

Schriften zum Strafrecht

Band 437

Das Unrechtsbewusstsein im demokratischen Rechtsstaat

Eine Rekonstruktion auf Grundlage
der Diskurstheorie des Rechts

Von

Tsung-Yuan Lee



Duncker & Humblot · Berlin

TSUNG-YUAN LEE

Das Unrechtsbewusstsein im demokratischen Rechtsstaat

Schriften zum Strafrecht

Band 437

Das Unrechtsbewusstsein im demokratischen Rechtsstaat

Eine Rekonstruktion auf Grundlage
der Diskurstheorie des Rechts

Von

Tsung-Yuan Lee



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D30

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpau

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-19288-5 (Print)

ISBN 978-3-428-59288-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen.

Zunächst möchte ich meinem Betreuer, Herrn Prof. Dr. Klaus Günther, meinen aufrichtigen Dank aussprechen. Er war während unserer Gespräche stets freundlich und geduldig und hat mich bei meiner Arbeit wertvoll unterstützt. Des Weiteren möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Cornelius Prittitz für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Yang-Yi Chou. Er hat mich in meiner akademischen und beruflichen Laufbahn mit unzähligen Ratschlägen und Hilfestellungen unterstützt. Meiner Familie möchte ich meinen tief empfundenen Dank aussprechen. Ohne ihre Unterstützung hätte ich diese Dissertation nicht erfolgreich abschließen können.

Während meines Auslandsstudiums gab es viele Herausforderungen, die ich dank der Unterstützung meiner Freundinnen und Freunde meistern konnte. An dieser Stelle möchte ich mich besonders bei Beishen, Chinan, Christine und Celia bedanken. Vielen Dank für eure Unterstützung. Zum Schluss möchte ich meiner lieben Partnerin Wanyu von ganzem Herzen danken. Danke, dass du immer an mich geglaubt hast und stets an meiner Seite warst.

Frankfurt am Main, im Juni 2024

Tsung-Yuan Lee

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
I. Fragestellung	13
II. Strafrecht und Demokratie	14
III. Moral, Recht und Demokratie	17
IV. Forschungsziel	20
V. Begriffserklärung	20

1. Kapitel

Der Begriff des Unrechtsbewusstseins	21
A. Historische Entwicklung	21
B. Allgemeine Darstellung der aktuellen Dogmatik	24
I. Schuldtheorie	24
II. Gegenstand des Unrechtsbewusstseins	25
III. Anforderungen des Unrechtsbewusstseins	26
IV. Vermeidbarkeit	27
C. Kritische Bemerkungen zu dogmatischen Problemen	29
I. Die unterschiedliche Behandlung	29
1. Leichter vermeidbar?	30
2. Verwerflicher als Tatumstandssirrturn?	31
a) Höhere Rechtsuntreue?	31
b) poena naturalis?	32
3. Welzels Ansicht	33
4. Zwischenergebnis	35
II. Abgrenzung zwischen Tatumstandssirrturn und Verbotsirrturn	35
1. Die Abgrenzung	36
a) Puppe	38
b) Kindhäuser	42
c) Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale als Verbotsirrturn	43
2. Verschiedene Arten normativer Tatbestandsmerkmale	45
3. Kritik des Unterschieds zwischen Vorsatz und Unrechtsbewusstsein	46
a) Appelfunktion	46

b) Vorsatzirrelevanter Subsumtionsirrtum	48
c) Trennbarkeit des Unrechtsbewusstseins	49
aa) Die Auffassung in dieser Arbeit	49
bb) Verbotsregel?	50
D. Zwischenergebnis	51

2. Kapitel

Kritik der subjektiven und objektiven Theorie	52
A. Die subjektive Theorie	52
I. Vorstellung des Täters	52
1. Vorsatztheorie	52
2. Motivationsfähigkeit	53
3. Partielle Normativierung	55
a) Schuldbegehr und Unrechtsbewusstsein	55
b) Die Vermeidbarkeit	57
c) Bereich der rechtlichen Sondernormen	59
4. Kritik	61
a) Die notwendigen Bedingungen der Normen	61
b) Kritik der einzelnen Ansichten	62
aa) Otto	62
bb) Horn	63
cc) Rudolphi	63
II. Anerkennungsverhältnis und Strafrecht	65
1. Grundlage	65
2. Aktuelles Unrechtsbewusstsein	67
3. Vorverschulden	68
a) Köhler	68
b) Grotzug	69
4. Kritische Würdigung	70
B. Die objektive Theorie	72
I. Normgeltung	72
1. Begründung	72
a) Der Sinn der subjektiven Seite	72
b) Strafrecht als eines der sozialen Systeme	73
2. Objektivierung der subjektiven Seite	75
3. Kritik	76
a) Legitimation als eine Bedingung der Normgeltung	76
b) Die Vernachlässigung der subjektiven Seite	78

