befragungsergebnis unterstellt werden, zu dem ein gewissenhafter Fachmann gelangt wäre.⁹ Da dieser sich pflichtgemäß an der bisherigen Rechtsprechung orientiert hätte, wäre danach der Verbotsirrtum trotz Versäumung der Rechtserforschungspflicht unvermeidbar. Das soll aber nur dann gelten, wenn keine bestimmte Auskunftsperson namhaft gemacht werden kann.¹⁰ Lassen sich also im Einzelfall Gründe dafür angeben, dass der Täter eine ganz bestimmte Auskunftsperson befragt hätte, beispielsweise seinen Syndikus oder seinen persönlichen Anwalt, so hängt die Vermeidbarkeit davon ab, welche Auskunft dieser ihm vermutlich erteilt hätte. Ist diese Auskunftsperson also bereits vor der Entscheidung der strengeren Rechtsauffassung, die das Gericht nunmehr für Recht erkennt, so ist der Verbotsirrtum des Täters eben vermeidbar, weil er durch pflichtgemäße Erkundigung bei der in Betracht kommenden Auskunftsperson die einzig richtige von dem entscheidenden Gericht nunmehr gefundene Rechtsauffassung ja erfahren hätte.

Erkennt man aber die Rechtsänderung als Rechtssetzung, so kann eine Verschärfung der Gesetzesinterpretation schon wegen des Rückwirkungsverbots nur ex nunc und nicht ex tunc wirken.¹¹ Bis zum Zeitpunkt des Urteils war also die frühere Auffassung der Gerichte positiv geltendes Recht, und der Täter befand sich gar nicht in einem Verbotsirrtum, so dass sich die Frage, ob er durch pflichtgemäße Rechtserforschung zu der nunmehr geltenden Rechtsauffassung hätte gelangen können, gar nicht stellt.

Die neue strengere Rechtsauffassung des Gerichts ist also für den zur Entscheidung stehenden Fall wegen des Rückwirkungsverbots gar nicht erheblich. Würde man nun das Gericht verpflichten, nur solche Rechtsfragen zu entscheiden, von denen im Einzelfall die Strafbarkeit des Täters abhängt, so könnten also die Gerichte ihre Rechtsauffassung niemals ändern, jedenfalls nicht im Sinne einer Begründung von Strafbarkeit, die sie bisher abgelehnt haben. In der Tat verfahren unsere höchsten Gerichte bei Zweifeln an der Anwendbarkeit eines

⁸ BGHSt 37, 55 (67); OLG Celle NJW 1977, 1644; BayObLG JR 1989, 386 (387) m. Anm. *Rudolphi*; KG NStZ 1990, 185 (186); NK-*Neumann* § 17 Rn. 81.

⁹ BayObLG JZ 1989, 599; vgl. hierzu NK-*Neumann* § 17 Rn. 82; SK-*Rudolphi* § 17 Rn. 42.

¹⁰ BayObLG JZ 1989, 599; NK-*Neumann* § 17 Rn. 82 a.E.

¹¹ NK-*Neumann* § 17 Rn. 51; Schönke/Schröder/*Eser* § 2 Rn. 8 f.; *Baumann/Weber/Mitsch* AT 9/1 ff.; *Maurach/Zipf* AT/1 12/8; *Puppe* AT I 32/29 ff.; *Müller-Dietz* FS Maurach (1972), 41 (45 ff.); *Naucke* NJW 1968, 758 (759); *ders.* NJW 1968, 2321 (2324); *Neumann* ZStW 103 (1991), 331 (344 ff.); *Schreiber* JZ 1973, 713 (717); dagegen jedoch SK-*Rudolphi* § 1 Rn. 8, der sich gegen die generelle Erstreckung des Rückwirkungsverbots auf die Rechtsprechung ausspricht.

