Alejandra Castillo Ara

Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Strafrecht

Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

Band S 162

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht

Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht

Eine vergleichende Analyse
des deutschen und des US-amerikanischen Rechts

Alejandra Castillo Ara

Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2019 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br., Germany
<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin
<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: © Moritz Meyer

Foto der Autorin: Moritz Meyer

Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim
Printed in Germany

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-782-5 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-15673-3 (Duncker & Humblot)

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-782-5>

CC-Lizenz by-nc-nd/3.0

Für meinen Bruder Juan Eduardo Castillo Ara
(1977–2019)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. als Dissertation angenommen. Sie berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis Anfang 2018.

Danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Ulrich Sieber* für die Betreuung im Rahmen der International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Hans-Jörg Albrecht* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die kritische fachliche Diskussion bedanke ich mich herzlich bei Frau Prof. Dr. *Alison Dundes Renteln* wie auch bei den Professoren und Studenten der University of Southern California für die wertvollen Anregungen, die sie mir anlässlich meines dort im Juni 2016 gehaltenen Seminarvortrags über meine Dissertation gegeben haben. Darüber hinaus geht mein Dank an Herr Prof. Dr. *José Luis Díez Ripollés* und die Strafrechtsprofessoren der Universidad de Málaga für die intensive Diskussion im Rahmen des Seminarvortrags „Normbefolgungsunfähigkeit“ im Oktober 2016.

Ganz herzlich danken möchte ich den Betreuern, Gästen, Kollegen und den Mitdoktoranden des Max-Planck-Instituts, die das Entstehen der Arbeit gefördert haben. Stellvertretend für alle seien hier die folgenden Personen genannt: Frau *Emily Silverman*, J.D. (Berkeley), Frau Dr. *Marta Fernández Cabrera*, Frau Dr. *Vasiliki Chalkiadaki*, Herr *Pablo Castillo Montt*, LL.M., Frau Dr. *Teresa Manso Porto*, Mag. iur. comp., Frau *Ana Belén Valverde*, LL.M., und Prof. Dr. *Javier Valls Prieto*. Meiner Arbeitskollegin und Büronachbarin Frau Dr. *Yvonne Shah-Schlageter*, die immer für eine gute Arbeitsatmosphäre gesorgt hat. Den Mitarbeitern der Bibliothek des Max-Planck-Instituts für ihre Unterstützung und ihre unendliche Geduld. Der Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT Chile) und Becas Chile bin ich für die finanzielle Unterstützung verbunden. Ein besonderes Dankeschön an Frau *Petra Lehser* und Frau *Ines Hofmann* für die sorgfältige und umsichtige Korrektur dieser Arbeit.

Mein größter Dank geht an meine Mutter für ihre langjährige unermüdliche und großherzige Unterstützung. Wir sind am Ziel! Letztendlich und jenseits jeglicher chronologischer Einordnung gilt mein inniger Dank meinem Mann Moritz. Ohne seine Liebe und Unterstützung hätte ich das nicht geschafft. Danke, dass Du immer an mich geglaubt hast.

Freiburg, im August 2018

Alejandra Castillo Ara

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVI

Einleitung

I. Forschungsgegenstand	1
II. Stand der Forschung	6
III. Forschungsziele	8
IV. Forschungsmethode	9
V. Verlauf der Untersuchung	11

Erster Teil

I. Rechtsquellen in der kontinentaleuropäischen und der Common-Law-Tradition	13
II. Verbrechensaufbau und seine Konsequenzen unter dem Gesichtspunkt der Rechtstradition	15
A. Dreistufige Struktur des Verbrechens	15
1. Vorbemerkungen	15
2. Folgen einer dreistufigen Struktur des Verbrechens	16
3. Unrechtsbewusstsein innerhalb des Verbrechensaufbaus	17
B. Die zweistufige Struktur des Verbrechens	19
1. Vorbemerkungen	19
2. Folgen einer zweistufigen Struktur des Verbrechens	19
3. Unrechtsbewusstsein innerhalb des Verbrechensaufbaus	21
III. Zusammenfassung	22

Zweiter Teil

Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund mangelnder rechtlicher Information

I. Steuerungsmangel wegen fehlender Normkenntnis: Die Verbotsirrtumslösung im deutschen Recht	27
A. Erscheinungsformen des Verbotsirrtums	27
1. Direkter Verbotsirrtum	27
2. Erlaubnisirrtum	28
3. Verständnisverbotsirrtum	28

B.	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit	32
1.	Unrechtsbewusstsein – die Kehrseite des Verbotsirrtums	33
a)	Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit	34
b)	Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit	35
c)	Internalisierung als möglicher Maßstab	36
2.	Normtext: § 17 StGB	38
3.	Der Streit zwischen Vorsatztheorie und Schuldtheorie	39
a)	Die Vorsatztheorie	40
b)	Die Schuldtheorie	40
c)	Formen paralleler Anwendung	42
aa)	Unterschiedliche Anwendung im Kernstrafrecht und im Nebenstrafrecht	42
bb)	Ansätze zur Anwendung eines gemischten Modells	44
4.	Maßstäbe zur Feststellung des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit	45
a)	Erkenntnis der Rechtswidrigkeit	46
b)	Aktualität des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit	47
aa)	Das Mitbewusstsein	48
(1)	Sachgedankliches Mitbewusstsein	49
(2)	Sprachgedankliches Mitbewusstsein	49
bb)	Das bedingte Unrechtsbewusstsein	50
(1)	Unbehebbarer Zweifel	51
(2)	Rückgriff auf objektive und allgemeine Kriterien versus individuelle Fähigkeiten des Täters	51
(3)	Vorwerfbare fahrlässige Tat	52
c)	Potenzialität des Unrechtsbewusstseins	53
C.	Voraussetzungen der Unvermeidbarkeit	54
1.	Der erforderliche Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Tat	55
a)	Begriff	55
b)	Möglicher Ursprung eines Anlasses zur Überprüfung	55
c)	Wann liegt ein Anlass vor?	56
d)	Die Vorkenntnis	57
2.	Die Gewissensanspannung	60
a)	Parallelwertung in der Laiensphäre	61
b)	Kriterium des durchschnittlichen Menschen	61
c)	Die Gefühlswarnung	62
3.	Erkundungspflicht	62
4.	Sonderprobleme und Konkretisierung im Bereich des Wirtschafts- strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts	64
a)	Verbotsirrtum im Wirtschaftsstrafrecht	64
aa)	Verbotsirrtum bei Blanketttatbeständen	65
bb)	Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht	66
cc)	Vertrauen in eingeholten rechtsanwaltlichen Rat	67

b)	Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht	67
aa)	Führen eines Einhandmessers in einem Pkw (OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Juni 2011)	68
bb)	Nachweispflicht	69
cc)	Schlussbemerkungen	69
D.	Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums	70
1.	Vorbemerkungen	71
2.	Kulturabhängige Bewertung von Rechtsgütern	72
3.	Internalisierung als Ausgangspunkt zur Überprüfung der Vermeid- barkeit	74
4.	Hinweis auf den durchschnittlichen Menschen	77
5.	Kriterium der doppelten Norm	78
6.	Zusammenfassung	79
 II. Steuerungsmangel wegen fehlender Normkenntnis:		
	Die Verbotsirrtumslösung im US-amerikanischen Recht	80
A.	Erscheinungsformen des Rechtsirrtums	82
1.	Vorbemerkungen	82
2.	Mistake of law	83
3.	Ignorance	84
4.	Cultural mistake of law	84
B.	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit	86
1.	Fehlendes Unrechtsbewusstsein, die Kehrseite des mistake of law	87
a)	Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit	89
b)	Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit	91
c)	Internalisierung der materiellen Rechtswidrigkeit	92
2.	Ausschluss von mens rea bei fehlender Einsichtsfähigkeit: spezielle subjektive Voraussetzungen (specific criminal intent)	94
3.	Die vermeintliche Annahme der Vorsatztheorie	97
4.	Maßstäbe zur Feststellung des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit	97
a)	Verständnis der Rechtswidrigkeit und mögliche Internalisierung bei Ausnahmefällen	97
b)	Tatsächliches Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit	99
C.	Voraussetzungen der Vermeidbarkeit des Irrtums	101
1.	Vorbemerkungen	101
2.	Tatsächliche Wahrscheinlichkeiten (actual probabilities)	103
a)	Feststellung der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit	104
b)	Subjektive Bewertung der Wahrscheinlichkeit	104
c)	Überprüfung der Wahrscheinlichkeit des Täters bei mala in se- und mala prohibita-Verbrechen	105

3.	Feststellung der voluntativen (willfully) und kognitiven (knowingly) Anforderung im Tatbestand	106
4.	Überprüfung der Vorkenntnis des Täters	109
5.	Bestätigung des guten Glaubens (good faith) des Täters	110
a)	Die Bewertung des Kriteriums des reasonable man (des sog. vernünftigen Menschen)	110
b)	Gefühlswarnung aufgrund der Selbstverständlichkeit des Verbots (fundamental and obvious moral rules)	111
c)	Aktivierbare Unrechtskenntnis durch Informationseinholung (searching for reliable advice)	112
6.	Konkretisierung des mistake of law durch Fallbeispiele	113
a)	Heien vs. North Carolina (135 S. Ct. 530 (2014))	114
b)	Bryan vs. United States (524 U.S. 184 (1998))	115
D.	Das Problem der cultural defense im Rahmen des mistake of law	116
1.	Vorbemerkungen	116
2.	Der moralische Inhalt des Schädigungsprinzips	118
3.	Internalisierung als Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit	119
4.	Hinweis auf die reasonable person	121
5.	Zusammenfassung	121
III. Vergleich der deutschen und US-amerikanischen Kriterien zur Beurteilung des Steuerungsmangels wegen fehlender Normkenntnis		122
A.	Erscheinungsformen des Rechtsirrtums	123
1.	Deutsches Recht	123
2.	US-amerikanisches Recht	123
3.	Vergleich und Bewertung	124
B.	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit	126
1.	Deutsches Recht	127
2.	US-amerikanisches Recht	129
3.	Vergleich und Bewertung	132
a)	Kehrseite des Rechtsirrtums	132
b)	Trennung von Moralität und Legalität	133
c)	Verhältnis zum Schuldprinzip	135
d)	Ergebnis	137
aa)	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit im Rahmen des Unrechtsbewusstseins	137
bb)	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit im Rahmen der Vermeidbarkeit	138
C.	Die Vermeidbarkeitsprüfung	138
1.	Deutsches Recht	139

2.	US-amerikanisches Recht	141
3.	Vergleich und Bewertung	143
D.	Das Problem der kulturellen Wertvorstellungen bzw. cultural defense im Rahmen des Verbotsirrtums	145
1.	Deutsches Recht	145
2.	US-amerikanisches Recht	146
3.	Vergleich und Bewertung	147

Dritter Teil

Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund eines biologischen Hindernisses

I.	Steuerungsmangel wegen biologischen Defizits: Die Steuerungsunfähigkeitslösung im deutschen Recht	150
A.	Einführung	150
1.	Gesetzliche Regelungen	150
2.	Struktur zur Überprüfung der Steuerungsunfähigkeit	151
3.	Die grundlegende Schuldunfähigkeit	151
4.	Historische Entwicklung der Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen als Pathologisierung des Täters	152
a)	Erste Diskussionsphase	153
b)	Zweite Diskussionsphase	153
c)	Dritte Diskussionsphase	154
B.	Gesundheitliche Einschränkungen	155
1.	Krankhafte seelische Störungen	156
2.	Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen	158
3.	Schwachsinn	159
4.	Seelische Abartigkeit	159
5.	Verminderte Schuldfähigkeit	160
6.	Entspricht die kulturelle Prägung des Täters den oben genannten Krankheitsbildern?	162
a)	Ansatz zur Betrachtung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen als Unterfall der krankhaften seelischen Störung oder des Schwachsinn	163
b)	Ansatz zur Betrachtung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen als seelische Abartigkeit	164
c)	Schlussbetrachtung	165
C.	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit	165
1.	Zweite Ebene der Überprüfung der Steuerungsfähigkeit	166
a)	Erfordernis der Steuerungsunfähigkeit	166
b)	Tatbezogene Analyse	166
c)	Zeitraum relevanter Steuerungsunfähigkeit	166
aa)	Bei Begehung der Tat	166
bb)	Das Problem der entstehenden Unfähigkeit	167

2.	Dogmatische Einordnung einer fehlenden Normbefolgungsfähigkeit	168
a)	Ausschluss des Schuldvorwurfs bei fehlendem Bewusstsein und Verbindung mit dem Verbotsirrtum	168
b)	Direkter Zusammenhang mit dem Schuldprinzip	169
D.	Insbesondere die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Rahmen der Krankheitsbilder und der Steuerungsunfähigkeit	171
1.	Das definitive Fehlen des medizinischen Zustands	171
2.	Die unhaltbare Anwendung von Maßregeln zur Besserung und Sicherung	171
3.	Fehlende Unrechtseinsicht als gemeinsamer Faktor von Steuerungs- unfähigkeit aufgrund eines biologischen Defizits und eines kulturellen Hindernisses	171
4.	Zusammenfassung	172
II.	Steuerungsmangel wegen biologischen Defizits: Die insanity-Lösung im US-amerikanischen Recht	172
A.	Einführung	172
B.	Krankheitsgründe	178
1.	Vorbemerkung	178
2.	Psychose und geistige Behinderung	178
3.	Persönlichkeitsstörungen	179
4.	Alkohol- und Drogenabhängigkeit	180
5.	Diminished capacity	181
6.	Soll die cultural defense als Krankheitsbild verstanden werden?	183
a)	Ansatz zur Behandlung der cultural defense als Unterfall der Psychose	183
b)	Ansatz zur Behandlung der cultural defense als ein möglicher Fall von Drogenabhängigkeit	184
c)	Schlussbetrachtung	185
C.	Fehlende Normbefolgungsfähigkeit	186
1.	Formen der Normbefolgungsunfähigkeit	186
a)	Volitional insanity (willentliche Steuerungsunfähigkeit)	186
b)	Cognitive insanity (kognitive Steuerungsunfähigkeit)	187
2.	Maßstäbe zur Überprüfung	188
a)	Die M’Naghten Rules	188
b)	Der Irresistible Impulse Test	191
c)	Die Durham Rules	191
d)	ALI/MPC Rules	192
e)	Der Insanity Defense Reform Act	193
3.	Dogmatische Einordnung einer fehlenden Normbefolgungs- unfähigkeit	194

a)	Ausschluss von culpability bei der Unansprechbarkeit des Normadressaten und fehlende Verbindung mit dem mistake of law	194
b)	Zusammenhang mit dem (inexistenten) Schuldprinzip	195
D.	Berücksichtigung einer cultural defense im Rahmen von insanity	197
1.	Fehlendes Krankheitsbild	197
2.	Die unhaltbare Anwendung von Maßregeln zur Besserung und Sicherung	199
3.	Fehlende mens rea als gemeinsamer Faktor von Steuerungsunfähigkeit aufgrund eines biologischen Defizits und eines kulturellen Hindernisses	199
4.	Zusammenfassung	200

Vierter Teil

Gesamtergebnis und rechtspolitische Konsequenzen

I.	Defizite der bisherigen Ansätze	202
A.	Verbotsirrtum und mistake of law	202
1.	Fehlendes Unrechtsbewusstsein	202
2.	Unvermeidbarkeit	203
B.	Steuerungsunfähigkeit und insanity	206
1.	Krankheitsbilder	206
2.	Steuerungsunfähigkeit	207
3.	Rechtsfolge	207
C.	Ergebnis de lege lata	208
II.	Rechtspolitische Konsequenzen	209
A.	Anerkennung der cultural defense	209
B.	Dogmatische Einordnung und Rechtsfolge	213
1.	Cultural defense als Entschuldigungsgrund	213
2.	Reichweite der Regelung	215
C.	Spezifische Rechtsfolge	216
	Literaturverzeichnis	218

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
A.2d.	Atlantic Reporter, 2d Series
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AK	Alternativkommentar
ALI	American Law Institute
a.l.i.c.	actio libera in causa
Alt. WaffG	Alternative Waffengesetz
Am. Acad.	American Academy
AMG	Arzneimittelgesetz
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anglo-Am. L. Rev.	Anglo-American Law Review
AnwK-StGB	AnwaltKommentar zum Strafgesetzbuch
AO	Abgabenordnung
APA	American Psychiatric Association
Apr.	April
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAK	Blutalkoholkonzentration
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes für Strafsachen
BK	Beck'scher Kommentar

BA	Bundeskriminalamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht
BYU L. Rev.	Birgham Young University Law Review
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cent. Crim. Ct.	Central Criminal Court
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Crim. Just. J.	Criminal Justice Journal
D.C.	District of Columbia
Dec.	December
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
DJT	Deutscher Juristentag
DSM-IV-TR	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
Duke J. Gender L. & Pol’y	Duke Journal of Gender Law and Policy
Duke L.J.	Duke Law Journal
Emory L. J.	Emory Law Journal
Eng. Rep.	English Reports
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
etc.	et cetera
f., ff.	folgende, fortfolgende
FD-StrafR	Fachdienst Strafrecht
FPersV	Fahrpersonalverordnung
FS	Festschrift

GA	Goltdammer's Archiv
Ga. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
Gaming L. Rev.	Gaming Law Review
GEI	Guilty except for insanity
gem.	gemäß
Geo. Immigr. L.J.	Georgetown Immigration Law Journal
GG	Grundgesetz
GMI	Guilty but mentally ill
GS	Gedächtnisschrift
h.A.	herrschende Auffassung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICD	International Classification of Diseases
IDRA	Insanity Defense Reform Act of 1984
ILO 169	Indigenous and Tribal Peoples Convention
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
IQ	Intelligenzquotient
Iss.	Issue
IStGH Statut	Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Am. Acad. Psychiatry Law	Journal of the Academy of Psychiatry and the Law
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
J. Int'l L. & Prac.	Journal of International Law and Practice
J. Marshal L. Rev.	John Marshal Law Review
JZ	Juristenzeitung
KAS	Konrad-Adenauer-Stiftung
L.A. Supr. Ct.	Los Angeles Supreme Court
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar

Lkw	Lastkraftwagen
L. & Phil.	Law and Philosophy
L. Rev.	Law Review
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MK	Münchener Kommentar
Me	Maine
MPC	Model Penal Code
Nº, Nr.	Nummer
New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement	New England Journal on Criminal and Civil Confinement
N.J.L.	New Jersey Law Reports
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y	Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
N.Y.	New York
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
o.a.	oben angeführt
o.g.	oben genannt
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
P.2.d.	Pacific Reporter, 2d Series
Pkw	Personenkraftwagen
Poli. Crim.	Política Criminal
RG	Reichsgericht
RGSt	Reichsgericht in Strafsachen (Entscheidungssammlung)
Rn.	Randnummer
RW	rechtswissenschaftliche Forschung

S.	Seite
S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.	Southern California Review of Law and Women's Studies
scil.	scilicet (nämlich)
S. Ct.	Supreme Court
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannt
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StR	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger
Sup. Ct.	Supreme Court
Tex. Crim. App.	Texas Criminal Appeals Court
u.a.	unter anderem
u.a.U.	unter anderen Umständen
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vor.	Vorbemerkung
vs.	versus
WaffG	Waffengesetz
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

I. Forschungsgegenstand

Die Beachtung des Schuldprinzips gilt als Voraussetzung und Grenze jedes modernen Strafrechts.¹ Das Prinzip besagt, dass jemand nach vorgeschriebener Maßgabe zu bestrafen ist, soweit ihm seine Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Ohne Schuld handelt er unter anderem dann, wenn er bei der Verwirklichung seiner rechtswidrigen Tat unfähig ist, die strafrechtliche Verbotsnorm zu erkennen und seine Handlung danach zu steuern, obwohl er eine rechtmäßige Verhaltensalternative hat.²

Die hiermit angesprochene sog. Normbefolgungsunfähigkeit wird in einzelnen Strafrechtsordnungen aus verschiedenen Gründen angenommen, zu ihrer Beurteilung und den Rechtsfolgen gibt es mehrere Modelle. Eine erste begriffliche Analyse des deutschen und US-amerikanischen Strafrechts ergibt folgende normative Lösungsansätze: Für die mangelnde Normkenntnis des Täters, die aus einem Informationsdefizit herrührt,³ ist der Verbotsirrtum (§ 17 StGB) bzw. *mistake of law* (§ 2.02 (9), § 2.04 (1a) und § 2.04 (3) Model Penal Code: MPC) anerkannt. Die biologischen Gründe seiner Normbefolgungsunfähigkeit begründen den Schuldausschluss gemäß §§ 20, 21 StGB im deutschen Recht, und die *insanity plea* gemäß § 4.01 (1, 2) und § 4.02 (1, 2) MPC im US-amerikanischen Recht. Mit einer *cultural defense* werden kulturelle Wertvorstellungen des Täters berücksichtigt, die seiner abweichenden Normbefolgungsbereitschaft zugrunde liegen.

Trotz dieser Parallelitäten auf der normativen Ebene lässt sich im Voraus durch ausschließlich ausfüllungsbedürftige allgemeine Begriffe nur schwer beantworten, welche konkreten Sachverhalte hierunter fallen, ohne das Verständnis dieser Rechtsfiguren in der Lebenswirklichkeit einer näheren Analyse zu unterziehen.

Beachtliche Probleme zeigen sich schon bei der Erfassung des konzeptionellen Inhalts dieser Rechtsfiguren. Die Unzulänglichkeit der existierenden Rechtsgrundlage des Verbotsirrtums und der Maßstäbe zur Bestimmung einer Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund eines Informationsdefizits beim Täter führen nicht nur zu extremen Meinungsverschiedenheiten in der Strafrechtsdogmatik, sondern auch

¹ Zum Schuldprinzip als Mittel der Straf- und Eingriffsbegrenzung siehe *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 51 ff.

² *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.; *Hörnle*, FS für Tiedemann, S. 338; *Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 102 ff.; *AK-StGB-Schild*, §§ 20, 21 Rn. 175.

³ Vgl. *AK-StGB-Schild*, §§ 20, 21 Rn. 175.

zu erheblichen Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung, die sich nicht zuletzt in der seltenen Heranziehung des Verbotsirrtums niederschlagen. Die unklare dogmatische Behandlung des Verbotsirrtums im deutschen und amerikanischen Schrifttum hat inzwischen derartige Ausmaße erreicht, dass die Argumente teilweise kaum noch einen annähernd sachlichen Bezug zu einer justiziablen Anwendung aufweisen.⁴ Verstärkt ersichtlich wurden die dogmatischen Schwächen der normativen Rechtsgrundlagen auch beim Aufkommen einer eher jüngeren Erscheinungsform der Normbefolgungsunfähigkeit, nämlich der Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen. Diese sind infolge einer in nicht unerheblichem Maße erfolgten Einwanderung und der damit einhergehenden Pluralisierung der Gesellschaft in den USA sowie in Deutschland bei den „neuen“ Normadressaten festzustellen.⁵ Die herkömmlichen und starren Maßstäbe, wie das Bild des Durchschnittsbürgers, erweisen sich in Anbetracht einer geänderten pluralistischen Gesellschaftsstruktur als nicht mehr für die Behandlung neuerer Fälle der Normbefolgungsunfähigkeit einschlägig, weswegen es notwendig ist, die bestehenden normativen Lösungsansätze auf deren Leistungskraft zu überprüfen und sie ggf. durch neue Konzepte zu erweitern.

In Deutschland wurde zuletzt nach dem Kölner Knabenbeschneidungs-Urteil von 2012 die Reichweite des Verbotsirrtums aus kulturellen Gründen in einer sich durchaus pluralistisch gestaltenden Gesellschaft stark thematisiert.⁶ Das Landgericht befasste sich in besagtem Urteil mit der Frage, wie die Handlung eines frommen und fachkundigen muslimischen Arztes rechtlich zu würdigen ist, der die

⁴ Beispiel dafür ist die unanwendbare Lehre *Platzgummers* im deutschen Recht, die zwischen einem „sprachgedanklichen“ und einem „sachgedanklichen“ Mitbewusstsein unterscheidet, siehe *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform, S. 81 ff.; für das US-amerikanische Recht vgl. den Grundsatz *ignorantia legis non excusat*, obwohl durch Auslegung mehrere Ausnahmen hiervon anerkannt sind, siehe *Hall*, 33 Ind. L.J., (1957); 1 ff.; *Keedy*, 22 Harv. L. Rev., (1908), 76.

⁵ Diese neuere Art der Rechtsunkenntnis kann außerhalb des nationalen Fallstrafrechts auf zwei Ebenen analysiert werden: zum einen auf der Ebene der inneren Normsysteme und deren normativen Maßnahmen zur Vorbeugung eines Informationsdefizits; zum anderen auf der Ebene globaler Perspektiven des modernen Strafrechts und der Möglichkeit einer weltweiten Standardisierung des Strafrechts. Im Mittelpunkt dieser Debatte steht das Phänomen des *legal pluralism*, das als eine der größten Herausforderungen des modernen Strafrechts angesehen wird, hierzu siehe eingehend *Fikentscher*, Law and Anthropology, S. 70 ff. Die praktische Folge des in nationalen Strafrechtsordnungen eher vernachlässigten *legal pluralism* zeigt sich etwa dann, wenn für den Richter die Kenntnis anderer Strafrechtssysteme unerlässlich ist, um das Vorliegen eines Rechtsirrtums in den Fällen zu überprüfen, in denen der Täter sich auf die fehlende Gebots- bzw. Verbotsnorm in seinem Heimatland beruft. Ein Beispiel dafür ist das Gebot der strafrechtlich relevanten Hilfeleistung, hierzu siehe LG Mannheim, NJW 1990, 2212 ff.

⁶ Hierzu siehe *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1058 ff.; *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 ff.; *Torres*, Identidad, in: Roca de Agapito/González (Hrsg.), *Viejos ritos*, S. 151 ff.; *Walter*, JZ 2012, 1110 ff.; z.B. in der Presse: Körperverletzung aber nicht strafbar, Der Tagesspiegel vom 26.9.2012; Juden und Muslime loben Entwurf zur Beschneidung, Frankfurter Rundschau vom 5.10.2012.

Beschneidung eines Knaben auf Wunsch der ebenfalls dem islamischen Glauben angehörenden Eltern aus religiösen Gründen durchführte. Nachdem das Gericht festgestellt hatte, dass die Einwilligung der Eltern unter anderem in Anbetracht der gesetzlichen Wertung der gewaltfreien Ausübung der Personensorge nach § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB die tatbestandsmäßige Körperverletzung nicht rechtfertigte, nahm es an, dass der nach seinem subjektiven Gewissen von der Rechtmäßigkeit seiner Handlung ausgehende Arzt einem unvermeidbaren Verbotsirrtum im Sinne des § 17 Abs. 1 StGB unterlegen war.⁷ Das Urteil, das kulturell bedingte abweichende Wertvorstellungen des Täters in diesem speziellen Fall der Beschneidung auf diesem Wege berücksichtigte, vermochte allerdings im Ergebnis weder eine akzeptable Rechtssicherheit zu schaffen noch stellte es bei der folgenden öffentlichen Debatte einen zufriedenstellenden rechtspolitischen Ansatz zur strafrechtlichen Würdigung eines jüdischen oder muslimischen Rituals dar. Die Schaffung des § 1631 d BGB, der die Personensorge nun ausdrücklich auf die Beschneidung des männlichen Kindes erstreckt, zeigt, dass die Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen ggf. einer gesetzlichen Ergänzung bedarf, um die Störung des Rechtsfriedens durch ein nationales Strafrecht nicht zu riskieren, das solchen Wertvorstellungen religiöser Minderheiten nur beschränkt Bedeutung beimisst.

In den USA hat bereits 1985 der Fall *People vs. Kimura*⁸ eine kontroverse Debatte um den Stellenwert abweichender kultureller Wertvorstellungen als Normbefolgungsunfähigkeit angestoßen.⁹ *Kimura* war wegen der Tötung ihrer zwei Kinder angeklagt. Sie hatte vergeblich versucht, sich und die Kinder im Ozean zu ertränken, weil sie die Untreue ihres Mannes entdeckt hatte. Ihr Suizid sollte nach den gängigen traditionellen Wertvorstellungen der japanischen Gesellschaft die Kinder miteinbeziehen (*oyaku-shinju*), weil Letzteres als Elternpflicht angesehen wird. Der Verteidigung gelang es, das Gericht von einer *cultural defense* in Kombination mit einer *insanity defense* zu überzeugen. Die beiden Gründe der Normbefolgungsunfähigkeit betrachtete das Gericht als „zeitweiligen Wahnsinn“ und ordnete, anstatt der Verhängung einer im Fall des zweifachen versuchten Mordes drohenden Todes- oder lebenslangen Freiheitsstrafe, eine fünfmonatige Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt an.¹⁰

Das Urteil im Fall *Kimura* veranschaulicht ein weiteres Problem der positivrechtlichen Grundlagen der Normbefolgungsunfähigkeit, nämlich die Vermengung der aus einem Informationsdefizit herrührenden Rechtsunkenntnis des Täters mit der Normbefolgungsunfähigkeit aus biologischen Gründen. Beiden ist im Moment

⁷ LG Köln Urt. v. 7.5.2012, openJur 2012, 86505.

⁸ *Renteln*, The Cultural Defense, S. 25.

⁹ *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 149; *Matsumoto*, 4 J. Int'l L. & Prac. 507 (1995), 524.

¹⁰ *Matsumoto*, 4 J. Int'l L. & Prac. 507 (1995), 507 ff.

der Tat gemeinsam, dass der Täter normativ unfähig ist, die Rechtswidrigkeit der Tathandlung zu verstehen. Auf normativer Ebene werden zu der rechtlichen Beurteilung dieser Gründe in einem isolierten Einzelfall unterschiedliche Rechtsfiguren herangezogen, nämlich der Verbotsirrtum (§ 17 StGB; § 2.02 (9), § 2.04 (1a) und § 2.04 (3) MPC) und die Steuerungsunfähigkeit (§§ 20, 21 StGB; § 4.01 (1,2) und § 4.02 (1, 2) MPC). Die schwierige Abgrenzung dieser Rechtsfiguren will man aber in Fällen, in denen „extreme“ Momente der Normbefolgungsunfähigkeit des Normadressaten aus einer fremden Kultur, wie im Fall *Kimura*, angenommen wurden, durch einen kombinierten Lösungsansatz überwinden.

In Deutschland ist die Kategorisierung zwischen Rechtsunkenntnis und Steuerungsunfähigkeit normativ ganz klar vollzogen (§§ 17, 20, 21 StGB). In der Lehre und zum Teil auch in der Rechtsprechung hingegen werden diese Rechtsfiguren miteinander eng in Verbindung gebracht. Nach dieser Auffassung sind §§ 20, 21 StGB ein Unterfall des § 17 StGB¹¹ und weisen demzufolge eine zweistufige Struktur auf: die allgemeine Voraussetzung des Steuerungsmangels und dieselbe Hauptfolge des Schuldausschlusses. Die Verbindung liegt auf der Hand. Die Verschmelzung eines aus dem Informationsdefizit und biologischen Gründen stammenden Steuerungsmangels des Täters in einer gemischten Normbefolgungsunfähigkeit im deutschen Recht wird dennoch allgemein abgelehnt.¹² Gleichzeitig ist die Lehre bereit, unter Berufung auf die genannte gemeinsame Struktur über den neuen Begriff des sog. kulturellen Schwachsinn eine solche Verschmelzung zuzulassen,¹³ weil die kulturelle Abartigkeit ein „Randfall der Unzurechnungsfähigkeit“ sei.¹⁴

Auch im US-amerikanischen Recht sind die beiden herkömmlichen Fälle der Normbefolgungsunfähigkeit, nämlich des *mistake of law* (§ 2.02 (9), § 2.04 MPC) und der *insanity defense*, voneinander zu trennen (§ 4.01, § 4.02 MPC). Deren Verhältnis zueinander ist allerdings zum Teil komplementär und die Abgrenzung stellt sich infolgedessen schwieriger dar.¹⁵ Hauptgrund dafür ist, dass der *mistake of law* als allgemeines Prinzip kein vollwertiger Strafausschließungsgrund ist und auch im Übrigen nur in Ausnahmefällen Anwendung findet. Dasselbe gilt in einem weitreichenden Ausmaß für die *cultural defense*, die selbst kein Exkulpationsgrund ist. Sie kann daher nur im Zusammenhang mit anderen Rechtsfiguren erfolgreich zu einem Freispruch führen. Dagegen begründet die *insanity defense* eine eigenständige Normbefolgungsunfähigkeit. Das Ergebnis dieser normativ un-

¹¹ Gropp, AT, § 7 Rn. 63; NK-Neumann, § 17 Rn. 97; BGHSt 44, 341, 349; a.A. NK-Schild, § 20 Rn. 64.

¹² Vgl. BK-Fischer, § 20 Rn. 4 ff.; Jakobs, AT, § 18 Rn. 24; Schöнке/Schröder-Perron, § 20 Rn. 4 ff.; Roxin, AT I, § 20 Rn. 7; NK-Schild, § 20 Rn. 27, 62.

¹³ Jakobs, ZStW 118 (2006), 842.

¹⁴ Jakobs, AT, § 19 Rn. 7; ders., ZStW 118 (2006), 840.

¹⁵ Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 156.

terschiedlichen Geltungskraft einzelner, an sich als solcher anerkannten Normbefolgungsunfähigkeitsfälle ist ebenfalls eine Vermengung dieser Rechtsfiguren. Das Verhältnis zwischen diesen rechtlichen Lösungsansätzen des Steuerungsmangels lässt sich im US-amerikanischen Recht folgendermaßen zusammenfassen: *insanity* ist ein unabhängiges *plea*, das allein zum Freispruch führen kann. *Mistake of law* ist grundsätzlich auch in seinem ausnahmsweise angenommenen Anwendungsfall unzureichend für einen kompletten Ausschluss der Schuld. Eine noch schwächere Geltungskraft hat die *cultural defense*, denn sie ist nur in Verbindung mit einem *mistake of law*, *mistake of fact* oder einer *insanity plea* geltend zu machen.

Einer weiteren Vertiefung in die Rechtsfiguren der Normbefolgungsunfähigkeit bedarf bei näherem Hinsehen die Untersuchung des Unrechtsbewusstseins, das beim schuldhaft handelnden Täter die Kehrseite des schuldausschließenden Steuerungsmangels darstellt und als unabhängiges Element der Schuld für die Annahme der strafrechtlichen Verantwortung bejaht werden muss. Dabei geht es zum einen um die Einordnung des Unrechtsbewusstseins in den Verbrechensaufbau und zum anderen um die Folgen eines fehlenden Unrechtsbewusstseins für die Strafbarkeit. In Deutschland ist bei der Vermeidbarkeit als Voraussetzung des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) relevant zu prüfen, ob der Täter bei Verwirklichung der Tat den Unrechtscharakter seiner Handlung erkannt hat oder erkennen konnte (Unrechtsbewusstsein). Fehlt ihm diese Voraussetzung, so handelt er ohne Schuld (§ 17 StGB). Im US-amerikanischen Recht existiert eine selbstständige Kategorie des Unrechtsbewusstseins nicht. Ein mögliches Bewusstsein des Täters, dass seine Tat ein Unrecht darstellt, wird zwar bei *mens rea*, nämlich der subjektiven Seite des Verbrechens, erörtert; sein Fehlen in Gestalt eines Rechtsirrtums (*mistake of law*) hat aber keine klare Rechtsfolge.¹⁶ Denn eine solche Rechtsunkenntnis des Täters lässt nicht nur die zwei wichtigen Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestands (Vorsatz und Fahrlässigkeit) grundsätzlich unberührt, sie führt auch bei dem dritten Element der *mens rea*, also der *culpability*, nicht unbedingt zum Schuldausschluss.¹⁷

Für ein vollständiges Verständnis der Wechselwirkung zwischen Verbotsirrtum und Unrechtsbewusstsein im deutschen Recht ist eine nähere Analyse des Letzteren schließlich deswegen erforderlich, weil die Geeignetheit des sog. potenziellen Unrechtsbewusstseins als entscheidender Maßstab zur Prüfung der Vermeidbarkeit zunehmend infrage gestellt wird. Der Ursprung der allgemeinen Schwächen deutscher Irrtumslehre wird hierbei auf die Annahme der Schuldtheorie und den Verzicht auf die Vorsatztheorie zurückgeführt. Denn während die Vorsatztheorie zur

¹⁶ Der Begriff „Rechtsirrtum“ wird in der vorliegenden Arbeit verwendet, weil er einerseits die wortwörtliche Übersetzung vom *mistake of law* ist und andererseits als umfassenderer Begriff angesehen wird, und zwar in dem Sinne, dass er sowohl den Irrtum eines rechtlichen Verbots als auch den eines rechtlichen Gebots umfasst.

¹⁷ Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 683.

Bejahung des subjektiven Tatbestandsmerkmals ein zur Zeit der Tat vorhandenes Unrechtsbewusstsein des Täters in Gestalt des Wissens bzw. ein reales Unrechtsbewusstsein erforderte,¹⁸ stellt die Schuldtheorie auf das aktuelle bzw. potenzielle Unrechtsbewusstsein im Sinne seiner allgemeinen Einsichtsfähigkeit ab, die über die Umstände der Einzeltat hinausgehend die Frage der generellen Lebensführung des Täters aufwirft. Ein solches Verständnis des Unrechtsbewusstseins stößt im Hinblick auf dessen Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz nicht nur auf dogmatische Bedenken, sondern bringt erhebliche Nachweisschwierigkeiten zulasten des Täters mit sich, die schlussendlich in die seltene Anwendung des Verbotsirrtums münden. Für den Maßstab des potenziellen Unrechtsbewusstseins ist nämlich nicht von Interesse, welche tatsächliche Kenntnis der Täter bei der Verwirklichung der Tat hatte. Vielmehr liegt der Fokus darauf, ob der Täter die Möglichkeit hatte, sich ihm fehlende Kenntnisse über den Unrechtscharakter seiner Tat anzueignen. Dies ist wahrscheinlich eine der kontroversesten Forderungen der modernen Irrtumslehre. Auch das Abstellen auf das sachgedankliche Mitbewusstsein des Täters, das sich eher mit dessen mentaler Auffassung befasst, führt im Ergebnis zu Beweisproblemen und verkümmert somit zu einer leeren, unanwendbaren und dogmatischen Figur.¹⁹ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch der Maßstab des Vorstellungsbilds des sog. Durchschnittsmenschen (*reasonable person* in den USA), der bei der Prüfung des potenziellen Unrechtsbewusstseins als Richtwert herangezogen und zu vermeintlich abweichenden Wertvorstellungen des Täters in Beziehung gesetzt wird.²⁰

II. Stand der Forschung

Sowohl die deutsche als auch die US-amerikanische Strafrechtswissenschaft hat sich mit den Fragen der Normbefolgungsunfähigkeit unter vielen dogmatischen Aspekten beschäftigt, sie aber noch nicht unter einem Dach systematisiert. Die drei Rechtsfiguren, nämlich: Verbotsirrtum, Steuerungsunfähigkeit und *cultural defense*, sind in der Sache eng miteinander verknüpft. Diese Verknüpfung wurde von der deutschen sowie von der US-amerikanischen Literatur und Rechtsprechung bislang nicht hinreichend geklärt. Es gibt zwar in der deutschen Lehre einige Stimmen, die auf die sachliche Nähe des Verbotsirrtums, der Steuerungsunfähigkeit und kultureller Wertvorstellungen zueinander hingewiesen haben, die entsprechenden Ausführungen haben aber nicht dazu geführt, die Zusammenhänge unter gemeinsame transversale Begriffe zu bringen. So hat *Max Ernst Mayer* bereits 1965 auf das

¹⁸ NK-Neumann, § 17 Rn. 53.