II.	Mitwirkungspflicht	79
1.	Deutungsschema und Bedeutung der Handlung	79
2.	Aufrechterhaltung der Freiheitlichkeit	80
3.	Objektivierung des Unrechtsbewusstseins	81
4.	Weitere Überlegungen	83
a)	Objektivität der Bedeutung	84
b)	Legitimität der Obliegenheit	85
 <i>3. Kapitel</i>		
Die Begründung der strafrechtlichen Schuld		87
A.	Deliberative Person	88
I.	Voraussetzungen	88
II.	Autonomie und Intersubjektivität	89
III.	Person und Gesellschaft	91
1.	Symbolisch vermittelnde Interaktion	92
2.	Identität	94
3.	Erweiterung	96
IV.	Handeln aus Gründen	98
1.	Pragmatische Theorie	98
2.	Intersubjektive Verbindlichkeit	100
V.	Lebenswelt als Hintergrundwissen	101
B.	Begründung des Strafrechts	103
I.	Modernes Recht	105
II.	Grundrechte und Demokratie	108
1.	Freiheit der Stellungnahme	109
a)	Möglichkeit der Negation	109
b)	Handlungsmotiv	112
2.	Rechtliche Institutionalisierung	113
3.	Grundrechte und Moral	115
4.	Rechtsbegründung und Rechtsanwendung	116
III.	Kommunikative Schuld	119
1.	Staatsbürger und Rechtsperson	119
2.	Straftat und Zurechnung im demokratischen Rechtsstaat	122
a)	Straftat	122
b)	Zurechnung	124
C.	Sinn des Unrechtsbewusstseins	127
I.	Ursache und Grund	127
1.	Freiheit und Normalitätsunterstellung	127

2. Rechtfertigung	129
II. Richtigkeitsanspruch	131
1. Handlungsmotive und Handlungsorientierung	132
2. Das Unrechtsbewusstsein: Schlussfolgerung der individuellen Normenwending	135
III. Obliegenheit der Normenkenntnis	137
1. Die „Parallelwertung“	138
2. Obliegenheit	140
a) Voraussetzung der Rechtsbefolgung	140
b) Die Grundlage	142
c) Die Normativierung der Normkenntnis	143
3. Schuldurteil	145
a) Zurechnung als Kommunikationsprozess	145
b) Verantwortungsdialog	146
c) Das Verständnis in dieser Arbeit	147
<i>4. Kapitel</i>	
Auslegung des geltenden Gesetzes	149
A. Anwendungsdiskurs	150
I. Unentbehrliche richterliche Rechtsanwendung	150
II. Bedeutungswandel und Kohärenz	151
1. Integrität	151
2. Gegenseitige Anerkennung	152
3. Anwendungsdiskurs	154
III. Grundlage des Schuldurteils	156
B. Unrechtsbewusstsein	158
I. Gegenstand des Unrechtsbewusstseins	158
1. Strafbarkeit	158
2. Materiale Werte?	160
a) Wertordnung	160
b) Materiale Werte hinter den Normen	162
3. Unklare Rechtslage	163
a) Unvermeidbarkeit und Unzumutbarkeit	163
b) Bestimmtheitsgebot	165
c) Keine Mitwirkungspflichtverletzung	166
d) Zwischenergebnis	168
II. Unrechtszweifel?	170

III. Abgrenzung zum Tatumstandssirrtum	173
1. Der für den Vorsatz unbeachtliche Subsumtionsirrtum	175
2. Der den Vorsatz ausschließende Subsumtionsirrtum	176
3. Erlaubnistatbestandsirrtum	178
IV. Zwischenergebnis: Maßstab des Unrechtsbewusstseins	179
C. Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums	179
I. Bezuglichkeiten	181
II. Handlungsleitende Normen	182
1. Wirksamkeit der Normen	182
2. Orientierung an Gerichtsentscheidung	184
III. Kohärenz der Rechtsordnung	185
1. Schädigungsvorsatz?	185
2. Begründbarkeit der Norm	186
IV. Individuelle Vermeidbarkeit	188
1. Anlass als Voraussetzung?	188
2. Fähigkeitsdefizit	189
3. Rechtserkundigung	191
4. Der bewusste Subsumtionsirrtum	192
D. Strafmilderung	193
E. Fazit: Das Schuldurteil von Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum	195
F. Exkurs: Unrechtsbewusstsein im Unrechtsstaat	196
Zusammenfassung	200
Literaturverzeichnis	205
Stichwortverzeichnis	218

