

I. Einführung

Strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt Unrechtsbewusstsein voraus. Eine Rechtskenntnis des Bürgers ist allerdings keine Selbstverständlichkeit, denn obwohl er sämtliche Tatumstände kennt, könnte er daraus einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund folgern. Dies stellt einen Erlaubnisnormirrtum (oder Erlaubnisgrenzirrtum) dar, der nach den allgemeinen Regeln als Verbotsirrtum zu behandeln ist. Ein Irrtum über die Bewertung des Verhaltens als erlaubt oder – allgemeiner – ein Irrtum über die Rechtslage lässt den Tatvorsatz unberührt.¹ Die irrixe Annahme des Täters, dass Umstände vorliegen, welche die Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes erfüllen würden, wird demgegenüber als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet, dessen rechtliche Behandlung nicht so eindeutig ist. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist die Behandlung eines Erlaubnistatbestandsirrtums deshalb umstritten, weil der Wortlaut des § 16 StGB diesen Irrtum nicht erfasst. Tatsächlich hat der Gesetzgeber den Erlaubnistatbestandsirrtum bewusst nicht erwähnt und die Klärung dieser Wertungsfrage der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.² Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung scheint aber auch entbehrlich zu sein, denn sie würde den Rechtsanwender nicht von den Schwierigkeiten befreien, die die Einordnung dieses Irrtums als Tatbestands- oder Verbotsirrtum im Einzelfall bereitet. Eine abstrakte Vorschrift könnte bei der konkreten Abgrenzung nicht weiterhelfen, sondern würde die heute ohnehin schon bekannten Kriterien nur wiederholen.

Doch warum setzt strafrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt Unrechtsbewusstsein voraus? Im Gegensatz zum Reichsgericht, das als sozialpsychologischen Grund für die Unbeachtlichkeit des fehlenden Unrechtsbewusstseins angeführt hatte, dass es eine selbstverständliche „Jedermanns-

pflicht“ sei, die Strafgesetze zu kennen, hat sich der BGH dafür ausgesprochen, das Unrechtsbewusstsein zur Schuld voraussetzung zu erheben. Damit ist die Rechtskenntnis des Bürgers nicht mehr selbstverständlich. Das Unrechtsbewusstsein, d.h. die Kenntnis von Recht und Unrecht wird auf diese Weise zur Voraussetzung normgerechten Verhaltens. Inhalt des Unrechtsbewusstseins ist der Widerspruch zur Rechtsordnung, der sich aus der Bewertung des Verhaltens anhand eines normierten sozialen Wertmaßstabs ergibt.³

Der Irrtum über rechtfertigende Umstände liegt gewissermaßen „zwischen“ dem Verbotsirrtum und dem Tatbestandsirrtum. Zum Beispiel geht der Täter irrig davon aus, dass das Opfer eingewilligt habe, während es in Wirklichkeit mit der Verletzung nicht einverstanden ist; oder der Täter nimmt irrig an, dass er selbst Opfer eines rechtswidrigen Angriffs ist und wehrt sich (Putativnotwehr). Nach h.L. ist dieser Irrtum dem Tatbestandsirrtum gleichzustellen und der Täter folglich nur wegen eines entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts zu bestrafen. Dies kommt aber nur dann in Frage, wenn der Täter den Irrtum (und damit auch die Verletzung des Opfers) durch Nachdenken und Erkundigungen, d.h. durch sorgfaltsgemäßes Verhalten, hätte vermeiden können. Umgekehrt liegt der Fall, in dem der Täter in Unkenntnis über das tatsächliche Vorliegen rechtfertigender Umstände handelt, so dass ein Unrechtsbewusstsein vorliegt.

In Bezug auf das Unrechtsbewusstsein sind der Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, der Verbots- und Subsumtionsirrtum sowie die Fälle des fehlenden oder des bedingten bzw. eventuellen Unrechtsbewusstseins zu unterscheiden.⁴ Anders gelagert sind die Fälle, in denen der Täter die maßgeblichen sozialen Wertungen für unrichtig oder für sozialschädlich hält, denn auch der Überzeugungstäter weiß, dass das, was er tut, nach geltendem Recht verboten ist. Dass er sein Tun aufgrund seiner persönlichen, sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung für richtig hält, ist rechtlich bedeutungslos.⁵ Glaubt der Täter wiederum, dass ihm die grundrechtliche geschützte Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) die Erlaubnis einräume, gegen Verbote oder Gebote zu verstoßen, kommt ein Erlaubnisnormirrtum in Frage, weil er sich aus rechtlichen Gründen nicht an das Gesetz gebunden sieht und damit einem (indirekten) Verbot-irrtum unterliegt.⁶

II. Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums

Obwohl der Erlaubnistatbestandsirrtum nach der Rechtsprechung des BGH in Analogie zu § 16 StGB zu behandeln ist und sämtliche Gerichte dem BGH darin gefolgt sind, ist im Schrifttum noch immer umstritten, wie die §§ 16, 17 StGB auszulegen sind und welche Rechtsfolgen der Erlaubnistatbestandsirrtum hat. Anzuerkennen ist immerhin, dass eine Ge-

* Ein Lebenskreis hat immer einen Sinn, wenn man zum Ausgangspunkt zurückkehren kann. Ich bedanke mich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Martin Böse für die Einladung und die erfolgreiche Veranstaltung des Symposiums für Frau Prof. Dr. Ingeborg Puppe, meine verehrte Doktormutter, für deren Lehre, Vorlesungen und Seminare ich sehr dankbar bin. Persönlich ist es mir wirklich eine ganz große Freude und Ehre, dass ich diesen Vortrag halten darf, 25 Jahre nachdem ich (im Dezember 1997) meine Dissertation mit dem Thema „Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen“ eingereicht habe. Prof. Dr. Urs Kindhäuser, Zweitberichterstatte meiner Dissertation, bin ich ebenfalls sehr dankbar. Unvergesslich geblieben sind mir auch die Bonner Seminare bei Prof. Dr. Hans-Joachim Rudolphi, Prof. Dr. Günther Jakobs sowie Prof. Dr. Urs Kindhäuser am strafrechtlichen Institut der Universität Bonn.