Straftatbestandes auf einen Einzelfall oft so, dass sie diesen offen lassen und den Angeklagten mit der Begründung freisprechen, dass sein Verhalten entweder rechtmäßig war oder er sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befand.¹² Das führt dazu, dass die Rechtunsicherheit bezüglich dieser Zweifelsfrage und die Vermeidbarkeit eines möglichen Verbotsirrtums über sie niemals endet. Die Richter haben also das Recht und sofern sie dies für richtig halten auch die Pflicht, aus Anlass eines Falles neues strengeres Recht zu setzen, auch wenn sie dieses Recht wegen des Rückwirkungsverbot gar nicht anwenden dürfen.¹³ Unsere höchsten Gerichte sind nicht nur dazu berufen, den ihnen vorgelegten Einzelfall zu entscheiden, sondern sie sollen dabei auch für zukünftige Fälle das Recht fortentwickeln und Rechtssicherheit herstellen.¹⁴

Das sogenannte bedingte Unrechtsbewusstsein

Befindet sich der Täter im Zweifel darüber, ob sein Verhalten verboten ist oder erlaubt, so attestiert ihm die herrschende Lehre ein sogenanntes bedingtes Unrechtsbewusstsein.¹⁵ Das ist nicht etwa ein Unrechtsbewusstsein unter einer Bedingung, sondern die analoge Anwendung des Begriffs des *dolus eventualis*, der, behelfsmäßig genug, als bedingter Vorsatz übersetzt wird, auf das Erfordernis des aktuellen bzw. potentiellen Unrechtsbewusstseins. Danach soll der Täter bei Ungewissheit über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens das für die Vollschuld erforderliche Unrechtsbewusstsein dann haben, wenn er sich mit der Möglichkeit, dass sein Handlungsprojekt verboten sein könnte, innerlich abgefunden, sie billigend in Kauf genommen, allenfalls vage aber nicht ernsthaft auf ihr Ausbleiben vertraut hat, oder wie man das sogenannte Willenselement des *dolus eventualis* sonst bezeichnen mag.¹⁶ Sind diese Surrogate für den beim *dolus eventualis* fehlenden Erfolgswillen schon für sich genommen zweifelhaft, so kommt jedenfalls ihre Übertragung auf das Unrechtsbewusstsein nicht in Betracht.¹⁷ Hier kann es nicht um einen Willen und daher auch nicht um ein Willenssurrogat gehen. Wollen kann man nur etwas, was man selbst herbeiführen kann oder doch herbeiführen zu können glaubt. Die Rechtsordnung mit ihren Verboten und Erlaubnissen findet der Täter

¹² Z.B. BayObLG JR 1989, 386 (387); OLG Köln, NStE 1995, 116 f.

¹³ Puppe AT/1 32/26.

¹⁴ Entgegen Hassemer NK § 1 Rn. 50 ist es also nicht notwendig, das Rückwirkungsverbot bei richterlicher Rechtsfortbildung preiszugeben, um diese überhaupt zu ermöglichen.

¹⁵ BGHSt 4, 1 (4); 27, 197 (201); BGH JR 1952, 285 (285); SK-Rudolphi § 17 Rn. 12; eingehend *ders.* Unrechtsbewußtsein 118 ff.

¹⁶ BGHSt 4, 1 (4); 27, 196 (202); Lackner/Kühl § 17 Rn. 4; SK-Rudolphi § 17 Rn. 12.

¹⁷ Krit. insb. NK-Neumann § 17 Rn. 33.

aber als feststehend vor. Sie kann also gar nicht Gegenstand seines Willens sein.¹⁸ Deshalb kann das Unrechtsbewusstsein auch nicht davon abhängen, welche Einstellung der Täter zu der Möglichkeit bezieht, dass sein Verhalten verboten ist.

Sollte der Unterschied zwischen dem Vorhandensein und dem Fehlen des bedingten Unrechtsbewusstseins in dem Unterschied zwischen vagem und ernsthaftem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Handlungsprojekts liegen, so wäre der so bestimmte Verbotsirrtum stets vermeidbar, indem der Täter beschließt, nicht mehr ernsthaft, sondern nur noch vage auf die Erlaubtheit seines Vorhabens zu vertrauen. Was also von der Rechtsfigur des sogenannten bedingten Unrechtsbewusstseins übrig bleibt, ist die Gleichstellung der Ungewissheit über die Rechtmäßigkeit des Handlungsprojekts mit der Gewissheit seiner Rechtswidrigkeit. Für den Bürger, der Gewissheit nicht erlangen kann, ist es also geboten auf sein Handlungsprojekt zu verzichten, sofern seines Wissens auch nur die Möglichkeit besteht, dass es verboten ist.¹⁹ Auch hier gilt wieder der Grundsatz in dubio contra libertate.