Einleitung

I. Fragestellung

Ziel vorliegender Forschung ist es, den Sinn des Unrechtsbewusstseins für die strafrechtliche Zurechnung im demokratischen Rechtsstaat zu klären. Nicht nur stellt das aktuelle Unrechtsbewusstsein der Schuldtheorie zufolge keine notwendige Voraussetzung für die Zurechnung dar, sondern das Problem wird auch dringender, wenn man es aus der Perspektive der pluralistischen Werte in den heutigen demokratischen Gesellschaften betrachtet. Die in § 17 StGB übernommene Schuldtheorie sieht das Unrechtsbewusstsein nicht als Element des Vorsatzes und betont dessen Appellfunktion. Dies bedeutet, dass der Täter grundsätzlich wissen wird, dass sein Verhalten gesetzlich verboten ist, wenn er die Tatbestandsmerkmale kennt.¹ Dies ist natürlich schwierig angesichts der Tatsache, dass sich das moderne Strafrecht durch das Denken des Wohlfahrtsstaates und der Risikogesellschaft² auf verschiedene gesellschaftliche Bereiche wie die Wirtschaft und den Umweltschutz ausgeweitet hat und dessen Tatbestände zunehmend abstrakter und flexibler geworden sind.

Aus strafrechtshistorischer Sicht war das Unrechtsbewusstsein zunächst kein Element der strafrechtlichen Zurechnung, weil man damals davon ausging, dass strafrechtliche Normen auf „Natur“ oder „Vernunft“ beruhten und dass die Menschen strafrechtlich verbotenes Verhalten verstehen sollten.³ Im Jahr 1952 erkannte der Bundesgerichtshof das Unrechtsbewusstsein als Voraussetzung der Strafe an. Er stellte auch fest, dass die Vermutung, dass Menschen sich aller strafrechtlichen Verbotsnormen bewusst sind, fehlerhaft sein sollte, insbesondere in Situationen, in denen der Gesetzgeber den Umfang der strafrechtlichen Verbote erweitert.⁴ Daraus ist ersichtlich, dass die vergangene Vermutung des Unrechtsbewusstseins auf zwei Grundlagen beruhte: dem Verhältnis zwischen dem Täter selbst und der Norm (beispielsweise wird die Norm von der menschlichen Vernunft oder vom Gewissen abgeleitet) und einer einfacheren sozialen Umgebung. Diese beiden Punkte sind in einem demokratischen System ganz anders. Es wird argumentiert, dass durch das demokratische Verfahren zustande kommende positive Recht nicht durch die Rechtsgutlehre, die demokratisch nicht legitimiert werden kann, beschränkt werden

¹ *Kühl*, AT, § 13, Rn. 14; *Roxin*, Immer wieder: Tatbestands- und Verbotsirrtum, in: Saliger u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann, S. 1035.

² *Günther*, Bedrohte individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht – Welche Freiheiten?, KJ 49 (2016), S. 526 ff.

³ *Pawlak*, Das Unrecht des Bürgers, S. 314 ff.

⁴ BGH NJW 1952, 593 ff., 594 f.; *Pawlak*, Das Unrecht des Bürgers, S. 316.

sollte, da die demokratische Gesetzgebung als Selbstverwirklichung des Volkes der tatsächlichen Wahl des Volkes in einer sich wandelnden Gesellschaft entspricht.⁵

Einerseits führt die Bejahung des Komplex-Werdens des Strafrechts in einem demokratischen System unweigerlich zu Schwierigkeiten bei der Normenkenntnis. Andererseits entsteht das positive Recht in einem demokratischen System zwar auch durch die Partizipation der Bürgerinnen und Bürger, es ist aber nicht direkt mit der „Vernunft“ oder dem „Gewissen“ des Subjekts verbunden, sondern wird aus der intersubjektiven gegenseitigen Auseinandersetzung abgeleitet. Die auf Appellfunktion beruhende Schuldtheorie kann mit dieser Problematik nicht vollständig umgehen. In der Gegenwart, in der sich die Umstände vollständig geändert haben, ist es daher notwendig, den Sinn des Unrechtsbewusstseins für die strafrechtliche Zu-rechnung zu beachten.