¹⁹ Zur Problematik zwischen sachgedanklichem und sprachgedanklichem Mitbewusstsein vgl. *Schmidhäuser*, FS für H. Mayer, S. 322 ff.

²⁰ Verweis *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 27 f.

Konfliktpotenzial zwischen Rechts- und Kulturnormen aufmerksam gemacht. Mayer stellt in einer sehr scharfsinnigen Analyse dar, welche Folgen die fehlende Übereinstimmung von Rechts- und Kulturnormen in der Gesellschaft für das Strafrecht mit sich bringen kann, bspw. Verständnisprobleme vonseiten der Normadressaten oder Unkenntnis des Rechts.¹ Allerdings sind seine Untersuchungen auf kulturelle Wertvorstellungen im Zusammenhang mit dem Verbotsirrtum begrenzt, sie enthalten kaum Hinweise auf die Verknüpfung mit der Steuerungsunfähigkeit. In der zeitgenössischen deutschen Lehre hat sich *Brian Valerius* mit der Kultur als einer der wichtigsten Exponenten zum Strafrecht auseinandergesetzt und den Versuch unternommen, Leitfälle zu systematisieren, in denen kulturelle Wertvorstellungen eine wichtige Rolle spielen. So setzt *Valerius* in seiner Habilitationsschrift „Kultur und Strafrecht“ von 2009 die kulturellen Wertvorstellungen zu jedem Themenbereich des Strafrechts in Beziehung (z.B. die kulturellen Wertvorstellungen im Rahmen der Notwehr oder im Rahmen der Strafzumessung). *Valerius*' Arbeit analysiert ebenfalls den Verbotsirrtum im Zusammenhang mit kulturellen Wertvorstellungen, aber ohne eine Nähe zur Steuerungsunfähigkeit herzustellen.² Außer Mayer und *Valerius* sind folgende Publikationen für den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit von Bedeutung: *Klaus Laubenthal* und *Helmut Baier* mit dem Aufsatz „Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung“ und *Michael Köhler* mit seinem Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil von 1997. Die drei Autoren verstehen den Verbotsirrtum aus kulturellen Gründen als einen Fall der Zurechnungsunfähigkeit.³ Die weitere Kommentar- und Lehrbuchliteratur macht Verknüpfungen zwischen Verbotsirrtum und Steuerungsmangel aus. Die Ausführungen bleiben aber dogmatisch unvollständig und gehen vor allem nicht auf die Frage ein, ob beide Rechtsfiguren subsidiär zueinander gelten können, und warum sie keine gemeinsame Prüfungsstruktur haben.⁴

In der US-amerikanischen Strafrechtswissenschaft ist die Forschung ähnlich unvollständig. Der *mistake of law* wurde bis jetzt immer isoliert behandelt, die Lehre ist noch bei der Präzisierung der Voraussetzungen und der Fallkonstellationen des *mistake of law*. Ein weiterer Grund dafür ist wohl die strenge Geltung des *error iuris non excusat*-Prinzips. Wichtige Werke der US-amerikanischen Strafrechtswissenschaft haben *Jerome Hall*⁵ und *Edwin Keedy* herausgebracht.⁶ Die beiden

¹ Vgl. Mayer, Rechtsnormen, S. 1 ff.

² Vgl. *Valerius*, Kultur, S. 171 ff.

³ Vgl. *Köhler*, AT, S. 433 ff.; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205 ff.

⁴ Z.B. *AnwK-StGB-Conen*, § 21 Rn. 14 ff.; *Gropp*, AT, § 7 Rn. 63; *Jakobs*, AT, § 18 Rn. 24; *Jescheck/Weigend*, AT, § 40 Rn. 3; *NK-Neumann*, § 17 Rn. 97; *AK-StGB-Schild*, §§ 20, 21 Rn. 175; *NK-Schild*, § 20 Rn. 64.

⁵ Vgl. *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 1 ff.; *Hall/Seligman*, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 641 ff.

⁶ Vgl. *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 75 ff.

Autoren lassen aber das Problem der Kulturalität und die *insanity plea* bei den Ausführungen zum *mistake of law* beiseite. Kulturalität und insbesondere *cultural defense* im Strafrecht haben erst durch *Alison Dundes Renteln*s Publikationen „A Justification of the Cultural Defenses as a Partial Excuse“ und „The Cultural Defense“ grundlegende Erörterung gefunden.⁷ Die Autorin hat auf die nachfolgende wissenschaftliche Forschung zu Strafrecht und Kulturalität einen beachtlichen Einfluss genommen.⁸ Thematisiert werden in diesen Werken insbesondere die Fragestellungen, wo die Kultur und andere strafrechtlich geltende Figuren kollidieren oder sich ergänzen, insbesondere das Verhältnis zwischen dem *mistake of law* und Kultur sowie *insanity*. Der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen liegt dabei lediglich darin, zu prüfen, wie eine *cultural defense* geltend gemacht werden kann. Auch die späteren Abhandlungen befassen sich mit der *cultural defense* in einer eher allgemeinen Weise – möglicherweise eine Folge der US-amerikanischen Rechtstradition, die sich grundsätzlich *case law*-basiert entwickelt. Insofern fehlt auch hier die systematische bzw. dogmatische Einordnung dieser Rechtsfiguren unter gemeinsamen Gesichtspunkten. Beispiel dafür ist die Arbeit von *Matsumoto*⁹ oder auch die Arbeit von *Foblets* und *Renteln* „Multicultural Jurisprudence“.¹⁰

III. Forschungsziele

Das vorliegende Dissertationsprojekt will die zuvor genannten Forschungslücken schließen und setzt sich dafür folgende Ziele:

1. Die Sachverhalte der Normbefolgungsunfähigkeit aus informatorischen, biologischen und kulturellen Gründen präzise festzustellen und deren sich überschneidende oder abweichende Gesichtspunkte auf tatbestandlicher Ebene zu veranschaulichen. Dies schließt eine umfassende Analyse der geltenden normativen Lösungsansätze im deutschen und US-amerikanischen Recht ein.

2. Zu überprüfen, inwieweit die rechtlichen Grundlagen der Normbefolgungsunfähigkeit in Deutschland und in den USA dem Schuldprinzip Rechnung tragen. Die Berücksichtigung dieses Prinzips lässt sich sowohl durch Statuierung allgemeiner objektiver Kriterien (wie Anlass zur Überprüfung der Rechtslage sowie Gewissensanspannung bei der Vermeidbarkeit nach § 17 StGB) als auch durch Entwick-

⁷ Vgl. *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 438 ff.; *dies.*, The Cultural Defense, S. 5 ff.

⁸ Z.B. *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 141 ff.; *Matsumoto*, 4 J. Int'l L. & Prac. 507 (1995), 507 ff.; *Merle*, Cultural Defense, Hate Crimes and Equality Before the Law, Florianópolis, v.5, n.1, p. 7–19, (Jun 2006), S. 7 ff.; *Van Broeck*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/1, 1–32 (2001), 1 ff.

⁹ Vgl. *Matsumoto*, 4 J. Int'l L. & Prac. 507 (1995), 507 ff.

¹⁰ Vgl. *Foblets/Renteln* (Hrsg.), Multicultural Jurisprudence, S. 7 ff.

lung personenspezifischer (*agent-relative*)¹ subjektiver Gesichtspunkte (wie Geschlecht, Ausbildung sowie Integrationsmöglichkeiten beim *mistake of law* im US-amerikanischen Recht) vornehmen. Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, ob das Schuldprinzip durch die Bildung kontextspezifischer Fallgruppen neue Kategorien von Schuldaußschließungsgründen bzw. *defenses* (etwa „Battered Woman Syndrome“ als tragfähiges Argument bei *insanity*) eine eher wünschenswerte subjektivierte Gestalt annimmt, die bei kategorienhaften objektiven Maßstäben möglicherweise außer Acht gelassen wird.

3. Den Versuch zu unternehmen, ein ideal dogmatisches und einheitliches Modell zur Erfassung aller Unterfälle der Normbefolgungsunfähigkeit zu entwickeln. Denn der grundlegende Nachteil der parallel für bestimmte Kategorien geltenden Rechtsgrundlagen ist, dass deren getrennte Anwendung die bestehenden Zusammenhänge der gesetzlich geregelten Fälle der Normbefolgungsunfähigkeit womöglich übersieht und neue Fälle nicht auffangen kann.

IV. Forschungsmethode

Zur Erreichung der o.g. Ziele bedient sich die Arbeit als Forschungsmethode des *funktionalen* Rechtsvergleichs. Zu diesem Zweck wurde bei der Darstellung der normativen Grundlagen der Normbefolgungsunfähigkeit im deutschen und US-amerikanischen Recht eine Meta-Ebene entwickelt, die die rechtlichen Erläuterungen zu den verschiedenen Figuren der Normbefolgungsunfähigkeit in den beiden nationalen Rechtsordnungen einheitlich in drei gemeinsamen Kategorien strukturiert: in die Erscheinungsformen der jeweiligen Normbefolgungsunfähigkeit, die dogmatische Einordnung der konkret fehlenden Normbefolgungsfähigkeit in den Verbrechensaufbau und die Voraussetzungen der einzelnen Normbefolgungsunfähigkeit. Mithilfe einer solchen Kategorisierung der Sachprobleme werden die in den nationalen Rechtsvorschriften enthaltenen Lösungsansätze funktional miteinander verglichen. Der Vergleich berücksichtigt außerdem den jeweiligen gesellschaftlichen Kontext der Sachverhalte in den beiden Ländern.

Die Auswahl der beiden Länder – Deutschland und USA – hat folgenden Grund: Das Strafrecht beider Länder pflegt zwar einen in der Sache unterschiedlichen Umgang mit der Normbefolgungsunfähigkeit, sucht aber unter Berücksichtigung des Schuldgrundsatzes eine Antwort auf ein identisches Problem zu geben, indem es das Defizit an Normverständnis im Rahmen einer pluralistischen Gesellschaft strafrechtlich zu würdigen versucht. Wie bereits festgestellt, besteht eine begriffliche Parallelität zwischen den anerkannten Gründen der Normbefolgungsunfähigkeit,

¹ Für eine Diskussion des Begriffs *agent-relative*, siehe Segev, 25 Law & Phil. 31, (2006), 44–45

deren rechtliche Behandlung allerdings in beiden Ländern unterschiedliche Wertungsmaßstäbe beinhaltet. Methodische Divergenzen bestehen darin, dass das StGB die Gründe der Normbefolgungsunfähigkeit ausdrücklich trennt und mit klaren Rechtsfolgen regelt, während das US-amerikanische Strafrecht (obwohl es – vor allem im MPC – recht klar getrennte Regeln hat) in der Rechtsprechung einen kombinierten Ansatz verfolgt. Der kontrastierende Verbrechen Aufbau ist ein weiterer Unterschied, da das Strafrecht in Deutschland durch eine dreistufige Struktur (*threefold structure*) des Verbrechen Aufbaus² eigenständige Verbrechenmerkmale hat, während das US-amerikanische Rechtssystem eine zweistufige Struktur (*two-fold structure*) hat, die etwa bei der Einordnung des Unrechtsbewusstseins Schwierigkeiten bereitet.³

In der vorliegenden Arbeit ist eine methodische Besonderheit zu beachten. Als Quelle des kodifizierten amerikanischen Rechts werden hier nur die Normen des Model Penal Code (MPC) analysiert.⁴ Der MPC, ein Modellgesetz des American Law Institute, hat seit seiner Fertigstellung im Jahr 1962 einen großen Einfluss auf die Strafgesetzbücher der einzelnen Bundesstaaten der USA. Obwohl er in keinem Staat in seiner Gesamtheit übernommen wurde, kann das materielle Recht vieler Bundesstaaten mittlerweile zu einem großen Teil direkt oder indirekt auf den MPC zurückgeführt werden. Diesen Einfluss erkennt man daran, dass die Strafgesetzbücher vieler Bundesstaaten keinen Allgemeinen Teil mit zentralen Rechtsbegriffen wie *mens rea* oder *actus reus* haben, sondern die Definitionen mehr oder weniger direkt aus dem MPC übernehmen.⁵ Auch die Gerichte treffen ihre Entscheidungen häufig in Anlehnung an diese Definitionen.⁶ Normen im Zusammenhang mit dem *mistake of law*, welche für die Untersuchung der rechtlichen Grundlagen dieses Sachverhalts der Normbefolgungsunfähigkeit von großer Bedeutung sind, werden durch den MPC geregelt. § 2.02 (9) enthält nämlich die allgemeine Regel *ignorantia legis non excusat*, d.h. Unkenntnis des Rechts ist kein Entschuldigungsgrund.

Als Erkenntnisquellen werden die Rechtsvorschriften, die Rechtsprechung und die Literatur beider Länder herangezogen. Interdisziplinäre Erkenntnisse aus anthropologischen und kriminologischen Überlegungen in Anlehnung an die Psychologie und Psychiatrie fließen ebenfalls ein, soweit sie zu einer umfassenden Beurteilung einzelner Rechtsfragen erforderlich sind, etwa um die zumutbaren Grenzen des Rechtswissens unter Einbeziehung der Perspektiven des Normadressaten zu erklären.

² Dabei werden Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als eigenständige Verbrechenmerkmale entsprechender Verbrechenbegriffe betrachtet.

³ D.h. man braucht nur zwei Elemente: *actus reus* und den *voluntary act*, also die objektive Seite des Verbrechens, und *mens rea* oder *guilty mind*, also die subjektive Seite desselben. Vgl. Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 301 f.

⁴ Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 17.

⁵ Mauer, Die Frau, S. 6.

⁶ Mauer, Die Frau, S. 5.

V. Verlauf der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in fünf Teile: Der erste Teil arbeitet Grundlagen heraus, die zum allgemeinen Verständnis des Strafrechts und insbesondere des Verbrechensaufbaus in den beiden Ländern notwendig sind. Dafür werden Rechtsquellen in der kontinentaleuropäischen Tradition und in der Common-Law-Tradition (I.) und der Verbrechen Aufbau sowie seine Konsequenzen unter der Perspektive der Rechtstradition (II.) dargelegt. In letzterer Hinsicht wird der dreistufige Verbrechen Aufbau (A.) dem zweistufigen Verbrechen Aufbau gegenübergestellt (B.).

Der zweite Teil befasst sich mit der Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund mangelnder rechtlicher Informationen. Der Steuerungsmangel wegen fehlender Normkenntnis wird im deutschen (I.) und im US-amerikanischen Recht (II.) jeweils unter vier gemeinsamen Gesichtspunkten erläutert, und zwar den Erscheinungsformen des Verbotsirrtums (A.), der fehlenden Normbefolgungsfähigkeit (B.), den Voraussetzungen der Vermeidbarkeit (C.) und dem Problem der Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen (*cultural defense*) im Rahmen des Verbotssirrtums (D.). Diesen Ausführungen folgen der Vergleich und Zwischenergebnisse entsprechend der dreistufigen Gliederung der Landesberichte (III.).

Nachdem Bedeutung und Reichweite des Verbotsirrtums in den beiden Rechtsordnungen klargestellt wurden, setzt der dritte Teil den Untersuchungsgegenstand mit einer anderen Form der Normbefolgungsunfähigkeit, und zwar der Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund einer Steuerungsunfähigkeit wegen eines biologischen Hindernisses, fort. Auch hier haben die Landesberichte (I.) und (II.) einen gemeinsamen Aufbau, nämlich Überblick (A.), Krankheitsgründe (B.), fehlende Normbefolgungsunfähigkeit (C.), und das Problem der Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen (*cultural defense*) im Rahmen der Steuerungsunfähigkeit (D.). Der III. Unterteil besteht aus dem Vergleich und Zwischenergebnissen, ebenfalls entsprechend der dreistufigen Gliederung.

Da die kulturellen Wertvorstellungen bzw. die *cultural defense* einen engen Zusammenhang mit den in den im zweiten und dritten Teil behandelten Rechtsfiguren aufweist (Steuerungsunfähigkeit aufgrund mangelnder rechtlicher Informationen und aufgrund eines biologischen Hindernisses), behandelt die vorliegende Arbeit die Normbefolgungsunfähigkeit wegen eines kulturellen Hindernisses im vierten Teil. Darin werden beide Landesberichte unter fünf gemeinsamen Sachfragen behandelt. Dies sind Vorbemerkungen (I.), Begriffserklärung (II.), die Voraussetzungen von *cultural defense* (III.), die Ungeeignetheit der Rechtsfiguren im geltenden Recht zur Behandlung einer *cultural defense* (IV.) und der Ansatz zu einer möglichen formellen Anerkennung der *cultural defense* (V.).

Darüber hinaus werden im vierten Teil die Ergebnisse aus dem Rechtsvergleich zusammengefasst und ein Schlussvergleich zwischen den Modellen zur Behand-

lung der Normbefolgungsunfähigkeit gezogen, etwa indem das differenzierende Modell Deutschlands mit seinen getrennten Kategorien und das gemischte Modell der USA einander gegenübergestellt werden. In diesem Teil werden auch die Schlussbetrachtungen der Untersuchung kurz zusammengefasst und dargelegt.

Erster Teil

I. Rechtsquellen in der kontinentaleuropäischen und der Common-Law-Tradition

Die Komplexität der Rechtsvergleichung in dieser Arbeit hat ihren Ursprung in den unterschiedlichen Rechtstraditionen in Deutschland und den USA. Dazu kommen die verschiedenen Kontexte der jeweiligen rechtlich relevanten Sachverhalte und die sprachlichen Herausforderungen, die einem Rechtsvergleich weitere Schwierigkeiten bereiten.

Hauptquelle des deutschen Rechts ist das kodifizierte Recht.¹ Als erste strafrechtliche Kodifikation wird die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 angesehen.² Die gegenwärtige strafrechtliche Kodifikation des deutschen Strafrechts ist das Strafgesetzbuch (StGB) von 1871, das seit 1975 einen neuen Allgemeinen Teil hat.³ Außerhalb des StGB existiert ein Nebenstrafrecht, welches Rechtsnormen bezeichnet, die von Nebengesetzen erfasst sind.⁴ Schließlich enthält als kodifiziertes Recht auch das Grundgesetz strafrechtlich relevante Rechtsnormen und Rechtsprinzipien (z.B. Art. 46; Art. 101; Art. 102; Art. 103 Abs. 2).⁵ Umstritten ist der Status des Richterrechts als Rechtsquelle. Die h.M. verneint die Rechtsquellenqualität gerichtlicher Entscheidungen;⁶ im Ergebnis kennt das deutsche Strafrecht also, in Übereinstimmung mit seiner kontinentaleuropäischen Tradition, keine Präjudizienbindung. Allerdings hat das Richterrecht doch eine zentrale Bedeutung für das Strafrecht, da es die Gesetzgebung beeinflusst, auch wenn es keine selbstständige Rechtsquelle ist.⁷ Dasselbe gilt für die Strafrechtswissenschaft, die auch nicht als

¹ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, S. 96.

² Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, S. 97; *Krey/Esser/Röhling*, AT, § 6 Rn. 161.

³ *Krey/Esser/Röhling*, AT, § 6 Rn. 161.

⁴ Typisches Beispiel dafür ist das Jugendgerichtsgesetz (JGG), das besondere Normen für junge Täter enthält. Dazu u.a. *JGG-Dölling/Brunner*, S. 54. Außerdem sind die Normen im Völkerstrafgesetzbuch v. 26.06.2002 (VStGB) als nebenstrafrechtliche Normen zu betrachten.

⁵ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, S. 290 ff.; *Hufen*, Grundrechte, S. 338 ff.

⁶ A.A. u.a. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 150 ff.

⁷ Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 18.03.1952, in der an der Schuldtheorie festgehalten wurde, ist ein gutes Beispiel dafür, vgl. BVerfGE 41, 121, 122. Diese richterlichen Richtlinien wurden im Jahr 1975 vom deutschen Gesetzgeber in die Regelung der §§ 16, 17 StGB übernommen. Ein weiteres Beispiel dazu ist der Fall der religiösen Beschneidung. Nach dem Kölner Urteil, in dem entschieden wurde, dass die religiös motivierte Beschneidung den Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) erfülle und trotz der Einwilligung der Eltern nicht gerechtfertigt sei,

Rechtsquelle einzuordnen ist, aber großen Einfluss auf die Rechtsprechung hat. Der Richter erreicht in Anlehnung an die Strafrechtswissenschaft die Auslegung der Normen.⁸

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Rechtsquellen in Deutschland im Allgemeinen aus dem Zusammenwirken von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft bestehen. Hauptquelle ist unbestreitbar das StGB, welches jedoch durch Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft konkretisiert wird.⁹

Das US-amerikanische Recht wird der Common-Law-Rechtstradition zugeordnet. Dies lässt sich auf die Übernahme des englischen Rechts im 17. Jahrhundert zurückführen.¹⁰ Eine der Auswirkungen dieser Zuordnung ist, dass die meisten Rechtsquellen zunächst unkodifiziert waren und das Richterrecht ursprünglich die Hauptquelle des US-amerikanischen Rechts darstellte. Hinzu kommt, dass es sich um ein fallrechtliches System handelt: Die Entscheidungen höherer Gerichte haben eine Bindungswirkung und sind deswegen auf jeden Fall Präzedenz für alle weiteren Entscheidungen (*stare decisis*). Die Common-Law-Tradition besteht nicht nur aus ungeschriebenem Richterrecht, sondern umfasst auch geschriebenes Gesetzesrecht.¹¹ Inspiriert durch die Aufklärung übernahm jedoch im 18. und 19. Jahrhundert die Legislative zunehmend die Funktion der Gesetzgebung mit der Folge, dass im Bereich des Strafrechts die Legislative heute die Rolle des vorherrschenden gesetzgebenden Organs angenommen hat.¹² Besonderheiten des modernen US-amerikanischen Strafrechts sind erstens, dass das kodifizierte Recht zum Teil aus Vergesetzlichungen des schon existierenden ungeschriebenen Common-Law-Rechts besteht. Zweitens durften die Gerichte bis in das 20. Jahrhundert hinein neue Straftaten schaffen.¹³ Drittens haben die Gerichte nach wie vor eine entscheidende Rolle als „Interpretatoren des Rechts“; d.h. es ist ihre Aufgabe, Sinn und Inhalt des Strafrechts durch eigene Auslegung zu ermitteln.¹⁴

wurde ein Gesetzentwurf vorgelegt. Am 18.12.2012 ist das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung eines männlichen Kindes vom 20.12.2012 in Kraft getreten. Siehe OLG Köln Urteil vom 7.5.2012, BeckRS 2012, 13647, Anm. Krug, FD-StrafR 2012, 334654.

⁸ Vgl. Krey/Esner/Röhling, AT, § 6 Rn. 166.

⁹ Obwohl das Gewohnheitsrecht im Bereich des Strafrechts wegen des Prinzips *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 103 II GG und § 1 StGB) abzulehnen ist, hat es noch Bedeutung im Gerichtsgebrauch für Interpretationskriterien, aber es muss noch zwei Gelungskriterien erfüllen bzw. allgemeine Anerkennung (*opinio generalis*) und dauernde Übung finden. Vgl. Jescheck/Weigend, AT, S. 100.

¹⁰ Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, § 1 Rn. 13 f.; Clark/Ansary, Introduction to the Law, S. 139.

¹¹ Dubber, Einführung, S. 13 ff.

¹² Dressler, Understanding Criminal Law, S. 27–28.

¹³ Dressler, Understanding Criminal Law, S. 28. Mittlerweile gehört die Schaffung neuer Straftatbestände durch das Gericht der Vergangenheit an, ebenda, S. 29.

¹⁴ Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 19.

II. Verbrechen Aufbau und seine Konsequenzen unter dem Gesichtspunkt der Rechtstradition

Bevor auf die Problematik zur Bestimmung der Sachverhalte der Normbefolgungsunfähigkeit im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht eingegangen werden kann, soll zunächst geklärt werden, wo sich die subjektive Seite des Verbrechens insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Unrechtsbewusstseins im Verbrechen Aufbau einordnet. Zentral für die Klarstellung der Voraussetzungen der Normbefolgungsunfähigkeit ist es, den Verbrechen Aufbau zu verdeutlichen und seine Struktur zu zeigen, um so das Unrechtsbewusstsein als selbstständige Kategorie näher definieren zu können.

A. Dreistufige Struktur des Verbrechens

1. Vorbemerkungen

Es besteht in der deutschen Strafrechtsdogmatik im Wesentlichen Einigkeit darüber,¹⁵ dass Unrecht und Schuld getrennte Kategorien sind. Strittig ist allerdings, ob das Unrecht als ein sog. Gesamtunrechtstatbestand zu betrachten ist (Mindermeinung), oder als dreistufige Struktur (h.M.).¹⁶ Die erste Theorie geht von der Prämisse aus, dass Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu einem Gesamtunrechtstatbestand gehören und eine einzige Wertungsstufe bilden. Dieser Verbrechen Aufbau wird in Anlehnung an die Lehre vom negativen Tatbestandsmerkmal entwickelt.¹⁷ Nach dieser Lehre sollen die Rechtfertigungsgründe als negative Merkmale des Unrechtstatbestands betrachtet werden, da ihre Bewertung die gleiche Bedeutung haben soll wie die Bewertung der unrechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale. Im Gegensatz dazu besagt die zweite Theorie, dass der Verbrechen Aufbau aus drei Stufen besteht: Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld.¹⁸

¹⁵ Über die Einheit von Unrecht und Schuld vgl. *Pawlik*, FS für Otto 2007, S. 133 ff.; *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 80. Dieselbe Meinung vertritt *Mañalich*, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXIV - Nº 1 - Julio 2011, 87–115.

¹⁶ Diese Struktur ist ursprünglich von *Beling* entwickelt. Vgl. *Kindhäuser*, AT, § 6 Rn. 8.

¹⁷ Er ist aber nicht unbedingt an die Lehre von dem negativen Tatbestandsmerkmal gebunden, *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 5 Rn. 115.

¹⁸ Die h.L. hält sich an den dreistufigen Verbrechen Aufbau für die Analyse einzelner Merkmale des Unrechtstatbestands. Dazu z.B. *Kindhäuser*, AT, § 6 Rn. 1 ff.; *Krey/Esser/Röhling*, AT, § 10 Rn. 255 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, S. 43 ff.; *Roxin*, AT I, § 10 Rn. 1 ff.; *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 83 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 5 Rn. 129.

2. Folgen einer dreistufigen Struktur des Verbrechens

Ursprünglich wurde im deutschen StGB von 1871 zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld nicht unterschieden.¹⁹ Es gab keine Richtlinien, um zu bestimmen, ob ein Fall von Notwehr ein Schuldausschließungsgrund oder ein Rechtfertigungsgrund ist. Erste Schritte hinsichtlich einer solchen Unterscheidung wurden im Kontext des römischen Privatrechts von *Ihering* unternommen, der schon im Jahr 1867 die objektive Rechtswidrigkeit thematisiert hatte.²⁰ Er zeigte, dass Rechtswidrigkeit keine Schuld voraussetzt und beide nicht zusammenhängen bzw. der Schuldausschluss die Frage nach dem Rechtswidrigkeitsurteil nicht präjudiziert. Eine definitive Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit wurde erst von *Ernst Beling* konsequent vollzogen.²¹ Sowohl *Beling* als auch *von Liszt* und *Radbruch* haben diese Trennung eingeführt und die Stellung der beiden Kategorien im Verbrechenaufbau weiterentwickelt.²²

Der Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld wurde im Prinzip so verstanden, dass beide sich auf jeweils anderen Ebenen bewegen. Zur Rechtswidrigkeit gehört alles, was objektiv und in der äußeren Welt sichtbar ist, zur Schuld alles, was subjektiv, also innerlich, seelisch oder psychologisch ist.²³ Diese Betrachtung war jedoch unzureichend, weswegen die Rechtswidrigkeit um die subjektiven Unrechtselemente ergänzt und infolgedessen die sog. normative Schuldlehre entwickelt wurde. Diese versteht einerseits die Rechtswidrigkeit nicht nur als Äußerung des Willens, sondern auch als den inneren Willen; andererseits bedeutet die Schuld nicht nur einen Seelenzustand, sondern zudem die Vorwerfbarkeit der Willensbildung des Täters, mit anderen Worten, es fehlt die Motivation des Täters, Strafnormen zu befolgen.²⁴ Schließlich war es die finale Handlungslehre, der eine zufriedenstellende Synthese von Rechtswidrigkeit und Schuld gelang. Der Schuldvorwurf setzt demnach Willensfreiheit voraus. Ist der Täter unfähig, seinen Willen im normkonformen Sinne zu bilden und sich durch den normativen Inhalt des Gesetzes motivieren zu können, so liegt Normbefolgungsunfähigkeit vor. Dazu gehört auch der Fall, dass der Täter die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung nicht erkennen kann (Verbotsirrtum).²⁵ Dieser Gedankengang der finalen Handlungslehre wurde in die Verbotsirrtumslehre eingebaut und nicht nur von der Rechtsprechung anerkannt, sondern auch vom Gesetzgeber in § 17 des StGB.²⁶ Später wurde die finale

¹⁹ *Eser*, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 623.

²⁰ *Eser*, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 623; *Welzel*, JuS 1966, 421.

²¹ *Eser*, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 625; *Welzel*, JuS 1966, 421.

²² *Welzel*, JuS 1966, 422.

²³ Dies ist das sog. klassische Verbrechenssystem, das an einen psychologischen Schuld-begriff angelehnt wurde, *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 15; *Welzel*, JuS 1966, 422.

²⁴ Vgl. *Welzel*, JuS 1966, 423.

²⁵ *Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 144.

²⁶ Vgl. *Welzel*, JuS 1966, 423.

Handlungslehre jedoch kritisiert, weil ihr Handlungsbegriff ungenügend sei, um fahrlässige Taten und Unterlassungsdelikte als zweckmäßige/finale Ausübung des Willens zu begründen. Allerdings hat sich ihr wichtigstes Merkmal, d.h. die Stellung des Vorsatzes im subjektiven Tatbestand, in der Lehre durchgesetzt.²⁷

Die neoklassisch-finalistische Synthese der gegenwärtig herrschenden Verbrechenslehre versteht das Unrecht als Sozialschädlichkeit und die Schuld als Vorwerfbarkeit. Damit ist klargestellt, in welchem Sinne die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld verstanden werden soll: Das Unrecht wird als ein Unwerturteil bezüglich der Tat, die Schuld als ein Unwerturteil bezüglich des Täters angesehen.²⁸

Schließlich wird die Abgrenzung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung durch die deutsche allgemeine Lehre und Rechtsprechung anerkannt, insbesondere in dem eindeutigen gesetzlichen Unterschied zwischen rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB) und entschuldigendem Notstand (§ 35 StGB).²⁹

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Handlung dann rechtswidrig ist, wenn sie tatbestandsmäßig ist und kein Rechtfertigungsgrund (bspw. Notwehr, § 32, oder Notstand, § 24 StGB) vorliegt.³⁰ Eine Handlung ist dann schuldhaft, wenn der Täter ein strafrechtliches Unrecht verwirklicht hat und kein Schuldabschließungsgrund gegeben ist. Stehen beide Elemente in komplementärem Verhältnis, so ist das Unrecht (Tatbestand + Rechtswidrigkeit)³¹ Bezugspunkt des Schuldvorwurfs.³²

3. Unrechtsbewusstsein innerhalb des Verbrechensaufbaus

Das Vorhandensein von Unrechtsbewusstsein wurde nicht immer als der Schuld-kategorie zugehörig anerkannt. In der Vergangenheit fußte die Diskussion über die Einordnung des Unrechtsbewusstseins auf zwei gegensätzlichen Theorien: der Vorsatztheorie und der Schuldtheorie. Nach der Vorsatztheorie, die von *Binding*³³ und

²⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 2 ff.

²⁸ Vgl. *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 350 f.; *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 26 ff. In der modernen Lehre bleibt die Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld als unbestrittene Kategorie, aber das moderne Strafrechtssystem wird als ein zweckrationales Strafrechtssystem betrachtet, d.h., das Strafsystem ist nicht an ontische Strukturen geknüpft, sondern an Zwecksetzungen. So *Maurach/Zipf*, AT, S. 327.

²⁹ Vgl. *Hirsch*, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 54.

³⁰ *Roxin*, AT I, § 14 Rn. 1.

³¹ In der modernen Lehre werden die Begriffe „Rechtswidrigkeit“ und „Unrecht“ als Synonyme angewendet. Übereinstimmend mit dieser Beobachtung vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 8 Rn. 281.

³² Vgl. *Kindhäuser*, AT, § 6 Rn. 4.

³³ *Binding*, Normen, S. 148.

später von *Mezger*³⁴ vertreten wurde, gehört das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz. Die Schuldtheorie ging hingegen davon aus, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit keine Voraussetzung des Vorsatzes, sondern der Schuld sei. Im deutschen Recht endete der Streit über Vorsatz- und Schuldtheorie in der Nachkriegszeit: Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 18. März 1952 hielt an der Schuldtheorie fest.³⁵ Im Jahr 1975 hat der Gesetzgeber diese Grundlinie mit der Regelung der §§ 16, 17 StGB übernommen. Damit wurde festgeschrieben, dass ein fehlendes Unrechtsbewusstsein des Täters die Schuld ausschließt und nicht den Vorsatz. § 17 StGB setzt das Fehlen der Unrechtseinsicht beim Täter voraus, d.h. das Wissen des Täters darüber, dass sein Handeln rechtlich nicht erlaubt ist. Dies könnte im Prinzip auch als Wahrnehmung einer Sozialschädlichkeit seiner Handlung betrachtet werden. Nach h.M. ist das Bewusstsein der normativen *Strafbarkeit* eines Fehlverhaltens als solches nicht erforderlich, um die Schuld zu bejahen. Bei der Schuld geht es vielmehr darum, dass der Täter weiß, dass er eine sozial-ethisch zu missbilligende Tat begeht.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass das deutsche System bei der Kenntnis des Täters vom Unrecht seiner Tat von den folgenden Prämissen ausgeht: Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte (§ 17 StGB). Damit hat der deutsche Gesetzgeber das Prinzip *error iuris nocet* flexibilisiert.³⁶ Die Erkenntnis des *error iuris* als Schuldtausschlussgrund ist insofern im StGB fest verankert, hängt aber gleichzeitig von der Überprüfung der Vermeidbarkeit ab.

Das Unrechtsbewusstsein bezeichnet das Wissen und das geistige Verständnis des Täters darüber, dass sein Handeln verboten ist. Es ist nicht erforderlich, die Kenntnis der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens zu haben; allerdings ist es unerlässlich, dass der Täter eine bestimmte Rechtsgutsverletzung als Unrecht erkennt. Ausreichend ist nach der h.M. die Kenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit.³⁷ Es ist jedoch schwierig zu bestimmen, was unter materieller Rechtswidrigkeit zu verstehen ist (bspw. Kenntnis der Sozialschädlichkeit, Moralwidrigkeit etc.).³⁸ Außerdem ergeben sich Probleme mit dem Schuldprinzip, wenn mit der Annahme der Schuldtheorie Kriterien wie das potenzielle Unrechtsbewusstsein sowie das Mitbewusstsein ausreichend sein sollen, um etwa einen Verbotsirrtum auszuschließen und das Unrechtsbewusstsein des Täters zu bejahen, obwohl beide Maßstäbe hypothetische bzw. abstrakte Annahmen darstellen, scil. sich auf der

³⁴ *Perkins*, 88 U. Pa. L. Rev. 35 (1939), 42 ff.

³⁵ BGH 41, 121, 122.

³⁶ *Kohlrausch*, Irrtum, S. 86.

³⁷ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, S. 48 ff.; *Kindhäuser*, AT, S. 228; *NK-Neumann*, § 17 Rn. 22; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 56 f.; *SK-Rudolphi*, § 17 Rn. 4.

³⁸ Für eine tiefere Analyse über den Gegenstand des Unrechtsbewusstseins siehe Teil 2, I.B.1.

Ebene des Sollens und nicht des Seins befinden.³⁹ D.h, sie gehören nicht notwendig zu der Ebene der tatsächlichen Kenntnis, sondern der Hypothese vom möglichen Wissen des Täters.

B. Die zweistufige Struktur des Verbrechens

1. Vorbemerkungen

Ohne einen Begriff des Unrechtsbewusstseins ausdrücklich zu enthalten, besteht im US-amerikanischen Recht die Verbrechensstruktur aus zwei zentralen Elementen: der *mens rea* (subjektive Seite des Verbrechens bzw. Wille) und dem *actus reus* (objektive Seite des Verbrechens bzw. Handlung).⁴⁰ Die strafrechtliche Verantwortung setzt allerdings nicht nur *mens rea* und *actus reus* voraus, sondern auch die Kausalität als bindendes Element.⁴¹ Mit *mens rea* sind alle Formen des Vorsatzes (*intent*), der Absicht (*specific intent*) und der bewussten/unbewussten Fahrlässigkeit (*recklessness/negligence*) gemeint.⁴² Im Ergebnis muss der Täter mit einer sog. *guilty mind* (schuldhafter Gesinnung) gehandelt haben, damit seine strafrechtliche Verantwortung angenommen werden kann. Allerdings kennt das US-amerikanische Strafrecht auch eine verschuldensunabhängige Haftung des Täters (*strict liability*), gemäß der seine strafrechtliche Verantwortung ohne die Notwendigkeit der *mens rea* eintreten kann.⁴³

2. Folgen einer zweistufigen Struktur des Verbrechens

Die zweistufige Verbrechenslehre im US-amerikanischen Strafrecht hat im Wesentlichen zur Folge, dass sie nicht nach einer Tatbestandsmäßigkeit der Handlung des Täters im Sinne eines objektiv und subjektiv verwirklichten Unrechts fragt und für sie Rechtswidrigkeit (*wrongfulness*) sowie Schuld als solche keine selbstständigen Merkmale eines Verbrechens ausmachen.⁴⁴ Handelt der Täter also in Erfüllung von *actus reus* und *mens rea* tatbestandsmäßig, so wird nicht in einem zweiten Schritt explizit untersucht, ob seine Tat, die objektiv gesehen einen Erfolgs- und Handlungsunwert aufweist, bei einer materiell-rechtlichen Wertungsprüfung ausnahmsweise doch keine Rechtswidrigkeit darstellt, also einem sozialetischen Un-

³⁹ Schiemann, ZJS 2012, 774.

⁴⁰ Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 301.

⁴¹ Hay, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 683.

⁴² Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 683.