Die Anerkennung des sogenannten bedingten Unrechtsbewusstseins hat auch Konsequenzen für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Genügt nämlich als Unrechtsbewusstsein die Vorstellung, dass das Projekt des Täters möglicherweise verboten ist, so ist ein Verbotsirrtum, also die gewisse Vorstellung, dass es erlaubt ist, schon dann vermeidbar, wenn der Täter bei pflichtgemäßer Ausübung seiner Rechtserforschungspflicht nicht zur Gewissheit des Verbots gelangen kann, wohl aber zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit seines Tuns. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Rechtslage objektiv ungewiss ist, weil diese Rechtsfrage von den Gerichten entweder überhaupt noch nicht oder von gleichrangigen Gerichten kontrovers entschieden worden ist. Wieder muß sich der Bürger an den Grundsatz halten in dubio contra libertate. Die objektive Ungewissheit der Rechtslage geht also voll zu Lasten des Bürgers. Aber die Rechtsordnung hat gegenüber dem Bürger bildlich gesprochen zwar keine Bringschuld, aber eine Holschuld, ihm klar zu sagen, was sie ihm verbietet und was sie ihm erlaubt. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie das Verbot unter Strafe stellt. Das ist der Grund dafür, dass der Schuldvorwurf an den Täter nicht auf ein bedingtes Unrechtsbewusstsein und erst recht nicht auf ein potentiell bedingtes Unrechtsbewusstsein gestützt werden darf. Mangelndes Unrechtsbewusstsein liegt also bereits dann vor, wenn der Täter sein Verhalten für möglicherweise erlaubt hält. Sein Zweifel darüber löst allerdings eine Rechtserforschungspflicht aus. Der Mangel des Unrechtsbewusstseins ist aber auch dann für

¹⁸ Puppe AT/1 33/3 ff.

¹⁹ NK-Neumann § 17 Rn. 33; SK-Rudolphi § 17 Rn. 12 m.w.N.; eingehend ders. Unrechtsbewußtsein (1969), 118 ff.; Kunz GA 83, 457 (464 ff.); Warda FS Welzel (1974), 499 (524).

ihn nicht vermeidbar, wenn er auch bei Ausschöpfung seiner Rechtserforschungsmöglichkeiten nicht zu der Gewissheit gelangen kann, dass sein Verhalten verboten ist.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die einschlägige Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht entschieden ist oder einander widersprechende höchstrichterliche Entscheidung dazu vorliegen. Dann hat die Rechtsordnung nicht nur ihre Holschuld dem Bürger gegenüber nicht erfüllt, sondern die Antwort auf die Rechtsfrage steht objektiv noch nicht fest. Dies ist die Konsequenz aus der Erkenntnis, dass die Rechtsanwendung durch die Gerichte in Zweifelsfällen nicht Rechtsfindung ist, sondern Rechtsetzung. Der Zweifel des Täters über die Rechtmäßigkeit seines Handelns löst zwar auch dann zunächst eine Rechtserforschungspflicht aus, diese kann aber schon deshalb nicht zum Unrechtsbewusstsein führen, weil die Rechtswidrigkeit des Handlungsprojekts des Täters objektiv nicht feststeht.²⁰ Erteilt dem Täter ein Fachmann bei dieser Rechtslage die Auskunft, dass sein Verhalten rechtswidrig sei, so erteilt er ihm eine falsche Auskunft. Danach stellt sich in dem Fall, dass der Täter seine Rechtserforschungspflicht nicht erfüllt hat, nicht die prinzipiell unbeantwortbare Frage, welche Auskunft er erhalten hätte, wenn er sie erfüllt hätte. Er ist in jedem Falle schon wegen des Rückwirkungsverbotes freizusprechen, auch wenn das Gericht die ungewisse Rechtsfrage aus Anlass seines Falles zu entscheiden hat.