II. Strafrecht und Demokratie

Die herrschende Meinung besagt, dass der Täter, solange er den Tatbestand erkennt, dazu aufgefordert wird, sein Verhalten aufzugeben. Dies ist die so genannte Appelfunktion des Tatbestandes.⁶ Der Grund liegt darin, dass die Tatbestände die Art und Weise der Rechtsgutbeeinträchtigung beschreiben. Da das Unrechtsbewusstsein jedoch nicht ein Teil des Vorsatzes sei, lässt sich daraus schließen, dass der Täter, wenn er die Verletzung der Rechtsgüter statt der Rechtswidrigkeit erkennt, das Verhalten aufgeben sollte.⁷ Aber in welcher Beziehung stehen in einer demokratischen Gesellschaft Rechtsgüter und Rechtsnormen? Nach herrschender Meinung dient das Strafrecht dem Schutz der Rechtsgüter.⁸ Strafrechtliche Vorschriften, die mit der Rechtsgutslehre vereinbar sind, sollten die Bestrafung von Handlungen ausschließen, die rein gegen Moral verstößen.⁹ Die Funktion der Rechtsgutslehre, die Legitimität einer Rechtsnorm zu bewerten, kann jedoch nicht aus den geltenden Gesetzen hergeleitet werden.

Infolgedessen wird die Rechtsgutslehre wegen ihrer Überpositivität und mangelnden demokratischen Legitimität infrage gestellt. Es wird argumentiert, dass die Rechtsgutslehre auf einer bestimmten metaphysischen Position beruht und mit dem Pluralismus und Relativismus, auf welchen Demokratie basiert, unvereinbar ist.¹⁰ Diese Stellungnahme geht noch einen Schritt weiter und kritisiert: Die Grundlegung des Rechts auf einer bestimmten metaphysischen Position führe dazu, dass der

⁵ Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 49 (2010), S. 356.

⁶ Rengier, AT, 14. Aufl., § 31, Rn. 1.

⁷ Kritik zu dieser Behauptung Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, S. 405, Rn. 879.

⁸ NK-Hassemer/Neumann, 6. Aufl., vor § 1 Rn. 108 ff.

⁹ Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, S. 579.

¹⁰ Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 49 (2010), S. 337.

Gesetzgebungsprozess des demokratischen Systems nur noch formale Bedeutung habe und durch die Untersuchung der Metaphysik ersetzt werde.¹¹ Auch geht es bei der strafrechtlichen Feststellung von Unrecht nicht nur um die Frage der Interessen oder Güter. Herrschender Meinung zufolge ist eine sozial adäquate Handlung der Rechtsgutsverletzung nicht rechtswidrig.¹² Das Strafrecht muss die gesellschaftlichen Realitäten in Betracht ziehen. Soziale Ordnung ist nach Jakobs eine Ordnung, die soziale Kommunikation ermöglicht, durch welche die geschützten Objekte der Strafnormen bestimmt werden.¹³

Unter den Anforderungen der Sozialität und der demokratischen Legitimität hat die verfassungs- und demokratieorientierte Rechtsgutslehre ihren Vorteil. Roxin ist daher der Meinung, dass die Kriminalpolitik in die Auslegung des Strafrechts eingeführt werden und den Inhalt der gesamten Verbrechenslehre prägen sollte.¹⁴ Das Strafrecht sollte seiner Meinung nach Rechtsgutsverletzungen durch Strafandrohung verhindern, um die kriminalpolitisch bestimmten Rechtsgüter zu schützen.¹⁵ Außerdem entspricht Roxins Auffassung, dass die Grenze des Bestrafens nur durch Rückgriff auf die Verfassung gezogen wird¹⁶, der Meinung des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass die Grenzen des strafrechtlichen Schutzes dem Inhalt der Grundrechte und der Politik zu überlassen sind und nicht durch die Rechtsgutslehre bestimmt werden sollen.¹⁷ Da die Feststellung der Straftaten grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei, habe der Verfassungsgerichtshof nur darauf zu achten, ob die Strafnormen im Wesentlichen mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar seien.¹⁸

Einige Auffassungen legen noch mehr Wert auf das Verhältnis zwischen Strafrecht und Demokratie. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass die Strafe des Staates nur durch das Demokratieprinzip gerechtfertigt und der Inhalt des Strafrechts nur durch den demokratischen Prozess des Parlaments gestaltet werden kann.¹⁹ Neben

¹¹ Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, S. 41 ff.

¹² Wessels/Beulke/Satzger, AT, 51. Aufl., Rn. 265.

¹³ Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 847 ff.; ders., Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, S. 25.

¹⁴ Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., S. 40 ff.

¹⁵ Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute, in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, S. 2.4.

¹⁶ Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, S. 577.

¹⁷ BVerfG, NJW 2008, 1137 Rn. 39.

¹⁸ BVerfG, NJW 2008, 1137 Rn. 35.

¹⁹ Zu dieser Debatte in Hinsicht auf das Ultima-ratio-Prinzip siehe Gärditz, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, 71. Jahrg., Heft 13, S. 61 ff.; Jahn/Brodowski, Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, ZStW 129 (2017), S. 363 ff.; Prittitz, Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 129 (2017), S. 390 ff.