⁴³ Engelhart, Sanktionierung, S. 64. Dies ist der Fall für Bereiche wie z.B. Straßenverkehr, Gesundheitswesen usw.

⁴⁴ Fletcher, Rethinking, S. 467.

werturteil nicht unterliegt, weil ein Erlaubnistatbestand, etwa Notwehr, eingreift.⁴⁵ Weiterhin wird innerhalb der subjektiven Seite des Verbrechens (*mens rea*) zwischen den verschiedenen Sachaspekten nicht unterschieden. Das Wissen des Täters von den objektiven Tatumständen und sein Wollen zur Verwirklichung der Tat betrifft grundsätzlich den Unwert seiner Handlung, während die Bewertung von der sozialschädlichen und sittenwidrigen Tat das persönliche Unwerturteil des Täters ist.⁴⁶ Deswegen ist vor allem kein Schuldbegriff entwickelt worden, der inhaltlich von der typischen Erscheinungsform der *mens rea*, nämlich vom Vorsatz unterscheidbar wäre.⁴⁷ Die dogmatische Konzeption der zweistufigen Verbrechenslehre liefert in diesem Zusammenhang schließlich das Ergebnis, das für die vorliegende Arbeit von erheblicher Bedeutung ist: Das persönliche Werturteil des Täters bezüglich seiner Tat (Unrechtsbewusstsein) ist nach US-amerikanischem Strafrecht in erster Linie und vordergründig ein Aspekt seines Vorsatzes (dazu gleich unten mehr).

Der zweistufigen Verbrechenslehre liegt bei näherem Hinsehen in der Rechtsanwendung eine bestimmte praktische Denkweise zugrunde. So wird im US-amerikanischen Strafrecht zwischen *excuse (of the actor)* (Schuldausschließungsgrund) und *justification (of the act)* (Rechtfertigungsgrund) nicht klar unterschieden,⁴⁸ weil der Täter in beiden Fällen freigesprochen würde. In der Philosophie und der Strafrechtsdogmatik hat man sich dennoch mit Mühe auf eine prinzipielle Unterscheidung geeinigt.⁴⁹

Dieser Pragmatismus führt aber zu dogmatischen Ungereimtheiten innerhalb des simplen Beurteilungssystems der zweistufigen Verbrechenslehre der US-amerikanischen Verbrechenstheorie, und zwar bei der Beurteilung der putativen Notwehr (*putative self-defense*).⁵⁰ Das Paradebeispiel dafür ist der sog. *battered-women-case* bzw. Haustyrannen-Fall, bei dem die von ihrem Mann ständig misshandelte Frau irrig davon ausgeht, dass die Voraussetzungen einer Notwehr gegeben seien. Ein solcher Fall liegt z.B. vor, wenn die Frau ihren tyrannischen Mann tötet, während er schläft, da es sonst für sie zu spät für eine Abwehrreaktion auf den zu erwartenden gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff sein könnte. Hätte dieser tatsächlich vorgelegen und wäre er von ihrem Vorsatz erfasst, so wäre ihre Tat gerechtfertigt gewesen. Da dies nicht der Fall ist – weil kein aktueller Angriff vorliegt –, bleibt ihr Vorsatz unberührt, die Tat also rechtswidrig. Allerdings ändert ihre irri- ge An-

⁴⁵ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 8 Rn. 387.

⁴⁶ Vgl. Roxin, AT I, § 7 Rn. 22; Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 133.

⁴⁷ Fletcher, The Grammar, S. 44.

⁴⁸ Eser, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 621; Fletcher, Rethinking, S. 762.

⁴⁹ Eser, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 622; Greenwalt, Colum. L. Rev., Vol. 84, No. 8 (Dec. 1984), 1897 ff.; Horowitz, Law & Contemp. Probs., Vol. N° 3, Responsibility (Summer 1986), 109 ff.; Milhizer, 78 St. John's L. Rev., Vol. 78, 2004, 725 ff.; Mousourakis, 7 Tilburg Foreign L. Rev. 35, (1998), S. 35 ff.

⁵⁰ Fletcher, Rethinking, S. 763; ders., The Grammar, S. 49 f.

nahme nichts daran, dass sie selbst ihre Tat normativ als richtig bewertet, weil ihr ein Erlaubnistatbestand zugute komme. Die Frau handelt damit rechtswidrig und ihre Handlung wird von Notwehr nicht gedeckt. Fraglich ist allerdings, ob die Frau in einer Notsituation gehandelt hat, die ihre Schuld ausschließen würde. Im US-amerikanischen Recht dagegen wird ein Fall von putativer Notwehr als ein Problem der Rechtfertigung (*wrongfulness of the act*) und nicht als ein Problem der Schuld (*attribution of the act to the actor, culpability*) betrachtet.⁵¹ Dies lässt sich vor allem damit erklären, dass der MPC keine Rechtsfigur wie einen entschuldigenden Notstand enthält.⁵² Der Grund dafür ergibt sich aus der zweistufigen Struktur des Verbrechens, die in einem gewissen Maße die subjektiven Elemente des Verbrechens unter *mens rea* einordnet, inklusive der Schuldkategorie. Gleichzeitig war in der US-amerikanischen Rechtstradition die Diskussion über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nie von großer Bedeutung.⁵³

Diese Lösung, die die putative Notwehr und eine tatsächliche Notwehr überzeugend nicht gleichbehandelt, ist nur möglich, wenn zwischen der Rechtswidrigkeit und der Schuld einerseits und der Schuld und dem Vorsatz andererseits unterschieden wird. Die zweistufige Verbrechenslehre des US-amerikanischen Strafrechts vermag dies aber nicht⁵⁴ und gibt infolgedessen auch keine dogmatisch klare Antwort auf das Fehlen des Unrechtsbewusstseins.

3. Unrechtsbewusstsein innerhalb des Verbrechenbaus

Das Unrechtsbewusstsein, das, wie oben festgestellt, primär als ein Problem des Vorsatzes (*mens rea*) verstanden wird, kann nach der zweistufigen Verbrechenslehre des US-amerikanischen Strafrechts nur dann ausnahmsweise zum Ausschluss der *mens rea* führen, wenn der Tatbestand (*actus reus*) der jeweiligen Straftat ausdrücklich eine besondere vorsätzliche Handlung, namentlich *willfully* oder *knowingly*, erfordert.⁵⁵ Hierin liegt m.E. eindeutig eine Vorsatzanforderung und keine Äußerungsform der Schuld. Allerdings behauptet die h.L., dass ein *mistake of law culpability* (*blameworthiness*) ausschließt.⁵⁶ Weil das Unrechtsbewusstsein sowohl im Sinne des Vorsatzes als auch im Sinne der Schuld unter *mens rea* eingeordnet wird, bleibt unklar, ob für das US-amerikanische Recht das fehlende Unrechtsbewusstsein ein Problem der Schuld oder des Vorsatzes ist. Es wird nicht deutlich, ob dadurch die Verwirklichung eines subjektiven Unrechtselements nicht gegeben ist

⁵¹ Fletcher, Rethinking, S. 759.

⁵² Die Notwehr und die putative Notwehr sind in § 3.04 MPC geregelt.

⁵³ Fletcher, Rethinking, S. 767.

⁵⁴ Ambos, 26 Cardozo L. Rev. 2647–2673 (2007), 2662 f.

⁵⁵ Davies, Duke L.J. (Dec. 1998), 342; Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, S. 155.

⁵⁶ Fletcher, The Grammar, S. 44.

(*element of the offence*), dass mit den Wörtern *willfully* oder *knowingly* im Tatbestand signalisiert werden muss, oder ob die persönliche Verantwortlichkeit des Täters (*responsibility*) lediglich aufgrund des fehlenden Unrechtsbewusstseins als persönlicher Schuldvorwurf des Täters verneint wird.⁵⁷ Allerdings lässt sich feststellen, dass die Anforderung an eine intensive *mens rea* oder spezielle subjektive Voraussetzungen (*specific criminal intent*) das funktionale Äquivalent zum Unrechtsbewusstsein darstellt.⁵⁸

III. Zusammenfassung

Die dreistufige Verbrechensstruktur des deutschen Strafrechts ist dogmatisch in mehrfacher Hinsicht der zweistufigen des US-amerikanischen Rechts überlegen. Die drei Stufen, nämlich Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld ermöglichen eine negative Ausformulierung der Verbrechensmerkmale, deren Ausschließung jeweils eine unterschiedliche Wertung der Tat zur Folge hat. Solche Ausschlussmöglichkeiten sind in der Nomenklatur von *actus reus* und *mens rea* undurchführbar.⁵⁹ Die graduelle Überprüfung eines Verbrechens in dem Sinne, dass die Tatbestandsmäßigkeit ein Indiz für die Rechtswidrigkeit der Tat ist, und dass Letztere ein Indiz für die Schuld des Täters darstellt, und diese Indizien wiederum in bestimmten Konstellationen widerlegt werden können, ist der zweistufigen Verbrechenstheorie des US-amerikanischen Rechts fremd. Denn die Überprüfung von *actus reus* und *mens rea* fordert weder die Analyse der Tat in einer bestimmten Abfolge noch ist der Stellenwert der beiden Merkmale für das Tatunrecht und die Missbilligung der persönlichen Handlung des Täters klar. Sie stehen in einem allgemeinen unspezifischen komplementären Verhältnis zueinander.⁶⁰ Dieser Stand der zweistufigen Verbrechenstheorie des US-amerikanischen Strafrechts erinnert an das klassische – und in Deutschland schon überwundene – Verbrechenssystem, das von *von Liszt* und *Beling* entwickelt wurde, in dem Unrecht einerseits und Schuld andererseits den äußeren und inneren Aspekten des Verbrechens entsprachen.

Eine sachgerechte Beurteilung des Verbrechens mit all seinen Aspekten bedarf in vieler Hinsicht einer eingehenderen Analyse, die nicht zuletzt wegen einer überzeugenden Einordnung des Unrechtsbewusstseins im Verbrechenaufbau unerlässlich ist. So erfordert die Abgrenzung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen ein transversales Prinzip, das ihnen gemeinsam ist, nämlich das

⁵⁷ Russell, 28 Cardozo L. Rev. 2675 (2007), 2677.

⁵⁸ Keedy, 22 Harv. L. Rev., (1908), 89.

⁵⁹ Fletcher, The Grammar, S. 51; Russell, 28 Cardozo L. Rev. 2675 (2007), 2676.

⁶⁰ Russell, 28 Cardozo L. Rev. 2675 (2007), 2676.

Erforderlichkeitsprinzip.⁶¹ Dies bedeutet, dass Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe voraussetzen, dass das gefährdete Gut nur durch einen Eingriff in ein anderes Gut gewahrt werden kann.⁶² In der modernen Lehre, die diese Abgrenzung anerkennt, besteht Konsens darüber, dass alle Rechtfertigungsgründe ein subjektives Element einschließen. Bei den Entschuldigungsgründen ist dieses subjektive Element Voraussetzung für ihr Vorhandensein, d.h. für die Korrelation von objektivem Geschehen auf der einen Seite und psychischer Wahrnehmung und Motivation auf der anderen Seite.⁶³ Normbefolgungsunfähigkeit erklärt sich nach diesen Überlegungen als ein Entschuldigungsgrund, weil die Motivation des Täters, ein normkonformes Verhalten zutage zu legen, fehlt. Einen Rechtfertigungsgrund kann sie aber trotz des genannten subjektiven Elements nicht begründen, weil der Motivationsmangel nicht auf eine innere Bilanz des Täters zurückzuführen ist, zur Bewahrung rechtmäßiger Interessen eine im Ergebnis rechtlich erlaubte (Straf-)Tat zu begehen.

Gegen eine solche Unterscheidung lässt sich einwenden, dass im Sinne der Wirkung der Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund keinen entscheidenden Unterschied ausmacht, da beide einen *de-penalizing impact*⁶⁴ (Nichtahndungsauswirkung) haben. Darum wird nun die Frage nach der Notwendigkeit einer Unterscheidung besonders wichtig. Im deutschen Recht gibt es vier mögliche Antworten auf diese Frage. Erstens ist die Abgrenzung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen eine Form der Optimierung der Gerechtigkeit.⁶⁵ Nach diesem Kriterium gibt es einen Unterschied zwischen einem, der sich gemäß der Rechtsordnung verhalten hat (dies ist der Fall, wenn jemand wegen Notwehr freigesprochen wird), und einem, der nur freigesprochen wird, weil bei ihm die Schuldfähigkeit fehlt. Der letzte Fall lässt die Unrechtmäßigkeit der Tat unberührt. Man braucht einen moralischen Unterschied zwischen beiden Rechtsfiguren.⁶⁶ In diesem Sinn ist Hassemer der Meinung, dass die moralische Reaktion und das soziale Stigma, verbunden mit Strafe oder Freispruch, nicht nur durch das endgültige Urteil beeinflusst werden, sondern auch durch die rechtlichen Tatsachen und ihre rechtliche Beurteilung, die im Urteil des Gerichts erwogen worden sind.⁶⁷ Also ist entscheidend, warum der Angeklagte freigesprochen oder nur nicht bestraft wird. Normbefolgungsunfähigkeit hat in diesem Sinne keinen eigentlichen Freispruch zur Folge, sondern eine

⁶¹ Vgl. Perron, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 106.

⁶² Perron, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 106.

⁶³ Vgl. Perron, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 112.

⁶⁴ Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 24. Im gleichen Sinne Gabriel J. Chin über die Nützlichkeit für das Strafrechtssystem der Abgrenzung zwischen *justification* und *excuse* „has not yet been demonstrated“ (ist noch nicht bewiesen), Chin, Gabriel J., 43 U. Mich. J.L. Reform 79 (2009), 80.

⁶⁵ Vgl. Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 26.

⁶⁶ Vgl. Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 26–27.

⁶⁷ Vgl. Hassemer, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 189.

Straflosigkeit, die aber dogmatisch begründet werden muss. Nicht zuletzt deswegen sind Notstand (*necessity*), Nötigungsnotstand (*duress*), Steuerungsunfähigkeit (*insanity*) und Notwehr (*self-defense*) bisher in der US-amerikanischen Verbrechenslehre unklare Begriffe geblieben, weil sie weder als ein Rechtfertigungs- noch als ein Entschuldigungsgrund eingeordnet werden können.⁶⁸ Obwohl in der Verbrechensstruktur nicht anerkannt, versucht die Lehre Rechtfertigung und Entschuldigung zu unterscheiden und zu trennen; insbesondere, weil beide in der Wahrnehmung der Strafe als präventive Maßnahmen eine andere Einwirkung auf die Gesellschaft und den Angeklagten selbst haben.⁶⁹

Zweitens ermöglicht die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen die Sanktionierung von unschuldig, aber rechtswidrig begangenen Tathandlungen.⁷⁰ Das deutsche Strafrechtssystem kennt dementsprechend ein zweispuriges System, das zwei Sanktionsmöglichkeiten enthält: Strafe und Maßregelung.⁷¹ Die Strafe setzt Schuld voraus, während die Maßregelung nur ein Unrecht, aber keine Schuld erfordert. Diese Abgrenzung ist nur dann überzeugend möglich, wenn Rechtswidrigkeit und Schuld unterschieden werden. Nach diesem Konzept stellt sich die Frage, ob die Normbefolgungsunfähigkeit als Schuldausschlussgrund die Verhängung von Maßregeln rechtfertigen kann und welche Art von Maßregeln im konkreten Fall angewendet werden können. Auf diese Frage wird später zurückzukommen sein.⁷²

Drittens lässt sich für die Notwendigkeit der Unterscheidung der Rechtfertigungs- von den Entschuldigungsgründen der Tatbestand an sich anführen.⁷³ Der typische dreistufige Verbrechensaufbau differenziert nämlich zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld: Tatbestandsmäßigkeit ist die Erfüllung der spezifischen Unrechtsmerkmale.⁷⁴ Rechtswidrigkeit ist die objektive Bewertung der Tat als rechtsverstoßend. Und schließlich ist die Schuld die subjektive Verwerflichkeit der Tat durch die Tatbegehung eines Täters. Diese dreistufige Struktur ermöglicht die Abgrenzung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, weil die Rechtfertigungsgründe auf der Ebene der Rechtswidrigkeit angewendet werden müssen,⁷⁵ Entschuldigungsgründe hingegen im Bereich der

⁶⁸ Fletcher, The Grammar, S. 45.

⁶⁹ Siehe dazu Eser, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 622; Greenwalt, Colum L. Rev., Vol. 84, No. 8 (Dec. 1984), 1897 ff.; Horowitz, Law and Contemporary Problems, Vol. N° 3, Responsibility (Summer 1986), 109 ff.; Milhizer, St. John's Law Review, Vol. 78, (2004), 725 ff.; Mousourakis, 7 Tilburg Foreign L. Rev. 35, (1998), 35 ff.

⁷⁰ Vgl. Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 28.

⁷¹ Vgl. Roxin, AT I, § 1 Rn. 2 ff.

⁷² Siehe unten Teil 5, I.A.

⁷³ Vgl. Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 40.

⁷⁴ Vgl. Roxin, AT I, § 5 Rn. 67 ff.

⁷⁵ So Roxin, AT I, § 14 Rn. 1: „Ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund [...] die Rechtswidrigkeit ausschließt.“

Schuld.⁷⁶ Das hat zur Folge, dass die Normbefolgungsunfähigkeit als Entschuldigungsgrund auf der Ebene der Schuld zu überprüfen ist.

Viertens sind die Unterschiede zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen aus der Perspektive der Substanz des Verbrechens und des normativen Schuldbegriffs zu erklären.⁷⁷ Die Entwicklung vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff erfordert eine unabhängige Zumutbarkeit,⁷⁸ welche zentral für die Lehre der Rechtfertigungsgründe ist.⁷⁹ Anders gesagt: Der normative Schuldbegriff setzt nicht nur eine subjektive Beziehung des Täters zur Tat voraus, sondern auch die Vorwerfbarkeit und der Wille spielen „in der normativen Bewertung eines psychischen Sachverhalts“⁸⁰ eine entscheidende Rolle. In diesem Sinne bedeutet Schuld Vorwerfbarkeit⁸¹ und die Bejahung des Unrechtsbewusstseins. Daraus lässt sich entnehmen, dass die Normbefolgungsunfähigkeit die Kehrseite des Unrechtsbewusstseins ist bzw. die Schuld ausschließt.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass der Unterschied zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen darin liegt, dass eine gerechtfertigte Handlung ein rechtmäßiges Verhalten ist. Sie stellt ein erlaubtes Verhalten dar, welches auch objektiv von jedermann so betrachtet wird. Der Rechtfertigungseffekt ist ein objektiver Effekt⁸² und betrifft jeden Handelnden und jeden Teilnehmer dieser Handlung – vorausgesetzt, dass jeder Handlungsteilnehmer denselben Bedingungen unterliegt. Der Entschuldigungsgrund beschreibt hingegen ein nicht gebilligtes Verhalten, das unerlaubt und nicht rechtmäßig ist. Der Effekt ist subjektiv, deshalb wird die Strafe ausgeschlossen oder gemildert, wenn es sich um Täter handelt, die sich entweder im entschuldigenden Notstand oder im Verbotsirrtum befunden haben.⁸³ Im Sinne dieser Systematik ist die Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung unerlässlich. Beide haben als Verteidigungselemente unterschiedliche Auswirkungen auf die Verbrechenstruktur, weil Rechtfertigungsgründe die durch die Erfüllung des Tatbestands indizierte Rechtswidrigkeit ausschließen;⁸⁴ während Entschuldigungsgründe die Schuld ausschließen.⁸⁵

⁷⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 10 Rn. 432.

⁷⁷ Vgl. Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 41.

⁷⁸ Die Entwicklung vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff wurde von Frank bearbeitet. Hauptgrund dafür war, dass mit einem psychologischen Schuldbegriff der entschuldigende Notstand nicht erklärbar war. Vgl. Roxin, AT I, § 19 Rn. 10 ff.

⁷⁹ Vgl. Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 43.

⁸⁰ Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 10 Rn. 407.

⁸¹ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351 f.; Krey/Esner/Röhling, AT, § 8 Rn. 221.

⁸² Im Unwerturteil wird der persönliche Vorwurf an den Täter noch nicht berücksichtigt, deswegen ist es ein Unwerturteil über die Tat und nicht über den Täter und somit als ein objektives Urteil zu betrachten, Maurach/Zipf, AT, S. 326.

⁸³ Vgl. Roxin, AT I, § 7 Rn. 197.

⁸⁴ Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 61.

⁸⁵ Roxin, AT I, § 19 Rn. 56 ff.

Das gilt auch für einen Fall der Normbefolgungsunfähigkeit, die sich in einer besonderen Weise durch fehlendes Unrechtsbewusstsein auszeichnet.

In Deutschland ist nach der gesetzlichen Anerkennung der Schuldtheorie das Unrechtsbewusstsein als ein selbstständiges Schulselement klar anerkannt. Dies ist in der deutschen Lehre und Rechtsprechung fast unumstritten. Schwieriger ist es mit der Frage, was die Annahme der Schuldtheorie bedeutet. Zum einen stellt sie einen Verzicht auf die aktuelle Unrechtseinsicht dar; ausreichend ist das sog. Mitbewusstsein,⁸⁶ was nach einer strengen Konzeption des Schuldprinzips problematisch sein kann,⁸⁷ weil das Schuldurteil auf einer realen Ebene gefällt werden soll. Auf einer realen Ebene geht man von dem aus, was der Täter zum Zeitpunkt der Verwirklichung der Tat tatsächlich weiß (bzw. versteht), während man auf einer idealen (abstrakten) Ebene von dem ausgeht, was der Täter wissen könnte bzw. „hätte wissen können“.⁸⁸ Zum anderen steht noch die Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit aus, um die der Täter hätte wissen müssen. Die typisch dogmatische Wendung der „Kenntnis einer Rechtsgutverletzung“ ist noch unklar und sie bleibt „auf halbem Weg“,⁸⁹ wenn sie die konkrete Kenntnis vonseiten der Normadressaten einrahmen muss. Mit einer „Kenntnis der Rechtsgutverletzung“ kann zu viel verlangt werden.

Wie bereits mehrfach festgestellt, fehlt das Unrechtsbewusstsein als selbstständiges Merkmal des Verbrechens im US-amerikanischen Strafrecht. Gleichzeitig muss man aber sagen, dass durch die Anforderung eines *specific criminal intent* bei manchen Delikten, die in der zweistufigen Struktur bei der *mens rea* angesiedelt werden, ein funktionales Äquivalent gefunden wurde. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass bei der Feststellung des Unrechtsbewusstseins kein sog. potenzielles Unrechtsbewusstsein als ausreichend angesehen wird, welches in Deutschland so problematisch ist, sondern ein reales Unrechtsbewusstsein verlangt wird. D.h. die Kenntnis des Täters von der materiellen Rechtswidrigkeit seiner Tat muss aktuell bei der Begehung der Tat vorhanden sein.

Nachdem damit die Grundlagen der Verbrechenslehre und insbesondere der Aspekt des Unrechtsbewusstseins im deutschen und US-amerikanischen Recht herausgearbeitet wurden, widmet sich die Untersuchung im Folgenden dem ersten Fall der Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund mangelnder rechtlicher Information.

⁸⁶ Vgl. Kindhäuser, AT, § 28 Rn. 10; NK-Neumann, § 17 Rn. 33; Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 83; Schmidhäuser, FS für H. Mayer, S. 317 ff. Dazu unten Teil 2, I.B.5.b)aa).

⁸⁷ Der chilenische Lehrer Mañalich ist ein Kritiker dieser Auffassung, der den Verzicht auf die Aktualität unhaltbar findet, da sie im Hinblick auf das Schuldprinzip problematisch ist, Mañalich, Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos contra la Autodeterminación Sexual, Informe en Derecho N° 2, 2011, Julio, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, S. 1 ff.

⁸⁸ Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 158.

⁸⁹ Vgl. Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 147.

Zweiter Teil

Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund mangelnder rechtlicher Information

Sowohl in Deutschland als auch in den USA kann die fehlende Normkenntnis des Täters zu einem Verbotsirrtum – in Deutschland – oder einem *mistake of law* – in den USA – führen. Grund dafür ist, dass dem Täter Information über den Unrechtscharakter seines Handelns fehlt.

I. Steuerungsmangel wegen fehlender Normkenntnis: Die Verbotsirrtumslösung im deutschen Recht

§ 17 StGB beschreibt den Verbotsirrtum wie folgt:

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Diese kurze Beschreibung besagt jedoch noch nichts darüber, wann die Einsicht fehlt und was genau mit Unrecht gemeint ist. Dazu bedarf es einer Darstellung der sogenannten Erscheinungsformen des Verbotsirrtums.

A. Erscheinungsformen des Verbotsirrtums

Diese lassen sich in direkten Verbotsirrtum, Erlaubnisirrtum und Verständnisverbotsirrtum aufteilen.

1. Direkter Verbotsirrtum

Ein direkter Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter glaubt, dass sein Verhalten erlaubt ist, weil er die Verbotsnorm nicht kennt (1. Existenzirrtum), sich in der Auslegung der Reichweite der Norm irrt (2. Subsumtionsirrtum) oder sie für ungültig hält (3. Gültigkeitsirrtum).

- Beispiel für Fall 1: Ein 20-jähriger Deutscher weiß nicht, dass der Beischlaf mit seiner 18-jährigen Schwester nach § 173 StGB strafbar ist.

- Beispiel für Fall 2: Ein 20-jähriger Deutscher weiß, dass der Beischlaf mit seiner 18-jährigen Schwester verboten ist, er kennt § 173 StGB, aber er denkt, dass Oralverkehr kein Beischlaf ist.
- Beispiel für Fall 3: Ein 20-jähriger Deutscher kennt § 173 StGB, denkt aber, dass er wegen Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ungültig ist. Die Konvention bindet die Vertragsstaaten an das Verbot jeder Diskriminierungsform (Art. 1).

2. Erlaubnisirrtum

Es handelt sich um einen Erlaubnisirrtum, wenn der Täter die Grenze einer rechtlichen Erlaubnisnorm und insbesondere eines Rechtfertigungsgrundes nicht kennt (1. Erlaubnisgrenzirrtum), an die Existenz eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes glaubt oder sich bezüglich der Gültigkeit eines existierenden Rechtfertigungsgrundes irrt (2. Erlaubnisnormirrtum).¹

- Beispiel für Fall 1: Ehemann A kommt betrunken nach Hause und schlägt, wie immer, seine Ehefrau B. Dann schläft A ein. B tötet ihren schlafenden Ehemann, weil sie weiß, dass sie sich nicht wird verteidigen können, wenn er wieder aufgewacht ist. Sie denkt, dass ihre Handlung noch als Notwehrsituation gilt.
- Beispiel für Fall 2: A denkt, dass er den frechen Nachbarsohn B, wenn nötig, auch körperlich züchtigen darf. Von der vermeintlichen Existenz einer solchen Erlaubnisnorm hat er eine falsche Vorstellung.

3. Verständnisverbotsirrtum

Der Begriff „Verständnisverbotsirrtum“ findet in der Lehre weder verbreitet Anwendung noch sind seine Konturen klar beschrieben.² Er ist von der deutschen Lehre teilweise zwar richtig als neue Irrtumskategorie identifiziert,³ wird aber noch nicht eingeordnet als eine dritte Art von Verbotsirrtum und mit einer einheitlichen Bezeichnung versehen. Deshalb ist der Ausdruck „Verständnisverbotsirrtum“ oder „kulturell bedingter Verbotsirrtum“ nur als Ansatz-Begriff für die Zwecke dieser Arbeit zu betrachten.

Ein Verständnisverbotsirrtum bzw. kulturell bedingter Verbotsirrtum des Täters liegt vor, wenn er aufgrund seines mangelnden Verständnisses für eine Verbotsnorm den Unrechtscharakter seiner Tat nicht einsieht. Das mangelnde Verständnis ist in dem Fall auf eine abweichende Wertvorstellung des Täters zurückzuführen,

¹ LK-Vogel, § 17 Rn. 32.

² So Bustos, FS für Tiedemann, S. 350 f. Vgl. Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 70–79.

³ Siehe Bustos, FS für Tiedemann, S. 350 ff. Köhler, AT, S. 437 ff.; Laubenthal/Baier, GA 2000, 206 ff.; Valerius, Kultur, S. 171 ff.

weil er etwa eine andere Auffassung von Gut und Böse hat und sich nicht entsprechend der allgemeinen Wertordnung vorstellt, was erlaubt oder verboten ist. Der Täter ist nicht (unbedingt) geistig eingeschränkt,⁴ hat aber Schwierigkeiten, den Bedeutungsgehalt der rechtlichen Normen zu verstehen. Diese Schwierigkeiten können dadurch begründet sein, dass sein kultureller Umkreis andere Wertvorstellungen hat als die Mehrheitsgesellschaft oder er aus geografischen oder soziologischen Gründen isoliert aufgewachsen ist (sog. exotische Sozialisation).⁵

Der Unterschied zwischen einem Verständnisverbotsirrtum und den klassischen Arten von Verbotsirrtum liegt im jeweils anderen Ursprung des Irrtums. Beim klassischen Verbotsirrtum (direkter oder indirekter) ist der Ursprung der Normbefolgungsunfähigkeit ein Informationsdefizit des Täters bezüglich einer bestimmten Strafnorm. Im Fall eines Verständnisverbotsirrtums liegt die Normbefolgungsunfähigkeit nicht beim Informationsdefizit, sondern bei den abweichenden kulturellen Wertvorstellungen des Täters. Es kann sein, dass der fremdkulturelle Täter eine bestimmte Norm kennt und ein scheinbares davon Verständnis besitzt, aber die Norm nicht als geistig „gespeicherte“ Wertvorstellung internalisiert. Er verinnerlicht die Norm nicht, weil er eigentlich zu einem anderen Kommunikationssystem gehört. Daraus folgt, dass die Vermeidbarkeitsprüfung im Rahmen des „normalen“ Verbotsirrtums für solche Fälle ungenügend ist, weil sie die Unterschiede dieser Gruppe nicht angemessen berücksichtigt. Hierfür sind andere Maßstäbe erforderlich. Dementsprechend wird nicht das einfache Verständnis verlangt, sondern es müssen Maßstäbe gelten, die auf einem vertieften Verständnis der kulturellen Unterschiede basieren, bspw. die Internalisierung.

Dies gilt allerdings nicht für den Fall, in dem der Täter die Normen kennt und versteht, sie aber nicht akzeptiert. In diesem Fall hat er eine gegen das ganze Rechtssystem gerichtete Einstellung. Solch ein Täter handelt mit Unrechtsbewusstsein. Mit anderen Worten, der Täter, der im klassischen Verbotsirrtum handelt, und der Täter (bspw. fremdkulturelle Täter), der im Verständnisverbotsirrtum handelt, haben unterschiedliche Kenntnisgrade bzw. Kenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit. Ihr Verständnis von einem Rechtsverstoß gegen ein Rechtsgut ist jeweils anders, weil beide Normadressaten sich nicht im gleichen rational-kulturellen Umfeld bewegen.⁶ Der fremdkulturelle Normadressat hat die Werte von diesen Rechtsgütern nicht verinnerlicht. Hier handelt es sich um nicht um eine Frage des Wissens, sondern der Internalisierung, während es beim Normadressaten im klassischen Fall des Verbotsirrtums eine Frage des Wissens und nicht der Verinner-

⁴ Vgl. NK-Schild, § 20 Rn. 102. In diesem Sinn zutreffend Jakobs, AT, § 19 Rn. 7. Zum Ausschluss von Fällen nach § 20: Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 5; Koller, Ausländer und Migranten im Maßregelvollzug – fremd in Therapie und Recht, S. 25; Valerius, JZ 2008, 918.

⁵ Jakobs, AT, § 19 Rn. 7.

⁶ Siehe Bustos, FS für Tiedemann, S. 351.

lichung ist.⁷ Der Fall des Verständnisverbotsirrtums geht über den konkreten Fall hinaus. Fremdkulturelle Normadressaten haben nicht nur ein Problem im konkreten Fall wegen eines konkreten Tatbestands, sondern sie haben ein Problem größeren Ausmaßes, nämlich die fehlende Internalisierung der allgemeinen Schutzwürdigkeit und des Stellenwerts der Rechtsgüter in der deutschen Gesellschaft.⁸

Der Begriff „Internalisierung“ stammt aus der Sozialisationstheorie von *Habermas*.⁹ Es geht dabei im Allgemeinen um die Verinnerlichung von Verhaltensmustern bzw. um die Werteorientierung des Einzelnen.¹⁰ Diese bewegen sich nach *Habermas* in einem Wissens- und Handlungssystem, welches einen Sozialisationsprozess der Mitglieder einer Gesellschaft und anspruchsvolle Kompetenzen bei diesen erfordert.¹¹ Dieses Wissens- und Handlungssystem, das auch das Rechtssystem einschließt, muss vom Einzelnen internalisiert und dadurch auf kultureller und gesellschaftlicher Ebene etabliert werden. Können diese sich aber dieses Wissen nicht aneignen, so fehlt ihnen die Internalisierung der Rechtsnormen in deren handlungslenkender und orientierender Funktion. Ähnliche Überlegungen finden sich in der deutschen Lehre bei *Köhler* und *Jakobs*, mittlerweile u.a. auch bei *Bustos*, *Hilgendorf*, *Hörnle*, *Laubenthal* und *Baier* sowie *Valerius*, wenn diese Autoren die Gründe der nicht gegebenen Normkenntnis der Tätergruppe zu erklären versuchen, deren fehlendes Unrechtsbewusstsein auf sogenannte abweichende kulturelle Wertvorstellungen zurückzuführen ist.¹²

Der Verständnisverbotsirrtum oder kulturell bedingte Verbotsirrtum war, wenn auch nicht unter dieser Bezeichnung, genau die Rechtsfigur, die in dem o.g. Kölner Urteil zum Freispruch des Angeklagten führte: Verbotsirrtum aus kulturellen Gründen. Der Täter hat sowohl in unvermeidbarem Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB als

⁷ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f., nennt das die „fehlende Verinnerlichung“. *Laubenthal* und *Baier* verwenden richtig den Begriff „Internalisierung“ als Maßstab für fremdkulturelle Normadressaten, *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 209. Siehe dazu *Köhler*, AT, S. 437; *Mayer*, Rechtsnormen, S. 17; *Valerius*, Kultur, S. 179. Dies steht in enger Verbindung mit der exotischen Sozialisation bei *Jakobs*. Vgl. *Jakobs*, AT, § 19 Rn. 7. So in der argentinischen und chilenischen Literatur, *Alagia/Slokar/Zaffaroni*, Derecho Penal, S. 736; Defensoría Penal Pública, S. 104.

⁸ Siehe *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.

⁹ Dazu mehr in Teil 3, II.D.1. So etwa *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 220.

¹⁰ *Habermas*, Faktizität, S. 146. Allerdings stellt *Bustos* einen ähnlichen Begriff dar, und zwar die „Verinnerlichung der Werte“, siehe *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.

¹¹ *Habermas*, Faktizität, S. 146.

¹² *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 ff.; *Hörnle*, in: Dreier/Hilgendorf (Hrsg.), Strafrechtliche Verbotsnormen, S. 315 ff.; *dies.*, Kultur, Religion, Strafrecht – neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Gutachten Teil C des 70. Deutschen Juristentages 2014; *dies.*, FS für Schünemann, S. 93 ff.; *Jakobs*, AT, § 19 Rn. 7; *Köhler*, AT, S. 437 ff.; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205 ff. Deutlich angewendet wurde der Begriff „Internalisierung“ im Gutachten des 70. Deutschen Juristentages. So *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 70.

auch im Erlaubnisirrtum gehandelt. Zum einen, weil der Arzt und auch die Eltern davon ausgingen, dass bei einer Beschneidung die Einwilligung der Eltern den rechtswidrigen Charakter der Tat (Körperverletzung nach § 223 StGB) ausschließt. Zum anderen, weil aufgrund der muslimischen Herkunft des Arztes und der Eltern die Beschneidung des männlichen Kindes keine kriminelle, sondern eine heilige und religiöse Bedeutung hat. Sie ist der erste Schritt, wenn ein Kind zum Mann wird.¹³ Deswegen handelten sowohl die Eltern als auch der Arzt mit der Annahme, dass die Beschneidung eine Äußerung der Glaubensfreiheit (Art 4 Abs. 1 und 2 GG) sowie der religiösen Kindererziehung (Art. 7 Abs. 2 GG) ist.¹⁴ Wie im Urteil festgestellt: „Der Angeklagte führte die Beschneidung aus religiösen Gründen auf Wunsch der Eltern durch“,¹⁵ war Beweggrund der Beschneidung eine religiöse Motivation. Dieser Fall war der Anlass dafür, dass, obwohl im konkreten Fall das Problem mit den geltenden Regeln für den Verbotsirrtum gelöst wurde, später ein Gesetz geschaffen wurde, mit dem die kulturelle Beschneidung eines männlichen Kindes geregelt wurde. Es zeigt sich auch, dass dieser Fall kein normaler Fall von Verbotsirrtum war, die Normbefolgungsunfähigkeit der Eltern war anders als in sonstigen Fällen von Verbotsirrtum. Demzufolge erforderte dieser eine besondere Regelung (§ 1631 d BGB).

Nachfolgend weitere Beispiele für einen Verständnisverbotsirrtum:

Beispiel 1: Der in Deutschland lebende A mit afghanischer Herkunft küsst seinen 18 Monate alten Sohn auf den Penis und sieht in dieser Handlung keine sexuelle Bedeutung, weil dies in seiner Kultur bei Kindern dieses Alters nicht falsch, sondern ein übliches Verhalten von Vätern ist.¹⁶ Es kann sein, dass der Vater den Tatbestand von § 176 StGB (sexueller Missbrauch von Kindern) kennt und versteht, aber anders als ein Einheimischer, weil er aufgrund seiner kulturellen Herkunft eine andere Interpretation und Assoziation von einer sexuell bedeutenden Handlung hat. Er kann diese Handlung vielleicht mit der richtigen und rechtzeitigen Erklärung über den bestimmten Tatbestand (§ 176 StGB) vermeiden, das bedeutet aber nicht, dass er in Zukunft eine ähnliche Handlung begeht, weil er den Kern der allgemeinen Wertordnung der deutschen kulturellen Anschauung, Rang und Schutzwürdigkeit des vorliegenden Rechtsguts nicht verinnerlicht hat. Es geht hier nicht um das Wissen des Täters, sondern um die Internalisierung der geltenden juristischen und sozialen Maßstäbe der herrschenden Kultur. Ein Kuss auf den Penis seines Kindes ist für ihn ein Liebeszeichen, welche jedoch von der deutschen Gesellschaft bzw. der deutschen Rechtsordnung als Straftat betrachtet werden kann. In diesem Fall ist der Täter zwar teilweise integriertes Mitglied der deutschen Gemeinschaft, aber die

¹³ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 118–120; *Valerius*, Kultur, S. 150–151.

¹⁴ *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 326; Vgl. *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 126.

¹⁵ LG Köln, Urteil vom 07.05.2012, BeckRS 2012, 13647.