Die Vernachlässigung der Rechtserforschungspflicht und die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

Nur wo die Rechtslage, sei es schon durch den Wortlaut des Gesetzes, sei es durch höchstrichterliche Entscheidungen, eindeutig festliegt, stellte sich also die Frage, ob dem Täter, der seine Rechtserforschungspflicht nicht erfüllt hat, sein Verbotsirrtum schon deshalb vorgeworfen werden darf, oder ob es der Feststellung bedarf, dass er bei Erfüllung dieser Pflicht die richtige Auskunft erhalten hätte. Früher stand die Rechtsprechung dazu auf dem Standpunkt, dass die Vernachlässigung der Rechtserforschungspflicht genügt, um dem Täter den Mangel an Unrechtsbewusstsein vorzuwerfen, es also auf die Frage, welche Auskunft er erhalten hätte, wenn er seine Rechtserforschungspflicht erfüllt hätte, gar nicht mehr ankommt.²¹ Neuerdings hat sich aber der BGH zu dem gegenteiligen Standpunkt bekehrt,

²⁰ NK-Neumann § 17 Rn. 51 ff.; Puppe AT/1 32/24; Nauke FS Roxin (2001), 503 (516); Lüderssen wistra 1993, 223 (231).

²¹ BGHSt 21, 21; BayObLG NJW 1960, 504, 1340; 1965, 1926; OLG Köln NJW 1974, 1831.

dass die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum eben doch von dem hypothetischen Erfolg der Pflichterfüllung abhängt.²² Dies wurde von der Lehre schon lange gefordert²³ und nunmehr als Fortschritt begrüßt.²⁴

Aber dieser Fortschritt kann unlösbare Probleme aufwerfen. Hatte der Täter keine Auskunft eingeholt, so steht nämlich weder die Identität einer Auskunftsperson noch der Inhalt ihrer Antwort fest. Um die Frage überhaupt beantworten zu können, wird also eine sachkundige und gewissenhafte Auskunftsperson fingiert, um zu prüfen, welche Auskunft diese erteilt hätte.²⁵ Das soll aber nur dann gelten, wenn keine bestimmte Auskunftsperson namhaft gemacht werden kann, an die sich der Täter wahrscheinlich gewandt hätte.²⁶ Steht die Rechtslage objektiv fest, so kann die gewissenhafte und sorgfältige Auskunftsperson sie auch ermitteln, die gesamte Fragestellung erweist sich dann als überflüssig. Nach diesem Verständnis von Vermeidbarkeit kann aber der Täter sich mit der nach dem Grundsatz in dubio pro reo nicht ausschließbaren Möglichkeit entlasten, dass er seine Rechtserforschungspflicht durch Befragung irgendeiner Person hätte erfüllen können, die zwar für ihn vertrauenswürdig war, ihm gleichwohl aber, sicher oder möglicherweise, eine für ihn günstige falsche Auskunft erteilt hätte. Diese falsche Auskunft hätte dann seine Zweifel beseitigt und damit seine Rechtserforschungspflicht aufgehoben und seinen Verbotsirrtum unvermeidbar gemacht.

Aber dies wäre eine Ersatzursache für seinen Verbotsirrtum. In Wirklichkeit ist er dadurch entstanden, dass der Täter seine Rechtserforschungspflicht mißachtet hat. Es zeigt sich die Gefahr jedes Vermeidbarkeitserfordernisses, zu Gunsten des Täters Ersatzursachen zu berücksichtigen.²⁷ Da die Rechtslage ja objektiv feststeht, hätte die fiktive Auskunftsperson in der Regel ihre Pflicht verletzt, wenn sie dem Täter eine falsche Auskunft erteilt hätte. Niemand kann sich von dem Vorwurf, seinen Irrtum selbst verschuldet zu haben, mit dem Hinweis auf eine fiktive Pflichtverletzung einer anderen Person entlasten.²⁸ Bei der Prüfung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums müssen also Ersatzursachen und erst recht fiktive Pflichtverletzungen anderer, womöglich ebenfalls fiktiver Personen außer Betracht bleiben.

²² BGHSt 37, 55 (67), BayObLG NJW 1989, 1744; KG NStZ 1990, 185 (186)

²³ *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, 250 ff.; *Roxin* AT 21/65.

²⁴ *SK-Rudolphi* § 17 Rn. 42; *NK-Neumann* § 17 Rn. 81; *Wolter* JuS 1979, 482 (485); *Zaczyk* JuS 1990, 889 (894).

²⁵ BayObLG JR 1989, 386 (387); *SK-Rudolphi* § 17 Rn. 42; *Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben* § 17 Rn. 18; *Roxin* AT/1 21/65.