¹ Anders jüngst Herzberg, ZfISw 3/2022, 253, der die vom Gesetz geforderte Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum für unmöglich hält. Siehe dazu die Replik von Scheinfeld/Lichtenthaler, ZfISw 6/2022, 420, und die Duplik von Herzberg, ZfISw 6/2022, 425.

² Roxin, JuS 1973, 197 (201 f.).

³ Stree, JuS 1973, 467.

⁴ Siehe Dimakis, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992, S. 33 ff.

⁵ Vgl. BGHSt 4, 1.

⁶ Vgl. BGHSt 19, 295.

setzeslücke besteht und daher eine Analogie erforderlich ist, denn der Erlaubnistatbestandsirrtum ist weder ein Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 StGB, noch ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB.⁷

Nach der allgemein anerkannten Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement ist der Täter nur dann voll gerechtfertigt, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind und er dies auch weiß. Erfolgswert und Erfolgswert heben sich gegenseitig auf, Handlungswert und Handlungswert desgleichen. Ist der Erfolgswert der Rechtfertigung vorhanden, fehlt aber der Handlungswert, so ist nur der Erfolgswert des Vorsatzdelikts aufgehoben, der Handlungswert bleibt übrig und der Täter wird (allenfalls) wegen Versuchs bestraft. Auf diese Weise beurteilt die heute herrschende Auffassung den Fall des „umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums“.⁸ Nach früher überwiegend, heute aber nur noch von einer Minderheit vertretener Auffassung sei in diesem Fall eine Strafbarkeit wegen Vollendung angebracht.⁹ Obwohl die Erforderlichkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements anerkannt ist, wird die Frage, wie diese subjektive Komponente beschaffen sein muss und welche Rechtsfolgen ihr Fehlen hat, nicht einheitlich beurteilt.

1. Vorsatztheorie

Die Vorsatztheorie geht davon aus, dass das Unrechtsbewusstsein ein Bestandteil des Vorsatzes ist. Da dieses bei Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums jedoch gerade fehlt und der Täter davon ausgeht, gerechtfertigt zu sein,

⁷ Siehe dazu *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 203 ff.

⁸ *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 13 Rn. 30 f., die die Verrechnung von Wert und Unwert allerdings für „ein wenig grobschlächtig“ erachtet; *Günther*, in: Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 28. Lfg., Stand: Mai 1998, Vor § 32 Rn. 87; *Rudolphi*, a.a.O., 20. Lfg., Stand: April 1993, § 22 Rn. 29; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn 15; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 104; *Herzberg*, JA 1986, 190 (192); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11. Abschn. Rn. 23, *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 111; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, Vor § 32 Rn. 20; differenzierend *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 57.

⁹ *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 128; *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 156; *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 59, 61; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 259; *Triffterer*, in Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 209 (225).

entfällt nach dieser Ansicht der Vorsatz des Täters. Folglich kann er nicht wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat bestraft werden (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Er könnte dann allenfalls wegen fahrlässiger Begehung bestraft werden, sofern das Gesetz eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit vorsieht. Die Vorsatztheorie ist aber seit der Einführung des § 17 StGB weitgehend obsolet geworden und wird kaum noch vertreten. Obgleich weder § 16 StGB noch § 17 StGB den Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums ausdrücklich regeln, wird die Einführung des § 17 StGB dahingehend interpretiert, dass das Unrechtsbewusstsein nicht Bestandteil des Vorsatzes, sondern vielmehr Bestandteil der Schuld ist.

2. Strenge Schuldtheorie

Nach der strengen Schuldtheorie ist der Erlaubnistatbestandsirrtum nach § 17 StGB und damit als Schuldfrage zu behandeln.¹⁰ Selbst dann, wenn der Täter sich über Tatumstände eines Rechtfertigungsgrundes irrt, hat dies keine Auswirkungen auf den Unrechtsvorsatz. Allenfalls der Schuldvorwurf entfällt gem. § 17 StGB, aber auch nur dann, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Bei Vermeidbarkeit bleibt es bei der Strafbarkeit nach dem in Frage stehenden Vorsatzdelikt und es kommt nur noch eine Strafmilderung in Betracht (§ 17 S. 2 StGB).

Für die strenge Schuldtheorie wird ins Feld geführt, dass durch die Rechtfertigungsgründe nicht die Tatbestandsmäßigkeit, sondern nur die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung beseitigt und daher „durch die irrierte Annahme eines Rechtfertigungsgrundes nicht der Tatbestandsvorsatz, sondern lediglich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen“ werde.¹¹ Im Sinne der finalen Handlungslehre beschränkt man den wertfreien Vorsatz streng auf das Wissen um die unrechtsbegründenden Tatbestandselemente, so dass sich etwaige Rechtfertigungsirrtümer nur noch über mangelndes Unrechtsbewusstsein erfassen lassen.

Das Gegenargument zur strengen Schuldtheorie beschränkt sich hauptsächlich auf das Argument, dass § 16 StGB von „Tatumständen“ spricht und § 17 StGB insofern nicht passe. Auch reiche die Milderungsmöglichkeit nach §§ 17 S. 2, 49 StGB nicht aus, da auch nach Anwendung dieser Vorschriften erhöhte Mindeststrafen fortbestehen könnten, was sich mit dem stufenlos sinkenden Vermeidbarkeitsmaß des Irrtums nicht verträgt.¹²

¹⁰ Siehe vor allem *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 22 III. (S. 164 ff.) m.w.N.