¹⁶ Vgl. *State vs. Kargar*, 679 A2d 81, 68 A.I.R. 5th 75L (Me., June 20, 1996) Supreme Judicial Court of Maine.

Normen sind ihm fremd und er ist nicht fähig sie zu befolgen. Im Prinzip könnte er unter normalem Erlaubnisirrtum gehandelt haben, aber die Hintergründe sind anders, weil hierbei eben kein reines Informationsdefizit, sondern eine abweichende Wertvorstellung vorliegt. Deshalb wird in diesem Fall zentral zu bestimmen sein, welchen Integrationsgrad der Täter hat, und diese Bestimmung wird nicht nur anhand der Zeit, die der Täter in Deutschland gelebt hat, sondern auch im Verhältnis zu seinem Kontakt mit der herrschenden Gesellschaft getroffen.

Beispiel 2: Die deutschstämmige A ist geboren und aufgewachsen in einer isolierten deutschen Sekte im Süden Chiles (*Colonia Dignidad*). Sie hat die Gemeinschaft nie verlassen, spricht nur deutsch und kein spanisch. Sie hatte keinerlei Kontakt zur Gesellschaft außerhalb der Sekte und lebte immer unter der Befehlsgewalt des Kolonieführers *Paul Schaeffer*. Die Elektroschockbehandlung von Kindern, die unfolgsam waren, sieht sie als normal und notwendig an, da sie diese Behandlung aus eigener Erfahrung kennt.¹⁷ In dem Beispiel fehlt der Frau die Wertvorstellung der Gesellschaft komplett. Sie wohnt zwar in Chile, dies aber nach den Maßstäben der Sekte, in der sie lebt, und eigentlich unter Umständen, die auch in der deutschen Gesellschaft nicht als erlaubt angesehen werden. Aufgrund ihrer exotischen Sozialisation sollte sie aber nicht wie jeder andere betrachtet werden, weil ihre Normbefolgungsunfähigkeit einen anderen Ursprung als das einfache Informationsdefizit hat.¹⁸ In ihrer Lage ist gar nicht erst die Frage nach der Normkenntnis zu stellen. Sie hat null Annäherung an die herrschende juristische Ordnung. Ein Existenzirrtum kann verstanden werden im Sinne von Irrtum über die Existenz der ganzen äußeren Welt. Sie aber hat eine exotische Sozialisation und ist damit normativ unfähig, weil ihr die Internalisierung der Werteordnung fehlt. Ihre Normbefolgungsunfähigkeit hat kulturelle Gründe und entsteht nicht aus einem Informationsdefizit heraus.

Nachdem oben die Sachverhalte des Verbotsirrtums und die unterschiedlichen Gründe der fehlenden Normkenntnis des Täters dargelegt und in diesem Zusammenhang die besondere Stellung des Verständnisverbotsirrtums herausgearbeitet wurden, wird nachfolgend auf die normativen Erklärungen eingegangen, warum die Normbefolgungsunfähigkeit wegen eines Informationsdefizits in diesen Fällen angenommen werden soll.

B. Fehlende Normbefolgungsfähigkeit

Die Normbefolgungsunfähigkeit eines Täters lässt sich am besten vor dem Hintergrund des Verbrechensmerkmals des Unrechtsbewusstseins erklären, das bei einem solchen Täter eben gerade fehlt. Im Folgenden geht es um eine Erklärung

¹⁷ Siehe *Gemballa*, *Colonia Dignidad*, S. 12.

¹⁸ Siehe dazu mehr *Gemballa*, *Colonia Dignidad*, S. 12.

der Normbefolgungsunfähigkeit. Im Anschluss daran soll das Unrechtsbewusstsein, und zwar die Kehrseite des Verbotsirrtums, dargelegt werden.¹⁹

1. Unrechtsbewusstsein – die Kehrseite des Verbotsirrtums

In der deutschen Lehre besteht Einigkeit darüber, dass das Unrechtsbewusstsein die Kenntnis und das geistige Verständnis des Unwertgehalts der Tat erfordert.²⁰ Das Prinzip, dass die Strafe Schuld voraussetzt, und dass die Schuld Willensfreiheit voraussetzt, hat in der Lehre und Rechtsprechung seinen festen Platz. Dies ist kohärent mit § 17 StGB. Denn diese Vorschrift ist ein Beleg für die Anerkennung des Gedankens, wonach keine Vorwerfbarkeit vorliegen kann, wenn sich der Täter nicht für das Recht und gegen das Unrecht entscheiden konnte. Weil seine Handlung dann in diesem Sinne nicht freiverantwortlich ist, handelt der Täter ohne Freiheit und deswegen ohne Schuld.²¹ Der Schuld entspricht die sogenannte Willensschuld.²² Dies bedeutet, dass der Täter auch so wollen können musste, wie er sollte, d.h. „er mußte die Möglichkeit haben, den Anforderungen des Rechts Folge zu leisten“. ²³ Liegt das vor, so hat er ein Unrechtsbewusstsein und handelt schuldhaft. Wenn ihm aber diese Möglichkeit fehlt, kann er nicht schuldig handeln, weil er normativ gesehen unfähig ist, die erforderliche Normbefolgung zu erbringen. Seine Normbefolgungsunfähigkeit rührt also aus einem Informationsdefizit her.²⁴

Dieses Defizit wirkt allerdings im deutschen Strafrecht nicht immer strafbefreiend. Der deutsche Gesetzgeber erkennt nämlich im Grunde genommen das Prinzip *ignorantia iuris non excusat* (Unwissenheit schützt vor Strafe nicht) mit einer gesetzlichen Ausnahme an. Das ist § 17 StGB. Die Anerkennung des *error iuris* als Schuldaußschließungsgrund ist im StGB lediglich unter der Voraussetzung seiner Unvermeidbarkeit erfolgt. Diese steht in engem Zusammenhang mit dem erforderlichen Grad der Normkenntnis, der für die Annahme des Unrechtsbewusstseins Voraussetzung ist bzw. dessen Unterschreitung zu einem unvermeidbaren Informationsdefizit führt. Mit anderen Worten stellt sich die in Deutschland noch nicht klar beantwortete Frage, inwieweit die Unkenntnis eines Täters tolerierbar ist; d.h., ob seine Einsichtsfähigkeit strafbefreiend beschränkt ist. Es besteht somit Unklarheit darüber, welche qualifizierte Form der Unkenntnis bei einem Täter vorliegen soll, die der Grund für seine fehlende Einsichtsfähigkeit und den unvermeidbaren Irrtum ist (§ 17 StGB), und insbesondere ob das Nichtverständnis von Normen oder auch

¹⁹ Warda, Die Abgrenzung, S. 33 f.

²⁰ Otto, FS für Roxin, S. 488.

²¹ Bustos, FS für Tiedemann, S. 350 f. So etwa Hörnle, FS für Tiedemann, S. 338; Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 102 ff.; AK-StGB-Schild, §§ 20, 21 Rn. 175.

²² Bustos, FS für Tiedemann, S. 350 f.

²³ Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 102.

²⁴ Bustos, FS für Tiedemann, S. 346 f.

die fehlende Internalisierung im Fall einer exotischen Sozialisation als Gründe der Unkenntnis anzuerkennen bzw. als Maßstäbe bei der Überprüfung der Unvermeidbarkeit heranzuziehen sind.²⁵ Die Problematik des erforderlichen Kenntnisgrads zeichnet sich im deutschen Schrifttum zwar selten ab. Dies ändert sich allerdings in letzter Zeit wegen der Erheblichkeit der sogenannten abweichenden kulturellen Wertvorstellungen, die den genannten Kenntnisgrad unmittelbar beeinflussen.²⁶

In der Literatur besteht Konsens darüber, dass sich die Einsichtsfähigkeit nicht nur darauf erstreckt, eine Verbotsnorm erkennen zu können, sondern die Fähigkeit des Täters voraussetzt, wahrzunehmen, dass seine Handlung die Gesellschaft stört.²⁷ Damit rückt der erforderliche Kenntnisgrad in die Nähe zur Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit, die der mit dem Unrechtsbewusstsein handelnde Täter aufzubringen hat. Eine detaillierte Abstufung des unterschiedlichen Kenntnisgrads ist damit jedoch nicht gewonnen und es fehlen weiterhin einschlägige Kriterien, um diese vorzunehmen. Mehr noch: Der erforderliche Kenntnisgrad wurde bislang nur aus einer singulären Perspektive diskutiert, als ob für jede Person dieselben Maßstäbe gälten. Allerdings gerät diese Vorgehensweise zunehmend in die Kritik, insbesondere nach dem o.g. Kölner Urteil und wegen des steigenden Interesses im Schrifttum an der Wertung der kulturellen Biografie des Täters und der Frage, ob diese Biografie in einem gewissen Maße mit der Schuldunfähigkeit des Täters im Allgemeinen zusammenhängt.²⁸

Im Folgenden wird nun der Versuch unternommen, die heute geltenden Kriterien zur Bestimmung der Einsichtsfähigkeit des Täters im deutschen Recht zu systematisieren und in abgestufte Kategorien zum Kenntnisgrad²⁹ einzuordnen.

a) Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit

Wie bereits mehrfach betont, setzen die h.M. und die Rechtsprechung für das Unrechtsbewusstsein Rechtskenntnis voraus. Gemeint ist nach einhelliger Meinung nicht, eine bestimmte Vorschrift im Strafgesetzbuch zu kennen, wohl aber den spezifischen Unrechtsgehalt des fraglichen Tatbestands.³⁰ Ebenso wenig ist diese Erkenntnis nach der h.M. eine Frage der Normorientierung im Sinne von Anerken-

²⁵ So etwa *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 350 f.; *AK-StGB-Schaefer*, § 17 Rn. 6.

²⁶ So *AK-StGB-Schaefer*, § 17 Rn. 6.

²⁷ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 98.

²⁸ So *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 345 ff.; *Greco*, ZIS 2014, 309 ff.; *Hassemer*, FS für Wolff, S. 101 ff.; *Hörnle*, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Strafrechtliche Verbotsnormen*, S. 315 ff.; *dies.*, Gutachten Teil C des 70. Deutschen Juristentages 2014; *dies.*, FS für Schünemann, S. 93 ff.; *Jakobs*, AT, § 19 Rn. 7; *Köhler*, AT, S. 405–406; 433 ff.; *ders.*, JZ 1980, 238 ff.; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 204–223; *Mayer*, Rechtsnormen, S. 7 ff.; *Putzke*, NJW 2008, 1553 ff.; *Valerius*, Kultur, S. 27 ff.

²⁹ *AK-StGB-Schaefer*, § 17 Rn. 6.

³⁰ BGH 42, 123.

nung der Normordnung. Der erforderliche Kenntnisgrad des Täters ist erreicht, wenn ihm bewusst ist, dass er mit seiner Tat gegen rechtlich geschützte „materielle oder immaterielle Güter verstößt“.³¹ Er wird öfters als das Wissen von der materiellen Rechtswidrigkeit der Tat bezeichnet. Diese Maßstäbe wurden zuletzt in der Entscheidung des BGH zum sogenannten Mauerschützen-Fall erneut bestätigt.³² Sie gelten heute als die herrschende Meinung.³³

Allerdings ist die Erkenntnis als Maßstab abzulehnen. Denn so ein Begriff bezeichnet lediglich eine bloße oberflächliche Wahrnehmung des Täters oder eine nominale Benennung vom Unrechtsgehalt des fraglichen Tatbestands. Somit bleibt der erforderliche Kenntnisgrad schwach, weil dieser Maßstab keine Beurteilung seitens des Täters einschließt, sondern sich lediglich damit abfindet: Er war bzw. ist in der Lage, die materielle Rechtswidrigkeit³⁴ seiner Tat einzusehen bzw. zu verstehen. Damit wird allerdings dem Erfordernis nicht Genüge getan, dass die Voraussetzung der Schuld die Einsichtsfähigkeit des Täters ist und Letztere ohne das spezifische Täterwissen, ja sein Verständnis von der Tat als Rechtsbruch nicht angenommen werden kann.³⁵

b) Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit

Eine Strafe kann nur verhängt werden, wenn der Täter mindestens die Möglichkeit hatte, sich durch die Strafandrohung zu rechtstreuem Verhalten motivieren zu lassen.³⁶ So ist das anerkannte Prinzip *nulla poena sine culpa* zu verstehen.³⁷ Was er nicht verstehen kann, kann ihn nicht motivieren: „Weil er die Verbote nicht beurteilen kann, bleibt dem Normadressaten nicht die *Option freiwilliger Normbefolgung*“.³⁸ Ein irrender Täter handelt blind vor der Rechtsordnung, er hat keine Motivationsfähigkeit, wegen der Strafandrohung von der Begehung der Tat abzuweichen.³⁹ Was erforderlich ist für den Kenntnisgrad des Täters, ist nach zutreffender Meinung von Köhler das Normverständnis.⁴⁰ Eine ähnliche Auffassung findet sich in der Lehre Jeschecks, wenn er über die „begründeten Zweifel“ an der Rechtswid-

³¹ Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 177.

³² BGHSt 40, 241 (244).

³³ Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 48 ff.; Kindhäuser, AT, S. 228; NK-Neumann, § 17 Rn. 18; Maurach/Zipf, AT, S. 525; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 53–54. Binding, Normen I, S. 42 f., dessen positivistische Rechtslehre des Unrechtsbewusstseins mit viel Formalismus ausgestattet ist, ist anderer Meinung.

³⁴ Die Abgrenzung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit wurde durch die Lehre von Franz von Liszt gefördert, später auch von Binding, Normen, S. 99 ff.

³⁵ Siehe AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 11.

³⁶ Schünemann, Nulla poena, S. 14.

³⁷ BVerfG 20, 323.

³⁸ Velten, Normkenntnis, S. 10.

³⁹ Horn, Verbotsirrtum, S. 102.

⁴⁰ Köhler, AT, S. 437.

rigkeit der Handlung spricht. Er betrachtet etwa die Zweifel eines Ausländers als begründet, wenn er den Unrechtsgehalt einer Norm selbst nicht verstehen kann.⁴¹

Zwar unterscheiden deutsche Lehre⁴² und Rechtsprechung nicht explizit zwischen Kenntnis der Normen und Normverständnis, aber doch als Hintergrund von Entscheidungen immer dann, wenn bei einer bestimmten Strafvorschrift die Normkenntnis von der Bewertung des Einzelnen über die rechtskonstitutive Bedeutung einer Tat im konkreten Fall abhängt.⁴³ Normverständnis erfordert einen weiteren Schritt, nämlich die personale Auslegung der Normadressaten.⁴⁴ Wie *Groteguth* richtig aufzeigt und damit die psychologisierende Betrachtung des Bewusstseins kritisiert, ist das Mittel des Unrechtsbewusstseins ein intersubjektives Wissen des Täters in dem Sinn, dass das Unrechtsbewusstsein als „Wissen des Täters von sich selbst in einer Konstitution zu anderen“ zu verstehen und damit eine dynamisch-dialektische Begründung des Unrechtsbewusstseins zu erkennen sei.⁴⁵ Das Wissen hat eine tiefere Bedeutung als bloße Erkenntnis bzw. Kenntnis der Rechtswidrigkeit, sodass es im Sinne von Verständnis als ethisches Minimum verstanden werden soll.⁴⁶ Der Schritt über dieses ethische Minimum bei der Anforderung zum Kenntnisgrad im Rahmen des Unrechtsbewusstseins ist die sogenannte Internalisierung.

c) Internalisierung als möglicher Maßstab

Stammt der Täter aus einem anderen Kulturkreis und/oder hat eine exotische Sozialisation, so wird zur Bestimmung des erforderlichen Kenntnisgrads als Maßstab

⁴¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 410.

⁴² Ein Beispiel für die getrennte Behandlung von Normkenntnis und Normverständnis, S. 1. So etwa Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 44 ff., der das Unrechtsbewusstsein explizit als die Verbindung von Kenntnis und Verständnis kollektiver Normen betrachtet.

⁴³ Ein Beispiel dazu kann anhand von § 218 StGB (Schwangerschaftsabbruch) gegeben werden: Eine Frau A weiß, dass Schwangerschaftsabbruch im deutschen Recht erlaubt ist. Der genaue Wortlaut von § 218 StGB ist ihr nicht bekannt. Was nach der h.M. auch nicht nötig ist, weil sie die materielle Rechtswidrigkeit, nämlich die Schutzwürdigkeit von Leben, kennt; sie weiß, dass die Tötung anderer Menschen verboten ist. Sie führt aber allein zu Hause durch die Einnahme von Kräutertee und einer Überdosis von erlaubten Medikamenten eine erfolgreiche Abtreibung durch. In diesem Fall kennt A zwar die Schutzwürdigkeit von Leben als Rechtsgut, sie weiß demzufolge auch um die materielle Rechtswidrigkeit der Tat. Sie versteht aber nicht, inwieweit diese materielle Rechtswidrigkeit bzw. das Rechtsgut Leben angegriffen werden kann. Deshalb kommt sie nicht zu dem komplexen Gedanken, dass Schwangerschaftsabbruch nur unter bestimmten Umständen erlaubt ist. Sie handelt im Erlaubnisverbotsirrtum, der nur richtig überprüft werden kann, wenn als Ausgangspunkt der Analyse zur Bejahung oder Verneinung dieser Schuldauusschließungsgrund das Verständnis der Norm angenommen wird.

⁴⁴ Siehe Mayer, Rechtsnormen, S. 8. Ähnliche Auffassung vertritt Schünemann, Nulla poena, S. 18–19. Siehe dazu auch Bustos, FS für Tiedemann, S. 351 f.

⁴⁵ Groteguth, Norm und Verbots(un)kenntnis, S. 39.

⁴⁶ Dazu unten Teil 2 I.B.5.a).

auf Internalisierung zurückgegriffen. Entsprechende Überlegungen hat *Mayer* bereits in seiner Lehre aus den 1960er Jahren angestellt. Zentral für *Mayers* Lehre ist die Übereinstimmung zwischen Rechts- und Kulturnormen. Diese Übereinstimmung konvergiert in dem Konzept der Internalisierung.⁴⁷ Eine Divergenz liegt dann vor, wenn „die Pflichten, die dem Einzelnen aus der Rechtsordnung erwachsen, identisch sind mit den Pflichten, die ihm nicht mitgeteilt worden sind. Vielmehr wird jeder nach Gesetzen beurteilt, deren Verbindlichkeit er anerkannt hat; seine Anerkennung bezieht sich nur nicht auf die in Rechtsform gegossene Norm, sondern auf die gleichlautende, die er aus der Kultur, unter der er lebt, kennen gelernt hat“.⁴⁸

In der zeitgenössischen Literatur sind *Laubenthal* und *Baier* zu nennen, die die Internalisierung und das Verhältnis zwischen Mitgliedern fremder Kulturkreise und dem Verbotsirrtum thematisiert haben. Sie stellen fest, dass es für die Anwendung von § 17 StGB unerheblich ist, wie intensiv der Kontakt mit der fremden Rechtsordnung ist, ob der Täter seit Langem in Deutschland lebt oder nur Urlaub macht. Allerdings spricht es für das Vorliegen eines Unrechtsbewusstseins beim Täter, wenn „durch zunehmende Erfahrung“ „ein Wandel des Unrechtsbewusstseins in gesteigertem Maße“ stattgefunden hat.⁴⁹ Außerdem wird nach Ansicht der Autoren die Internalisierung von Normen durch die Moral der Normadressaten beeinflusst.⁵⁰ Auch bei *Valerius* spielt Internalisierung eine zentrale Rolle, wenn er auf die „bedingte Sozialisation“ des Täters hinweist.⁵¹ Wer aber die Problematik der Internalisierung am deutlichsten dargelegt hat, ist *Jakobs* mit seinem Begriff der exotischen Sozialisation. *Jakobs* ist der Auffassung, dass die exotische Sozialisation ein „Randfall der Zurechnungsfähigkeit“ sei. D.h. Angehörige fremder Kulturkreise können als zurechnungsunfähig betrachtet werden.⁵² Denn der Täter ist anders motiviert als der Normalbürger.⁵³ Also steht der „üblichen Sozialisation“ die Sozialisation der Mehrheit entgegen.⁵⁴ Denselben Gedankengang schließen sich *Köhler* und *Bustos* an. Auch ihnen zufolge kann die fremdkulturelle Sozialisation einen unvermeidbaren Normirrtum begründen.⁵⁵ Schließlich befindet sich ein Hinweis auf die Internalisierung bezüglich des Verbotsirrtums in dem Gutachten *Hörnles* für den 70. DJT, in dem sie deutlich zwischen Normkenntnis und Internalisierung unterscheidet und feststellt: „Die enge persönliche Einbindung in ein anderes kultu-

⁴⁷ *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 209. *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 345 ff., mit ähnlicher Auffassung stellt den Begriff der Verinnerlichung vor.

⁴⁸ *Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 17.

⁴⁹ *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 209.

⁵⁰ *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 207.

⁵¹ *Valerius*, Kultur, S. 179.

⁵² *Jakobs*, AT, § 8 Rn. 49. Vgl. *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 70.

⁵³ *Jakobs*, AT, § 8 Rn. 49.

⁵⁴ *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, S. 9.

⁵⁵ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 345 ff.; *Köhler*, AT, S. 437.

relles Normensystem ist vereinbar mit der Vermutung, dass eine Vorschrift des deutschen Rechts den eigenen Vorstellungen entgegensteht.“⁵⁶

Obwohl es keine Übereinstimmungen in der Terminologie über die Internalisierung oder ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht gibt, kann nicht geleugnet werden, dass die Lehre zu akzeptieren scheint, dass die Anforderung des Unrechtsbewusstseins nicht bei der Rechtskenntnis, sondern beim Standard der Internalisierung oder mindestens im Rechtsverständnis liegt, wenn der Täter eine andere kulturelle Identität hat. Dasselbe gilt für die Rechtsprechung nach dem o.g. Kölner Urteil. Wie schon gezeigt, war der Beweggrund für die irrende Handlung in dem Kölner Urteil nicht ein Informationsdefizit des Arztes oder der Eltern, sondern eine religiöse Motivation.⁵⁷

Nachdem oben die Lehrmeinungen aufgeführt wurden, stellt sich die Frage, ob und inwiefern die genannten Maßstäbe zur Bestimmung des erforderlichen Kenntnisgrads des Täters im geltenden Recht, und zwar durch § 17 StGB, gedeckt sind; insbesondere hinsichtlich der Internalisierung als Maßstab im Fall eines Verbotsirrtums, der aus sogenannten abweichenden kulturellen Wertvorstellungen des Täters herrührt.

2. Normtext: § 17 StGB

Die aktuelle Regelung des Verbotsirrtums ist das Ergebnis einer langen dogmatischen Diskussion, und deren Bedeutung ist noch bis heute umstritten.⁵⁸ Es ist fraglich, ob ein Verbotsirrtum den Vorsatz oder die Schuld ausschließt. Entscheidend für die Antwort ist, wo das Unrechtsbewusstsein im Verbrechensaufbau einzuordnen ist, d.h. ob es zum Vorsatz oder zur Schuld gehört. Im Allgemeinen behandelt die Schuldtheorie das Unrechtsbewusstsein als selbstständiges Schulelement.⁵⁹ Bevor der deutsche Gesetzgeber eine Entscheidung traf, wurde vom RG zwischen

⁵⁶ Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 70.

⁵⁷ „Der Arzt handelte jedoch in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und damit ohne Schuld (§ 17 Satz 1 StGB). Er hat, das hat er glaubhaft geschildert, subjektiv guten Gewissens gehandelt. Er ging fest davon aus, als frommem Muslim und fachkundigem Arzt sei ihm die Beschneidung des Knaben auf Wunsch der Eltern aus religiösen Gründen gestattet. Er nahm auch sicher an, sein Handeln sei rechtmäßig. Der Verbotsirrtum des Angeklagten war unvermeidbar. Zwar hat er sich nicht nach der Rechtslage erkundigt, das kann ihm hier indes nicht zum Nachteil gereichen. Die Einholung kundigen Rechtsrates hätte nämlich zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum wird bei ungeklärten Rechtsfragen angenommen, die in der Literatur nicht einheitlich beantwortet werden, insbesondere wenn die Rechtslage insgesamt sehr unklar ist.“ LG Köln, Urteil vom 07.05.2012, BeckRS 2012, 13647.

⁵⁸ Vertreter der Schuldtheorie, u.a.: Jescheck/Weigend, AT, S. 405 ff.; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 1; NK-Neumann, § 17 Rn. 11 ff.; Roxin, AT I, § 21 Rn. 8; Rudolphi, SK-StGB, § 17 Rn. 3 ff.; Tiedemann, ZStW 81 (1969). A.A. Schmidhäuser, AT, § 7 Rn. 87 ff., der für die Vorsatztheorie steht.

⁵⁹ Maurach/Zipf, AT, § 37 Rn. 36 f.

(relevantem) Tat- und (irrelevantem) Rechtsirrtum differenziert.⁶⁰ Der deutsche Gesetzgeber entschied sich bei der Konzeption des Verbotsirrtums für die Schuldtheorie und verzichtete auf die Vorsatztheorie.⁶¹ Beim unvermeidbaren Verbotsirrtum entfällt somit die Schuld (§ 17 Satz 1 StGB), während im Fall eines vermeidbaren Verbotsirrtums kein Schuldaußschließungsgrund vorliegt. Es besteht aber die Möglichkeit einer Strafmilderung (§ 17 Satz 2 StGB).

In seinem Wortlaut unterscheidet § 17 StGB nicht zwischen verschiedenen Arten von Normunkennntnis. Gegenüber Herkunft, Ethnie oder Religion des Täters oder auch dessen „Näheverhältnis [...] zu den hiesigen Normen“ bleibt diese Vorschrift neutral.⁶² Dies spricht dafür, dass auch abweichende kulturelle Wertvorstellungen eines Täters im Rahmen des § 17 StGB Berücksichtigung finden müssen, und zwar als Begründung für einen selbstständigen Schuldaußschließungsgrund, der keiner Anlehnung an andere Schuldaußschließungsgründe, etwa § 20 StGB, bedarf.

Der Streit zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie endete mit der gesetzlichen Anerkennung der Schuldtheorie, bleibt aber bis heute ein strittiger Aspekt der Irrtumslehre.

3. Der Streit zwischen Vorsatztheorie und Schuldtheorie

Der Grund, warum ein Verbotsirrtum die Schuld ausschließt, ist jedoch Ergebnis der o.g. lange geführten Diskussion im deutschen Strafrecht. Die Frage damals war, ob ein Verbotsirrtum die Schuld oder den Vorsatz ausschließen soll.⁶³ Im Folgenden werden in groben Zügen die Vorsatz- und die Schuldtheorie dargestellt; die Analyse konzentriert sich dabei auf das Ergebnis aus der Betrachtung von Literatur und Rechtsprechung, ohne Hinweis auf die kleinen Varianten und Subkategorien. Grund dafür ist, dass die Diskussion um die Abgrenzung zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie derart komplex ist, dass die Aufmerksamkeit für Kategorienerklärungen an dieser Stelle nicht maßgeblich zur Klärung beitragen würde. Grundsätzlich besteht in der Wissenschaft Einigkeit darüber, dass derjenige, der im Verbotsirrtum handelt, im normativen Sinne nicht ansprechbar ist. Demgemäß handelt er ohne Schuld, wenn der Verbotsirrtum unvermeidbar ist.⁶⁴

⁶⁰ RGSt 42, 26, 142, 357; 46, 6, 9 f.; 54, 4.

⁶¹ Kindhäuser, AT, § 29 Rn. 13 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 11 Rn. 461 ff.

⁶² Erbil, Toleranz für Ehrenmörder? S. 42; Laubenthal/Baier, GA 2000, 206.

⁶³ Siehe Roxin, AT I, § 14 Rn. 51 ff.

⁶⁴ Das ist die sog. *ignorantia* oder *error invincibilis* von Thomas von Aquin: Kaufmann, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung, S. 44.

a) Die Vorsatztheorie

Nach der Vorsatztheorie, die von *Binding* verteidigt wurde, gehört das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz, d.h. das Wissen und Wollen der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale, und die Kenntnis sowie das Verständnis der normativen Bedeutung der rechtswidrigen Handlung seien Bestandteil des Vorsatzes.⁶⁵ Dies ist die sogenannte strenge Vorsatztheorie. Sie fasst das Unrechtsbewusstsein des Täters und den Tatbestandsvorsatz zusammen. Die Vorsatztheorie geht von der Prämisse des *dolus malus* aus, dabei ist der Vorsatz nicht neutral. Die Rechtsfolgen des § 16 StGB treten nicht nur beim Tatbestandsirrtum in Kraft, sondern auch, wenn der Täter sich nicht bewusst ist, dass er gegen das Recht handelt. Dies ist auch der Fall, wenn der Täter im Erlaubnistatbestandsirrtum handelt, scil. unter der irrigen Annahme, dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Diese Theorie wurde überarbeitet, um ihre Mängel zu vermeiden. So wurde die Vorsatztheorie in die eingeschränkte Vorsatztheorie umgewandelt. Nach der eingeschränkten Vorsatztheorie soll der Täter bestraft werden, als hätte er mit Vorsatz gehandelt, nur und insoweit er rechtsfeindlich gehandelt oder aber eine von der geltenden Rechtsvorstellung abweichende Wertvorstellung hat.⁶⁶

b) Die Schuldtheorie

Die Schuldtheorie geht hingegen davon aus, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit keine Voraussetzung des Vorsatzes, sondern der Schuld ist.⁶⁷ Ein Verbotsirrtum schließt dann immer die Schuld und nicht den Vorsatz aus. Das Unrechtsbewusstsein ist somit ein selbstständiges Schulselement. Dies wird im heute geltenden § 17 StGB formuliert. Wenn ein Verbotsirrtum unvermeidbar ist, wird die Schuld ausgeschlossen, der Vorsatz bleibt davon aber unberührt. Ist ein Verbotsirrtum vermeidbar, besteht die Möglichkeit einer Strafmilderung gemäß § 49 StGB.

Der Unterschied zwischen strenger Schuldtheorie und sogenannter eingeschränkter Schuldtheorie liegt in der Art der Behandlung der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände. Die strenge Schuldtheorie – die im Rahmen der finalen Handlungslehre entwickelt worden ist – gestaltet sich bei der Behandlung der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände als ein Fall des Verbotsirrtums.⁶⁸ Diese Theorie wurde als streng bezeichnet, weil sie jede Voraussetzung für ein fehlendes Unrechtsbewusstsein ausnahmslos als ein Problem der Schuld betrachtet. Die eingeschränkte Schuldtheorie schließt die irrige Annahme rechtfertigender Umstände

⁶⁵ So *Binding*, Normen, S. 148. Später wurde sie von *Mezger* verteidigt. Siehe *Heinrich*, FS für Claus Roxin, S. 449.

⁶⁶ Siehe *Otto*, Grundkurs Strafrecht, § 15 Rn. 12 f.

⁶⁷ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, S. 453.

⁶⁸ Vgl. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, § 15 Rn. 15 ff.

vom Anwendungsbereich des Verbotsirrtums aus und nimmt einen Fall von Tatbestandsirrtum an. Obwohl er tatsächlich kein Tatbestandsirrtum ist, wurde er behandelt, als wäre er einer und wird deshalb dem Vorsatz zugeschrieben.⁶⁹ Die eingeschränkte Schuldtheorie ist so benannt, weil gemäß der Schuldtheorie der Irrtum des Täters ein Schuldtausschließungs- oder Strafmilderungsgrund ist, der den Vorsatz unberührt lässt. Charakteristisch für die eingeschränkte Schuldtheorie ist, dass die vorsatzausschließenden Wirkungen auch beim Erlaubnistatbestandsirrtum eintreten. Deshalb wirkt der Erlaubnistatbestandsirrtum nicht nur auf die Schuld, sondern auch beim Vorsatz.

Die Abgrenzung der strengen von der eingeschränkten Schuldtheorie birgt im Wesentlichen zwei Schwierigkeiten, die ihr Verständnis erschweren und ihre richtige Anwendung zur Lösung anderer Probleme auf dem Gebiet der Verbotsirrtumslehre behindern: Erstens ist die Terminologie problematisch. Es ist unverständlich, wieso eine Theorie streng und die andere eingeschränkt genannt wird. In diesem Zusammenhang fragt *Hruschka*: „Wieso ist die eingeschränkte Schuldtheorie eingeschränkt?“⁷⁰ Genauso soll auch gefragt werden: Wieso ist die strenge Schuldtheorie streng? Es scheint richtiger zu sein, über eine Schuldtheorie im engen Sinne (die sog. strenge Schuldtheorie) zu sprechen, weil sie eine enge Anwendung des § 17 StGB voraussetzt, in dem Sinne, dass sie nur die Schuld als Motivationsfähigkeit des Täters und als persönliche Vorwerfbarkeit bezüglich einer konkreten Tat berührt. In einem weiter gefassten Sinne ist die Schuldtheorie (in ihren Varianten der sog. eingeschränkten Schuldtheorie) zu verstehen, weil sie nicht nur die Schuld berührt, sondern auch den Vorsatz. Wichtig ist, dass für die Schuldtheorie in allen Varianten als übergreifendes Element das fehlende Unrechtsbewusstsein bezeichnend ist: Bei der tatbestandsmäßigen Handlung eines Täters, der sich bei Begehung seiner Handlung der Unrechtmäßigkeit derselben bewusst ist, aber unter der irrigen Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes handelt, liegt ein unvermeidbarer, schuldausschließender Irrtum vor. Wäre der Irrtum vermeidbar gewesen, dann ist der fahrlässige Tatbestand anzuwenden, sofern ein solcher Tatbestand in der Rechtsordnung existiert.

Zweitens ist die Behandlung der Schuldtheorien verworren, weil die Lehre sich bei der Klassifizierung von strenger und eingeschränkter Schuldtheorie nicht einig ist. Schließlich muss betont werden, dass die sogenannte eingeschränkte Schuldtheorie in einigen Varianten eine Version negativer Tatbestandsmerkmale unter dem Namen der eingeschränkten Schuldtheorie ist.

⁶⁹ Vgl. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, § 15 Rn. 18 ff.

⁷⁰ *Hruschka*, FS für Roxin, S. 441–456.

c) Formen paralleler Anwendung

aa) Unterschiedliche Anwendung im Kernstrafrecht und im Nebenstrafrecht

Obwohl der Streit zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie mit der o.g. Entscheidung des Großen Senats und der Schaffung des § 17 StGB zum Ende gekommen ist, ist die Anwendung der Schuldtheorie noch heute problematisch und immer noch sporadisch Diskussionsobjekt in der deutschen Lehre, insbesondere bezüglich der Frage, ob eine differenzierte Berücksichtigung zur Anwendung der Vorsatz- und der Schuldtheorie gemäß den unterschiedlichen existierenden Bereichen des Strafrechts angewendet werden soll.⁷¹

Das Strafrecht lässt sich in zwei Kategorien einteilen: in das Kern- und das Nebenstrafrecht. Das Kernstrafrecht bezeichnet alle Vorschriften des Strafgesetzbuchs (deutsches StGB), während das Nebenstrafrecht alle Vorschriften betrifft, die in anderen Gesetzen enthalten sind. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die praktische Relevanz Letzterer zu unterschätzen ist.⁷² Die Abgrenzung entspricht der Regulationstechnik des Gesetzgebers, und sowohl das Kern- als auch das Nebenstrafrecht setzen den Rechtsgüterschutz voraus. Die anschließende Frage ist dann, ob die Rechtsgüter unterschiedliche Bedeutung oder Relevanz haben; diese Frage wird uneinheitlich behandelt.⁷³

Im deutschen Recht muss zur Abgrenzung von Kern- und Nebenstrafrecht auch das Ordnungswidrigkeitenrecht erwähnt werden.

Die transversale Anwendung der Schuldtheorie im Kern- und Nebenstrafrecht sowie im Ordnungswidrigkeitenrecht⁷⁴ ist nach ihrer Anerkennung vonseiten des Gesetzgebers im § 17 StGB im deutschen Recht fast unbestritten.⁷⁵ Allerdings ist die Frage, ob im Nebenstrafrecht aufgrund des begrenzten Wissens über solche Tatbestände beim Normadressaten und der fehlenden ethischen Vorwerfbarkeit der Tathandlung die Problematik der vorsätzlichen Handlung erneut ins Spiel kommt.⁷⁶

⁷¹ Heinrich, FS für Roxin, S. 450.

⁷² Otto, Grundkurs Strafrecht, § 1 Rn. 4.

⁷³ Dem Kernstrafrecht, das aus dem Strafgesetzbuch besteht, entspricht die traditionelle Kodifikation, die sich aus der Kompilation herleitet, während das Nebenstrafrecht in Spezialgesetzen zu finden ist. Sieber/Engelhart, RW 2012, 369.

⁷⁴ Alles, was in diesem Teil der Arbeit zum Problem der Anwendung der Schuldtheorie im Nebenstrafrecht gesagt wird, gilt auch für das Problem im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts. Weil eine tiefere Darstellung des Ordnungswidrigkeitenrechts über den Umfang dieser Arbeit hinausginge und die Problematik im Nebenstrafrecht der des Ordnungswidrigkeitenrechts ähnelt, wird nur das Nebenstrafrecht abgehandelt.

⁷⁵ Vgl. OLG Oldenburg NStZ-RR 99, 122.

⁷⁶ Zu dieser Problematik Bülte, NStZ 2013, 65 ff.; Fakhouri, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, S. 335; Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 191; Roxin, FS für Tiedemann, S. 376 ff.; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 341. So etwa NK-Neumann, § 17 Rn. 4.

Denn der ethische Unwert von Straftaten aus dem Kernstrafrecht sollte dahingehend selbstverständlich sein, dass Verbrechen wie Mord, Raub, Vergewaltigung u.a. dem einfachen Bürger – im Allgemeinen – mindestens als „böses Verhalten“ bekannt sind, während auf dem Gebiet des Nebenstrafrechts der ethische Unwert eines bestimmten Handelns für den Normalbürger nur existiert, wenn er sich über ein bestimmtes Rechtsgebiet informiert, diese Rechtsfragen ihm aber ansonsten nicht geläufig sind. Die Unterscheidung zwischen Kern- und Nebenstrafrecht ist Ausgangspunkt für die Frage nach der möglichen Anwendung der Schuld- und Vorsatztheorie zur Bestimmung eines Verbotsirrtums. Begründung für eine unterschiedliche Behandlung ist nämlich die, dass im Bereich des Nebenstrafrechts das Unrechtsbewusstsein nicht von der sozialetischen Grundlage her zu erkennen ist. Der Inhalt der Norm ist in manchen Fällen ganz spezifisch und geht nicht von einer allgemeinen Kenntnis der bekanntesten Rechtsgüter aus. Die Kenntnis der Norm beim Täter ist vielmehr nur durch Kenntnis der Norm zu bestimmen (z.B. der Schutz von Kulturgut durch das Kulturgutschutzgesetz),⁷⁷ und gleichzeitig kann die Kenntnis der Norm doch nicht allein durch die Kenntnis des Normtextes erreicht werden. Sie braucht zwingend die personale Wahrnehmung von Rechtsgütern vonseiten der Normadressaten.