²⁶ BayObLG JR 1989, 386 (387); *NK-Neumann* § 17 Rn. 82.

²⁷ *Puppe* AT/1 33/21; *NK-dies.* Vor § 13 Rn. 185.

²⁸ *Puppe* AT/1 33/19, 21; *NK-dies.* Vor § 13 Rn. 184 ff.

Damit wird die Prüfung der Frage, welche Auskunft der Täter erhalten hätte, wenn er seine Rechtserforschungspflicht erfüllt hätte, überflüssig. Die Nichterfüllung seiner Rechtserforschungspflicht ist die Ursache des Fortbestehens seines Verbotsirrtums. Das Erfordernis der Vermeidbarkeit bezieht sich nur auf diese Verursachung, nicht auf fiktive Ersatzursachen.²⁹

Die Frage, welche Auskunft der Täter erhalten hätte, wenn er seine Rechtserforschungspflicht erfüllt hätte, hat die Möglichkeit eröffnet, auch den Täter, der sie nicht erfüllte, für den Fall zu entlasten, dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens noch nicht entschieden war. Die Gerichte haben diese Entlastungsmöglichkeit auch genutzt.³⁰ Aber das Bedürfnis nach solcher Entlastung besteht nicht mehr, sobald erkannt ist, dass das Recht objektiv nicht bestimmt ist, solange eine zweifelhafte Rechtsfrage höchstrichterlich nicht entschieden ist. Über eine nicht entschiedene Frage kann man sich nicht im Irrtum befinden. Deshalb stellt sich bei einer unentschiedenen Rechtslage das Problem der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums durch Erfüllung einer Rechtserforschungspflicht gar nicht, weil es über sie keinen Verbotsirrtum geben kann.

Vermeidbarkeit und Vorverschulden

Inhalt und Umfang der Rechtserforschungspflicht und damit der Maßstab der Vermeidbarkeit richten sich grundsätzlich nach der Tatsituation. Aus dieser Situation müssen sich für den Täter Gründe ergeben, an der Rechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts zu zweifeln. Kann er in dieser Situation die Zweifel nicht beheben, so muss er sein Handlungsprojekt aufschieben, bis er dies tun konnte. Er ist also nicht deshalb entschuldigt, weil im Moment des Handlungsentschlusses Gewissheit über die Rechtmäßigkeit seines Projekts nicht zu erlangen war, unabhängig davon, ob er die als möglich erkannte Rechtswidrigkeit seines Handlungsprojekts nun billigend in Kauf genommen hat oder nicht. Besondere Rechtserforschungspflichten können aber auch in Bezug auf künftige Tatsituationen entstehen, wenn der Täter voraussehen kann, dass er in eine Lage kommen wird, in der seine Rechtskenntnisse nicht zureichen, über die Erlaubtheit oder Verbotenheit seiner Handlungsprojekte richtig zu urteilen. Das ist dann der Fall, wenn der Täter eine Tätigkeit

²⁹ Puppe AT/1 33/22 ff.

³⁰ BGHSt 11, 1 (4 f.); 21, 59 (61); 24, 31 (34); NJW 1979, 1258; NStZ 1986, 217; 1994, 425; GA 1988, 184; StV 1993, 477 (478); BayObLG JR 1989, 386 m. Anm. Rudolphi JR 1989, 387 = StV 1989, 436 = NJW 1989, 1744 = JZ 1989, 599 = MDR 1989, 760 = JuS 1989, 843 m. Anm. Hassemer; Besprechung von Zaczyk, JuS 1990, 889; OLG Köln NStE 1995, 116.

ausübt, von der er weiß oder wissen soll, dass sie besonderen Regeln unterliegt, insbesondere dann, wenn sie auch mit Sonderrechten verbunden ist. Der Täter kann sich dann der strafrechtlichen Sanktionierung der mit seiner Sonderstellung verbundenen besonderen Pflichten nicht dadurch entziehen, dass er sie nicht zur Kenntnis nimmt. Es besteht deshalb heute Einigkeit darüber, dass der Täter, der eine solche Rechtserforschungspflicht vor Beginn seines Handlungsprojekts missachtet hat, nicht wegen Unvermeidbarkeit seines Verbotsirrtums entschuldigt ist, auch wenn dieser im Moment der Handlung nicht mehr vermeidbar war.³¹ Der Vorwurf der Nichtvermeidung des Verbotsirrtums wird also auf einen Zeitpunkt vor der Tat vorverlagert.