¹¹ *Welzel* (Fn. 10), § 22 III. 1. f) (S. 168).

¹² *Jakobs* (Fn. 8), 11. Abschn. Rn. 44; *Paeffgen* (Fn. 9), S. 175 f. Zur Unvereinbarkeit dieser beiden Theorien siehe *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 218 ff., die den Umkehrschluss der Irrtumslehre in vier Gestalten auftreten lässt (S. 219): „1. Wenn ein Irrtum den Täter belastet, entlastet ihn der umgekehrte. 2. Wenn ein Irrtum den Täter entlastet, belastet ihn der umgekehrte. 3. Wenn ein Irrtum den Täter nicht belastet, entlastet ihn der umgekehrte nicht. 4. Wenn ein Irrtum den Täter nicht entlastet, belastet ihn der umgekehrte nicht.“ Dadurch hat *Puppe* nachgewiesen, dass diese beiden Theorien (die Lehre von den subjektiven

3. Eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der eingeschränkten Schuldtheorie¹³ ist der Irrtum über das Vorliegen rechtfertigender Umstände nicht als Verbotssirrtum, sondern über eine Analogie zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln. Diese Theorie beruht auf der Differenzierung zwischen sachverhaltsbezogenen und wertungsbedingten Irrtümern. Der sachverhaltsbezogene Irrtum führt hiernach zu einem Ausschluss des vorsätzlichen Handlungsunwerts, weil der Täter aus einem Mangel an Aufmerksamkeit den Sachverhalt erkennt und damit die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes versage.

Der Haupteinwand gegen diese Auffassung lautet, dass derjenige, der um die Tatbestandsmäßigkeit seines Handelns weiß und sich nur wegen eines Rechtfertigungsgrunds zu der Handlung befugt sieht, offensichtlich mehr Anlass habe, sein Verhalten zu überprüfen als derjenige, der schon in der Annahme fehlender Tatbestandsmäßigkeit handelt. Allerdings kann sich der Vorwurf allein auf den Mangel an Aufmerksamkeit in Bezug auf Tatumstände beziehen, was eher einem Fahrlässigkeitsvorwurf entspricht.

4. Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der „rechtsfolgenverweisenden“ (oder „vorsatzschuldverneinenden“) eingeschränkten Schuldtheorie ist der Tatbestandsvorsatz zu bejahen, aber ein Schuldvorwurf mangels „Vorsatzschuld“ zu verneinen. Erreicht wird dies durch eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dieser Lösungsweg hat den Vorteil, dass der Täter nach einem entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikt bestraft werden kann (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog), jedoch weiterhin eine Teilnahme an der im Erlaubnistatbestandsirrtum begangenen Tat möglich ist, da sie eine „vorsätzliche“ (und rechtswidrige) Haupttat bleibt.¹⁴

5. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen folgt einem zweistufigen Deliktsaufbau und verbindet die Merkmale eines Straftatbestands und der Rechtfertigungsgründe zu einem einheitlichen Gesamtunrechtstatbestand. Stellt sich der Täter nun irrtümlich rechtfertigende Tatumstände vor, liegt ein Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor, der den Vorsatz ausschließt.

Diese Auffassung erfährt insbesondere aus zwei Richtungen Kritik: Zum einen ergibt sich aus § 17 StGB eindeutig, dass eine fehlende Unrechtseinsicht ein Schuldproblem ist, das die Tatbestandsmäßigkeit unberührt lässt. Zum anderen wäre bei einer Verneinung des subjektiven Tatbestands auf-

grund der Akzessorietät der §§ 26, 27 StGB keine Teilnahme Dritter möglich. Die eingeschränkte (vorsatzunrechtsverneinende) Schuldtheorie nimmt dagegen eine wertende Betrachtung vor. Demnach sei bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum nicht das Unrecht einer Vorsatztat erfüllt, sodass nicht von einem Vorsatz ausgegangen werden könne. Der Vorsatz entfalle nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog. Auch dieser Auffassung kann man vor allem das Teilnahmeargument entgegenhalten.

III. Die Behandlung des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums

Wie sind jedoch diejenige Fälle zu behandeln, in denen der Täter in Unkenntnis der objektiv vorliegenden rechtfertigenden Tatumstände handelt? Hier ist der sog. Umkehrschluss in der Irrtumslehre von Bedeutung. Es handelt sich um eine Schlussfolgerung, die darin besteht, dass ein Rechtssatz, der einen bestimmten abgegrenzten Tatbestand regelt, auf die nicht genannten Fälle nicht anwendbar ist. Der Umkehrschluss der Irrtumslehre besteht in der Vertauschung der Wahrheitswerte zwischen der Vorstellung des Täters und der objektiven Wirklichkeit.¹⁵ Es handelt sich um die Rechtsfolgen des Widerlegungswertes der Vorstellung des Täters.¹⁶

¹⁵ Puppe (Fn. 7), S. 248.