Im Bereich des Nebenstrafrechts ist die persönliche Auffassung der Normadressaten bezüglich des Unwerts von Straftaten von besonderer Relevanz, da Pflichten und Rechte auf diesem Gebiet nur für den juristisch Geschulten, für einen juristischen Laien aber nicht erkennbar sind.⁷⁸ Das oft von der Lehre angeführte Beispiel aus dem Steuerstrafrecht hilft dem Verständnis: Die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestands der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) setzt die Kenntnis der Steuerpflicht voraus.⁷⁹ Also ist die Abgrenzung zwischen Kern- und Nebenstrafrecht nicht nur eine gesetzestechnische Trennung, sondern häufig auch eine Abgrenzung zwischen klaren Verbrechen (z.B. Mord, Vergewaltigung, Raub usw.), bei denen das Unrecht offensichtlich oder den Bürgern zumindest weitgehend bekannt ist,⁸⁰ und Verbrechen (z.B. die unerlaubte Steuerverkürzung), bei denen man

⁷⁷ Diesen Gedanken vertritt *Bajo Fernández*, aber er erklärt daraufhin, dass die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit von der Kenntnis des Ge- oder Verbots abhängt, dass ein Verbotsirrtum im Bereich des Nebenstrafrechts immer unvermeidbar sein muss, vgl. *Bajo Fernández*, in: *Fernández/Suárez González/Pérez Manzano* (Hrsg.), *Delitos patrimoniales y económicos*, S. 586.

⁷⁸ In ähnlichem Sinne etwa *Roxin*, aber in Bezug auf außerstrafrechtliche rechtlich-institutionelle Tatsachen, die den strafrechtlichen Tatbestand festlegen. Dieselbe Logik kann bezüglich des Nebenstrafrechts angewendet werden, wenn verstanden wird, dass das Nebenstrafrecht mehr bedeutet als eine rein gesetzestechnische Trennung, siehe *Roxin*, FS für Tiedemann, S. 380.

⁷⁹ *Roxin*, FS für Tiedemann, S. 378.

⁸⁰ In der „das Unrecht in der Hand liegt“, *Arzt*, in: *Arzt/Roxin/Tiedemann* (Hrsg.), *Der Besondere Teil des materiellen Rechts*, S. 56.

komplizierte rechtliche Überlegungen anstellen muss, um herauszufinden, ob ein bestimmtes Verhalten verboten ist oder nicht.⁸¹

bb) Ansätze zur Anwendung eines gemischten Modells

Wie bereits gesagt, ist die Anwendung der Schuldtheorie seit ihrer Anerkennung im § 17 StGB durch den deutschen Gesetzgeber unbestritten. Die Kritikpunkte an dieser Theorie sind aber gewichtig.⁸² Niemand stellt infrage, dass der Verbotsirrtum ein Schuldtausschlussgrund und der Vorsatz kein *dolus malus*, sondern neutral ist. Es ist aber nicht klar, welches die Voraussetzungen dafür sind, den Schuldtausschlussgrund zu bestimmen, weil die Anerkennung der Schuldtheorie zum funktionalen Bruch mit dem Schuldprinzip führt.⁸³ Die Rechtsordnungen, die einen strafrechtlichen Vorwurf einer vorsätzlichen schuldhaften Handlung ohne Erfordernis des aktuellen Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zulassen, erkennen eine Distanzierung vom Schuldprinzip an. Das Schuldprinzip verliert seine Begründungsfunktion der Schuld im Sinne der subjektiven Seite des Unrechts.

Der deutsche Maßstab der Schuldtheorie zur Feststellung des Unrechtsbewusstseins, nämlich die Annahme des potenziellen Unrechtsbewusstseins als Äquivalent des aktuellen Unrechtsbewusstseins, ist nach der Vorsatztheorie unmöglich, weil gemäß der Vorsatztheorie nur die Aktualität als zulässig betrachtet wird.⁸⁴ In diesem Sinn ist der Vorschlag *Roxins* zu berücksichtigen, der bezweifelt, dass die Annahme der Erlaubtheit der Handlung durch den Täter als Begründung für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum ausreichend sei. Das Kriterium des Erkennen-Könnens vonseiten des Täters reicht nicht aus, um einen Verbotsirrtum zu verneinen, weil, wie oben ausgeführt, diese Behauptung sich auf der Ebene des Sollens und nicht des Seins bewegt, und dies kann eine Verletzung des Schuldprinzips nach sich ziehen.⁸⁵ Das Erkennen-Können des Täters oder das „Anders-handeln-Können“⁸⁶ beziehen sich auf Gedanken und Handlungen, die der Täter aber im Moment der Tat nicht gehabt oder nicht begangen hat. Diese wurden nicht verwirklicht, und aus diesem Grund sollte der Täter trotz einer hypothetischen Handlung oder seiner Gedanken nicht als schuldig betrachtet werden. Es besteht noch die Möglichkeit,

⁸¹ Arzt, in: Arzt/Roxin/Tiedemann (Hrsg.), Der Besondere Teil des materiellen Rechts, S. 56.

⁸² Siehe Mañalich, Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos contra la Auto-determinación Sexual, Informe en Derecho N° 2, 2011, Julio, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública; ders., Revista de Derecho, Vol. XXIV, N° 1, Julio 2012, 87–115.

⁸³ Vgl. NK-Neumann, § 17 Rn. 54.

⁸⁴ Köhler, AT, S. 407.

⁸⁵ Schiemann, ZJS 2012, 774.

⁸⁶ Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 27 f.; Schroth, FS für Roxin, S. 721.

dass der Täter für seine irrige Annahme „verständige Gründe hätte“, ⁸⁷ warum er eine Normbefolgungsunfähigkeit hat.

Also ist es möglich, wenn „das Unrecht auf der Hand liegt“, die Lösung der Lehre *Mañalichs* anzuwenden; diese plädiert für die Annahme der Folgen der Vorsatztheorie, aber mit der begrifflichen Struktur der Schuldtheorie. ⁸⁸ Die Begründung dieser Lösung wäre, dass im Kernstrafrecht genauso wie im Nebenstrafrecht die Selbstverständlichkeit des ethischen und sozialen Unwerts der Tatbestände nicht so deutlich ist, wo der Verbotsirrtum eine große Rolle spielt. ⁸⁹ Mord, Raub und Vergewaltigung sind für jedermann als Straftaten erkennbar – zumindest sollten sie das sein –, aber dies ist heute – wegen der kulturellen Vielgestaltigkeit der aktuellen Gesellschaft – nicht mehr so eindeutig. Dieses Problem kann auf zweierlei Arten gelöst werden. Entweder ermöglicht ein System eine unterschiedliche Behandlung von Mehr- und Minderheitskulturen im Wege parlamentarischer Repräsentation und Partizipation (z.B. mit parlamentarischen Quoten für Abgeordnete von ausländischen Bürgern, die in Deutschland wohnen), oder die Lösung besteht in der Erstellung eines konsistenten kriminalpolitischen Systems, in welchem für die Mehr- und Minderheitskulturen umfassende Kriterien für die unterschiedlichen Anforderungen zur Bestätigung des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit beim Täter festgelegt werden. Die erste Möglichkeit stößt mancherorts auf großen Widerstand, da das Gleichheitsgebot und die Integration durch die unterschiedliche rechtliche Behandlung als gefährdet angesehen werden. Diesen Meinungen ist der schon oben dargestellte Verständnisverbotsirrtum bzw. kulturell bedingte Verbotsirrtum entgegenzuhalten. Die zweite Lösung findet Widerstand in der Lehre, die eine strenge Anwendung der strafdogmatischen Theorien verteidigt. Diese wäre die schon akzeptierte Lösung der eingeschränkten Schuldtheorie, die dogmatisch befriedigend ist oder sein sollte, aber in der Praxis derart kompliziert ist, dass diese Rechtsfigur des Verbotsirrtums unanwendbar und überholt ist.

4. Maßstäbe zur Feststellung des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit

Der Anerkennung der bereits dargestellten Schuldtheorie entspricht dann die Feststellung des Unrechtsbewusstseins als unabhängiges Schulelement. Grundlage dafür ist die Einsichtsfähigkeit des Täters, d.h. seine Fähigkeit, den rechtswidrigen Charakter seiner Handlung zu erkennen. Im Folgenden werden die Maßstäbe zur Überprüfung des Unrechtsbewusstseins und demzufolge der möglichen Normbefolgungsunfähigkeit des Täters skizziert.

⁸⁷ Roxin, FS für Tiedemann, S. 376.

⁸⁸ *Mañalich*, Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos contra la Autodeterminación Sexual, Informe en Derecho N° 2, 2011, Julio, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública.

⁸⁹ *Murmann*, AT, § 26 Rn. 44.

a) Erkenntnis der Rechtswidrigkeit

Zur Bestimmung der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit sind zwei Fragen zu beantworten: zum einen die Frage nach dem Kenntnisgrad der Rechtswidrigkeit. Wie oben schon dargelegt, liegt die Anforderung dazu auf dem Gebiet der Kenntnis, des Verständnisses oder der Internalisierung von Normen, abhängig von den verschiedenen Normadressaten.⁹⁰ Zum anderen muss die Frage nach dem Inhalt der Rechtswidrigkeit beantwortet werden, also was Rechtswidrigkeit im rechtlichen und materiellen Sinn konkret bedeutet.

Im Prinzip ist die Erkenntnis der Sozialschädlichkeit, Sitten- bzw. Moralwidrigkeit als Äquivalent der Rechtswidrigkeit als ungenügend zu erachten.⁹¹ Nach h.A. und wegen der Trennung von Legalität und Moralität hat sich die Identifizierung von Rechts- und Moralwidrigkeit im deutschen Recht nicht durchgesetzt. Die Sozialschädlichkeit ist allerdings gesondert zu betrachten, da die Rechtswidrigkeit in enger Verbindung zu ihr steht, weshalb das Strafrecht den Versuch unternimmt, sozialschädliche Handlungen zu verhindern. Trotzdem ist diese mögliche Auslegung auch abzulehnen, weil nach der h.M. die Sozialschädlichkeit als rechtlicher Begriff zu diffus und als Handlungsorientierung wiederum zu breit ist.⁹² Außerdem besteht das Problem, dass die Definition von Sozialschädlichkeit sich nicht nur im Lauf der Zeit, sondern auch von Kultur zur Kultur ändert.

Die Ablehnung von Sozialschädlichkeit und Moralwidrigkeit als Synonyme für die materielle Rechtswidrigkeit ist in Deutschland in Lehre und Rechtsprechung unumstritten.⁹³ Obwohl diese Ablehnung nur scheinbar ist, weil jedes Argument gegen die Identifizierung (Rechtswidrigkeit = Sozialschädlichkeit = Moralwidrigkeit) übersehen wird, wenn für die Analyse der Vermeidbarkeitsprüfung⁹⁴ beide Kriterien als Anlass der Vermeidbarkeit gelten, d.h. als Anlass für den Täter, um an der Rechtmäßigkeit seiner Tat zu zweifeln.⁹⁵ Dies bedeutet, dass, auch wenn der Täter seine Handlung als eine Handlung gegen die moralisch oder sozial geltenden Maßstäbe erkennt, diese Umstände ungenügend sind, um die Rechtswidrigkeit anzunehmen. Trotzdem reichen diese Umstände, um die indizielle Vorstellung der möglichen Rechtswidrigkeit zu bejahen. Inhaltlich bedeutet Erkennbarkeit der

⁹⁰ Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein, S. 145, stellt die Frage nach der Existenz einer Abgrenzung zwischen Wertung und Erkenntnis, nämlich ob die Bestimmung der Rechtswidrigkeit nach der Eigenwertung des Täters zu verstehen ist oder danach, wie der Täter zu seiner Wertfeststellung kommen konnte.

⁹¹ Siehe etwa Köhler, AT, S. 412, 436 ff.; Velten, Normkenntnis, S. 8 f.

⁹² NK-Neumann, § 17 Rn. 15.

⁹³ Vgl. NK-Neumann, §17 Rn. 13; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 56 f.; SK-Rudolphi, § 17 Rn. 4.

⁹⁴ Mehr dazu unten C.1., 2., 3.

⁹⁵ NK-Neumann, § 14 Rn. 13.

Rechtswidrigkeit materielle Rechtswidrigkeit,⁹⁶ d.h. die Rücksicht des Täters auf die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts, das von einer Norm geschützt ist.⁹⁷ Der Hinweis besteht für Rechtsgüter im juristischen Sinn, nicht aus moralischer Perspektive.

So liegt die Anforderung betreffend des Kenntnisgrads – wie bereits dargelegt – bei der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit.⁹⁸ Daran kann nur gezweifelt werden, wenn der Täter die rechtliche Bedeutung seiner Handlung zumindest verstehen kann. Ein Anlass, eine Parallelwertung, ein Zweifel u.a. sind nur vorstellbar, wenn der Täter seine Handlung verstanden hat oder verstehen konnte, weil nur dann die Normen ihre Orientierungsfunktion haben.⁹⁹ Deshalb muss bei der Analyse des deutschen Rechts das Wort „Erkenntnis“ das Verständnis miteinbeziehen.¹⁰⁰ Die Internalisierung wird jedoch nur bezüglich des fremdkulturellen Normadressaten angewendet.¹⁰¹ Wichtig ist, dass Erkenntnis, Verständnis und Internalisierung dem Kenntnisgrad entsprechen, aber der Inhalt ist die materielle Rechtswidrigkeit, und das ist ein grundlegender Sachverhalt für die weitere Analyse über das zeitliche Moment, in dem die Erkenntnis, das Verständnis oder die Internalisierung der materiellen Rechtswidrigkeit gegeben sein muss.

b) Aktualität des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit

Nun stellt sich die Frage, wann der bereits dargestellte Kenntnisgrad des Täters gegeben sein soll, um sein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung festzustellen.

Aktualität bedeutet hier keinen aktuellen Denkprozess, sondern dass der Täter die Rechtswidrigkeit seiner Handlung kennt, dass ihm bewusst ist, dass etwas Unrecht ist.¹⁰² Der Täter muss die Einsicht bzw. das Verständnis, Unrecht zu tun, bei Begehung der Tat haben. Aber diese Einsicht wird nicht nur durch die Umstände festgelegt, die ihm *im Moment der Handlung* bekannt sind, sondern auch durch die Umstände, die ihm *vor der Handlung* bekannt waren.

⁹⁶ Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 48 ff.; Kindhäuser, AT, S. 228; NK-Neumann, § 17 Rn. 18; Maurach/Zipf, AT, S. 525; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 53–54. A.A. Binding, Normen 1, S. 42 f., dessen positivistische Rechtslehre des Unrechtsbewusstseins mit viel Formalismus ausgestattet ist.

⁹⁷ LK-Jescheck, § 13 Rn. 38.

⁹⁸ BGHSt 40, 241 (244).

⁹⁹ Murmann, AT, § 26 Rn. 43.

¹⁰⁰ Köhler, AT, S. 403.

¹⁰¹ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351 f., nennt das die fehlende Verinnerlichung. Siehe dazu Köhler, AT, S. 437; Laubenthal/Baier, GA 2000, 209; Mayer, Rechtsnormen, S. 17; Valerius, Kultur, S. 179.

¹⁰² Otto, AT, § 7 Rn. 74.

Nach der h.M. ist es für das Bestehen der aktuellen Unrechtseinsicht nicht erforderlich, dass der Täter intensiv über ein mögliches Unrecht nachdenkt. Ebenso ist ein Bewusstsein der Strafbarkeit der Norm nicht nötig.¹⁰³ Erforderlich sind das sogenannte Mitbewusstsein der Rechtswidrigkeit und insbesondere ein sachgedankliches Mitbewusstsein.¹⁰⁴ Nach dieser Annahme ist das intellektuelle Vorsatzelement ausreichend. Es sei also ausreichend, dass der Täter wisse oder mit Sicherheit voraussehe, bei Begehung der Tat die Verwirklichung des Tatbestands zu erfüllen.¹⁰⁵

Infolgedessen findet die Unrechtseinsicht nicht nur dann statt, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt über die Rechtswidrigkeit seiner Tathandlung nachgedacht hat, sondern auch, wenn sie nicht explizit beachtet wird, aber in Kombination mit einem anderen beachteten Bewusstseinsinhalt bewusst ist und implizit notwendig auch mitbeachtet werden muss.¹⁰⁶

Eine strenge Anforderung an die Aktualität gilt nur bezüglich der Vorsatztheorie. Für die Anhänger der Schuldtheorie ist die Potenzialität auch ein ausreichendes Kriterium, d.h. das Unrechtsbewusstsein des Täters wird nicht nur bejaht, wenn der Täter mit aktuellem Verständnis des rechtsverstoßenden Charakters seiner Tat handelt, sondern auch, wenn er mit potenziellem Verständnis handelt, d.h., dass der Täter die Möglichkeit hatte, – auf hypothetischer Ebene – die Rechtswidrigkeit seiner Handlung zu erkennen und demzufolge anders handeln zu können.

In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist die Aktualität in Anlehnung an die Psychologie präzisiert und mit den Begriffen „sachgedankliches“ und „sprachgedankliches“ Mitbewusstsein festgelegt, insbesondere in Anlehnung an die Lehre *Platzgummers*, der die Nomenklatur sprach-/sachgedankliches Mitbewusstsein geprägt hat.¹⁰⁷ Im folgenden Absatz wird kurz das Mitbewusstsein dargelegt, abgesehen davon, dass das Mitbewusstsein eine hochwertige Analyse der Aktualität ergibt.

aa) Das Mitbewusstsein

Im deutschen Recht besteht Einigkeit darüber, dass die Bestimmung der o.g. materiellen Rechtswidrigkeit, nämlich das Verstehen des Täters, dass seine Handlung

¹⁰³ *Murmann*, AT, § 26 Rn. 47; *NK-Neumann*, §17 Rn. 9 ff.; *Roxin*, AT I, § 21 Rn. 12; *SK-Rudolphi*, § 17 Rn. ff.; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, S. 217; *Schünemann*, Nulla poena, S. 15; vgl. *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 207 ff.

¹⁰⁴ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 149 ff.

¹⁰⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 7 Rn. 322.

¹⁰⁶ *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 83.

¹⁰⁷ Der Begriff „Mitbewusstsein“ wurde von *Platzgummer* entwickelt, aber in Anlehnung an den Forschungsergebnissen des Psychologen *Rohracher*, siehe *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 81 ff.

sozialschädlich bzw. antisozial im Sinne der Verletzung des Interesses eines Dritten oder der Gesellschaft an sich¹⁰⁸ ist, nicht nur als Bewusstsein verstanden wird, sondern als Mitbewusstsein der materiellen Rechtswidrigkeit.¹⁰⁹ Mitbewusstsein bedeutet, dass der Täter trotz einer fehlenden bewussten Reflexion über die betroffene Norm mit Unrechtsbewusstsein handelt, weil wegen der bei ihm schon vorhandenen Lebenserfahrung und vorgegebenen geistigen und physischen Umstände die Bedeutung der Rechtmäßigkeit seiner Handlung erkennbar sein soll. Die h.M. stellt fest, dass das sachgedankliche Mitbewusstsein der Rechtswidrigkeit ausreiche, sodass kein aktueller Denkprozess über den rechtmäßigen Charakter der Handlung des Täters erforderlich sei. Aber es bleibt dabei noch unklar, was ein sachgedankliches Mitbewusstsein ist, wenn es keinen aktuellen Denkprozess erfordert. Also ist es zwar kein aktueller Denkprozess bezüglich der Rechtmäßigkeit der Handlung, aber es ist trotzdem ein Denkprozess. Zur Bestimmung dieses Denkprozesses wird nachstehend unterschieden zwischen sachgedanklichem und sprachgedanklichem Mitbewusstsein.¹¹⁰

(1) Sachgedankliches Mitbewusstsein

Sachdenken wird als sprachfreier, meinender Umgang mit den Dingen selbst betrachtet. D.h., man kennt eine Sache durch die Sprache, aber wenn man deren Begriff einmal internalisiert hat, kann man an diese Sache unabhängig von der Sprache denken. Der Bewusstseinsinhalt ist *implicite*.¹¹¹ Wie *Schmidhäuser* behauptet: „Sachdenken ist schneller als Sprachdenken; manchmal scheint es gar keine Zeit zu brauchen.“¹¹² Ein sachgedankliches Mitbewusstsein ist eine unreflektierte und automatisierte Erwägung der Angemessenheit einer Handlung in Bezug zur Rechtsordnung, die durch Vorkenntnis internalisiert wurde und besteht aus wahrnehmbaren Elementen des Bewusstseins des Täters.¹¹³

(2) Sprachgedankliches Mitbewusstsein

Sprachdenken ist ein sprachliches Denken, entweder im Dialog mit anderen oder mit sich selbst, immer mit einem sprachlichen inneren oder äußeren (verbalen) Inhalt.¹¹⁴ Sprachgedankliches Mitbewusstsein setzt einen langsameren und tieferen Denkprozess voraus als das sachgedankliche Mitbewusstsein. Dies bedeutet nicht

¹⁰⁸ *Roxin*, AT I, § 14 Rn. 5.

¹⁰⁹ Siehe *NK-Neumann*, § 17 Rn. 32; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 149 ff.; *Schmidhäuser*, FS für H. Mayer, S. 317 ff.

¹¹⁰ *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 83.

¹¹¹ *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 83.

¹¹² *Schmidhäuser*, FS für H. Mayer, S. 326.

¹¹³ *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 83.

¹¹⁴ *Schmidhäuser*, FS für H. Mayer, S. 326.

unbedingt eine tiefe Reflexion, sondern nur, dass die Vorstellung des Täters über Handlung und Rechtswidrigkeit im Kopf mit Worten und Sprache reproduziert wird. Das Moment ist nicht so selbsttätig wie beim sachgedanklichen Mitbewusstsein. Die Frage ist, ob das Unrechtsbewusstsein als eine Entscheidung des Täters über das Unrecht verstanden werden kann, die aber das Unrechtsbewusstsein in der Denkweise vom Vorsatz einstellt. Diese Entscheidung enthält ein Nachdenken des Täters, welches kein fast inexistentes Moment sein darf, aber auch keine richtige gedankliche Entscheidung.¹¹⁵

bb) Das bedingte Unrechtsbewusstsein

Das oben beschriebene erforderliche Mitbewusstsein kann nicht nur bejaht werden, wenn der Täter seine Tat mit der Sicherheit über deren Rechtswidrigkeit begeht, sondern auch, wenn er mit Unsicherheit über die Rechtslage handelt, d.h. wenn er Zweifel an der Legitimität seiner Handlung hat.

Hat der Täter allerdings ein aktuelles oder potenzielles Unrechtsbewusstsein, so handelt er schuldhaft, weil er an der Rechtmäßigkeit seiner Tat mindestens gezweifelt hat. Er handelt dann mit bedingtem Unrechtsbewusstsein.¹¹⁶ Fehlt dem Täter bei der Tatbegehung das Unrechtsbewusstsein (aktuell oder potenziell), so unterliegt er einem Verbotsirrtum.¹¹⁷ Der Täter muss die Freiheit besitzen, sich für das Recht und gegen das Unrecht entscheiden zu können. Nur wenn der Täter freiverantwortlich handelt, ist eine echte strafrechtliche Verantwortlichkeit möglich.¹¹⁸ Es kann keine Willensfreiheit vorliegen, wenn der Täter kein richtiges Verständnis oder keine Internalisierung der Normen besitzt.¹¹⁹ Ist dies der Fall, ist der Täter unfähig zur Normbefolgung.

Es existiert ein bedingtes Unrechtsbewusstsein, wenn der Täter am Gebotensein oder Verbotensein einer Handlung zweifelt,¹²⁰ d.h. wenn er sich über die Rechtslage im Unklaren ist: Er hält es z.B. für wahrscheinlich, dass sein Verhalten erlaubt ist, rechnet aber auch mit der Möglichkeit, dass es verboten sein könnte. Entscheidend ist hier der Zweifel und in analoger Anwendung zum bedingten Vorsatz (*dolus eventualis*) ist ihm vorzuwerfen, dass er bei seiner Handlung mit der Möglichkeit rechnet, dass sein Verhalten rechtswidrig ist.¹²¹ Dieser Zweifel soll den Täter

¹¹⁵ Schmidhäuser, FS für H. Mayer, S. 322 ff.

¹¹⁶ Leite, GA 2012, 688 ff.

¹¹⁷ NK-Neumann, § 17 Rn. 10.

¹¹⁸ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 14.

¹¹⁹ Lampe, ZStW 118 (2006), 42.

¹²⁰ Jescheck/Weigend, AT, S. 455; AK-StGB-Neumann, § 17 Rn. 35; NK-Neumann, § 17 Rn. 33; Puppe, FS für Rudolphi, S. 234; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 118 ff.; Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 218.

¹²¹ Puppe, FS für Rudolphi, S. 234.

motivieren, auf seine Tathandlung zu verzichten. In der deutschen Rechtsordnung besteht Einigkeit darüber, dass der Zweifel ein zurückhaltender Faktor sein sollte. Was noch unklar bleibt, ist, wie dieser Zweifel zu bestimmen sein soll, scil. ist es ein subjektiver oder ein objektiver Maßstab? Ist er durch das Subjekt oder durch die Umstände bedingt? Im Folgenden wird der Versuch unternommen, Klarheit über solche Probleme zu gewinnen.

(1) Unbehebbarer Zweifel

Wie oben erwähnt, ist für das bedingte Unrechtsbewusstsein zentral, dass der Täter bezüglich seiner Tathandlung Zweifel hatte. Aber es bleibt noch unklar, inwieweit ein Zweifel zu verlangen ist, wenn kein „daran Denken“ erforderlich ist und das Mitbewusstsein ein sachgedankliches Mitbewusstsein sein soll, in das der Zweifel einzuordnen ist. Ein Zweifel liegt in der Struktur der Vermeidbarkeit nach dem Anlass,¹²² weil immer zuerst ein Anlass vorliegen muss. Er liegt aber nur auf der Ebene des Verständnisses beim Täter. Wer die Norm kennt, sie aber nicht versteht, handelt natürlich immer im Zweifel. Dies ist z.B. bei einem Ausländer der Fall. Deswegen ist der Zweifel selbst als Maßstab auch problematisch, weil fremde Normadressaten, zumindest in der Anfangsphase einer Migration, immer im Zweifel handeln, da sie die Sprache so wenig wie die Normen kennen.¹²³

In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist nicht klar, wann ein Täter im rechtlichen Sinne zweifelt, und es wird nicht verdeutlicht, wo der Zweifel im sachgedanklichen Mitbewusstsein einzuordnen ist, weil das sachgedankliche Mitbewusstsein ein fast inexistentes Moment ist.

(2) Rückgriff auf objektive und allgemeine Kriterien versus individuelle Fähigkeiten des Täters

Es besteht nun – wie oben dargelegt – die Frage nach dem Erfordernis im konkreten Fall zum sachgedanklichen Mitbewusstsein als bedingtem Unrechtsbewusstsein. Geht es um eine objektive, für jeden Täter transversale geltende Feststellung oder um eine Frage der individuellen Fähigkeiten des Täters?¹²⁴ Diese Frage wird in der deutschen Rechtsprechung unterschiedlich behandelt, aber immer bezüglich der Vermeidbarkeit thematisiert.¹²⁵ Die überwiegende Mehrheit der Lehre kommt zu dem Schluss, dass die Vermeidbarkeit ein subjektives Kriterium voraussetzt.

¹²² AK-StGB-Neumann, § 17 Rn. 60 f.; NK-Neumann, § 17 Rn. 63; AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 9.

¹²³ Vgl. Jescheck/Weigend, AT, S. 410.

¹²⁴ Siehe dazu auch Manso, Normunkennntnis, S. 109 ff.

¹²⁵ Für den individualisierenden Maßstab: BGHSt3, 357 (366); BGH NJW 1962, 1832. Für den objektivierenden Maßstab: BGHSt 9, 164 (172); OLG Köln GA 1956, 327.

Das bedeutet, dass die Beurteilung der Vermeidbarkeit im Hinblick auf die spezifischen geistigen Fähigkeiten des Täters bewertet werden muss und demnach ein subjektives Kriterium ist. Dies wird aber in Anlehnung an das Kriterium der Parallelwertung in der Laiensphäre gemacht.¹²⁶ Es ist subjektiv, aber im Hinblick auf einen objektiven Maßstab: das mögliche Verhalten eines Laien in einem solchen Fall. Allerdings bestehen Ausnahmen davon, und diese verlangen eine ganz objektive Bewertung, bspw. die Tatsituation, die rechtliche Spezialkenntnisse erfordert.¹²⁷ Wer ein Medikament gegen vorzeitigen Haarausfall produzieren und kommerzialisieren möchte, muss sich über die spezifischen anwendbaren Regeln informieren (§§ 95, 96 AMG im Nebenstrafrecht sowie etwa § 314 Abs. 1 Nr. 2 StGB im Kernstrafrecht). Bei solchen Fällen besteht, abgesehen von der geistigen Kraft des Täters, eine objektive Pflicht, sich über die jeweils geltenden Regeln zu erkundigen. Diese Erkundigungspflicht steht aber in enger Verbindung mit der Lebensführungsschuld und der möglichen Verwirklichung eines fahrlässigen Verhaltens wegen des Fehlens einer Sorgfaltspflicht.

(3) Vorwerfbare fahrlässige Tat

Ein Teil von Lehre und Rechtsprechung ist der Meinung, dass die Vermeidbarkeitsprüfung in einer der Fahrlässigkeitsdogmatik ähnlichen Weise erfolgen könnte.¹²⁸ Genauso wie die Verletzung einer Sorgfaltspflicht die Strafbarkeit bei Fahrlässigkeit begründet, würde die Verletzung der Pflicht, sich über das Gesetz zu informieren, die Strafbarkeit trotz Rechtsunkenntnis rechtfertigen. Problematisch ist jedenfalls zu bestimmen, was bezüglich der Gesetzeskenntnis vom Normadressaten zu fordern ist.¹²⁹ Also ist der Täter verantwortlich: a) für seine Rechts(un)kenntnis, weswegen es möglich ist, dem uninteressierten Täter Lebensführungsschuld vorzuwerfen. Wenn er sich nie über die geltenden Regeln informiert und sich keine Mühe gibt, seine rechtliche Lage als Bürger zu kennen, wird er immer in der mit Zweifeln behafteten Lage bleiben; und b) begeht der Täter Sorgfaltswidrigkeiten, die zum späteren Rechtsverstoß führen können. Dies wird auch als eine „Rechtsfahrlässigkeit“ klassifiziert, da der Täter sich selbst in diese Situation gebracht hat, in der es Sorgfaltsmängel gibt.

Die Fahrlässigkeit ist ein interessantes Diskussionsobjekt im Sinne der Vorwerfbarkeit einer fahrlässigen Tat aufgrund der fehlenden Sorgfaltspflicht des Normadressaten, weil er sich bezüglich der Normen nicht ausreichend erkundigt hat. Er verbleibt bequem in einer „Rechtsunwissenheit“ und verletzt so seine bürgerliche

¹²⁶ Siehe mehr unten Teil 2 I.C.2.a).

¹²⁷ Roxin, AT I, § 21 Rn. 49.

¹²⁸ Maurach/Zipf, AT, S. 534. So auch die ständige Rechtsprechung des BGH: BGHSt 4, 236; 21, 18; BGH NJW 1966, 842.

¹²⁹ So etwa AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 8.

Sorgfaltspflicht, die aus dem Sozialvertrag hervorgeht. Der Bürger muss sich über die sozialen und rechtlichen Normen informieren, sobald er Mitglied einer festen Gesellschaft ist, gleichgültig, ob er fremd in dieser Rechtsordnung ist oder zu ihr gehört.¹³⁰ Sich nicht darüber zu informieren bedeutet einen Verstoß des Bürgers gegen sein ethisches Minimum als Normadressat einer fahrlässigen Tat, weil er seine Sorgfaltspflicht, d.h. die soziale Verantwortlichkeit jedes Einzelnen, nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Dies wirft jedoch das ständige Problem der Lebensführungsschuld als unzulässigen Maßstab auf dem Gebiet des Strafrechts auf,¹³¹ weil es einen Verstoß gegen das Schuldprinzip und die Feststellung anhand eines Täterstrafrechts anstatt eines Tatstrafrechts bedeutet.¹³²

c) Potenzialität des Unrechtsbewusstseins

Im Folgenden wird einer der strittigsten Aspekte der Schuldtheorie dargestellt: Zur Bejahung des Vorliegens von Unrechtsbewusstsein bzw. zum Ausschluss eines Verbotsirrtums reicht es aus, dass der Täter potenzielle Kenntnis und nicht reale Kenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit seiner Handlung hat. Dies kann aber bezüglich des Schuldprinzips problematisch sein.

Die Potenzialität ist nach der h.A. nichts anderes als ein Synonym für Vermeidbarkeit.¹³³ Potenzialität bedeutet einen vermeidbaren Verbotsirrtum oder vermeidbares Fehlen von Unrechtsbewusstsein.¹³⁴ Ein potenzielles Unrechtsbewusstsein steht im Gegensatz zum aktuellen bzw. realen Unrechtsbewusstsein und muss als eine Frage der Aktualisierbarkeit des Wissens des Täters¹³⁵ verstanden werden, um seine rechtliche Bewertung in Einklang mit der Rechtsordnung zu bringen. Nach der h.A. ist die Potenzialität keine besondere Art des Unrechtsbewusstseins, aber sie bezeichnet eine wichtige Folge der Annahme der Schuldtheorie, d.h. die Potenzialität als Kriterium bedeutet notwendigerweise einen Verzicht auf die Aktualität des fehlenden Unrechtsbewusstseins, was im Hinblick auf das Schuldprinzip schwierig werden kann.¹³⁶

Das Dilemma liegt darin, dass die Bestätigung des Verbotsirrtums und demzufolge die Entscheidung für die Schuld des Täters unter Berücksichtigung des „Anders-handeln-Könnens“¹³⁷ erfolgt. D.h., die Bestätigung des Unrechtsbewusstseins wird nicht nur in Bezug auf die vorliegenden Umstände des Täters als Le-

¹³⁰ Laubenthal/Baier, GA 2000, 209.

¹³¹ Roxin, AT I, § 6 Rn. 9.

¹³² Roxin, AT I, § 6 Rn. 1.

¹³³ Vgl. NK-Neumann, § 17 Rn. 53.

¹³⁴ Vgl. NK-Neumann, § 17 Rn. 53.

¹³⁵ Manso, Normkenntnis, S. 33.

¹³⁶ Vgl. NK-Neumann, § 17 Rn. 54.

¹³⁷ Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 27 f.; Schroth, FS für Roxin, S. 721.

benserfahrung und geistige Umstände, die durch ein fast unreflektiertes und zeitlich unbemerkbares Moment bestätigt werden (sachgedankliches Mitbewusstsein), sowie in Bezug auf die möglichen zweifelhaften inneren Gedanken des Täters (bedingtes Unrechtsbewusstsein) gemacht, sondern auch bezüglich der möglichen hypothetischen Handlung des Täters (potenzielles Unrechtsbewusstsein). Diese Bestätigung gemäß dem Maßstab des „Anders-handeln-Könnens“ ist schwierig, weil sie sich auf hypothetischer Ebene bewegt und auf die reale Handlung des Täters verzichtet. Wie oben dargelegt, bewegt sie sich auf der Ebene des Sollens und nicht des Seins des Täters.¹³⁸ Der Täter wird also nicht wegen seiner tatsächlichen Handlung bestraft, sondern wegen seiner hypothetischen Handlung, oder in diesem Fall seines hypothetischen Bewusstseins, das empirisch höchstwahrscheinlich nicht verifiziert werden kann. Wenn die Schuld als Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit verstanden wird, und unter der Annahme des modernen Strafrechts, dass die Strafbarkeit nur wegen Tatbestandsverwirklichung gegeben sein kann, dann gibt es gemäß dem Schuldprinzip keinen Platz für die Bestrafung von hypothetischen Gedanken des Täters. Weiterhin erfordert ein solcher Maßstab den unvermeidbaren Hinweis auf den durchschnittlichen Menschen und das generelle Können eines solchen Menschen.¹³⁹ Heutzutage ist es aber genau das Bild des durchschnittlichen Menschen, welches in einer pluralistischen Gesellschaft wie der deutschen fast unmöglich zu präzisieren ist.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Potenzialität – obwohl sie ein geltendes Kriterium im deutschen Recht ist – ein problematisches Kriterium zu sein scheint, insbesondere, wenn es mit der Anforderung an das sachgedankliche Mitbewusstsein und das sogenannte bedingte Unrechtsbewusstsein zusammengefasst wird. Außerdem wird die Potenzialität als eine Schwäche der Schuldtheorie bezeichnet,¹⁴⁰ weil diese hypothetische Überprüfung der noch vorliegenden Handlung des Täters als problematisch angesichts des Schuldprinzips gilt, zumal es die strafrechtliche Vorwerfbarkeit gemäß einer irrealen Handlung feststellt.

C. Voraussetzungen der Unvermeidbarkeit

Die bereits dargestellten Maßstäbe zur Feststellung des Bewusstseins des Täters werden im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung angewendet. In Anlehnung an die Lehre *Claus Roxins* und *Ulfrid Neumanns*, die als h.M. im deutschen Recht betrachtet wird, sind folgende Schritte der Vermeidbarkeitsprüfung zu unterscheiden:

¹³⁸ *Schiemann*, ZJS 2012, 774.

¹³⁹ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 27 f.

¹⁴⁰ *Mañalich*, Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos contra la Autodeterminación Sexual, Informe en Derecho N° 2, 2011, Julio, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, S. 1 ff.

der erforderliche Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Tat (1.), die Gewissensanspannung (2.), und die Erkundigungspflicht des Täters (3.).¹⁴¹

1. Der erforderliche Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Tat

a) Begriff

Ein konkreter Anlass ist dann gegeben, wenn der Täter selbst bezüglich der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens konkrete Zweifel hat; wenn er weiß, dass sein Verhalten Einzelnen oder der Allgemeinheit Schaden zufügt; oder wenn er zwar keinen konkreten Zweifel hat, aber weiß, dass er sich auf einem Gebiet bewegt, in dem es Sonderregelungen geben könnte. Dann muss er sich der Sonderregelungen vergewissern.¹⁴²

Nach Meinung des BGH sollen vor jeder Handlung Vorkehrungen getroffen werden, um sich zu versichern, dass jede dieser Handlungen in Einklang mit der Rechtsordnung steht.¹⁴³ Aber dies ist nicht realistisch und daher unausführbar. Ein demokratischer Rechtsstaat geht von der folgenden Prämisse aus: In einer liberalen Gesellschaft ist normalerweise alles erlaubt, das Verbot soll eine Ausnahme darstellen. Die Reflexion über alle erdenklichen Handlungen würde das normale Alltagsleben unmöglich machen.¹⁴⁴ Außerdem, wie *Puppe* treffend bemerkt, bedeutet es eine starke Einschränkung der Handlungsfreiheit.¹⁴⁵

b) Möglicher Ursprung eines Anlasses zur Überprüfung

Wie oben gezeigt, vertritt die herrschende Literaturmeinung zum deutschen Strafrecht die Auffassung, dass der Inhalt des Unrechtsbewusstseins keine Kenntnis der Strafbarkeit oder eine wörtliche Kenntnis bestimmter Regeln erfordert, sondern das Wissen um die materielle Rechtswidrigkeit genügt. Diese materielle Rechtswidrigkeit soll als Kenntnis eines Normalbürgers verstanden werden.¹⁴⁶ Dann bedeutet diese Kenntnis, dass sie in Übereinstimmung mit dem Rechtsgüter-

¹⁴¹ Eine Minderheit vertritt die Auffassung, dass der Maßstab für die Vermeidbarkeitsprüfung nur der gleiche sein kann, der auch an die Prüfungspflicht des Täters bei Fahrlässigkeitsdelikten angelegt wird. Dazu *Jescheck/Weigend*, AT, S. 412; *Maurach/Zipf*, AT, S. 534. Gleicher Meinung ist die ständige Rechtsprechung des BGH, BGHSt 4, 236; 21, 18.