Uneinigkeit besteht allerdings darüber, wie eine solche Vorverlagerung eines Teils des Schuldvorwurfs mit dem Tatschuldprinzip in Einklang gebracht werden kann. *Rudolphi* hat dies mit Hilfe der Figur der Lebensführungsschuld versucht.³² Obwohl er gleichzeitig betont hat, dass der Vorwurf der Nichtvermeidung des Verbotsirrtums nicht nur sehr viel konkreter ist, sondern auch eine sehr viel engere inhaltliche Beziehung zur späteren Tat hat, als das, was man damals, etwa im Zusammenhang mit der Rückfallschärfung, unter Lebensführungsschuld verstand, hat sich *Rudolphi* doch die Kritik der Gegner der Lebensführungsschuld zugezogen.³³

Einer von ihnen, *Roxin*, will stattdessen eine Parallele zum Übernahmeverschulden bei der Fahrlässigkeit ziehen.³⁴ Diese Parallele würde aber nur dann zutreffen, wenn sich der im Verbotsirrtum handelnde Täter im Moment der Handlung wenigstens dessen bewusst wäre, dass seine Rechtskenntnisse zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nicht zureichend sind. Ist dies aber der Fall, so haben wir auch schon einen Unrechtszweifel, der den Täter zur Aufschiebung seines Handlungsprojekts bis zu dessen Aufklärung verpflichtet. Wir brauchen dann die Rechtsfigur des Übernahmeverschuldens nicht mehr, um ihm die Entschuldigung wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums zu verweigern.

³¹ *Rudolphi* Unrechtsbewusstsein (1969), 254 ff.; *SK-ders.* § 17 Rn. 44; *LK-Schroeder* § 17 Rn. 30; *NK-Neumann* § 17 Rn. 58; *Schönke/Schröder/Cramer* § 17 Rn. 17; *Jakobs* AT 19/37; *Maurach/Zipf* AT/1 38/35; *Roxin* AT/1 21/48; wohl auch *BGHSt* 9, 164 (177); *Stratenwerth* GS A. Kaufmann (1989), 486 ff.

³² *Rudolphi* Unrechtsbewusstsein (1969), 264 ff.; *SK-ders.* § 17 Rn. 45; ähnlich aber auch *Jakobs* AT 19/37.

³³ *Roxin* AT/1 21/47,50; *Stratenwerth* AT 10/93.

³⁴ *Roxin* AT/1 § 21 Rn. 49; vgl. aber auch *Maurach/Zipf* AT/1 38/35.

Anhänger des sogenannten Ausnahmemodells bei der *actio libera in causa* lösen auch dieses Problem durch Vorverlagerung eines Teils der Schuld auf einen Zeitpunkt vor der Tat.³⁵ Gegen das Ausnahmemodell wird der Einwand erhoben, dass es nicht nur mit dem Wortlaut des § 20 unvereinbar sei, sondern mit dem Begriff der Tatschuld selbst, was soll von dieser übrig bleiben, wenn Tat und Schuld zeitlich getrennt werden?³⁶ Für die Vorverlagerung der Verletzung der Rechtserforschungspflicht als Teil des Schuldvorwurfs gilt dieser Einwand aber nicht. Denn im Gegensatz zur Schuldfähigkeit ist das sogenannte potentielle Unrechtsbewusstsein kein notwendiges Element der Schuld.³⁷ Dass das aktuelle Unrechtsbewusstsein kein notwendiges Schuldelement ist, hat der Gesetzgeber mit Ablehnung der sogenannten Vorsatztheorie entschieden. Das sogenannte potentielle Unrechtsbewusstsein kann aber nicht als Schuldelement an dessen Stelle treten, weil es weder ein psychischer Befund noch eine reelle Beziehung zur Tat ist, sondern lediglich in substantiiert Form zum Ausdruck bringt, dass der Täter ein Unrechtsbewusstsein hätte erlangen können und sollen.³⁸