¹⁶ In der Entscheidung des griechischen Obersten Gerichtshofs (Areopag) Nr. 817/2020 werden die Anforderungen an einen unvermeidbaren Verbotsirrtum wie folgt bestimmt: “[...] um dem Angeklagten die Tat wegen vermeidbaren Irrtums nicht zuzurechnen, bedarf es eines irrigen Glaubens an sein Recht zur Vornahme der Handlung und der Unkenntnis des Unrechts, das er auf keinen Fall hätte erkennen können, was auch immer er an Sorgfalt und Mühe gezeigt hätte, im Hinblick auf sein persönliches, intellektuelles und berufliches Potenzial und seine Fähigkeiten und damit aus einem berechtigten Missverständnis über den wahren Sinn des Gesetzes oder aus Fehlinformationen von Sachverständigen, z.B. Rechtsanwälten oder anderen maßgeblichen Quellen. Die Behauptung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums, der sich auf die strafrechtliche Anklage erheblich auswirkt, da er im Falle seiner materiellen Berechtigung die Nichtzurechnung der Tat zur Folge hat, ist unabhängig zu prüfen und ihre Zurückweisung ist nach den vorgenannten Bestimmungen der Verfassung und der Strafprozessordnung unter der vorgenannten selbstverständlichen Bedingung zu begründen, dass die Voraussetzungen vollständig vorliegen“. In BGHSt 27, 197 (201), lehnt das Gericht einen unvermeidbaren Verbotsirrtum mit folgender Begründung ab: „Die Ausführungen des Kammergerichts zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums sind im Hinblick auf die getroffenen Feststellungen nicht zu beanstanden. Der Betroffene [...] hätte bei der ihm nach den Umständen des Falles – die kartellrechtliche Problematik der Preisgestaltungen war ihm bekannt – und seiner beruflichen Stellung in der Firma der Nebenbetroffenen zuzumutenden Anspannung seiner Erkenntniskräfte zumindest die Einsicht gewinnen müssen, daß es zweifelhaft sei, ob das Rundschreiben rechtmäßig oder gesetzeswidrig ist. Wer aber die Vorstellung hat, seine Verhaltensweise verstoße möglicherweise

Rechtfertigungselementen und die strenge Schuldtheorie) logisch nicht miteinander vereinbar sind, *dies.*, ZStW 128 (2016), 301.

¹³ Exemplarisch Rudolphi (Fn. 8), § 16 Rn. 10; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 16 Rn. 18; Roxin/Greco (Fn. 8), § 14 Rn. 64 m.w.N. Die Rechtsprechung folgt im Großen und Ganzen der eingeschränkten Schuldtheorie.

¹⁴ Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 38.

Um die Bedeutung des Umkehrschlusses zu illustrieren, sei als Beispiel der Täter angeführt, der am Unrecht seiner Tat zweifelt, aber gleichwohl ein gewisses Maß an Unrechtsbewusstsein hat. Daher erliegt er keinem Irrtum, wenn er hinreichenden Anlass zur Unterlassung der Tat hatte mit der Folge, dass er auch hätte anders handeln können.¹⁷ Ungewissheit ist mit der Unkenntnis (*ignorantia facti*) nicht identisch. Die Begriffe der positiven Fehlvorstellung und der bloßen Unkenntnis sind nicht klar gegeneinander abgrenzbar.¹⁸ Deutlich wird dies bei einem Vergleich mit dem Irrtumsbegriff des Betrugstatbestands: Die herrschende Unterscheidung zwischen positiver Fehlvorstellung (Irrtum) und bloßer Unkenntnis (kein Irrtum) vermag nicht zu überzeugen, weil der Begriff des Irrtums im Betrugstatbestand beide Konstellationen abdeckt. Damit ist die Kategorie der *ignorantia facti* gegenstandslos.¹⁹ Die erforderliche Einschränkung der Betrugsstrafbarkeit wird durch eine restriktive, an den Verantwortungsbereichen von Täter und Opfer orientierte Deutung des Irrtumsmerkmals erreicht. Beim Irrtum können drei Aspekte unterschieden werden: Intensität der Vorstellung, Bezugspunkt des Irrtums und Irrtum bei Zweifeln.

1. Unkenntnis der rechtfertigenden Umstände als Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements

Es lässt sich nicht leugnen, dass mit einer (irrigen) Vorstellung über das Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes, der von der Rechtsordnung nicht anerkannt ist, immer eine bestimmte Vorstellung von vermeintlich rechtfertigenden Umständen einhergeht, während bei der Unkenntnis der objektiv vorliegenden rechtfertigenden Umstände jegliche rechtfertigungsrelevante Sachverhaltsvorstellung fehlt. Selbst im letztgenannten Fall eines Erlaubnistatbestandsirrtums nimmt der Täter eine bestimmte – das Recht anerkennende – *Haltung* ein, während dies bei dem umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum nicht der Fall ist. Beim Erlaubnistatbestandsirrtum stellt sich das Täterverhalten in objektiver Hinsicht als Rechtsgutsverletzung dar, während es in subjektiver Hinsicht in keinem Zusammenhang mit diesem Ereignis steht. Im umgekehrten Fall hat das Verhalten zwar nach der Tätervorstellung eine rechtsgutsverletzende Tendenz, in objektiver Hinsicht ist es aber – unwissentlich und zufälligerweise durch das Gesetz gerechtfertigt.

Die Unvereinbarkeit der strengen Schuldtheorie mit der Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement haben *Roxin*

gegen gesetzliche Vorschriften, und diese Möglichkeit in seinen Willen aufnimmt, kann sich nicht auf fehlende Einsicht, Unerlaubtes zu tun, berufen.“

¹⁷ BGH JR 1952, 285; BGHSt 4, 1; *Dimakis* (Fn. 4), S. 57 ff.

¹⁸ Ähnlich wird auch beim Betrug durch Unterlassen der Irrtum mit der schlichten Unkenntnis nicht unstreitig gleichgesetzt, *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 263 Rn. 37. Nach der Gegenauffassung genügt die Unkenntnis der maßgeblichen Tatsache bzw. das unkonkretisierte Gefühl, „alles sei in Ordnung“ für die Annahme eines Irrtums, vgl. *Perron*, a.a.O., § 263 Rn. 36.

¹⁹ *Hanisch*, Die *ignorantia facti* im Betrugstatbestand, 2007, S. 201 f.

und *Puppe* nachgewiesen.²⁰ Nach der strengen Schuldtheorie entlastet ein Irrtum über das Vorliegen rechtfertigender Umstände den Täter nicht vom Vorwurf einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Tat. Dann aber dürfte der „umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum“ den Täter nach der strengen Schuldtheorie nicht belasten. Das gegenteilige Ergebnis impliziert allerdings die Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement, denn sie besagt, dass die Unkenntnis vom Vorliegen rechtfertigender Umstände den Täter belastet: je nach Auffassung entweder in Form einer Vollendungs- oder Versuchsstrafbarkeit.