¹⁴² NK-Neumann, § 17 Rn. 63.

¹⁴³ BGHSt 2, 201.

¹⁴⁴ *Roxin*, AT I, § 21 Rn. 53–54.

¹⁴⁵ *Puppe*, AT, S. 229. Dieselbe Meinung vertritt *Schaefer*, der diese Anforderung als „kaum geeignet“ und „unrealistisch“ betrachtet, AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 9.

¹⁴⁶ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 408.

schutz steht, aber dennoch Interpretationsspielraum für den Täter lässt.¹⁴⁷ Das Unrechtsbewusstsein soll in diesem Sinn als das Bewusstsein des Täters gemäß seiner laienhaften Auslegung verstanden werden, dass seine Handlung im konkreten Fall einen Wertverstoß bedeutet.¹⁴⁸ Es besteht auch Einigkeit darüber, dass als Maßstab für die Abstufung des Unrechts¹⁴⁹ der Inhalt des Unrechtsbewusstseins mit der Moralwidrigkeit oder Sozialschädlichkeit nicht übereinstimmt.¹⁵⁰ Allerdings können beide den Täter dazu veranlassen, sich der Rechtmäßigkeit seiner Handlung zu versichern; sie gelten als Indiz der Rechtswidrigkeit, also als Ursprung eines Anlasses.

Aber die Anforderung an den Täter geht weiter, indem es für einen vermeidbaren Irrtum ausreichend ist, dass der Täter einen Anlass gehabt hätte und dass er diesen Anlass nicht gesehen hat.¹⁵¹ Dann geht es nicht allein darum, was für den Täter klar und offensichtlich tatsächlich ein Anlass ist, sondern auch darum – als Annahme auf der möglichen Ebene –, was für ihn ein Anlass hätte sein können. Dies ist von großer Wichtigkeit, da das Vorliegen eines Anlasses bedeutet, dass der Erkenntnisvorgang ausgelöst wurde.¹⁵²

c) Wann liegt ein Anlass vor?

Für die herrschende deutsche Literaturmeinung ist der Zweifel ausreichend, um die Existenz von Unrechtsbewusstsein zu bejahen; dies ist das o.g. bedingte Unrechtsbewusstsein.¹⁵³ Nach dieser Auffassung handelt der Täter im Unrechtsbewusstsein, wenn er die Vorstellung hat, dass sein Verhalten möglicherweise verboten ist, d.h. er zweifelt an der rechtmäßigen Qualität seines Verhaltens. Aber vor diesem Moment muss der Anlass schon gegeben sein. Dieser Anlass zu zweifeln liegt nicht nur vor, wenn der Täter sich in einer juristisch fragwürdigen Lage befindet, sondern auch, wenn er sich in einer moralischen oder sozialschädlichen fragwürdigen Lage befindet. Er ist sich nicht sicher, dass seine Handlung verboten ist, hat aber schon den möglichen Verstoß im moralischen oder sittlichen Sinne in Kauf genommen und soll deswegen auf seine Handlung verzichten. Diese Auffassung führt aber zu der irrigen Annahme, dass Anlass und Zweifel in zeitlicher Hinsicht verwechselt werden. Dies sollte jedoch vermieden werden, weil ein Anlass ein früheres Stadium als der Zweifel ist. Der Anlass ist Voraussetzung des Zweifels des Täters. D.h., es muss ein Anlass gegeben sein, damit der Täter sich Gedanken

¹⁴⁷ Roxin, AT I, § 14 Rn. 6.

¹⁴⁸ Schmidhäuser, FS für H. Mayer, S. 329.

¹⁴⁹ Roxin, AT I, § 14 Rn. 10.

¹⁵⁰ BGHSt 10, 35; NK-Neumann, § 17 Rn. 39.

¹⁵¹ Horn, Verbotsirrtum, S. 85.

¹⁵² SK-Rudolphi, § 17 Rn. 32.

¹⁵³ Warda, FS für Welzel, S. 504 ff. Eine andere Meinung vertritt Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 330–331, der u.a. aus prozessualen Gründen einen effektiven Zweifel als erforderlich erachtet.

machen und aufgrund solcher Gedanken der entsprechende Zweifel ins Spiel kommen kann.¹⁵⁴ Wenn dem Täter die faktische Möglichkeit fehlt, also dieser notwendige vorliegende Anlass, kann dann kein Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Tat gegeben sein, und deswegen kann der Täter seine irrige Lage nicht überwinden bzw. vermeiden.¹⁵⁵ Ein solches Verhältnis zwischen Anlass und Zweifel kann auch als ein objektiv/subjektives Verhältnis verstanden werden. D.h., objektiv gesehen muss ein Anlass gegeben sein, aber der Täter muss den vorliegenden Anlass subjektiv wahrnehmen, nur so kann er bezüglich der rechtlichen Qualität seines Verhaltens zweifeln.¹⁵⁶

Das Anlasserfordernis ist als Folge des Schuldprinzips zu betrachten.¹⁵⁷ Dementsprechend ist in der deutschen Literatur ein tendenzielles Anlassverständnis zu fordern, das mit einem objektiv/subjektivem Bewertungsmaßstab übereinstimmt, und zwar in dem Sinn, dass der Anlass gemäß den konkreten individuellen Fähigkeiten des Täters zu bestimmen sein soll.¹⁵⁸ Die h.M. stellt die Anforderung an einen Anlass in Verbindung mit dem möglichen Erkennen des Täters der bereits genannten Umstände – Rechtswidrigkeit, Moralwidrigkeit oder Sozialschädlichkeit – als Umstände, die auf irgendeine Art und Weise auf einen Grund hinweisen, der dem Täter andeutet, dass er den rechtmäßigen Charakter seines Verhaltens klären soll.¹⁵⁹ Wenn diese Umstände für den Täter nicht erkennbar sind, dann ist es auch möglich, dass gar kein Anlass vorliegt. Ein Anlass ist dann gegeben, wenn der Täter Kenntnis über Umstände hat, die die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zeigen können, und die für einen verantwortungsbewussten Menschen genügend Grund wären, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu überprüfen.¹⁶⁰

d) Die Vorkenntnis

Entscheidend für einen Anlass sind die Vorkenntnisse oder die Erfahrungen des Täters, bspw. seine Erfahrungen im Elternhaus, durch Erziehung, Schulbildung u.a., die auch bewertet werden, wenn sein Unrechtsbewusstsein überprüft wird.¹⁶¹ Die Vorkenntnis steht in enger Verbindung mit dem Mitbewusstsein und ist teilweise Bestandteil davon, sodass der Täter bei Begehung der Tat ein Unrechtsbewusstsein besitzt, nicht nur wegen seiner aktuellen Umstände, sondern auch

¹⁵⁴ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 8.

¹⁵⁵ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 8.

¹⁵⁶ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 10.

¹⁵⁷ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 9 ff.

¹⁵⁸ BGHSt 3, 357, 366; AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 11.

¹⁵⁹ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 9 ff.; SK-Rudolphi, § 17 Rn. 30.

¹⁶⁰ NK-Neumann, § 14 Rn. 13; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 35 ff. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein, S. 147, ist der Meinung, dass die strafrechtliche Schuld das Bewusstsein der Sozialschädlichkeit erfordert; AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 10.

¹⁶¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 423; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 205.

wegen seines Erfahrungswissens.¹⁶² Demzufolge hängt das Vorliegen des Unrechtsbewusstseins vom Begleitwissen des Täters ab, das für ihn lebensgestaltende Bedeutung hat.¹⁶³ Wenn alle Wahrnehmungsobjekte, Erfahrungen und Gewohnheiten internalisiert sind, braucht der Täter nicht darüber nachzudenken, weil er sich an solchen Tatsachen orientiert und sie deshalb in das Unrechtsbewusstsein (Mitbewusstsein) übertragen werden können.¹⁶⁴

Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Bestimmung des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit – wie *Groteguth* treffend feststellt – aus dem Begriff der Person, im Sinne des Erlebens von Werten des Subjekts, zu verstehen sei.¹⁶⁵ Das Bewusstsein ist kein einseitiger Begriff, sondern ein intersubjektiver Begriff vom Täter selbst und bezüglich seiner Interaktion mit anderen.¹⁶⁶

Die Vorkenntnis ist von besonderer Relevanz im Fall der Normadressaten aus einem fremden Kulturkreis. Der Grund dafür ist, dass bezüglich dieser Normadressaten eine unterschiedliche Vermeidbarkeitsprüfung gefordert werden kann. Damit ist Folgendes gemeint: Bei einheimischen Normadressaten beginnt die Überprüfung der Vermeidbarkeit mit der Feststellung, ob ein Anlass gegeben ist, an der Rechtmäßigkeit der Tat zu zweifeln.¹⁶⁷ Wenn der Kenntnisgrad bei der Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit liegt, gibt es für den Ausländer in der Regel immer einen Anlass, weil in der herrschenden Kultur, insbesondere für die Neubürger alles fremd, neu und unbekannt ist.¹⁶⁸ Demzufolge kann ein Ausländer normativ gesehen wegen jeder seiner Handlungen einen Anlass zur Unsicherheit haben: sowohl im Prinzip juristisch irrelevante oder bagatelartige Handlungen, z.B. eine Zigarettenkippe auf der Straße wegzwerfen oder die Züchtigung des Kindes zu Hause, als auch juristisch deutlich relevante Handlungen, z.B. eine Unternehmensgründung. Alles sind fremde, mit Zweifel behaftete Handlungen. Dies führt zu der Behauptung, dass fremdkulturelle Normadressaten eine Extralast von Informationseinholung haben. Sie haben eine Integrationspflicht in der deutschen Gesellschaft, und zwar nicht nur im Sinne der sozialen Integration, sondern auch der juristischen Integration. Diese Behauptung ist aber problematisch angesichts des Schuldprinzips. Von fremdkulturellen Normadressaten, die in Deutschland noch nicht integriert sind und denen die soziale und vor allem rechtliche Bedeutung ihrer Handlungen absolut fremd ist und die eventuell die Sprache noch nicht beherr-

¹⁶² *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform, S. 87.

¹⁶³ *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform, S. 87.

¹⁶⁴ *Roxin*, AT I, § 21 Rn. 27.

¹⁶⁵ *Groteguth*, Norm und Verbots(un)kenntnis, S. 39.

¹⁶⁶ *Groteguth*, Norm und Verbots(un)kenntnis, S. 39.

¹⁶⁷ Dazu mehr unter C.1. Die Gegenmeinung vertritt *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 74, nach der bei der Vermeidbarkeitsprüfung nach § 17 StGB nicht auf die individuellen Wertmaßstäbe der Täter oder ihre kulturelle Prägung abzustellen ist.

¹⁶⁸ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351.

schen, kann nicht gefordert werden, dass sie (bevor sie nach Deutschland kommen) rechtliche Informationen einholen, weil das für sie (insgesamt) eine unhaltbare Extralast bedeuten würde, die anhand der Lebensführungsschuld verstanden werden soll.¹⁶⁹ D.h., der Täter ist nicht mehr schuldig aufgrund einer bestimmten Tat, sondern im Allgemeinen, weil er in seiner Lebensführung normativ nicht sorgfältig gehandelt hat, bevor er ein Leben in einer neuen Gesellschaft beginnt. Manche Stimmen stellen sogar die Frage, ob ein Umzug nach Deutschland schon ein Anlass sein könnte.¹⁷⁰

Der Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit bzw. die Feststellung eines Anlasses zum Zweifel vonseiten des Täters ist anders, wenn ein Verständnisverbotsirrtum gegeben ist. So unterscheidet sich der Verständnisverbotsirrtum vom klassischen Verbotsirrtum nicht nur, weil die Grundlagen andere sind (Informationsdefizit vs. kulturell abweichende Wertvorstellung), sondern auch wegen der erforderlichen Prüfung zur Bestätigung des Verbots: „Man kann also nicht alle Menschen so behandeln, als ob sie gleich wären, wenn sie es gar nicht sind. Das System muss die Unterschiedlichkeit berücksichtigen.“¹⁷¹ Die „Standard“-Vermeidbarkeitsprüfung eines Verbotsirrtums im deutschen Recht ist für den fremdkulturellen Normadressaten grundsätzlich schwierig, weil dieser vom Ausgangspunkt her im Zweifel handelt. Somit wird der erste Schritt der Vermeidbarkeit bzw. der Anlass bei ihm immer bejaht bzw. der Verbotsirrtum – falls gegeben – immer vermeidbar sein.¹⁷²

In Bezug darauf kommt die staatliche Kehrseite dieser Verinnerlichung in Betracht und die Rechtssozialisation von Normen, d.h. der Staat instruiert den Bürger durch die Normen und muss sie ihm dann bekannt geben. *Bustos* erklärt diese Pflicht mit folgendem Beispiel: „Ein Professor kann von seinem Studenten keine bestimmte Antwort zu einem Thema verlangen, zu welchem er weder Material ausgegeben noch Fundstellen genannt hat. Der Staat kann nicht die Achtung bestimmter Werte verlangen, wenn er nicht dafür gesorgt hat, dass diese Werte verinnerlicht werden.“¹⁷³ Außerdem ist auch die Tatsache zu betonen, dass sich manche dieser Normadressaten in einer schwachen und ungeschützten Position in einer Gesellschaft befinden (z.B. Flüchtlinge).¹⁷⁴

¹⁶⁹ *Roxin*, AT I, § 6 Rn. 9.

¹⁷⁰ *Hörnle*, Rechtfertigungsgründe, S. C 73; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205; *Valerius*, Kultur, S. 189.

¹⁷¹ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351.

¹⁷² Siehe *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 350 f.

¹⁷³ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 350; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205.

¹⁷⁴ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.

2. Die Gewissensanspannung

Die Vermeidbarkeit ist als Metabegriff ein subjektives Urteil über das subjektive Können eines Täters.¹⁷⁵ Im konkreten Fall ist die Vermeidbarkeit aber ein Urteil bzw. ein Vorgang, bei dem man zuerst den Anlass des Täters überprüft, und erst wenn ein solcher Anlass vorlag und der Täter an der Rechtmäßigkeit seiner Tat zweifelt, stellt sich die Frage nach seiner Gewissensanspannung.

Die grundlegende Entscheidung des BGHSt 2, 201 bekräftigt, dass der Täter, um die Vermeidbarkeit seines Irrtums zu bestätigen, sein Gewissen in einer ihm zumutbaren Weise anspannen sollte: Das ist die sogenannte Gewissensanspannung des Täters.¹⁷⁶ Dieser Ausgangspunkt ist in der Rechtsprechung weiter präzisiert worden.

Zunächst erklärt der BGH, was unter Gewissensanspannung zu verstehen ist, scil. die Verpflichtung des Täters, „alle seine geistigen Erkenntniskräfte und alle seine sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen, wenn es gilt, sich über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens ein Urteil zu bilden“.¹⁷⁷ Später wird die Sorgfaltpflicht in richtiger Individualisierung angegeben, in dem Sinn, dass „ein Urteil über das zulässige Maß der Wissens- und Gewissensanspannung nur unter Berücksichtigung der gerade dem Handelnden eigenen Gaben, Fähigkeiten und Einsichten getroffen werden“ kann.¹⁷⁸ Schließlich ist festgelegt, dass die „Forderungen an den Täter noch über die Ansprüche hinausgehen, die an den Täter gestellt werden können, um Fahrlässigkeit auszuschließen; dies rechtfertigt sich dadurch, daß der Täter vorsätzlich den Tatbestand eines Verbrechens erfüllt, mithin eine Handlung begeht, die schon mit dem Indiz des Rechtswidrigen vorbelastet ist“.¹⁷⁹ Bei der Vermeidbarkeitsprüfung müssen subjektive Faktoren, die im konkreten Fall vorliegen, beachtet werden. Sie müssen aber immer einen objektivierenden Bezugspunkt haben, sodass diese subjektiven Umstände des Täters im konkreten Fall als ein Hinweis auf andere Täter unter ähnlichen oder gleichen Umständen bewertet werden kön-

¹⁷⁵ Vgl. *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 207.

¹⁷⁶ BGHSt 2, 201, „Der Mensch ist, weil er auf freie, sittliche Selbstbestimmung angelegt ist, auch jederzeit in die verantwortliche Entscheidung gerufen, sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft rechtmäßig zu verhalten und das Unrecht zu vermeiden. Dieser Pflicht genügt er nicht, wenn er nur das nicht tut, was ihm als Unrecht klar vor Augen steht. Vielmehr hat er bei allem, was er zu tun im Begriff steht, sich bewusst zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht. Zweifel hat er durch Nachdenken oder Erkundigung zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, ihr Maß richtet sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen. Wenn er trotz der ihm danach zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermochte, war der Irrtum überwindlich, die Tat für ihn nicht vermeidbar. In diesem Falle kann ein Schuldvorwurf gegen ihn nicht erhoben werden.“

¹⁷⁷ BGH 4, 5.

¹⁷⁸ BGH 3, 366.

¹⁷⁹ BGH 4, 237.

nen. Deswegen orientiert sich die Analyse der Gewissensanspannung des Täters im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung an der sogenannten Parallelwertung in der Laiensphäre als Bezugspunkt des Verhaltens, das bei ähnlichen Umständen auch die anderen Laien haben sollen. Zunächst wird ein kurzes Schema der Einzelschritte der Gewissensanspannung dargelegt.

a) Parallelwertung in der Laiensphäre

Die Parallelwertung in der Laiensphäre ist eine dogmatische Konstruktion, die ihre Anwendung im Bereich des Tatbestandsirrtums findet und auf dem Gebiet des Verbotsirrtums oft für das Vermeidbarkeitsurteil gebraucht wird.

Nach der h.M. geht es der Parallelwertung um das subjektive Verständnis der Einzeltatsachen, nämlich der sozialen Bedeutung eines Vorgangs.¹⁸⁰ So kann diese auch als eine Beurteilung im inneren Bewusstsein des Täters verstanden werden.¹⁸¹ Die Parallelwertung versucht das juristische Verständnis im geistigen Verständnis des Betroffenen zu erklären, ohne eine Bewertung nach sozialer oder kultureller Art zu erfassen.¹⁸² Es stellt eine Übertragung des Verständnisses von der Juristensphäre zu dem der Laiensphäre dar.¹⁸³

b) Kriterium des durchschnittlichen Menschen

Der Maßstab des durchschnittlichen Menschen ist im Rahmen des Verbotsirrtums nicht explizit klargestellt. Er wird mit den Maßstäben für das Vermeidbarkeitsurteil vermischt. Die o.g. Parallelwertung und die Anlehnung an die Laien als eine Kategorie geben einen mittelbaren Hinweis auf den durchschnittlichen Menschen. Nebenbei ist zu bemerken, dass der sogenannte durchschnittliche Mensch nicht als ein empirisch ermittelbares Kriterium verstanden werden soll, sondern als ein objektiver Maßstab oder, wie *Jescheck* feststellt, als ein „sozial-vergleichender Maßstab“ fungiert.¹⁸⁴ *Jescheck* unternimmt den Versuch, ein durchschnittliches Können festzustellen, aber nicht bezüglich eines durchschnittlichen Menschen ohne Berücksichtigung der persönlichen Umstände des Täters und auf einer abstrakten Ebene, sondern in Zusammenhang mit jemandem, der „nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf, körperlichen Eigenschaften, geistigen Fähigkeiten und Lebenserfahrung dem Täter gleich [denkt]“.¹⁸⁵ Das ist aber viel mehr ein subjektiver

¹⁸⁰ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 295; *Kaufmann*, Die Parallelwertung, S. 36 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, S. 80; *Schlüchter*, Irrtum, S. 58. Krit. NK-Neumann, § 17 Rn. 39.

¹⁸¹ *Jakobs*, AT, § 8 Rn. 49.

¹⁸² *Safferling*, Vorsatz, S. 130.

¹⁸³ Krit. zu diesem Maßstab *Puppe*, GA 1990, 147 ff.

¹⁸⁴ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 427.

¹⁸⁵ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 428.

Maßstab als ein objektiver. In der Irrtumslehre wird behauptet, dass der durchschnittliche Mensch kein rein durchschnittlicher Mensch ist, sondern ein verantwortungsbewusster Mensch,¹⁸⁶ der unter Hinweis auf die konkreten Umstände und Merkmale des Täters festzulegen ist.¹⁸⁷

c) Die Gefühlswarnung

Die Gefühlswarnung steht in engem Zusammenhang mit dem Rechtsgefühl, da es eine Orientierungshilfe für den Handelnden ist. Im deutschen Schrifttum herrscht die Meinung vor, dass der Verbotsirrtum und insbesondere die Vermeidbarkeitsprüfung von der Prämisse ausgehen, dass in der Bevölkerung ein lebendiges und gemeinsames Rechtsgefühl existiert, das von den Normadressaten geteilt wird.¹⁸⁸

Die Gefühlswarnung wurde aus der Lehre *Mezgers* entwickelt, die jüngere Lehre folgte ihr. Danach kann für das Wissen des Täters eine bloße Gefühlswarnung ausreichend sein.¹⁸⁹ Aber diese spielt im Bereich der Unrechtskenntnis eine extrem komplizierte Rolle; sie muss den Täter darauf hinweisen, dass er auf seine möglicherweise rechtswidrige Handlung verzichten soll.

3. Erkundigungspflicht

Das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ist bei Unrechtszweifeln (des Täters) ausgeschlossen.¹⁹⁰ Aber der Unrechtszweifel verlangt nicht nur die bereits dargestellte Gewissensanspannung des Täters, sondern begründet auch einen rechtlichen Befehl, nämlich dass der Täter sich erkundigen muss, um seinen Zweifel zu beseitigen. Nur wenn der Täter diese juristische Aufgabe erfüllt, kann ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bejaht werden, weil er alles ihm Mögliche unternommen hat, um seine Zweifel zu beseitigen.¹⁹¹ Dies bedeutet für die Prüfung der Vermeidbarkeit, dass der Täter schon einen Anlass zu zweifeln gehabt hat, so dass er aufgrund dieses Anlasses gezweifelt hat und wegen dieses Zweifels sein Gewissen angespannt hat. Dann entsteht aus dieser Gewissensanspannung für den Täter eine Erkundigungspflicht.

Die Erkundigungspflicht des Täters besteht aus zwei Schritten. Zuerst muss der Täter in der Lage sein, an der Rechtswidrigkeit seiner Tat zu zweifeln.¹⁹² Nur wenn

¹⁸⁶ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 10. Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 215.

¹⁸⁷ Jescheck/Weigend, AT, S. 428.

¹⁸⁸ Radbruch, Strafrecht II, S. 76.

¹⁸⁹ LK-Vogel, § 15 Rn. 138; Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 66.

¹⁹⁰ Leite, GA 2012, 698.

¹⁹¹ BGH NJW 1995, 204 f.; BGHSt 4, 236, 234.

¹⁹² Demzufolge stellt manche Lehre die Zusammenarbeit der Bestätigung des Anlasses und der entsprechenden Erkenntnis der Rechtswidrigkeit. So AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 9 ff.; SK-Rudolphi, § 17 Rn. 30.

er die Rechtmäßigkeit seiner Tat infrage stellt, findet der zweite Schritt statt, bei dem er sein Gewissen anspannen und sich erkundigen soll.¹⁹³ Die traditionelle deutsche Rechtsprechung geht von der Prämisse aus, dass der Zweifel des Täters automatisch eine Pflicht bedeute und die Nichterfüllung dieser Pflicht für den Schuldvorwurf genügend sei.¹⁹⁴ Aber diese Auffassung ist durch die neuere Rechtsprechung ersetzt worden. Wenn der Täter tatsächlich zu demselben Ergebnis wie ein gut informierter Bürger kommen würde, ist es unerheblich, ob er seine Erkundigungspflicht beachtet hat oder nicht. Das ist der sogenannte hypothetische Kausalverlauf bei Informationseinholung.¹⁹⁵

Die Frage ist dann, wann die Erkundigungspflicht erfüllt ist. Was kann vom Täter verlangt werden? Die Antwort auf diese Frage geht im deutschen Recht von folgender Prämisse aus: Der Täter bzw. der Bürger soll der Verwaltungsbehörde vertrauen. Für die Gewissheit des Täters sei die Lektüre von Gesetzen und gerichtlichen Entscheidungen oder die Auskunft sachkundiger Personen ausreichend,¹⁹⁶ nämlich von Rechtsanwälten, Rechtswissenschaftlern, Richtern, Notaren u.a.¹⁹⁷ Dennoch bleibt der Umfang der Information des Täters problematisch. Wie ist zu bestimmen, ob die Informationen, die er gesammelt hat, genügend sind? Genügend ist seine Gewissheit durch Nachdenken und Erkundigen, d.h., dass er an der Rechtmäßigkeit seiner Tathandlung nicht mehr zweifelt. Außerdem gibt es noch ein Problem hinsichtlich widersprüchlicher Gerichtsentscheidungen und unrichtiger Rechtsberatungen.

Bezüglich dieser Punkte können folgende Aussagen gemacht werden: Erstens, wenn der Täter sich an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert hat, die aktuell als dominierend betrachtet wird, würde eine spätere Änderung der Rechtsprechung ihm nicht schaden.¹⁹⁸ Zweitens, bei unterschiedlicher Rechtsprechung von Gerichten mit unterschiedlichem Rang muss man sich an der Entscheidung des höheren Gerichts orientieren.¹⁹⁹ Drittens, bei widersprüchlicher Rechtsprechung von Gerichten gleicher Ordnung ist der Fall umstritten. Manche Stimmen in der Lehre behaupten, dass bei inkonsistenter Rechtsprechung gleichrangiger Gerichte ein Verbotsirrtum aufgrund des bedingten Unrechtsbewusstseins abzulehnen sei.²⁰⁰ Währenddessen vertritt ein Teil von Lehre und Praxis die Meinung, dass in diesen

¹⁹³ So hat das BGH in dem sog. Katzenkönigfall entschieden, BGHSt 35, 347. So etwa NK-Neumann, § 17 Rn. 53.

¹⁹⁴ BGHSt 12, 18, 21; BayObLG NJW 1960, 504; 1340; 1965, 1392.

¹⁹⁵ BGHSt 37,55, 67. So die zustimmende Lehre, NK-Neumann, § 17 Rn. 81–82; Pawlik, Das Unrecht, S. 329; Roxin, AT I, §21 Rn. 69; Walter, Der Kern, S. 308; LK-Vogel, § 17 Rn. 46.

¹⁹⁶ NK-Neumann, § 17 Rn. 67.

¹⁹⁷ Löw, Erkundigungspflicht, S.101 ff.

¹⁹⁸ NK-Neumann, § 17 Rn. 68.

¹⁹⁹ NK-Neumann, § 17 Rn. 69.

²⁰⁰ Roxin, AT I, § 21 Rn. 63; Dimakis, Der Zweifel, S. 33 ff.

Fällen ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zu bejahen ist.²⁰¹ Die überwiegende Literaturmeinung ist der Auffassung, dass bei gleichrangiger widersprüchlicher Rechtsprechung ein vermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt. Dies soll aber in Ausnahmesituationen aufgrund einer Zumutbarkeitserwägung abgeschafft werden.²⁰² Schließlich ist bei der Rechtsberatung normalerweise der Rat eines Anwalts ausreichend. Und nur wenn der Anwalt selbst Zweifel am Wert seiner Rechtsberatung äußert oder er in „ernstlich unseriöser Weise plumpe Machenschaften“ zur Umgehung des Gesetzes empfiehlt, soll diese Rechtsberatung für den Täter nicht ausreichen.²⁰³ In jedem anderen Fall gilt sie als Erfüllung der Erkundigungspflicht.

4. Sonderprobleme und Konkretisierung im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts

Weil die oben dargestellten Maßstäbe der Vermeidbarkeit in der Regel für eine Standardanwendung des Verbotsirrtums gelten, werden im Folgenden Leitfälle von Verbotsirrtum in besonderen Bereichen des Strafrechts dargelegt, nämlich im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts (a) und des Ordnungswidrigkeitenrechts (b).

a) Verbotsirrtum im Wirtschaftsstrafrecht

Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und der Nebengesetze wird immer wieder behauptet, dass im Vergleich zum Kernstrafrecht die Kenntnis des zugrunde liegenden Verbots kein selbstverständlicher Umstand sei. Deswegen sollte man sich im Voraus erkundigen. Allerdings besagt die Lehre, dass die meisten Irrtümer im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts keine Verbotsirrtümer sind, sondern Tatbestandsirrtümer.²⁰⁴ Auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts ist ein Irrtum über Inhalt oder Reichweite des Normbefehls wegen der Existenz des Blankettgesetzes problematisch. Nach der h.M. wurde dieser Irrtum als ein Verbotsirrtum mit direkter Anwendung von § 17 StGB betrachtet,²⁰⁵ einschließlich der Probleme, die eine direkte Anwendung mit sich bringen kann. Im Wirtschaftsstrafrecht werden drei Fallkonstellationen genannt, in denen der Verbotsirrtum üblicherweise strittig ist. Erstens findet man einen Verbotsirrtum im Rahmen des Blankettgesetzes. Zweitens ist der Verbotsirrtum eine übliche Rechtsfigur im Rahmen des Steuerstrafrechts, schwierig ist in diesem Bereich allerdings die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum. Schließlich kann man auf ein Vermeidbarkeitsproblem hinweisen, da eventuell fraglich ist, inwieweit eine Rechtsberatung durch professionelle Orga-

²⁰¹ Maurach/Zipf, AT I, § 38 Rn. 36.

²⁰² NK-Neumann, § 17 Rn. 72; Warda, FS für Welzel, S. 528. Krit. zu dieser Auffassung Löw, Erkundigungspflicht, S. 196–197.

²⁰³ Roxin, AT I, § 21 Rn. 62.

²⁰⁴ Vgl. Bülte, NSTZ 2013, 65.

²⁰⁵ Vgl. Bülte, NSTZ 2013, 65.

ne der Rechtspflege die Erkundigungspflicht erfüllt.²⁰⁶ Im Folgenden wird ein Blick auf jeden dieser problematischen Bereiche geworfen.

aa) Verbotsirrtum bei Blanketttatbeständen

Blanketttatbestände sind im Nebenstrafrecht sehr häufig zu finden. Man versteht darunter diejenigen Tatbestände, die nur eine Sanktionsnorm beinhalten, sodass ihre Ausfüllung anderen Gesetzen, Normen und Verwaltungsakten überlassen bleibt.²⁰⁷ Mit den Worten des BGH handelt es sich um ein Blankettgesetz, wenn Tatbestand und Strafdrohung „derart getrennt sind, dass die Ergänzung der Strafdrohung durch einen zugehörigen Tatbestand von einer anderen Stelle und zu einer anderen Zeit selbstständig vorgenommen wird“.²⁰⁸ Die größten Probleme finden sich im Rahmen des Wirtschafts- und Umweltstrafrechts, weil die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum schwierig wird,²⁰⁹ insbesondere weil die Blanketttatbestände und die Ausfüllungsnormen ein Zusammenlesen erfordern.²¹⁰ In solchen Normen ist ein Irrtum über die Existenz oder den Inhalt der ausfüllenden Norm oder die Annahme eines nicht existierenden Rechtfertigungsgrundes ein Verbotsirrtum, aber ein Irrtum über Tatumstände der ausfüllenden Norm schließt den Vorsatz aus und es besteht dann ein Tatbestandsirrtum.²¹¹ Das Problem ist, dass die Blankettgesetze unvollständige Tatbestände sind, womit die Trennung von beiden unmöglich wird. D.h. ein Blankettgesetz ist nur ein Gesetz, insoweit es von der Ausfüllungsnorm ergänzt wird.

Die h.L. ist damit einverstanden, dass die Tatbestände einer Ausfüllungsnorm von der Strafnorm umfasst werden müssen, sodass der Inhalt der tatbestandsmäßigen Vorsatzvorstellung bestimmt werden kann.²¹² Ein Tatbestandsirrtum wird dann ausgeschlossen, wenn der Handelnde über den Inhalt und die Reichweite des Normbefehls der ausfüllenden Vorschrift irrt. Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung des BGH zum Irak-Embargo, in der gemäß § 34 Abs. 4 AWG ein Irrtum über die Reichweite des Verbots von Geldzahlungen im Kontext der Überweisungen zu medizinischen und humanitären Zwecken einen Verbotsirrtum darstellt.²¹³ Der BGH führte aus, dass nach der Vorstellung des Angeklagten die Schutzzonen im Irak vom Embargo nicht erfasst worden seien, deswegen habe man sich entschieden, Zahlungen dorthin zu schicken, denn die Auszahlungen seien auf der Basis

²⁰⁶ Vgl. *Eidam*, ZStW 127 (2015), 125.

²⁰⁷ *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 110.

²⁰⁸ BGHSt 6 40.

²⁰⁹ Vgl. *Heger*, Die Europäisierung, S. 328; *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 110.

²¹⁰ Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, § 4 Rn. 217.

²¹¹ *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 111.

²¹² *Puppe*, Strafrechtsdogmatische Analysen, S. 285.

²¹³ Vgl. *Bülte*, NSTZ 2013, 67; BGH 1 StR 73/02.

dort vorhandener Guthaben erfolgt. Das Gericht stellte fest, dass der Angeklagte einen Subsumtionsirrtum nach § 17StGB begangen hatte, weil er zwar vom Bestehen des Irak-Embargos Kenntnis hatte, aber wegen einer falschen Auslegung nicht wusste, „welchen räumlichen Geltungsbereich das Embargo erfasste und welche Vorgänge als Zahlungen in das Embargogebiet anzusehen sind“.²¹⁴

Die Schwierigkeit mit einem Blankettgesetz ist, dass es mindestens zweiteilig ist, d.h. es besteht aus einer Strafdrohung in einem ersten Gesetz und einer zweiten Ergänzung durch bspw. einen Verwaltungsakt. Somit ist der staatliche Anspruch zur Kenntnis dieser Normen schwer zu rechtfertigen, weil es verstreute Rechtsakte sind; dies ist der komplizierteste Gesichtspunkt des Blankettgesetzes, nicht nur die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum. Im Folgenden werden die besonderen Probleme im Rahmen des Steuerstrafrechts dargestellt, die auch bezüglich der Blanketttatbestände bestehen.

bb) Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht

In enger Verbindung mit der Thematik der Blankettgesetze findet sich das Problem des Verbotsirrtums im Rahmen des Steuerstrafrechts. Beim Steuerstrafrecht stellen die Normen mehrheitlich Blankettgesetze dar. Wie bereits dargestellt beruhen diese nur auf Strafbarkeitsvoraussetzungen und erfordern eine Ausfüllungsnorm, die Gebote oder Verbote enthält, sodass beide – das Blankettgesetz und die Ausfüllungsnorm – zusammen den Steuerbefehl ergeben.

Das Steuerstrafrecht ist innerhalb des Verbotsirrtums ein Sonderfall, weil es im Bereich der Blankettgesetze spezielle Tatbestandsmerkmale umfasst und demzufolge die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum erschwert ist.²¹⁵ Ständiges Beispiel dafür ist § 370 AO, der den Tatbestand der Steuerverkürzung enthält, die aber, um den gesamten Befehl über Steuerhinterziehung zu ermitteln, ein Zusammenlesen mit den Steuervorschriften erfordert. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs ein ausschließender vorsätzlicher Irrtum, d.h. ein Tatbestandsirrtum.²¹⁶ Also umfasst der Vorsatz der Steuerhinterziehung die Kenntnis des Steueranspruchs, der die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts als steuerbar einschließt. Allerdings ist diese Behauptung der deutschen Lehre nicht ganz stimmig,²¹⁷ denn wenn die Einzelsteuergesetze in den Straftatbestand des § 370 AO hineingelesen werden sollen, dann ist ein Irrtum über die Steuerrechtslage kein Tatbestandsirrtum, sondern ein Verbotsirrtum. Grund dafür ist, dass der Steueranspruch nicht zum Tatbestand gehört, sondern nur zu seinen begründenden Umständen. Die Lehre orientiert sich an strafrechtsdogma-

²¹⁴ BGH 1 StR 73/02.

²¹⁵ Vgl. *Bülte*, NStZ 2013, 68.

²¹⁶ BGHSt 5, 90.

²¹⁷ *Bülte*, NStZ 2013, 68; *Maiwald*, Unrechtskenntnis, S. 15 ff.

tischen Tatbestandsfunktionen und geht davon aus, dass eine Unrechtsumschreibung ohne ethischen oder gesetzlichen Normbefehl leer bleibt. In diesem Sinn ist die Lage im Kernstrafrecht anders, weil der Unrechtsinhalt normalerweise auf einem sozial- oder sittenwidrigen Verhalten basiert, während auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts auf positivierte Normen zurückgegriffen werden muss und solche Normen als integraler Bestandteil des Tatbestands verstanden werden sollen.

In Verbindung mit der Auffassung der Judikatur, dass solche Irrtümer Tatbestandsirrtümer seien, kann so auch die Tatbestandsmerkmaltheorie verstanden werden. Die Interpretation wäre, dass die Kenntnis der Norm – der Steueranspruch – ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist. Denn die Kenntnis des Anspruchs wäre ein subjektives Tatbestandsmerkmal, das zum Vorsatz gehört.

cc) Vertrauen in eingeholten rechtsanwaltlichen Rat

Im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts ist unumstritten, dass bei der Vermeidbarkeitsprüfung dieselben Schritte wie im Kernstrafrecht angewendet werden sollen, d.h. der Täter muss alle seine geistigen Erkenntniskräfte aufbringen, um seine aufkommenden Zweifel durch seine eigene Reflexion oder durch Einholung von verlässlichem Rat eines Experten zu beseitigen.²¹⁸ Allerdings erklärt der BGH, dass das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters begründe.²¹⁹ Es ist darüber hinaus erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit des Expertenrats den Umständen gemäß vertrauen darf. Die Auskunft eines Rechtsanwalts ist nicht allein deshalb vertrauenswürdig, weil sie von einer vertrauenswürdigen Person erteilt wurde.²²⁰ Der Täter muss zur Absicherung der Richtigkeit der Auffassung des Expertenrats eine weitere Untersuchung durchführen, sodass ein Verbotsirrtum vorliegen kann.²²¹ Bei komplexen Sachverhalten und schwierigen Rechtsfragen muss ein detailliertes schriftliches Gutachten vorliegen, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.²²²

b) Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht

Das Ordnungswidrigkeitenrecht regelt zahlreiche Aspekte des sozialen Lebens, und die Vielfältigkeit von Normen bedeutet auch im Strafrecht selbst die Möglichkeit, dass die Normen den Normadressaten unbekannt sind. Das „Kennenmüs-

²¹⁸ Vgl. *Eidam*, ZStW 127 (2015), 126; BGHSt 58, 15, 29; BGH NStZ 2013, 416.