Indem der Gesetzgeber einerseits auf das Unrechtsbewusstsein als Schulderfordernis verzichtet hat, andererseits für den Fall seines Fehlens die Möglichkeit einer Strafmilderung eröffnet hat, hat er es zu einer von zwei möglichen Formen der Vorsatzschuld degradiert.³⁹ Die eine, die schwerste, ist das vorsätzliche Handeln mit Unrechtsbewusstsein, die andere das vorsätzliche Handeln in Verbindung mit Rechtsfahrlässigkeit in bezug auf das Fehlen des Unrechtsbewusstseins. Fahrlässigkeitsunrecht und Fahrlässigkeitsschuld sind aber im Gegensatz zu Vorsatzunrecht und Vorsatzschuld nicht an jene Feuerprobe der kritischen Situation gebunden, die den Beginn des Versuchs markiert, in dem sich der Vorsatz als tatmächtig bewähren muss. Der Fahrlässigkeitsvorwurf kann theoretisch beliebig weit vor das eigentliche rechtsgutsverletzende Geschehen vorverlagert werden.

Rudolphi hat denn auch zwischen dem vorverschuldeten Verbotsirrtum und der unbewussten Fahrlässigkeit eine Parallele gezogen.⁴⁰ In beiden Fällen kann den Täter in der Handlungssituation ein Vorwurf der Fahrlässigkeit genaugenommen nicht treffen, sondern lediglich der Vorwurf, sich nicht rechtzeitig auf die Handlungssituation vorbereitet und dafür

³⁵ LK-Jähnke § 20 Rn. 78; *Jescheck/Weigend* AT 445 ff.; *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“ (1985), 24 ff.; *Wessels/Beulke* AT Rn. 126; *Hruschka*, JuS 1968, 554.

³⁶ *Paeffgen*, ZStW 97 (1985), 513; *Puppe*, JuS 1980, 346 (347); *Roxin* FS Lackner (1987), 307 (309).

³⁷ Vgl. *Roxin* FS Lackner (1987), 311.

³⁸ NK-*Neumann* § 17 Rn. 53 ff.

³⁹ NK-*Neumann* § 17 Rn. 53.

⁴⁰ *Rudolphi* Unrechtsbewusstsein (1969), 253 f.

konditioniert zu haben. Damit erweist sich der Schuldvorwurf des sogenannten potentiellen Unrechtsbewusstseins als zusammengesetzt aus einem Vorwurf vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung ohne Unrechtsbewusstsein und einem Vorwurf der Rechtsfahrlässigkeit, der sich zwar auf die Tat bezieht, aber nicht notwendig im Zeitpunkt der Tat begründet sein muss. Rudolphi hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass bei der Strafzumessung auch Tatsachen, die vor oder nach der Tat gegeben sind, schuldrelevant sein können.⁴¹ Die Vorverlagerung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums durch pflichtgemäße Rechtserforschung ist also mit dem Tatschuldprinzip vereinbar. Denn weder das Unrechtsbewusstsein, noch das sogenannte potentielle Unrechtsbewusstsein ist nach positivem Recht oder auch überpositivem Recht notwendiger Bestandteil der Tatschuld. Die durch Verletzung der Rechtserforschungspflicht verschuldete Unkenntnis des Verbots ist ein selbständiges Fahrlässigkeitsunrechts, das sich auch auf die spätere Vorsatztat bezieht und zum Vorsatzunrecht additiv hinzutreten muss. Der Grund für dieses zusätzliche Erfordernis besteht darin, dass einem Bürger, der seine Rechtserforschungspflicht erfüllt und die Bereitschaft zur Rechtstreue hat, garantiert werden soll, dass er nicht aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums in Strafbarkeit geraten kann.

Verbotsirrtum und mittelbare Täterschaft

Befindet sich der unmittelbare Täter in einem Verbotsirrtum, der dadurch verursacht worden ist, dass ihm ein anderer vorsätzlich eine falsche Rechtsauskunft erteilt hat, so stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der falsche Auskunftgeber mittelbarer Täter der im Verbotsirrtum begangenen Tat ist. Diejenigen Autoren, die auf diese Konstellation das sogenannte Verantwortungsprinzip anwenden wollen, kommen zu dem Ergebnis, dass der falsche Auskunftgeber nur dann mittelbarer Täter ist, wenn der die Auskunft Einholende durch seine Befragung seine Rechtserforschungspflicht erfüllt hat und deshalb wegen Unvermeidbarkeit seines Irrtums für die Tat nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Hätte dieser dem Auskunftgeber aber nicht unbedingt vertrauen dürfen, so dass sein Verbotsirrtum vermeidbar bleibt, so soll der Auskunftgeber nur Teilnehmer (in der Regel Anstifter) sein, da der unmittelbar Handelnde ja für die Tat verantwortlich bleibt.⁴²

⁴¹ Rudolphi Unrechtsbewusstsein (1969), 269 f.