Unabhängig davon, welche Folgen des Erlaubnistatbestandsirrtums man für richtig hält, sollte im Fall eines umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums zumindest eine strengere Rechtsfolge vorgesehen sein. Wer irrtümlich rechtfertigende Umstände annimmt und sein Verhalten somit für gerechtfertigt erachtet, darf nicht schlechter behandelt werden als derjenige, der sich – aus seiner Sicht – nur zufälligerweise im Rahmen des objektiv Erlaubten bewegt. Wertungsmäßig können diese Fallkonstellationen jedenfalls nicht gleichgesetzt werden.

2. Zweifel hinsichtlich des Rechtfertigungssachverhalts

Hegt der Täter Zweifel, ob sein Verhalten einen objektiven Straftatbestand verwirklichen wird, hängt die Annahme eines Vorsatzes (in Form des *dolus eventualis*) nach Auffassung der Rechtsprechung davon ab, ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung „billigend in Kauf nimmt oder ob er ernsthaft und nicht nur vage auf ihr Ausbleiben vertraut“. Der Vorsatz setzt danach also nicht nur ein Wissens-, sondern auch ein Willenselement voraus.²¹

Die Unkenntnis des Täters lässt sich abbilden, indem man die Wahrheitswerte zwischen Vorstellung und Wirklichkeit vertauscht und damit den zu dem jeweiligen Irrtum passenden umgekehrten Irrtum erhält. Man kehrt den Erlaubnistatbestandsirrtum dadurch um, dass man die Vorstellung des Täters nicht bloß als eine falsche positive Vorstellung ansieht, sondern als das vollständige Fehlen einer bestimmten richtigen Vorstellung. Die These der Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement, dass die Unkenntnis der objektiv gegebenen Rechtfertigungslage den Täter belastet, bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen dieser Vorstellung notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist. Wenden wir auf dieses Bedingungsverhältnis die logisch gültige Schlussform der Kontraposition an, so ergibt sich, dass die Negation des

²⁰ *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1970, S. 160; *Puppe* (Fn. 12), S. 219.

²¹ Der BGH hat sich – ebenso wie der griechische Areopag –, insbesondere beim Tötungsvorsatz, aber nicht nur bei diesem, immer wieder mit Nachdruck dagegen verwahrt, von der Kenntnis einer noch so großen und naheliegenden Gefahr auf die Inkaufnahme ihrer Realisierung zu schließen, BGHSt 58, 15 (27); 45, 148 (156); 27, 196 (202); 4, 1 (4); BGH JR 1952, 285; BayObLG GA 1956, 124 (127); OLG Hamburg MDR 1978, 108 (109); OLG Düsseldorf MDR 1984, 866; OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251 (252); OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 60 (61).

Fehlens, also das Vorhandensein dieser Vorstellung, hinreichende Bedingung für die Negation der Strafbarkeit ist.²² Die vom Gesetzgeber nicht entschiedene Frage der Strafbarkeit eines deliktischen Verhaltens im Falle des Fehlens der Vorstellung eines objektiv bestehenden und erfüllten Rechtfertigungsgrundes ist immer noch nicht geklärt.²³ Diese Frage ist nicht nur zu beantworten, sondern auch zu entscheiden, ob die falsche Vorstellung des Täters über die objektive Wirklichkeit eine hinreichende Bedingung der Straflosigkeit ist oder sich aus dem Umkehrschluss nicht notwendigerweise ein Entlastungsgrund ergibt, und zwar zugunsten des Täterverhaltens, das die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt.

Ob und unter welchen Bedingungen Unrechtszweifel des Täters der Annahme eines Unrechtsbewusstseins nicht entgegenstehen, hängt davon ab, wozu ein Bürger von Rechts wegen verpflichtet ist, wenn er sich über die Rechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts im Unklaren ist und keine Gewissheit erlangen kann. Nach einer Ansicht soll er dann – sofern es ihm nicht unzumutbar ist – von seinem Handlungsprojekt Abstand nehmen.²⁴ Allerdings folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) – und dieser Gedanke liegt auch Art. 103 Abs. 2 GG zugrunde –, dass eine Rechtsordnung klare Verhaltensbefehle erteilen muss, insbesondere wenn sie deren Missachtung mit Strafe bedroht.²⁵ Der Bürger hat zwar die Pflicht, sich über die für sein Verhalten geltenden Normen kundig zu machen und kann sich deshalb nur dann auf einen strafausschließenden Verbotsirrtum berufen, wenn er unvermeidbar ist. Der Staat wiederum hat die Pflicht, dem Bürger die Möglichkeit zu geben, zu erfahren, was bei Strafe verboten oder geboten ist. Solange weder der Gesetzgeber noch die Gerichte die jeweilige rechtliche Zweifelsfrage geklärt haben, der Staat also seine Pflicht zur Klarstellung noch nicht erfüllt hat, kann er von seinen Bürgern keinen Gehorsam verlangen.²⁶

²² So *Puppe* (Fn. 12), S. 222.

²³ Nach griechischem Strafrecht ist der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum als untauglicher Versuch zu bestrafen. Die den untauglichen Versuch mit Strafe bedrohende Vorschrift (Art. 43 grStGB) wurde durch das Gesetz Nr. 4619 v. 1.7.2019 aufgehoben und im Jahr 2021 durch das Gesetz Nr. 4855 wieder eingeführt.

²⁴ *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 8), § 17 Rn. 33 f. Auch in der griechischen Literatur hat sich dieser Ansatz durchgesetzt; Zweifel an der Rechtmäßigkeit werden mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gleichgesetzt, vgl. *Androulakis*, Griechisches Strafrecht AT, 2. Aufl. 2006, S. 514.