²¹⁹ BGH 3 StR 521/12; BGH 3 StR 394/07.

²²⁰ BGHSt 58, 15, 29.

²²¹ BGH 3 StR 521/12.

²²² BGHSt 58, 15, 30.

sen“ eines gesetzlichen Verbots ist weit von der Realität entfernt.²²³ Nach deutschem Recht ist eine Tat ordnungswidrig, die eine Gesetzesübertretung ist. Es handelt sich um einen geringeren Rechtsverstoß, d.h. eine tatbestandsmäßige rechtswidrige und vorwerfbare Handlung (§ 1 Abs. 1 OWiG), wenn eine Geldbuße als Rechtsfolge in Betracht kommt. Gesetzesübertretungen werden üblicherweise durch eine „Verwaltungsbehörde“ geahndet (§ 35 OWiG).²²⁴ Die staatliche Reaktion auf geringfügige Rechtsverstöße ist keine Strafe,²²⁵ aber die Voraussetzungen sind im Allgemeinen gleich. Deswegen ist auch die Voraussetzung für den Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB hier als allgemeine Regel anwendbar, aber im spezifischen Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts gilt eine besondere Regelung des Verbotsirrtums. § 11 Abs. 2 OWiG schließt die Vorwerfbarkeit aus, wenn der Täter die Rechtsvorschrift nicht kennt bzw. ihm die Einsicht fehlt, etwas Unerlaubtes zu tun, und er seinen Irrtum nicht vermeiden konnte. Wichtig ist, dass im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts die Wirkung eines Verbotsirrtums keine Schuldasschließung bedeutet, sondern den Ausschluss der Vorwerfbarkeit.²²⁶ Im Folgenden werden die Problemstellungen im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts anhand konkreter Fälle dargelegt.

aa) Führen eines Einhandmessers in einem Pkw
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Juni 2011)

Bei dem Fall ging es um einen Fahrer, in dessen Pkw im Seitenfach der Fahrertür bei einer polizeilichen Routinekontrolle zwei griffbereite Einhandmesser gefunden worden waren. Der Fahrer führte die Einhandmesser bewusst und gewollt mit sich.²²⁷ Das Amtsgericht Stuttgart verhängte gegen den Betroffenen wegen einer fahrlässigen Ordnungswidrigkeit des verbotswidrigen Führens zweier Einhandmesser gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 21 a i.V.m. § 42 a Abs. 1 Nr. 31. Alt. WaffG eine Geldbuße von 200 Euro. Der Betroffene wandte sich gegen diese Entscheidung und behauptete, dass § 42 a WaffG dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes widerspreche. Es wurde eine andere Definition des Führens als sonst im WaffG verlangt, in der das Aufbewahren eines Einhandmessers im Seitenfach der Fahrertür eines Fahrzeugs nicht erfasst worden sei. Ihm sei zu Unrecht ein berechtigtes Interesse am Führen der Messer abgesprochen worden. Anschließendes Argument war, dass er in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum gehandelt habe. Der Irrtum wurde als vermeidbar betrachtet, weil gemäß dem Gericht der Täter mit „Anwendung der Sorgfalt“²²⁸ die Unerlaubtheit hätte erkennen können. Darüber hinaus wurde seine

²²³ Glandien, Der Verbotsirrtum, S. 13.

²²⁴ Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 1.

²²⁵ Roxin, AT I, § 2 Rn. 4.

²²⁶ Mitsch, Fallsammlung, S. 23; S. 23 f.; S. 72.

²²⁷ OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Juni, 2011. Az. 4 Ss 137/11.

²²⁸ OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Juni 2011. Az. 4 Ss 137/11.

Prüfungs- und Erkundigungspflicht bestätigt, weil er Anlass hatte, „sich über das Erlaubtsein des Führens [...] publizistisch“ zu erkundigen.²²⁹ Obwohl ein vermeidbarer Verbotsirrtum bestätigt wurde, wurde die Geldbuße von 200 Euro für schuldangemessen befunden.

bb) Nachweispflicht

Das Amtsgericht Koblenz hat einen Unternehmer, der Eigentümer von vier Lkws ist, wegen vorsätzlicher Nichtausstellung von Bescheinigungen über berücksichtigungsfreie Tage (§ 20 Abs. 1 Satz 3, 21 Abs. 1 Nr. 10 FPersV) zu einer Geldbuße von 1.000 Euro verurteilt.²³⁰ Am 21. Dezember 2007 konnte einer der Beschäftigten des Betroffenen, der aber am 17., 19. und 20. Dezember 2007 nicht als Fahrer eingesetzt worden war, bei einer Kontrolle keine entsprechende Bescheinigung vorlegen. Er hatte eine solche Bescheinigung noch nie erhalten. Der Grund dafür war, dass der Betroffene „die Nachweispflicht nicht als gesetzlich erforderlich ansah“.²³¹ Grund des Urteils war die Behauptung des Betroffenen, dass er von der Verpflichtung zur Vorlage solcher Bescheinigungen keine Kenntnis hatte. Das Amtsgericht fand diese Behauptung unbefriedigend, trotzdem bestätigte es einen vorliegenden vermeidbaren Verbotsirrtum. In den Rechtsbeschwerden entschied das OLG Koblenz, dass der Verbotsirrtum vermeidbar war, hauptsächlich, weil selbstverständlich ist, dass ein Unternehmer sich „über seine Pflichten informieren muss“.²³² Allerdings hat das OLG am Ende seiner Entscheidung eine relevante Bemerkung gemacht, und zwar, dass auch bei der Bußgeldbemessung eine Milderung erwogen werden muss, sogar wenn in § 11 Abs. 2 OWiG eine § 17 Satz 2 StGB entsprechende Milderungsmöglichkeit nicht geregelt ist.

cc) Schlussbemerkungen

Zur Anwendung des Verbotsirrtums im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts ist dreierlei zu bemerken. Erstens wird in diesem Bereich, selbst wenn die Umstände eines Verbotsirrtums ähnlich wie im Kernstrafrecht sind, nicht vom Bewusstsein des Unrechts gesprochen, sondern von der Unerlaubtheit der Handlung. Darüber hinaus ist die Folge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht der Ausschluss der Schuld, sondern der Ausschluss der Vorwerfbarkeit. Dies entspricht den unterschiedlichen Niveaus des staatlichen Vorwurfs, die für Ordnungs- und Strafrechtswidrigkeiten bestehen. Bei Ordnungswidrigkeiten als den „leichteren Verstößen“, die auf menschlichen Schwächen „wie Nachlässigkeit,

²²⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Juni 2011. Az. 4 Ss 137/11.

²³⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 11. August 2009. Az. 1 SsBs 5/09.

²³¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 11. August 2009. Az. 1 SsBs 5/09.

²³² OLG Koblenz, Beschluss vom 11. August 2009. Az. 1 SsBs 5/09.

Unzuverlässigkeit oder Bequemlichkeit beruhen“,²³³ muss der Täter nur vorwerfbar handeln. Der Vorwerfbarkeit entspricht die subjektive Zurechenbarkeit. Im Gegensatz dazu ist bei Strafrechtswidrigkeiten Schuld erforderlich, die eine höhere Qualität der Zurechenbarkeit erfordert.

Zweitens muss die ständige Tendenz zur Zulässigkeit des Verbotsirrtums als Verteidigungsargument betont werden, aber nur des vermeidbaren Verbotsirrtums als ständige Entscheidung der Rechtsprechung. Grund dafür ist, dass die vom Ordnungswidrigkeitenrecht geregelten Bereiche fachliche Auskünfte erfordern, sodass die Erkundigungspflicht des Täters immer gegeben ist. Die Unkenntnis der Norm im Ordnungswidrigkeitenrecht kommt öfter vor oder sollte häufiger sein als im Strafrecht. Deswegen sollte auch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum häufig sein, er ist aber selten oder nur begrenzt möglich, weil in diesen speziellen Bereichen angenommen wurde, dass der Täter dazu verpflichtet ist, sich über solche Fachbereiche zu erkundigen.²³⁴ Dies steht in enger Verbindung mit der Literaturmeinung, die der Ansicht ist, dass im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts und des gesamten Nebenstrafrechts die Vorsatztheorie angewendet werden sollte, weil die Kenntnis der Norm dann Bestandteil des Vorsatzes sei.²³⁵

Drittens ist die analoge Anwendung der entwickelten allgemeinen Kriterien zur Bestimmung eines Verbotsirrtums zu erwähnen, nämlich die Erforderlichkeit eines Anlasses, die Erkundigungspflicht u.a. sowie die obligatorische Erwägung der möglichen Strafmilderung, obwohl § 11 Abs. 2 OWiG diese nicht enthält, was nur als eine *in dubio pro reo*-Entscheidung verstanden werden kann.

D. Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums

Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums erfordert eine Darstellung ihrer kritischen Aspekte. Zunächst gibt es einige Vorbemerkungen dazu (1.). Darauf folgt eine Erörterung der kulturell abhängigen Bewertung von Rechtsgütern (2.). Danach werden die Internalisierung als Ausgangspunkt zur Überprüfung der Vermeidbarkeit (3.) sowie der Hinweis auf den durchschnittlichen Menschen als Maßstab diskutiert (4.). Anschließend wird das

²³³ Noak, ZJS 2012, 175.

²³⁴ Krit. zur Erkundigungspflicht Tiedemann, ZStW 81 (1969), 878: „Die amtliche Begründung gibt keine Rechenschaft darüber, warum eine solche Erkundigung eigentlich selbst in Bereichen geboten sein soll, die sozialetisch neutral sind, und warum sie überhaupt für das Ordnungswidrigkeitenrecht gefordert wird, obwohl doch nur die Rechtsfolge das maßgebliche Unrecht bestimmt und dessen (möglicher) sozialetischer Gehalt folglich für die rechtliche Betrachtung ganz außer Betracht zu bleiben hat.“

²³⁵ Lange, SJZ 1948, 302 (310).

Kriterium der doppelten Norm analysiert (5.). Am Ende des Kapitels findet sich dann eine Zusammenfassung des Problems (6.).

1. Vorbemerkungen

Nach dem Kölner Urteil über die Beschneidung eines männlichen Kindes²³⁶ wurden die abweichenden kulturellen Wertvorstellungen in der Literatur stark thematisiert und als Diskussionsobjekt in der deutschen Rechtsgemeinschaft sowie als Teil des Deutschen Juristentages 2014 aufgenommen. Die Entscheidung führte dazu, dass die kulturellen Wertvorstellungen in Deutschland in Rechtsprechung und Lehre erörtert wurden. Es kann festgestellt werden, dass die Beschneidung in der deutschen „strafrechtlichen kulturellen Diskussion“ eher eine qualitative als eine quantitative Relevanz hat.

Die Gründe, warum es notwendig ist, kulturelle Wertvorstellungen im Rahmen des geltenden Rechts einzugliedern, sind vielfältig. An dieser Stelle werden aber nur drei Hauptgründe genannt: Erstens die Vieldeutigkeit der Strafrechtsnormen und der Auslegungsspielraum für die Normadressaten.²³⁷ Zweitens die Kehrseite für den Staat bezüglich der Rechtssozialisierung von Normen. Der Staat ist in die Rechtssozialisierung von Normen eingebunden und hat eine rechtliche Verantwortung zur Bekanntgabe dieser Normen, die sich aber nicht mit dem bloßen Erlass eines Gesetzes erschöpft.²³⁸ Werden die strafrechtlichen Normen nicht richtig sozialisiert, also den Bürgern vermittelt, so wird das Unrechtsbewusstsein verdunkelt, da unklar und diffus wird, was von den Rechtssubjekten zu fordern ist.²³⁹ Es ist jedoch klar, dass die Normkenntnis keiner bestimmten Norm entspricht, sondern – wie schon dargelegt²⁴⁰ – der Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit, d.h. der Schutzwürdigkeit und der sozialen Bewertung von Rechtsgütern, die in der Gesellschaft von Bedeutung sind und von einer strafrechtlichen Norm geschützt werden. Stimmig ist auch, dass die materielle Rechtswidrigkeit nur bezüglich einer rechtlichen Regelung zu verstehen ist und keine subjektive Gedankenwelt darstellt, der Bezugspunkt zur formalen Äußerung der Rechtswidrigkeit bzw. den Tatbeständen ist somit unvermeidbar.²⁴¹ Drittens ist die zunehmende Vielfältigkeit der deutschen

²³⁶ LG Köln, Urteil vom 7.5.2012, BeckRS 2012, 13647.

²³⁷ In diesem Zusammenhang ist die These *Mayers* zu berücksichtigen, mit der er postuliert, dass strafrechtliche Normen zwei Normadressaten haben, nämlich den Richter und die „normalen Bürger“, das Volk. Deshalb sind die Auslegung und die Internalisierung von Normen beim Richter und beim Bürger unterschiedlich, vielleicht auch widersprüchlich. Siehe *Mayer*, Rechtsnormen, S. 8. Ähnliche Auffassung vertritt *Schünemann*, Nulla poena, S. 18–19. Dazu siehe auch *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.

²³⁸ *Mayer*, Rechtsnormen, S. 10.

²³⁹ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 350.

²⁴⁰ Oben Teil 2, I.B.4.a).

²⁴¹ NK-*Neumann*, § 17 Rn. 39.

Gesellschaft zu betonen, welche eine Realität ist, die in Verbindung mit der mangelnden Sozialisation von rechtlichen Normen echte Schwierigkeiten im Bereich des Unrechtsbewusstseins darstellen kann, weil die heterogenen Normadressaten nicht nur erschwerten Zugang zu Normen haben (Verhinderung der formellen Rechtswidrigkeit), sondern auch möglicherweise heimatliche Wertvorstellungen haben (Verhinderung der materiellen Rechtswidrigkeit), die bei der Überprüfung der Vermeidbarkeit im Rahmen eines Verbotsirrtums bewertet werden sollen.

Als empirischen Umstand kann man die Anzahl der in Deutschland lebenden Ausländer nennen. Seit der Wiedervereinigung hat sie sich von 5,8 auf 6,9 Millionen Personen zum Jahresende 2011 erhöht (7,9 % der Bevölkerung).²⁴² Dies bedeutet, dass die multikulturelle Gesellschaft für Deutschland eine Realität ist, die beachtet werden muss, weil sie direkte Auswirkungen auf juristischer Ebene hat.

Die Problematik beim Unrechtsbewusstsein, dessen Bestätigung bei fremdkulturellen Normadressaten durch den o.g. Maßstab der Internalisierung stattfinden soll – und bei seiner Kehrseite, dem Verständnisverbotsirrtum –, ist, dass die Anwendung eines objektiven Maßstabs für die Vermeidbarkeitsprüfung unmöglich wird. Dies gilt ebenso für die Notwendigkeit einer besonderen Verteidigungsstrategie, die dem Zusammenhang zwischen fremdkulturellen Wertvorstellungen und der Begehung von Straftaten Rechnung trägt. Dies soll jedoch nicht bedeuten, dass die Besonderheiten des Täters zu einer extrem subjektiven – und deswegen willkürlichen – Beurteilung führen, sondern nur, dass die Umstände des Subjekts als Person und Rechtssubjekt, welches sich in einem Kommunikationssystem befindet, im Vermeidbarkeitsurteil berücksichtigt werden sollen. Die besondere Weltanschauung aus dem Heimatland des Betroffenen beeinflusst sein Wert- und Normverständnis in der deutschen Gesellschaft, wobei die Werte und Normen sich gemäß den deutschen Maßstäben bewerten lassen. Dies umfasst der heutzutage verwendete Begriff „kulturelle Nichtneutralität des Strafrechts“.²⁴³

2. Kulturabhängige Bewertung von Rechtsgütern

Grundlage des Problems abweichender Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums ist der kulturelle Inhalt von Rechtsgütern. Hier stellt sich erneut die Frage nach dem Verhältnis zwischen Strafrecht und Kulturnormen. Die Legitimität des Rechtssystems und die Verbindlichkeit seiner Normen finden ihre Grundlage zum großen Teil in der Übereinstimmung zwischen Rechts- und Kulturnormen. Deswegen wäre es unproblematisch, wenn die Pflichten, die von der Rechtsordnung ausgehen, und die Kulturpflichten, die natürlich von der Kultur ausgehen, identisch wären. Kein Normadressat könnte sich beschweren, dass er nach unbe-

²⁴² Quelle: Das Bundesamt in Zahlen 2011, <http://www.bamf.de> [Stand: 30.7.2016].

²⁴³ Basile, Multikulturelle Gesellschaft, S. 17; Britz, Kulturelle Rechte, S. 45; Frischknecht, in: Pilgram (Hrsg.), Der Normbruch, S. 188.

kannten Normen gerichtet würde bzw. dass er eine falsche Rechtsgutsbewertung besäße.²⁴⁴ Das Recht wäre vorhersehbar. Aber dies entspricht nicht den gegenwärtigen Gesellschaften. In einer modernen pluralistischen Gesellschaft ist die Interaktion von Recht und Kulturen so kompliziert, dass die Behauptung einer Übereinstimmung von Rechts- und Kulturen unhaltbar ist. Auch das Argument demokratischer Legitimität passt nicht, weil die meisten Migranten und Angehörigen anderer Nationen in Deutschland nicht wählen können.

Kultur und Recht stehen in einer Symbiose zueinander, weil das Recht durch den sozialen Wandel und die gesellschaftliche Entwicklung mitbestimmt wird.²⁴⁵ Kohärent mit diesem Gedankengang stellt *Hörnle* ihre These vor. Demgemäß sind manche Strafnormen mit der Überschrift „Schutz kultureller Identitäten“ besser zu erklären als mit dem Etikett „Schutz von Rechtsgütern“.²⁴⁶ Weil die Strafnormen die Handlungsfreiheit des Einzelnen einschränken, soll das Strafrecht im Prinzip seine Rechtfertigung im Schutz der Rechtsgüter finden. In diesem Zusammenhang wurde viel über Normen diskutiert, die kein Rechtsgut schützen, wie bspw. Bigamie und Homosexualität in manchen Ländern. Dabei stellt sich die Frage, worin ihre Rechtfertigung liegt, wenn sie kein Rechtsgut schützen.

Strafnormen bestimmen das Verhalten der Normadressaten. Man kann daher behaupten, dass in gewissem Maße Strafnormen kulturell unerwünschtes Verhalten abwehren. Dementsprechend stimmt die kulturelle Ansicht von den schutzwürdigen Rechtsgütern mit denen der Mehrheitsgesellschaft überein. Die Ehre ist in Deutschland bspw. ein personales Rechtsgut, ihr kommt demgemäß eine individuelle Schutzwürdigkeit zu. Sie ist durch die §§ 185 ff. StGB geschützt und wurde nicht als ein kollektives Rechtsgut konzipiert. Außerdem gilt für die Ehre eine Verfassungsschranke durch Art. 5 Abs. 2 GG, bezüglich derer die persönliche Ehre eine Schranke für die Meinungs- und Pressefreiheit darstellt.²⁴⁷ Die Ehre ist im deutschen Recht mit der Personenwürde verknüpft, ist aber nicht mit ihr gleichzusetzen, sondern nur einer ihrer Aspekte, „ein Teil der Persönlichkeit“.²⁴⁸ In den arabischen Ländern sowie in manchen südamerikanischen Ländern hat sie eine andere Bedeutung. Dort nimmt sie einen größeren Stellenwert ein und wird nicht nur als persönliches, sondern auch als kollektives Rechtsgut (Kollektivehre) verstanden. Nach einer solchen Auffassung kann die gesamte Familienehre durch die Beleidigung eines einzelnen Familienmitglieds herabgesetzt werden,²⁴⁹ was der Bundesgerichtshof für Deutschland bereits kategorisch verneint hat.²⁵⁰

²⁴⁴ Siehe *Mayer*, Rechtsnormen, S. 17.

²⁴⁵ *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 295.

²⁴⁶ *Hörnle*, in: Dreier/Hilgendorf (Hrsg.), Strafrechtliche Verbotsnormen, S. 321 ff. In diesem Sinn siehe dazu auch *dies.*, Grob anstößiges Verhalten, S. 11 ff.

²⁴⁷ *Erbil*, Toleranz für Ehrenmörder?, S. 107.

²⁴⁸ *LK-Hilgendorf*, Vor. § 185 Rn. 2.

²⁴⁹ *Erbil*, Toleranz für Ehrenmörder?, S. 155.

²⁵⁰ BGH NJW 1951, 531. Die Beleidigung als Verbrechen gemäß §§ 185 StGB ff. gilt auch als Ehrverletzungsdelikt. Ihre Behandlung ist aber nicht so anschaulich wie die Be-

Die Strafrechtsnormen wurzeln in der Kultur der Normadressaten.²⁵¹ Wenn die Normadressaten aus einer fremden Kultur stammen, werden die Normen eine „für deren Ohren unverständliche Sprache sprechen“.²⁵² Demzufolge werden „die positive Generalprävention [...] und die Erkennbarkeit der Strafnorm zu toten Buchstaben“.²⁵³ Dies ist das Problem der Normbefolgungsfähigkeit der Normadressaten bzw. das Problem der Normerkenntnis (Normverständnis) und der sogenannten Internalisierung,²⁵⁴ weil der Täter im Hinblick auf seine subjektive Einstellung entweder eine kulturell motivierte Tathandlung begeht, eine abweichende Wertvorstellung bezüglich eines Tatbestands besitzt oder wegen einer exotischen Sozialisation keinen Zugang zu juristischer Information hat. Dies resultiert dann in einer Normbefolgungsunfähigkeit des Betroffenen aus kulturellen Gründen, die aber auch mit der Steuerungsunfähigkeit verknüpft ist (dazu unten Teil 3).²⁵⁵

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die abweichende Schutzwürdigkeit von Rechtsgütern die transversale Voraussetzung aller bestehenden Probleme im Verhältnis von Verbotsirrtum zu abweichenden kulturellen Wertvorstellungen zu sein scheint. Hintergrund eines Verbotsirrtums ist die Prämisse, dass der Normadressat eine abweichende Anschauung bzw. Bewertung und Vorstellung von Rechtsgütern hat. Diese ist von seinem kulturellen Hintergrund determiniert. Deswegen kann behauptet werden, dass beim fremdkulturellen Normadressaten das Problem tiefer als allein mangelnde rechtliche Information ist. Unrechtsbewusstsein setzt voraus, dass ein bestimmtes Verhalten von den Normadressaten verlangt werden kann, wenn diese Normadressaten die Werte verinnerlicht haben, „die von den geschützten Rechtsgütern umfasst werden“.²⁵⁶ Diese Verinnerlichung fehlt bei kulturell abweichenden Normadressaten (dazu gleich unten).

3. Internalisierung als Ausgangspunkt zur Überprüfung der Vermeidbarkeit

Dem Irrtum über das Verbot einer Handlung entspricht in Deutschland die Rechtsfigur des schon dargestellten Verbotsirrtums in § 17 StGB. Die abweichenden kulturellen Wertvorstellungen des Täters können seine Unrechtseinsicht beeinflussen, weshalb sie einen Verständnisverbotsirrtum bzw. kulturell beding-

handlung von Ehrenmord und die Verbindung mit niedrigen Beweggründen. Demzufolge wird sich diese Analyse nur auf die Behandlung dieser zwei Rechtsfiguren erstrecken.

²⁵¹ Hassemer, FS für Wolff, S. 105.

²⁵² Basile, Multikulturelle Gesellschaft, S. 18.

²⁵³ Basile, Multikulturelle Gesellschaft, S. 18.

²⁵⁴ Britz, Kulturelle Rechte, S. 45. Zum Begriff „Internalisierung“ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351 f.; Laubenthal/Baier, GA 2000, S. 209. Siehe dazu Köhler, AT, S. 437; Mayer, Rechtsnormen, S. 17; Valerius, Kultur, S. 179.

²⁵⁵ Britz, Kulturelle Rechte, S. 43.

²⁵⁶ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351.

ten Verbotsirrtum begründen würden.²⁵⁷ Die richtige Analyse und Bewertung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen muss logischerweise im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung eines Verbotsirrtums vorgenommen werden. Die unterschiedliche kulturelle Identität des Täters kann bei der Vermeidbarkeitsprüfung unter zwei Aspekten berücksichtigt werden. Erstens muss sie im Bereich der Bewertung des Kenntnisgrads bzw. der Unrechtseinsicht mitbedacht werden. Ausgangspunkt der Überprüfung der Vermeidbarkeit eines fremdkulturellen Täters muss also die Internalisierung sein. Grund dafür ist, dass der Täter wegen seiner kulturellen Prägung eine abweichende Wertvorstellung besitzt, ein anderes Verständnis von dem hat, was erlaubt und was verboten ist; dadurch stellt sich die Frage, ob seine kulturelle Prägung in dem Vorwurf als persönliches Merkmal bewertet werden soll.²⁵⁸ Solch ein Täter ist (aufgrund fehlender Integration, Analphabetismus, exotischer Sozialisation etc.) unfähig, den Normen – höchstwahrscheinlich nicht nur einer bestimmten Norm, sondern mehreren – zu folgen. Er hat die gesamte Wertordnung der inländischen Gesellschaft nicht internalisiert und kann dies im Prinzip auch nicht. *Bustos* beschreibt das zutreffend so: „Denn ein Irrtum besagt, dass die Beziehung zwischen dem Fehlen des Wissens und der Verinnerlichung der Werte keine Frage des Wissens ist.“²⁵⁹

Zweitens ist fraglich, ob bezüglich dieser Bürger eine individuelle Vermeidbarkeit mit besonderer Betonung auf deren persönlich-subjektiven Faktoren zu fordern ist, sodass die Vermeidbarkeit keine rein rechtlich-normative Frage darstellt, sondern mit der Praxis und dementsprechend mit dem Schuldprinzip richtig verbunden wird.²⁶⁰ Soll die Bewertung kulturell abweichender Wertvorstellungen im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung vorgenommen werden, ist die Abwägung dieses neuen zu berücksichtigenden Umstands und dessen dogmatische Behandlung sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre unklar. Nach der herrschenden deutschen Literaturmeinung sowie der Rechtsprechung ist die Vermeidbarkeitsprüfung bzw. die Überprüfung des Unrechtsbewusstseins anhand objektiver Maßstäbe nach den individuellen Fähigkeiten des Täters zu bestimmen. Die Kultur als entscheidender Faktor wird bisher in dieser Überprüfung nicht eingehend thematisiert,²⁶¹ aber bereits in einem der wichtigsten Werke bezüglich der Verbindung zwischen Kultur und Strafrecht, dem Gutachten des 70. Deutschen Juristentages 2014, abgelehnt. Es wurde festgestellt, dass „eingewanderte und in Deutschland sozialisierte Täter gleich zu behandeln sind: Informationspflichten über die rechtlichen Rahmenbedingungen etwa von Beruf oder Gewerbe bestehen ferner dann, wenn tatsächlich Zweifel an der Rechtmäßigkeit aufkamen, die als ‚leise Zweifel‘ unterhalb der

²⁵⁷ *Valerius*, Kultur, S. 201 f.

²⁵⁸ *Valerius*, Kultur, S. 57.

²⁵⁹ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351.

²⁶⁰ Vgl. *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 71 f.

²⁶¹ Vgl. *Valerius*, Kultur, S. 186.

Schwelle des ‚wahrscheinlich rechtswidrig‘ bleiben“.²⁶² Es wurde außerdem empfohlen, bei der Vermeidbarkeitsprüfung nach § 17 StGB nicht auf die individuellen Wertmaßstäbe der Täter oder ihre kulturelle Prägung abzustellen: „Entscheidend ist, ob die konkrete Situation wegen des Eingriffs in zentrale Freiheitsrechte anderer oder wichtige Gemeinschaftsgüter Anlass gab, die subjektive Einschätzung von der Rechtmäßigkeit zu überprüfen.“²⁶³ Anscheinend war die kulturelle „Öffnung“ im Kölner Urteil eine punktuelle Ausnahme.

Abgesehen von dem o.g. Gutachten reicht die deutsche Lehre zwar aus, um die Problematik zu identifizieren, aber sie löst sie nicht. Nur seltene, wenn auch zunehmende Stimmen in der Literatur haben die kulturellen Wertvorstellungen als entscheidenden und zentralen Schwerpunkt der Vermeidbarkeit ausgemacht.²⁶⁴ Bezüglich der Internalisierung selbst und von ihr als Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit ist die Behauptung von *Valerius* hervorzuheben, dass die kulturellen Wertvorstellungen des Täters vornehmlich bei dem ersten Schritt Bedeutung erlangen, nämlich „wenn es zu entscheiden gilt, ob er überhaupt in der Lage war, das Unrecht seines Verhaltens einzusehen“.²⁶⁵

Wie schon gezeigt, ist die Berücksichtigung persönlicher Merkmale – wie z.B. die Herkunft des Täters – im Bereich der Vermeidbarkeit gemäß § 17 StGB zentral und entscheidend, weil der Täter aufgrund seiner kulturellen Prägung keine bzw. eine irrende Einsichtsfähigkeit besitzt. *Valerius* schlägt vor, dass, obwohl bspw. die kulturell motivierte Tötung bzw. der Ehrenmord in der Regel den Tatbestand des Mordes erfülle,²⁶⁶ dies nicht bedeute, dass die kulturelle Herkunft des Täters im Zusammenhang mit der Tat nicht an anderer Stelle bewertet werden könne.²⁶⁷ Dies ist der Fall beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB; zwar kann ein Verbotsirrtum bezüglich des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe vorliegen, dem Täter fehlt aber das Unrechtsbewusstsein, weil ihm nicht bewusst ist, dass die Motivation seiner Handlung „einen darüber hinausgehenden Unrechtsgehalt verleiht. Der Täter muss sich also bewusst sein bzw. ihm hätte bewusst sein müssen, dass seine Beweggründe das Maß des durch Tötung als solche verwirklichten Unrechts zusätzlich erhöhen“.²⁶⁸ Der Täter muss also fähig sein, die niedrigen Beweggründe als unrechtserhöhende Umstände zu erkennen.

²⁶² *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 72.

²⁶³ *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 74.

²⁶⁴ Zu einer vertieften Darstellung über die Bewertung von kulturellen Wertvorstellungen bei der Vermeidbarkeit, siehe *Valerius*, Kultur, S. 186. Dazu siehe auch *BK-Fischer*, § 211 Rn. 14; *Köhler*, AT, S. 438 ff.; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205; *NK-Neumann*, § 17 Rn. 8; *Saliger*, StV 2003, S. 22. Vgl. *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 71 ff.

²⁶⁵ *Valerius*, Kultur, S. 187.

²⁶⁶ Vgl. *Maier*, in: *Foblets/Renteln* (Hrsg.), Honor Killings, S. 240.

²⁶⁷ *Valerius*, JZ 2008, 918.

²⁶⁸ *Valerius*, JZ 2008, 918.

De lege ferenda wäre die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums möglich und passend, aber nur und insoweit als die Internalisierung als Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit festgestellt wird und die kulturellen Wertvorstellungen des Täters in jedem Schritt der Vermeidbarkeitsprüfung bewertet werden. Dies ist bisher aber nicht der Fall.

4. Hinweis auf den durchschnittlichen Menschen

Die Vermeidbarkeitsprüfung im deutschen Recht, bestimmt in der Gewissensanspannungsphase, wird in Anlehnung an das Kriterium des durchschnittlichen Menschen vorgenommen. Genau die Bestimmung dieses „Durchschnitts“ ist in der heutigen pluralisierten deutschen Gesellschaft problematisch. Die Bewertung einer kulturell abweichenden Wertvorstellung im Rahmen eines Verbotsirrtums würde eine Neuformulierung ihrer Maßstäbe zur Überprüfung der Vermeidbarkeit erfordern, aber das Kriterium des „durchschnittlichen Menschen“ ist erschreckend ungeeignet. Wie soll aber nach dem modernen Strafrecht das Vorbild des durchschnittlichen Menschen konzipiert werden?

Mit der Anwendung der Parallelwertung in der Laiensphäre im Rahmen der Gewissensanspannung des Täters wird es schwierig, die Bewertung der individuellen kulturellen Wertvorstellungen als Element des Verbotsirrtums bzw. als möglichen Ursprung des Verbotsirrtums mitaufzunehmen. Die Parallelwertung in der Laiensphäre als Bestandteil der Vermeidbarkeit ist schon für jeden Normadressaten und nicht nur für die kulturell geprägten Normadressaten unhaltbar, da sie ein vages Kriterium ist und daher nicht der Komplexität der modernen Gesellschaft entspricht.²⁶⁹ Das Kriterium „Parallelwertung in der Laiensphäre“ existiert, weil der Abstand zwischen Laien und Juristen sonst nicht angemessen berücksichtigt wird.²⁷⁰ Schon die Laien, die keine abweichende kulturelle Wertvorstellung haben, müssen mit dem Problem umgehen, dass das Wissen um juristische Sachverhalte manchmal kompliziert und für sie schwer zu erlangen ist. Die Vorstellung von einem durchschnittlichen bzw. verantwortungsbewussten Menschen ist aber klar an einem deutschen Vorbild orientiert.²⁷¹ Von diesem Standpunkt aus gesehen werden die abweichenden kulturellen Normadressaten *de lege lata* kaum Erfolg bei der Prüfung der Vermeidbarkeit haben bzw. wird bei ihnen ein Verbotsirrtum prinzipiell nie die Schuld ausschließen, da sie dem deutschen Vorbild des verantwortungsbewussten Menschen nicht entsprechen.

Darüber hinaus wurde solch eine Möglichkeit – also die Individualisierung der Maßstäbe der Vermeidbarkeitsprüfung – von dem schon o.g. Gutachten des

²⁶⁹ Kaufmann, Die Parallelwertung, S. 19.

²⁷⁰ Kaufmann, Die Parallelwertung, S. 3.

²⁷¹ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 10. Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 215.

70. Deutschen Juristentages deutlich abgelehnt.²⁷² Obwohl das Gutachten anerkennt, dass die Frage nach der Individualisierung bei der Vermeidbarkeit nicht „als geklärt gelten“ kann,²⁷³ wird darin gefordert, dass die Individualisierung der Vermeidbarkeit bei Personen, „die unter anderen kulturellen oder religiösen Rahmenbedingungen sozialisiert wurden“, begrenzt werden solle.²⁷⁴ Dies kann nur als Betonung der Tatsache verstanden werden, dass „vor allem“ für diese Normadressaten die Individualisierung als Kriterium nicht gelten kann.

Anders ist hier der Ansatz von *Valerius* bezüglich der Gewissensanspannung: „Wer seinen kulturellen Anschauungen völlig verhaftet bleibt und sie für allgemein verbindlich erachtet, wird häufig selbst bei der erforderlichen Gewissensanspannung nicht zur Unrechtseinsicht gelangen.“²⁷⁵ Weil der fremdkulturell geprägte Täter in seiner eigenen Wertvorstellung verhaftet ist, wird für ihn das Kriterium des deutschen verantwortungsbewussten Menschen nie anwendbar sein. Es ist von Anfang an klar, dass ein solcher Täter mit den situativen Erwartungen eines so abstrakten, imaginären Vorbilds nicht übereinstimmen kann.

5. Kriterium der doppelten Norm

Die deutsche Rechtsprechung hat, um die Unrechtseinsicht des fremdkulturellen Täters zu bestimmen, das Kriterium der doppelten Norm geschaffen. Kulturelle Wertvorstellungen können nur insoweit berücksichtigt werden, als im Heimatland des Angeklagten solche Anschauungen in Einklang mit der Rechtsordnung stehen.²⁷⁶ So muss bewertet werden, ob in seinem Heimatland ein dem Tatbestand der deutschen Rechtsordnung ähnlicher Tatbestand gegeben ist.²⁷⁷ Das ist eine normative Analyse des förmlichen Rechts. Dennoch gilt in Deutschland nach h.M. für die Vermeidbarkeit Folgendes: Je besser der Täter integriert ist, um so weniger kann der kulturelle Aspekt in Betracht kommen.²⁷⁸ Dabei stellt sich aber auch das Problem, dass bei der Analyse der „doppelten Norm“ die soziologische oder anthropologische Perspektive nicht besonders beachtet wird. Es könnte also der Fall sein, dass die normative und die soziokulturelle Ebene im Herkunftsland des kulturell

²⁷² Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 72 f.

²⁷³ Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 72.

²⁷⁴ Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 72 f.

²⁷⁵ *Valerius*, Kultur, S. 188.

²⁷⁶ AG Grevenbroich NJW 1983, 529. In diesem Urteil stellte das Gericht fest, dass eine fehlende Internalisierung der deutschen Rechtsvorstellung bei diesen Tätern vorlag, da diese noch die türkischen Wertvorstellungen als geltende Wertordnung besaßen. Das Gericht traf seine Entscheidung in Anlehnung an das doppelte Norm-Kriterium, d.h. unter Berücksichtigung der geltenden Normen in der Heimat oder dem Kulturkreis des Täters. Siehe dazu auch *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.

²⁷⁷ Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 7.

²⁷⁸ Köhler, AT, S. 438; Hassemer, FS für Wolff, S. 108; *Valerius*, Kultur, S. 188.

geprägten Täters voneinander getrennt zu sehen sind. Dies wäre der Fall in der Türkei, in der das neue türkische Strafgesetzbuch, das am 1. Juni 2005 in Kraft getreten ist, vom deutschen Strafgesetzbuch beeinflusst wurde,²⁷⁹ aber der türkischen Realität nicht entspricht. Die islamisch geprägte türkische Tradition geht aus dem türkischen StGB nicht hervor. Das Problem der Legalität besteht nur, wenn die Kulturalität klargestellt wird.

6. Zusammenfassung

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass der Verbotsirrtum im Prinzip eine geeignete Rechtsfigur zur Bewertung abweichender kultureller Wertvorstellungen sein kann. Diese können ohne Zweifel Ursache für ein fehlendes Unrechtsbewusstsein beim Täter sein. Nach der obigen Darlegung ist festzustellen, dass der abweichenden Wertvorstellung die kulturell unterschiedliche Bewertung der Schutzwürdigkeit sozialer Werte bzw. die unterschiedliche Bewertung von Rechtsgütern entspricht. Der Verbotsirrtum könnte also *de lege lata* eine geeignete Rechtsfigur für die Fälle sein, in denen dem Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund seiner kulturellen Prägung die Einsicht, Unrecht zu tun, fehlt. Allerdings kann mit den geltenden Kriterien der Vermeidbarkeit – und vor allem mit der deutlichen Verneinung der Individualisierung dieser Kriterien insbesondere für fremdkulturelle Täter nach der Auffassung des o.g. Gutachtens – kaum ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bejaht werden. Der Versuch, einen Verbotsirrtum als Verteidigung für solche Täter geltend zu machen, wird mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Schuldausschluss ergeben. Die o.g. Kriterien sind jedoch nicht nur für den fremdkulturell geprägten Täter unanwendbar, sie stellen auch für jeden anderen, nicht kulturell geprägten Normadressaten abstrakte, unbestimmte und vor allem tatsächlich uneinholdbare Maßstäbe dar. Die Bewertung der kulturellen Wertvorstellungen im Rahmen eines Verbotsirrtums wäre nur *de lege ferenda* denkbar, wenn die Vermeidbarkeitsprüfung in ihrer Gesamtheit umformuliert würde.