⁴² Jescheck/Weigend AT, 669 mwN ; Köhler AT S. 509; Maiwald ZStW 88 (1976), 712 (736 f.); Jakobs AT 21/94; Kühl AT § 20 Rn. 70, 77; Stratenwerth AT § 12 Rn. 55; wohl auch Maurach/Gössel/Zipf § 48 Rn. 57; Herzberg JuS 1974, 374 (374); a.A. jetzt aber Herzberg, Täterschaft und Teilnahme (1977), 23.

Wendet man auf diese Konstellation das Kriterium der Tatherrschaft an, so hängt die Täterschaft des Auskunftsgewählers davon ab, ob der Auskunftsnehmer sein Handlungsprojekt davon abhängig gemacht hat, dass es erlaubt ist oder auch dass der Auskunftsgewährer es für erlaubt erklärt. Es entspricht nicht dem Tatherrschaftskriterium, wenn *Roxin*, der es in diesem Fall anwenden will, es nun gewissermaßen normativ unterfüttert, indem er davon ausgeht, dass das Bewusstsein, rechtswidrig zu handeln, stets ein starkes von der Tat abhaltendes Motiv sei, so dass der falsche Auskunftsgewährer sich die Herrschaft über den Tatmittler dadurch verschafft, dass er dieses Gegenmotiv bei ihm beseitigt.⁴³ Denn faktisch muß das durchaus nicht notwendig der Fall sein. Der unmittelbar Handelnde mag eine Auskunft einholen, und gleichwohl gesonnen sein, das Projekt notfalls auch trotz seines Verbots durchzuführen. Dann fehlt dem Ratgeber die faktische Tatherrschaft.

Aber auch dann würde man der Stellung des Ratgebers nicht gerecht, wenn man ihn nur als Anstifter ansehen würde. Hat er doch den Täter in den Glauben versetzt, rechtmäßig zu handeln, und es ihm dadurch unmöglich gemacht, die Höchstform der Vorsatzschuld zu verwirklichen, unabhängig davon, ob er dazu bereit gewesen wäre oder nicht. Auch wenn sich der Tatausführende dabei einer Rechtsfahrlässigkeit schuldig gemacht hat, die eine Verantwortung für die Tat gemäß der leichteren Form der Vorsatzschuld begründet, so muss dies einer mittelbaren Täterschaft des falschen Auskunftsgewählers nicht entgegenstehen.⁴⁴ Auch das undolos handelnde Werkzeug kann sich einer unter Umständen groben Fahrlässigkeit in Bezug auf seinen Tatbestandsirrtum schuldig gemacht haben, ohne dass dies einer mittelbaren Täterschaft des Verursachers dieses Irrtums wegen des Vorsatzdelikts entgegensteht. Geht man beim Unrechtsbewusstsein von zwei Schuldformen aus, dem Handeln mit Unrechtsbewusstsein und dem Handeln ohne Unrechtsbewusstsein in Verbindung mit Rechtsfahrlässigkeit, so ergibt sich für den Verursacher eines Verbotsirrtums beim unmittelbar Handelnden die gleiche Konstruktion mittelbarer Täterschaft nur mit dem Unterschied, dass beide Beteiligten ein Vorsatzdelikt verwirklichen und nach diesem strafbar sind. So erklärt sich die Konstellation eines Täters hinter dem Täter, die mit dem Verantwortungsprinzip vereinbar ist.

⁴³ *Roxin* AT/2 25/82.

⁴⁴ so i.E. *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme (1977), S. 23; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 29 Rn. 39 mwN; *Schönke/Schröder-Cramer* § 25 Rn. 38 mwN; differenzierend *LK-Roxin* § 25 Rn. 89 ff (91); BGHSt 35, 347 (353f.) (*Katzenkönig-Fall*).