²⁵ *Puppe* (Fn. 8), § 19 Rn. 10 f.; *dies.*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 231 (232 f.). Siehe auch *Naucke*, in: Saliger (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 955.

²⁶ Diese Möglichkeit, sich über den Inhalt der strafbewehrten Verbotsnormen Klarheit zu verschaffen, wird auch von der Rechtsprechung vorausgesetzt. Nach BGHSt 37, 55 (67) setzt „ein Schuldvorwurf voraus, dass dem Angeklagten, hätte er die gebotene Sorgfalt beachtet und fachkundigen Rat eingeholt, die Auskunft erteilt worden wäre, eine Verbreitung des

Sicherlich existiert der objektiv ex post feststellbare Rechtfertigungssachverhalt unabhängig von der diesbezüglichen Kenntnis des Täters.²⁷ Die Frage ist jedoch, wie eine gesellschaftliche Ordnung zu gestalten ist, wenn sich der Handlungsunwert aus der ex-ante-Entscheidung des Täters ergibt und zugleich der ex post objektiv festgestellte Sachverhalt zu berücksichtigen ist. Straffreiheit ist keine angemessene Lösung für den Täter, der in Unkenntnis der objektiv gegebenen Rechtfertigungslage, zugleich aber mit Tatbestandsvorsatz handelt.²⁸

3. Unkenntnis institutioneller Tatsachen

Ähnliche Probleme ergeben sich schließlich bei Irrtümern über normative Tatbestandsmerkmale. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einem Rechtsverhältnis im Sinne einer *institutionellen Tatsache* und den Bedingungen oder Voraussetzungen seiner Entstehung im konkreten Fall. Überzeugend ist die von *Puppe* vertretene Position, die die normativen Tatbestandsmerkmale als institutionelle Tatsachen betrachtet, und bei dieser Konstellation einen (strafbaren) untauglichen Versuch annimmt.²⁹

Das Problem des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums macht die Quintessenz der inneren Beziehung zwischen Kenntnis und Tatsachen aus. Die unvollständige Kenntnis eines Umstands, sei es einer rohen Tatsache oder eines normativen Tatbestandsmerkmals, führt nicht immer zur Feststellung von Unkenntnis in Bezug auf diesen Umstand, wie die Kenntnis oder das Verständnis eines deskriptiven bzw. normativen Merkmals zwangsläufig einen völligen Mangel

Buches „Opus Pistorum“ verstoße gegen die Vorschriften des GJS. Denn Gegenstand des Schuldvorwurfs ist nicht die Unterlassung einer Erkundigung schlechthin, sondern nur eine solche, die, wenn sie eingeholt worden wäre, zum Tragen gekommen wäre [...]. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre der Roman „Opus Pistorum“ aller Wahrscheinlichkeit nach als Kunstwerk beurteilt worden. Bei diesem Ausgangspunkt hätte aber jeder fachkundige Berater vor der Situation gestanden, dass in der Kommentarliteratur durchweg die These von der Exklusivität der Begriffe Kunst und Pornographie vertreten wurde. Jeder Sachkundige hätte dem Angeklagten infolgedessen sagen müssen, dass es deswegen schon am Tatbestand des § 184 und § 6 Nr. 2 GJS fehle.“

²⁷ *Jakobs* (Fn. 8), 11. Abschn. Rn. 19

²⁸ In einem ähnlichen Zusammenhang stellt sich bei Unterlassungsdelikten die Frage, warum das zu schützende Rechtsgut seine normative Garantie nur deshalb verlieren soll, weil die kausale Erklärung seines Untergangs nicht ohne ein Drittverhalten möglich ist. Aus diesem Grund wird bei der Erklärung des Erfolgs durch ein Unterlassen eines Garanten in Fällen von feststehender bzw. kumulativer Unterlassungskausalität die Annahme kontrafaktischer Normkonformität des Verhaltens des – anderen – Mitgaranten zugrunde gelegt, *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 283 ff.; *Puppe*, ZStW 2022, 320 (321 f.).

²⁹ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 8), § 16 Rn. 146; siehe auch *Neumann*, GA 2008, 463.

an Unwissenheit bedeutet. Einigkeit herrscht in der Rechtswissenschaft, dass bei den ein Rechtsverhältnis darstellenden Tatbestandsmerkmalen die Vorstellung des Täters zur Entstehung des Rechtsverhältnisses keine notwendige Bedingung des Vorsatzes ist, sondern die Kenntnis vom Bestehen dieses Rechtsverhältnisses ausreicht. Problematisch wird es allerdings, wenn man diese Anforderung zu konkretisieren versucht und dabei bei einer Tautologie landet.

Nach der h.L. ist zwischen der Tätervorstellung „eine Tatsache sei vorhanden“ und der Tätervorstellung „ein Rechtsverhältnis sei vorhanden“ zu differenzieren. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen wird das Begriffsverständnis des Täters darauf untersucht, ob die Vorstellung des Täters zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses eine notwendige Bedingung des Vorsatzes ist; infolgedessen hat die h.L. eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ als unentbehrliches Kriterium für dieses Begriffsverständnis des Täters eingeführt, wobei der Laie das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals zumindest im Wesensgehalt richtig erkannt hat, wenn er ein natürliches Verständnis von den einschlägigen normativen Rechtsbegriffen habe³⁰.

Die Vorsatzanforderungen und damit auch die Anforderungen an das Begriffsverständnis bleiben jedoch im Ausgangspunkt die gleichen, unabhängig davon, ob es sich um ein deskriptives oder ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt.³¹ Die meisten Irrtümer über Rechte und Rechtsverhältnisse betreffen nicht die Frage, welchen Inhalt diese haben, sondern ob sie im Einzelfall vorliegen.³² Allerdings ist der Vorsatz des Täters nicht von besonderen juristischen Kenntnissen abhängig. Ebenso wenig muss der Rechtsanwender auf eine Parallelwertung in einer nicht definierbaren „Laiensphäre“ eingehen. Für den Vorsatz genügt die Kenntnis derjenigen Umstände, welche den Gesetzestatbestand erfüllen, unabhängig davon, ob sie in Tatsachen und/oder Rechtsverhältnissen bestehen. Wer ein Preisschild austauscht, um einen Preisnachlass zu erhalten, kann sich zu seiner Verteidigung nicht darauf berufen, dass ihm die Definitionen des Urkunden- und Fälschungsbegriffs nicht bekannt waren. Zur

Lösung des Vorsatzproblems kann die Frage, ob auch ein juristischer Laie den Sachverhalt unter den Tatbestand des § 267 StGB subsumiert hätte, nichts beitragen.³³ Im Gegenteil: Wollte man ermitteln, ob auch der juristische Laie zu einem entsprechenden Ergebnis gelangt, müssten hierfür neue Kriterien angegeben werden, welche nicht unbedingt mit dem Begriffsverständnis des Täters übereinstimmen.³⁴ Über den Vorsatz des Täters erfährt man auf diese Weise also nichts.

Der Wissensbegriff weist insoweit Ähnlichkeiten zu den Eigenschaften eines Dispositionsbegriffs auf, ohne jedoch mit diesem identisch zu sein. Die Sicherheit beim Wissensbegriff ist quantifizierbar, vom Typ „viel Wissenssicherheit“, „wenig Wissenssicherheit“, „mehr Wissenssicherheit“, „genügende Wissenssicherheit“, „ungenügende Wissenssicherheit“. Die Sicherheit beim Wissensbegriff ist vergleichbar und symmetrisch zu einem konkreten Ereignis und sollte nicht aus der subjektiven Perspektive des Richters begründet werden, sondern als ein Maßstab nach den Kriterien des kausalen Zusammenhangs des menschlichen Verhaltens zu einer Tatsache fungieren. Mithin ist die Sicherheit beim Wissensbegriff im Gegensatz zu einem Dispositionsbegriff messbar. Der Wissensbegriff gehört keiner Laien-, sondern bloß einer Metasphäre an, die nur eine Wertung über die Beziehung der Tätervorstellung von einer Tatsache erfordert oder deren Nichtexistenz bestätigt. Der Wissensbegriff bezeichnet folglich die Beziehung der menschlichen Vorstellung zur Außenwelt i.S. einer Kenntnis, genauso wie der Begriff der Unkenntnis i.S.d. Fehlens eines Merkmals aus der Wissenssphäre des Täters zu verstehen ist. Dies gilt im Falle der Unkenntnis eines objektiv bestehenden Rechtfertigungsgrundes, über den sich der Täter nicht nur in Unkenntnis befindet, sondern dessen tatsächliche Voraussetzungen dem Täter völlig fremd sind. Im Unterschied zur Kenntnis ist die Unkenntnis nicht quantifizierbar. Kennt man die Merkmale eines objektiv bestehenden Rechtfertigungsgrundes nicht, so ist es nicht nötig, den Grad der Unkenntnis weiter zu prüfen. Kennt man einzelne Rechtfertigungselemente im konkreten

³⁰ Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 13), § 15 Rn. 43a; Joecks/Kulhanek, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 70 ff.; Gaede, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 20; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl. 1992, Fall 16 Rn. 25; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 II. 3. a); Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 22 Rn. 49; Roxin/Greco (Fn. 8), § 12 Rn. 101; Welzel (Fn. 10), § 13 I. 4. (S. 75 ff.); ders., JZ 1954, 276 (279); Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, S. 67 ff.; Otto, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 583 (587).

³¹ Puppe (Fn. 29), § 16 Rn. 146; Roxin, in: Saliger (Fn. 25), S. 1023 (1030).

³² Ob z.B. eine Sache in fremdem Eigentum steht oder an der Sache ein Pfandrecht besteht, vgl. Puppe (Fn. 29), § 16 Rn. 146.

³³ Nach Puppe (Fn. 28), § 16 Rn. 146, existieren die Probleme, die mithilfe des Begriffs des normativen Tatbestandsmerkmals und der Theorie von der Parallelwertung oder Parallelbeurteilung in der Laiensphäre gelöst werden sollen, in der Praxis nicht und sind bloß theoretische Scheinprobleme. Die Kenntnis, dass ein Gegenstand oder ein Sachverhalt unter einen Spezialbegriff eines Tatbestandsmerkmals subsumierbar ist, ist keine Parallelwertung in der Laiensphäre. Sie ist vielmehr logisch in der Kenntnis der Subsumierbarkeit unter den Spezialbegriff enthalten, auch wenn der Täter das nicht weiß, siehe auch dies., GA 1990, 145 (151); zust. Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 19; im Ergebnis ähnlich Roxin, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 375 (384).

³⁴ Näher zur Kritik der Formel von der Parallelwertung Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 8), § 16 Rn. 10; Kindhäuser, GA 1990, 407; Puppe (Fn. 29), § 16 Rn. 45 ff.

Fall nicht, so kann eine Entlastung des Täters nicht anerkannt werden; zwar ist der Erfolgswert der Rechtfertigung vorhanden, es fehlt aber der Handlungswert, so dass nur der Erfolgswert des Vorsatzdelikts aufgehoben und der verbleibende Handlungswert als Versuch bestraft wird.

Ich schließe meinen Beitrag mit herzlichen Glückwünschen zum 80. Geburtstag von Frau Professor *Ingeborg Puppe*. Mögen ihr noch viele Jahre fruchtbaren Schaffens vergönnt sein!

Kommentar von Prof. Dr. *Ingeborg Puppe*, Bonn

Sofos hat eine ganze Reihe von Problemen des Unrechtsbewusstseins und des Irrtums angesprochen, ich kann mich nur zu wenigen äußern. Ich möchte mich also zunächst an die Überschrift des Beitrags halten und nochmals die Frage untersuchen, welche Bedeutung der Umkehrschluss in der Irrtumslehre für die sog. strenge Schuldtheorie hat.

Der Umkehrschluss der Irrtumslehre erhebt für sich den Anspruch, ein logischer Schluss aus allgemein anerkannten Prämissen zu sein. Logische Schlüsse haben die unangenehme Eigenschaft, dass man sie nicht durch inhaltliche Gegenargumente widerlegen kann. Die einzigen beiden Möglichkeiten, ein Argument zu widerlegen, das sich als logischer Schluss ausgibt, bestehen darin, dass man entweder einen logischen Fehler nachweist, sodass es in Wirklichkeit gar kein logischer Schluss ist, oder seine Prämissen angreift. Die Prämisse des Umkehrschlusses der Irrtumslehre ist, dass auf der höchsten Stufe der Verbrechenslehre jedes Element eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit, also nicht durch ein anderes Verbrechen element ersetztbar ist. Um nun zu überprüfen, ob dem Umkehrschluss eine logisch gültige Schlussform zugrunde liegt, müssen wir uns zunächst vom Begriff des Irrtums trennen. Denn in der Behauptung, dass ein Irrtum vorliegt, sind zwei Bedingungen enthalten: Erstens, dass der sich Irrende eine bestimmte Vorstellung hat, zweitens dass diese nicht wahr ist. Aber ein Logiker untersucht nie zwei Voraussetzungen eines Schlusses zugleich. Halten wir uns also an die Vorstellung des Täters als Element der Verbrechenslehre. Nach der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, von der auch die strenge Schuldtheorie ausgeht, ist der objektiv gerechtfertigte Täter wegen versuchter oder gar vollendeter Tat strafbar, wenn er die tatsächlich gegebenen rechtfertigenden Tatsachen nicht kennt. Das Fehlen der Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen ist also ein Element der Straftat, nach unserer Prämisse ein notwendiges. Ist nun eine notwendige Bedingung einer Folge nicht erfüllt, so tritt die Folge nicht ein. Das ist eine klassische Formel der Aussagenlogik, die Kontraposition. Handelt der Täter in der Vorstellung, dass rechtfertigende Tatsachen gegeben sind, so fehlt das Fehlen dieser Vorstellung, also fehlt ein notwendiges Element des Verbrechens.¹

Der Umkehrschluss ist also logisch gültig, man kann nur seine Prämisse angreifen, dass jedes Element des Verbrechens eine notwendige Voraussetzung seiner Strafbarkeit ist.

¹ *Puppe*, ZStW 128 (2016), 301 (303 ff.); *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 130, 152 f.

Man könnte die These aufstellen, dass jenes Fehlen des Fehlens der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, also das Vorhandensein der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen dann der Strafbarkeit nicht entgegensteht, wenn objektiv die rechtfertigenden Voraussetzungen nicht gegeben sind. Die Rechtfertigung muss sowohl objektiv als auch subjektiv gegeben sein. Wir können also die Vereinbarkeit der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen mit der strengen Schuldtheorie herstellen. Die Logik allein schließt eben kein Ergebnis aus. Aber würden wir uns damit abfinden, bei der Bestimmung der Voraussetzungen der Strafbarkeit einer Tat objektive und subjektive Bedingungen gegeneinander auszutauschen?²

Sofos hat auch noch das Problem des sog. Unrechtszweifels angesprochen und der ganz herrschenden Lehre zugestimmt, wonach der Bürger, der im Zweifel ist, ob sein Verhalten verboten oder erlaubt ist, dieses Verhalten zu unterlassen hat,³ weil er doch noch ein „gewisses Maß von Unrechtsbewusstsein“ hat. Später hat er sich dann meiner Auffassung angeschlossen, dass der Staat es dem Bürger schuldig ist, ihm klare und eindeutige Verbote und Gebote zu erteilen, wenn er deren Nichtbefolgung mit Strafe bedroht. Das ist zwar zivilrechtlich gesprochen eine Holschuld, denn der Bürger muss sich um die Kenntnis der für ihn geltenden Verbote und Gebote bemühen, aber es ist eine Schuld des Staates.⁴ Wenn der Staat diese Verpflichtung nicht oder noch nicht erfüllt hat, weil das Verbot sich in einem Punkt als Unklar erwiesen hat, soll dann der Bürger die Zeche zahlen, indem er bei Strafe verpflichtet wird der Norm diejenige Auslegung zugrunde zu legen, die seine Freiheit am stärksten einschränkt?

Wenn der Text der Norm eine strengere und eine liberalere Auslegung zulässt und die Gerichte noch nicht entschieden haben, welche davon verbindlich ist, gelten beide gleichermaßen und der Täter befindet sich nicht einmal in einem Verbotsirrtum, wenn er sich an der liberaleren orientiert.⁵ Es ist also schief ausgedrückt, wenn die h.L. in solchen Fällen davon spricht, dass der Täter die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens „für möglich“ hält.⁶

² *Puppe* ZStW 128 (2016), 301 (308 f.); *dies.* (Fn. 1), § 16 Rn. 131.

³ Vgl. *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 17 Rn. 33 f.

⁴ *Puppe*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 231 (235 f.); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 19 Rn. 19.

⁵ *Puppe* (Fn. 4 – FS Rudolphi) S. 236; *dies.* (Fn. 4 – AT), § 19 Rn. 17; *Neumann* (Fn. 3), § 17 Rn. 51; *Naucke*, in: Saliger (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 955 (958 f.).

⁶ *Neumann* (Fn. 3), § 17 Rn. 34.