²⁷⁹ Tellenbach, Zum neuen türkischen Strafgesetzbuch, KAS-Auslandsinformationen 04/05, S. 76.

II. Steuerungsmangel wegen fehlender Normkenntnis: Die Verbotsirrtumslösung im US-amerikanischen Recht

Im ersten Abschnitt dieses Teils der Untersuchung wurde die Lösung zur Normbefolgungsunfähigkeit wegen rechtlichen Informationsdefizits im deutschen Recht analysiert. Der nun folgende Unterabschnitt befasst sich mit der Lösung im US-amerikanischen Recht zum Problem der Normbefolgungsunfähigkeit aus demselben Grund: dem rechtlichen Informationsdefizit. Darüber hinaus wird in diesem ebenso wie im deutschen Teil über Verbotsirrtum diskutiert, ob eine *cultural defense* ein Unterfall des Verbotsirrtums (*mistake of law*) ist, und zwar insbesondere, ob er die geeignete Rechtsfigur ist, um Fälle von Irrtümern aufgrund abweichender kultureller Wertvorstellungen zu lösen.

Die relevanten Vorschriften zum Verbotsirrtum befinden sich im Model Penal Code (MPC) und werden zunächst kurz skizziert. Der MPC enthält drei Paragraphen, die den Verbotsirrtum betreffen: § 2.02 (9), § 2.04 (1) und § 2.04 (3). Der erste Paragraph erfasst das Prinzip *ignorantia legis non excusat*:

§ 2.02 (9). Schuld in Bezug auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens.²⁸⁰ Weder Kenntnis, noch Leichtfertigkeit, noch Fahrlässigkeit in Bezug darauf, ob das Verhalten eine Gesetzesverletzung darstellt, oder in Bezug auf das Bestehen, die Bedeutung oder Anwendung des die Merkmale einer Gesetzesverletzung bestimmenden Gesetzes, ist die Erfordernis solch einer Gesetzesverletzung, es sei denn, dass aus der Begriffsbestimmung der Gesetzesverletzung oder aus dem Code das Gegenteil hervorgeht.²⁸¹

§ 2.04. Unkenntnis oder Irrtum.²⁸²

(1) Der Täter kann sich mit Unkenntnis oder Irrtum in Bezug auf eine Tatsache oder das Recht verteidigen, wenn:

- (a) Die Unkenntnis oder der Irrtum die Absicht, das Wissen, den Glauben, die Leichtfertigkeit oder Fahrlässigkeit nicht zur Entstehung kommen lässt, die für die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals der Gesetzesverletzung erforderlich ist; oder
- (b) das Gesetz vorschreibt, dass die durch solche Unkenntnis oder solchen Irrtum hervorgerufene Auffassung des Sachverhalts zur Verteidigung dienen kann.²⁸³

[...]

²⁸⁰ Hönig, Entwurf (Übersetzung), S. 21.

²⁸¹ § 2.02 (9) MPC Culpability as to Illegality of Conduct. Neither knowledge nor recklessness or negligence as to whether conduct constitutes an offense or as to the existence, meaning or application of the law determining the elements of an offense is an element of such offense, unless the definition of the offense or the Code so provides.

²⁸² Hönig, Entwurf (Übersetzung), S. 23.

²⁸³ § 2.04 MPC Ignorance or Mistake.

(1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if:

- (a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense; or
- (b) the law provides that the state of mind established by such ignorance or mistake constitutes a defense.

(3) Der Glaube, dass das Verhalten keine Gesetzesverletzung darstellt, ist eine Verteidigung gegen eine auf solch ein Verhalten gegründete Anklage, wenn:

- (a) das Gesetz oder ein anderer Erlass, der die Gesetzesverletzung begrifflich bestimmt, dem Täter unbekannt ist und vor dem ihm zur Last gelegten Verhalten weder veröffentlicht noch auf andere Weise bekannt gemacht worden ist; oder
- (b) der Täter im Vertrauen auf eine amtliche Kundmachung handelte, die hernach für ungültig oder irrtümlich erklärt wurde, und enthalten war in (i) einem Gesetz oder einem anderen Erlass; (ii) einer richterlichen Entscheidung, in Entscheidungsgründen oder einer anderen Art von Entscheidung; (iii) einer Verwaltungsverfügung oder Erlaubniserteilung; oder (iv) einer amtlichen Auskunft eines Beamten oder einer Behörde, die für die Auslegung, Anwendung oder Durchführung des die Gesetzesverletzung begrifflich bestimmenden Gesetzes zuständig ist.²⁸⁴

Parallel zu den o.g. Regeln in den §§ 2.02 (9), 2.04 (1) und 2.04 (3) MPC gibt es im US-amerikanischen Recht die relevantesten Tatbestände des Bundesstrafrechts in Titel 18 der Crimes and Criminal Procedure des United States Code.²⁸⁵ Der United States Code ist die Festigung und Kodifikation des geltenden Bundesrechts (*federal law*).²⁸⁶ Der strafrechtliche Teil (Titel 18) enthält ca. 1.200 Tatbestände, die aber keiner Systematik folgen.²⁸⁷ So sind die unterschiedlichen Tatbestände alphabetisch geordnet, folgen aber keiner Logik im Sinne von Rechtsgütern oder einer Einordnung, die die gesamten Tatbestände auflistet.

Der oben angeführte § 2.04 MPC unterscheidet in seinem Wortlaut nicht zwischen verschiedenen Arten der Normkenntnis und enthält tatbestandlich keine persönlichen Merkmale. Der Wortlaut der Norm ist aber breit und versteht die Kenntnis-Anforderung als eine *mens rea*-Anforderung im Sinne von Vorsatz oder Fahrlässigkeit (*purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence*) im Tatbestand. Gleichzeitig müssen die Kommentare zum MPC des American Law Instituts (ALI) genannt werden. Subsection (1) ALI stellt bezüglich § 2.02 MPC fest, dass die Darstellung eines *mistake of law* nur möglich ist, wenn er die im Tatbestand verlangten Elemente der Strafbarkeit oder der *mens rea* verneint.²⁸⁸

²⁸⁴ § 2.04 MPC Ignorance or Mistake.

(3) A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when:

- (a) the statute or other enactment defining the offense is not known to the actor and has not been published or otherwise reasonably made available prior to the conduct alleged; or
- (b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.

²⁸⁵ Siehe <http://uscode.house.gov/> [Stand: 28.11.2017].

²⁸⁶ Für eine weitere Erklärung zur Verbindung zwischen *state law* und *federal law*, siehe *Dubber/Robinson*, 10 New Crim. L. Rev. 319 (2007), 319 f.

²⁸⁷ *Sieber/Engelhart*, RW 2012, 369.

²⁸⁸ ALI, Model Penal Code and Commentaries: Part I, General Provisions §§ 1.01 to 2.13 (1985), p. 268.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass neben den allgemeinen Regeln des *ignorantia legis non excusat*-Prinzips die beiden folgenden Ausnahmen bestehen: (a) die Unkenntnis bzw. der Irrtum lässt die erforderliche *mens rea* (Absicht, Wissen, Glaube, Leichtfertigkeit oder Fahrlässigkeit) nicht zur Entstehung kommen, die für die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals notwendig ist; oder (b) das Gesetz sieht vor, dass die durch Unkenntnis oder Irrtum hervorgerufene Auffassung des Sachverhalts zur Verteidigung dienen kann.²⁸⁹ Allerdings ist – trotz der gesetzlichen Anerkennung des *mistake of law* im US-amerikanischen Recht – die Anwendung dieses Verteidigungsarguments in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Deshalb sind einige Vorbemerkungen notwendig, insbesondere wegen der begrifflichen Bestimmung des *mistake of law*.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen des *mistake of law* im US-amerikanischen Recht analysiert. Dazu werden zunächst die Erscheinungsformen des *mistake of law* erörtert (A). Anschließend wird die Kehrseite eines *mistake of law* bzw. das fehlende Unrechtsbewusstsein durch mehrere dogmatische Ansatzpunkte präzisiert, die die US-amerikanische Lehre und Rechtsprechung entwickelt haben (B.). Danach werden die Voraussetzungen der Vermeidbarkeit dargestellt, anhand derer sie geprüft wird, und wann ein *mistake of law* tatsächlich zum Freispruch führt (C.). Zum Schluss geht es um das Problem der *cultural defense* im Rahmen des *mistake of law* (D.).

A. Erscheinungsformen des Rechtsirrtums

1. Vorbemerkungen

Wie oben dargelegt, wirft die begriffliche Anwendung des *mistake of law* Schwierigkeiten auf. Das US-amerikanische Recht benutzt die Begriffe *mistake of law* und *ignorance*, ohne zu differenzieren, obwohl sie *prima facie* eine unterschiedliche Bedeutung haben. Während *ignorance* Unkenntnis bedeutet, bezeichnet *mistake of law* den Rechtsirrtum. Der Unterschied zwischen dem *mistake of law* und der *ignorance* ist – gesetzlich betrachtet – nicht von Bedeutung, da im MPC beide eine synonyme Bedeutung haben. So ist § 2.04 MPC überschrieben mit „ignorance or mistake“. Allerdings ist die Unterscheidung aus einer dogmatischen Perspektive relevant. Denn obwohl beide Begriffe den klassischen aus dem Lateinischen stammenden Begriff *ignorantia* bezeichnen und sogar üblicherweise als

²⁸⁹ § 2.04 MPC Ignorance or Mistake.

(1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if:

(a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense; or

(b) the law provides that the state of mind established by such ignorance or mistake constitutes a defense.

austauschbare Konzepte angewendet werden können, beziehen sie sich doch auf unterschiedliche Ideen – so auch die Beobachtung *Keedys*.²⁹⁰

Im Folgenden wird der Unterschied zwischen *mistake of law* und *ignorance* herausgearbeitet, damit diese Untersuchung mit dogmatischer Klarheit durchgeführt werden kann.²⁹¹

2. Mistake of law

Ein *mistake of law* bedeutet die falsche Auslegung eines mehrdeutigen Gesetzes seitens des Normadressaten,²⁹² sodass er in gutem Glauben annimmt, dass seine Handlung rechtmäßig sei.²⁹³ Diese falsche Auslegung umfasst nicht nur einen Irrtum bezüglich eines Verbots (Verbotsirrtum), sondern auch die falsche Auslegung eines Gebots (Gebotsirrtum).²⁹⁴ So lässt der *mistake of law* im Vergleich zur *ignorance* die Kenntnis bestimmter Angelegenheiten zu, zieht aber die falschen Schlussfolgerungen.²⁹⁵ Beim Täter liegt ein Missverständnis der Wirkungen von bestimmten Tathandlungen vor.²⁹⁶ Der *mistake of law* bedeutet Wissen, das nur ungenügend vorliegt.²⁹⁷

Ein anschauliches Beispiel dafür ist der Fall *Cheek vs. United States*.²⁹⁸ Nach der Teilnahme an unterschiedlichen Kursen, um sich darüber zu informieren, wie das amerikanische Steuersystem annulliert werden könnte, legte der Angeklagte *Cheek* dar, dass er zwei falsche Auslegungen des Steuergesetzes vorgenommen hatte. Erstens glaubte er, dass Löhne kein Einkommen im steuergesetzlichen Sinn seien. Zweitens kam er zu dem Schluss, dass Steuergesetze verfassungswidrig seien. Aufgrund dieser beiden falschen Auffassungen unterließ er die Steuerzahlungen. Der Supreme Court ließ die erste Verteidigung mit der Begründung zu, dass die falsche Auslegung des Steuergesetzes durch *Cheek* sein Verhalten entschuldige, weil er die Einkommenssteuer nicht absichtlich hinterzogen (*willfully evaded*) habe. Die zweite Verteidigung *Cheeks*, also die Behauptung der Verfassungswidrigkeit des Steuergesetzes, wurde vom Supreme Court jedoch abgelehnt mit der Be-

²⁹⁰ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 76.

²⁹¹ Zur Unterscheidung zwischen *ignorance* und *mistake of law* u.a. *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 75 ff.; *Simons*, 9 Ohio St. J. Crim. L. 487 (2012), 2. So etwa *Cass*, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 694.

²⁹² *Yaffe*, 9 *Philosopher's Imprint*, Nr. 2 (2009), 3.

²⁹³ *Hall/Seligman*, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 666.

²⁹⁴ Ein Beispiel dafür findet sich in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Urteil *Heien vs. North Carolina*, in dem der *mistake of law* kein richtiger Verbotsirrtum ist, sondern ein Gebotsirrtum, *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

²⁹⁵ *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), Fn. 4.

²⁹⁶ *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 90.

²⁹⁷ *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 76.

²⁹⁸ 498 U.S. Reports 192 (1991).

gründung, dass die erste Auffassung gemäß dem Prinzip des mentalen Zustands (*mental state principle*) sowie des guten Glaubens (*good faith*) des Angeklagten entschuldigt sei: Die falsche Auffassung schließt die richtige Auffassung, die für die Schuldfähigkeit erforderlich ist, aus.²⁹⁹ In diesem Fall hat der Täter Kenntnis, aber der Irrtum beruht auf seiner falschen Auslegung.

3. Ignorance

Ignorance bedeutet, dass eine komplett mangelnde Kenntnis bezüglich bestimmter Angelegenheiten besteht.³⁰⁰ Es gibt keine falsche Auslegung von normativer vorliegender Kenntnis. Im Vergleich zum *mistake* gibt es bei der *ignorance* keine Spur von Wissen beim Täter.³⁰¹

Einer der wichtigsten Fälle in der Entwicklung der Irrtumslehre in den USA ist ein Beispiel von *ignorantia*. Im Fall *Lambert vs. California*³⁰² war die Angeklagte *Lambert* wegen Fälschung (*forgery*) in Kalifornien verurteilt worden. Sie wusste nicht, dass sie für den Fall, dass sie mehr als fünf Tage in Los Angeles Stadt bleiben wollte, eine Genehmigung gebraucht hätte, weil sie eine abgeurteilte Verbrecherin war. Ihr war gar nicht bewusst, dass sie diesbezüglich eine Rechtspflicht hatte. Damit hatte sie keine falsche Auslegung oder irrende Annahme, sondern sie hatte überhaupt keine Ahnung, dass es diese Pflicht in der US-amerikanischen Rechtsordnung gab. Die Verurteilung wurde mit folgender Begründung vom US Supreme Court aufgehoben: "Where a person did not know of the duty to register and where there was no proof of the probability of such knowledge, he may not be convicted consistently with due process."³⁰³

4. Cultural mistake of law

Im US-amerikanischen Recht werden abweichende kulturelle Wertvorstellungen des Täters bzw. die *cultural defense* als Unterfall des *mistake of law* eingeordnet und bewertet. Im Grunde stammt die Einführung des Begriffs *cultural defense* aus der Lehre *Alison Renteln*s.³⁰⁴ *Cultural defenses* sind keine gesetzlich anerkannten *defenses*, sondern – in groben Zügen – Verteidigungsargumente basierend auf dem kulturellen Hintergrund des Täters. Die *cultural defense* als Verteidigungsargument beinhaltet die Darstellung von Argumenten und Beweismitteln vor Gericht, die

²⁹⁹ "[T]he first belief excuses under the Mental State Principle: the false belief excludes a true belief required for criminal liability", *Yaffe*, 9 *Philosopher's Imprint*, Nr. 2 (2009), 16.

³⁰⁰ *Keedy*, 22 *Harv. L. Rev.* (1908), 76.

³⁰¹ *Keedy*, 22 *Harv. L. Rev.* (1908), Fn. 4.

³⁰² 355 U.S. 225 (1957).

³⁰³ *Lambert*, 355 U.S. S. 229–230.

³⁰⁴ *Renteln*, *The Cultural Defense*, S. 6.

durch den kulturellen Ursprung des Angeklagten und seine Verbindung zur Tat handlung erklärt werden können. Diese Erklärung besteht normalerweise aus der Darstellung anthropologischer Beweismittel, bspw. Expertengutachten, anthropologische Forschungsarbeiten etc.³⁰⁵ Üblicherweise werden *cultural defenses* bei Fällen von *mistake of law* und *insanity* verwendet (dazu unten Teil 3).

Cultural defense und *mistake of law* können, müssen aber nicht zusammen dargestellt werden.³⁰⁶ Was allerdings in den meisten Fällen vorliegt, ist ein *mistake of law* aus kulturellen Gründen. Eine *cultural defense* kann jedoch auch im Zusammenhang mit anderen Rechtsfiguren vorliegen. Im Fall *Kimura* z.B. lag eine *insanity defense* vor, die auf kulturelle Gründe gestützt wurde.³⁰⁷

Eine solche Betrachtung wurde auch im Fall *People vs. Croy*³⁰⁸ im Bundesstaat Kalifornien vorgenommen, in dem als Verteidigung eine irrende Annahme des Täters bezüglich der Grenzen der Notwehr (Erlaubnisgrenzrirtum) aufgrund seines kulturellen Hintergrundes geltend gemacht wurde. In dem Fall ging es um eine Bande von amerikanischen Ureinwohnern, die am 16. Juli 1978 ein Spirituosen-geschäft ausraubte. Als die Polizei sie festnehmen wollte, zog *Patrick „Hotty“ Croy* wie ein indianischer Krieger sein Hemd und seine Schuhe aus und erschoss einen Polizisten.³⁰⁹ Er wurde wegen „schweren Mordes“ (*first degree murder*) zur Todesstrafe verurteilt. Vom California Supreme Court wurde er hingegen vom Mordvorwurf freigesprochen. Der California Supreme Court hob die Entscheidung der Vorinstanz basierend auf dem Recht des Angeklagten, sich durch die Instanzen zu klagen, auf. Es fand ein Wiederaufnahmeverfahren aufgrund fehlerhafter Anweisung der Jury statt.³¹⁰ In dem Verfahren erörterte *Croy*, dass er in Notwehr gehandelt habe. Seine Verteidigung stelle eine *cultural defense* in Verbindung zur Notwehr dar, weil er in der Vergangenheit immer wieder Opfer von Diskriminierung gewesen und dahingehend konditioniert gewesen sei, „weißen Autoritäten“ nicht zu vertrauen, da weiße Siedler im 19. Jahrhundert die US-amerikanischen Ureinwohner massakriert hatten.³¹¹ Deswegen hatte *Croys* Geschichte seine Wahrnehmung von „Gefahr“ im Moment der Tat beeinflusst, womit seine Abwehrreaktion begründet werden konnte. Es wurde auch festgestellt, dass *Croy* Opfer ständiger Vorurteile gegen Indianer im ländlichen Süden Kaliforniens gewesen war. Darüber hinaus argumentierte der Verteidiger mit der traditionellen Beziehung zwischen Indianern und „dem weißen Mann“ und verwies auf das Musterbeispiel von Ver-

³⁰⁵ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 438. *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 149.

³⁰⁶ Dazu mehr unter Teil 3, II.B.1.

³⁰⁷ *Renteln*, The Cultural Defense, S. 25.

³⁰⁸ *People vs. Croy*, No. 52587 (Placer County Super. Ct. Apr. 1990).

³⁰⁹ *People vs. Croy*, No. 52587 (Placer County Super. Ct. Apr. 1990).

³¹⁰ 710 P.2d 392 (Cal. 1985).

³¹¹ *Renteln*, in: Friedman Ramirez (Hrsg.), Raising Cultural Defenses, S. 448.

sklavung und Verfolgung der Indianer. Er behauptete, dass sich Indianer bewusst darüber seien, dass Rassismus und Völkermord jederzeit neu aufleben können; sei es vonseiten kalifornischer Bürger oder der Polizei.³¹² Hauptargument der Verteidigung war, dass *Croy* in solch einem Fall nicht wie eine vernünftige Person (*reasonable person*) handeln konnte, sondern bei ihm ein Test angewendet werden sollte, der bei der Einschätzung als vernünftige Person seinen kulturellen Hintergrund mitberücksichtigte (*culturally relative reasonable person test*).

Die *cultural defense* wurde im Rahmen der Notwehr als irrige Annahme der Grenze einer Erlaubnisnorm dargestellt. In seiner Vorstellung war der Polizist für *Croy* jemand, der Jagd auf Indianer machte. Die Laienjury akzeptierte die *cultural defense* der Verteidigung, *Croy* wurde in jeder Hinsicht von einer Straftat freigesprochen.³¹³ Hauptargument in diesem Fall war, dass die irrige Annahme des Täters bezüglich der Grenzen der Notwehr durch seine indianischen Wurzeln determiniert wurde und er demzufolge nicht gemäß dem Maßstab beurteilt werden konnte, der üblicherweise für eine vernünftige Person angelegt wird. Die *cultural defense* bestand in diesem Fall aus der Darlegung von Beweismitteln über den kulturellen Hintergrund des Täters, sodass seine Abwehrreaktion im Rahmen einer Notwehr geklärt werden konnte.

De lege ferenda soll – nach dem Ansatz *Alison Renteln* – die *cultural defense* entweder als Rechtfertigung oder als Entschuldigung gesetzlich anerkannt werden und nicht nur als „mögliche Argumentation oder Beweismittel“. *De lege lata* jedoch ist die *cultural defense* noch keine echte Verteidigung. Sie kann aber als Unterfall des *mistake of law* bewertet werden. Dies hat besondere Relevanz bei der Feststellung der fehlenden Normbefolgungsfähigkeit des Täters, da geprüft wird, in welchem Maße die Normkenntnis vonseiten des Täters gefördert wird, bzw. ob im Fall eines *mistake of law* aus kulturellen Gründen ein differenzierter Maßstab bezüglich der Vermeidbarkeit (dazu unten C.) angewendet werden kann.

B. Fehlende Normbefolgungsfähigkeit

Das richtige Verständnis eines *mistake of law* – im Sinne des o.g. § 2.04 (3) MPC als dem Glauben des Täters, dass sein Verhalten keine Gesetzesverletzung darstellt – erfordert die Analyse seiner Kehrseite. D.h., ein *mistake of law* ist im US-amerikanischen Strafrecht gegeben, wenn dem Täter das Unrechtsbewusstsein fehlt, was nur als Mangel an *mens rea* verstanden werden kann. Darüber hinaus ist

³¹² “Every Indian is aware that at any time, the lurking, historical pattern of genocidal racism against Indian people can surface, whether in the form of white citizen violence or police aggression”. Defendant’s Notice of Motion and Motion Regarding Admissibility of Evidence in Support of Defendant’s Claim of Self-Defense at 10, *People vs. Croy*, No. 52587 (Placer County Super. Ct. Apr. 1990).

³¹³ *Renteln*, in: Friedman Ramirez (Hrsg.), *Raising Cultural Defenses*, S. 448.

von besonderer Relevanz die Interaktion zwischen dem *ignorantia legis non excusat*-Prinzip (Unwissenheit schützt vor Strafe nicht) und der Annahme des *mistake of law* als mögliche Verteidigung.

1. Fehlendes Unrechtsbewusstsein, die Kehrseite des *mistake of law*

Im US-amerikanischen Recht wird dem Prinzip *ignorantia legis non excusat* ein hoher Stellenwert eingeräumt. Im Allgemeinen wird der *mistake of law* als mögliche Verteidigung abgelehnt, was aber durch die Lehre und insbesondere auch die Rechtsprechung flexibilisiert wird.³¹⁴ Das US-amerikanische Recht hat sich von einer blinden Anwendung des *error juris non excusat* hin zur Suche nach theoretischen und ethischen Grundlagen für eine passende Anwendung des Rechtsirrtums³¹⁵ bewegt. Demzufolge ist für das richtige Verständnis des *mistake of law* als Verteidigung ein Überblick über die Entwicklung durch die Rechtsprechung (gleich unten) zur Annahme eines *mistake of law* wichtig. Ein solcher Überblick ist hauptsächlich nötig, um zu bestimmen, nach welchen Kriterien das Unrechtsbewusstsein im US-amerikanischen Recht ermittelt wird.

Seitens des U.S. Supreme Court gab es bereits 1945 erste Zeichen für die Zulässigkeit des *mistake of law* als Verteidigung, die zum Freispruch führen kann. In dem betreffenden Fall, *Screws vs. United States*,³¹⁶ erklärte der Supreme Court das Problem des *mistake of law* mit einer Analogie zum Recht in der Zeit des römischen Kaisers Caligula,³¹⁷ der die unter seiner Regentschaft geltenden Gesetze an unzugänglichen Stellen veröffentlichte, damit sie für den Normadressaten unverfügbar waren. Außerdem hatte der Kaiser die strafrechtliche Verantwortlichkeit aufgrund eines für den Normadressaten unklaren Gesetzes angenommen.³¹⁸ Dieselbe Lehre begründet die Zulässigkeit des *mistake of law* im amerikanischen Rechtssystem damit, dass nur dadurch ungerechte Ergebnisse vermieden werden können (*to avoid unjust results*).³¹⁹ Wie Meese und Larking richtig feststellen, kann die Bestrafung von Personen, die weder schulfähig noch fahrlässig handeln, von der

³¹⁴ *Travers*, 62 U. Chi. L. Rev., Nr. 3 (1995), 1303.

³¹⁵ *Travers*, 62 U. Chi. L. Rev., Nr. 3 (1995), S. 1301. Vgl. *Arzt*, 1986 BYU L. Rev. 711–732 (1986), 712.

³¹⁶ 325 U.S. 91 (1945).

³¹⁷ “To enforce such a statute would be like sanctioning the practice of Caligula, who ‘published the law, but it was written in a very small hand, and posted up in a corner, so that no one could make a copy of it.’ Suetonius, *Lives of the Twelve Caesars*, p. 278”; 325 U.S. 96. “Such a law is not materially different from one that is kept secret or one that, like the laws of Caligula, is published in a location that makes it unreadable”. So *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 760.

³¹⁸ *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 760.

³¹⁹ *Vogele*, in: Yee (Hrsg.), *International Crime*, S. 97. Siehe auch *Cass*, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 685; *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 764.

willkürlichen Bestrafung zufällig ausgewählter Personen nicht unterschieden werden.³²⁰ Die Strafe ohne Schuldfähigkeit bedeutet eine willkürliche Strafbarkeit (*random punishment*), eine willkürliche Maßnahme. Dies ist genau der Fall des im *mistake of law* handelnden Täters, da er seinen Rechtsverstoß nicht erkennen kann. Dieser Versuch, „ungerechte Ergebnisse zu vermeiden“, wurde durch die Einfügung von Ausnahmen zur allgemeinen Regel der *ignorantia iuris* verwirklicht. Obwohl nicht explizit geklärt – weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung –, kann der Hinweis auf die „willkürliche Strafe“ und die Verbindung mit der Schuld als eine klare Äußerung des Schuldprinzips gelesen werden.

Nach dem Fall *Screws vs. United States* im Jahr 1945 begann in der Rechtsprechung ein neuer Umgang mit dem *mistake of law*. Grund hierfür war die Erkenntnis, dass derart viele Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip *ignorantia legis non excusat* möglich waren, dass eine andauernde strenge Auslegung dieses Prinzips nur Chaos in die dogmatische Struktur bringen würde.³²¹ Ein weiterer Grund dafür war und ist die zunehmende Vielfalt und Menge von Strafgesetzen.³²² Die derzeitige Öffnung der Lehre und Rechtsprechung bezüglich des *mistake of law* bedeutet eine Anfangsphase zur Anerkennung des Schuldprinzips und seiner verfassungsrechtlichen Relevanz, insbesondere im Sinne des Bestimmtheitsgebots (*void for vagueness*),³²³ was in enger Verbindung mit der *mens rea*-Anforderung steht. Der U.S. Supreme Court hat 1954 im Fall *United States vs. Harriss* festgestellt, dass ein unklares Gesetz das Verfassungsprinzip des Bestimmtheitsgebots verletzt. Das zugrunde liegende Prinzip bedeutet zugleich die Unmöglichkeit der Bestrafung von jemandem, der nach vernünftiger Einschätzung seinen Rechtsverstoß nicht vorher absehen konnte. Dies entspricht einer fehlenden *mens rea* des Täters, im Sinne eines fehlenden Bewusstseins seines Rechtsverstoßes.³²⁴ Daher kann prinzipiell eine enge Verbindung von *mens rea* und Schuld bzw. *mens rea* und Unrechtsbewusstsein behauptet werden.

Im Grunde genommen ist der aktuelle Bedeutungsumfang des *mistake of law* nicht als isoliertes und marginales Verteidigungsargument zu verstehen, sondern als eine vom richtigen Verständnis des *mens rea*-Erfordernisses abhängige Rechts-

³²⁰ “[J]ustifying on incapacitative grounds the punishment of someone who was *neither* blameworthy *nor* negligent is not materially different from allowing the government to select people at random for punishment, a practice that clearly is unconstitutional”. So *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 765.

³²¹ Vgl. *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 1. So etwa *Davies*, 48 Duke L.J., Nr. 3 (1998), 359.

³²² *Davies*, 48 Duke L.J., Nr. 3 (1998), 394.

³²³ *United States vs. Harriss*, 347 U.S. 612, 617 (1954); *Chicago vs. Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

³²⁴ “The constitutional requirement of definiteness is violated by a criminal statute that fails to give a person of ordinary intelligence fair notice that his contemplated conduct is forbidden by the statute. The underlying principle is that no man shall be held criminally responsible for conduct which he could not reasonably understand to be proscribed.”, *United States vs. Harriss*, 347 U.S. 612, 618 (1954).

figur.³²⁵ Dies ist besonders wegen des Tatbestandserfordernisses (Bestimmtheitsgebot) der speziellen subjektiven Voraussetzungen (*specific criminal intent*) anzusehen, also einer intensivierten *mens rea*.³²⁶ Die Eingliederung des *mistake of law* in der *mens rea*-Anforderung bzw. die intensivierte *mens rea* in den Tatbestand – und folglich eine *mistake of law*-Verteidigung – ist nur möglich, wenn der Tatbestand als Erscheinungsformen von *mens rea* eine entweder *willfully* oder *knowingly* begangene Tat voraussetzt (dazu unten C.3.). Dies wirft weitere Schwierigkeiten auf, weil *knowingly* und *willfully* gemäß § 2.02 (2) (a)–(d) MPC Schuldarten sind (dazu unten 3.).

Im US-amerikanischen Recht ist außerdem problematisch, wie Rechtsunkenntnis bezüglich *mens rea* verstanden werden soll bzw. was der Maßstab des amerikanischen Unrechtsbewusstseins (*consciousness of unlawfulness*) ist. Inhaltlich setzt das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit eine allgemeine anstatt einer speziellen Kenntnis des Rechts voraus. Allgemeine Kenntnis kann als eine analoge Annahme zur materiellen Rechtswidrigkeit im Sinne des sozialen Verstoßes (*social harm*) betrachtet werden.³²⁷ Es ist dabei erforderlich, Kenntnis eines rechtswidrigen Verstoßes gegen ein – gesetzlich oder moralisch – geschütztes Interesse zu haben, und nicht die Kenntnis einer bestimmten Norm oder ihrer Strafbarkeit, wie bei einem Sozialguts- oder Rechtsgutsverstoß. Amerikanische Lehre und Rechtsprechung gehen noch weiter und verstehen unter allgemeiner Kenntnis sowohl die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als auch der Moralwidrigkeit. Der Maßstab liegt daher nicht nur in der materiellen Rechtswidrigkeit, sondern auch in der Moralwidrigkeit (*moral blameworthiness*).³²⁸ Im amerikanischen Recht besteht das Problem der verschwommenen Konturen zwischen Moralität und Legalität. Zu bestimmen ist, in welchem Maße diese *general knowledge* – im moral- oder rechtswidrigen Sinne – erforderlich ist. Dazu dient eine Abstufung zwischen Erkenntnis, Verständnis oder Internalisierung der Rechts- oder Moralwidrigkeit.

a) Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit

Für das bereits dargelegte *mens rea*-Erfordernis muss zum einen der Kenntnisgrad und zum anderen der Inhalt solcher Kenntnis bestimmt werden. Weil die Anforderung an *mens rea* in enger Verbindung mit dem Schuldprinzip steht, setzt die fehlende Schuld voraus, dass der Täter mangelnde oder fehlende Normkenntnis hat. Das bedeutet, dass er unfähig ist, seinen rechtlichen bzw. moralischen Verstoß zu erkennen. Damit ein Rechtsirrtum vorliegt, muss also eine defizitäre *mens rea* gegeben sein. Der Täter kann nur strafwürdig handeln, wenn er sich in ausreichendem

³²⁵ Vgl. *Arzt*, 1986 *BYU L. Rev.* 711–732 (1986), 712.

³²⁶ *Dubber/Hörnle*, *Criminal Law*, S. 269.

³²⁷ *Dressler*, *Understanding*, S. 119.

³²⁸ Vgl. *Lippman*, *Contemporary Criminal Law*, S. 100–131.

Maße über die rechtliche Bedeutung seiner Taten und der Konsequenzen bewusst gewesen ist und sich für sie entschieden hat.³²⁹ Diese Definition setzt also mindestens Verständnis dieser Bedeutung voraus. *Knowledge* bedeutet dann Verständnis des rechtlichen oder moralischen Verstoßes. Verständnis im US-amerikanischen Recht kann mit der o.g. Anforderung des *specific criminal intent*, der durch die Äußerungsformen von *willfully* und *knowingly* ermittelt wird,³³⁰ insofern festgelegt werden, dass Verständnis das ethische Minimum des *mistake of law* ist. Sonst verliert die Anforderung an die speziellen subjektiven Voraussetzungen komplett ihren Sinn, weil der Täter für einen *specific criminal intent* ein Wissens- und Willenselement haben muss. Inhaltlich ist deutlich, dass der sogenannte *specific criminal intent* ein Verständnis von den Tatumständen sowie von rechtlicher Bedeutung der Tatumstände erfordert. Die Anforderung an einen *specific criminal intent* setzt nicht nur eine Normkenntnis im Sinne eines „allgemeinen Wissens, dass strafrechtliche Vorschriften gegeben sind“ voraus, sondern darüber hinausgehend die Wahrnehmung der Bedeutung solcher Vorschriften („no man shall be held criminally responsible for conduct which he could not reasonably understand to be proscribed“).³³¹ Es kann dann festgestellt werden, dass im US-amerikanischen Recht die reine Erkenntnis als Voraussetzung abgelöst wird durch das Erfordernis des Verständnisses der inhaltlichen Bedeutung einer Handlung.

Inhaltlich besteht – wie oben gesagt – Einigkeit darüber, dass die Moralwidrigkeit ein entscheidendes Kriterium für die Feststellung der *mens rea* ist.³³² Dieses moralische Kriterium bedarf der oft benutzten Nomenklaturen von *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen, die eine deutliche Äußerung der im US-amerikanischen Recht angewendeten moralischen Kriterien bedeuten, da sie feststellen, dass manche Handlungen *per se*, d.h. aus der Natur der Sache heraus, böse sind (*mala in se*).³³³ So sind Fälle von Raub, Tötung, Vergewaltigung etc., die für jeden Menschen als vorwerfbare Handlungen – nicht nur im rechtlichen, sondern auch im moralischen oder sogar religiösen Sinn – anzusehen sind, *mala in se*-Verbrechen. Denn diese normative Erkenntnis gilt nicht nur auf der rechtlich-normativen Ebene, sondern auch auf moralisch-normativer Ebene. Im Prinzip kann wegen eines *mala in se*-Verbrechens kein Rechtsirrtum vorliegen, weil der moral- bzw. rechtsverstoßene Charakter solcher Verbrechen für jeden Bürger selbstverständlich ist.³³⁴ *Mala prohibita*-Verbrechen dagegen entsprechen nicht *per se* bösen Handlungen, son-

³²⁹ „So ist genügend, dass der Täter den sozialen Verstoß begangen hat, in einer Weise, die seinen schlechten Charakter, Böswilligkeit oder Moralwidrigkeit zeigt“, *Dressler*, Understanding, S. 119.

³³⁰ Siehe *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, S. 269.

³³¹ So *United States vs. Harriss*, 347 U.S. 612, 618 (1954).

³³² Vgl. *Lippman*, Contemporary Criminal Law, S. 100–131.

³³³ *Travers*, 62 U. Chi. L. Rev., Nr. 3 (1995), 1327; *Varela*, Strict-Liability Como Forma de Imputación Jurídico-Penal, InDret 3/12, Barcelona, (2012), S. 1–25.

³³⁴ Vgl. *Lippman*, Contemporary Criminal Law, S. 4–5.

den Handlungen, die böse sind, weil sie verboten sind. D.h. ihre moralische oder rechtsverstoßende Art ist für den Normadressaten nicht selbstverständlich oder bekannt (dazu unten C.2.c.).³³⁵

b) Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit

Wie oben dargelegt, muss ein Tatbestand im US-amerikanischen Recht einen *specific criminal intent* enthalten, damit ein *mistake of law* als mögliche Verteidigung erhoben werden kann. Hintergrund dieser Anforderung ist der o.g. implizite Hinweis auf das Schuldprinzip, insofern dass Täter die Vorschriften nicht nur kennen können, sondern auch verstehen sollen; nur dann (also nur bei einem Normverständnis) kann eine persönliche Zurechnung des Täters vorliegen.³³⁶ Diese Behauptung wird im US-amerikanischen Recht durch die These unterstützt, dass die *ignorantia* in manchen Fällen eine Folge der Unbestimmtheit (*vagueness*) des Gesetzes sei.³³⁷ D.h., solange ein Gesetz unbestimmt ist, kann sein Inhalt nicht korrekt verstanden werden und der Gesetzgeber kann von den Bürgern nicht verlangen, dass sie den Inhalt eines Gesetzes erraten (*to guess at the meaning of a criminal conduct*).³³⁸ Die Unbestimmtheit eines Gesetzes ist ein Interpretationsproblem, da die meisten Rechtsbegriffe mehrdeutig sind. Ein Tatbestand kann als abstrahierte Beschreibung der Tatumstände so vielfältige Auffassungen implizieren, wie es Normadressaten gibt. Und die Auffassung jedes Bürgers ist Verständnis. Also geht dieses Erfordernis einen Schritt weiter als die bloße Erkenntnis.³³⁹ Dies bedeutet nicht etwa eine Subjektivierung der Auffassung von Normen dahingehend, dass jede eigene Auslegung als zulässig betrachtet werden soll, sondern dass im Hinblick auf eine offizielle Interpretation der Täter das Gesetz mindestens verstehen muss.³⁴⁰

Mit der Annahme der *cultural defense* kann man behaupten, dass Verständnis im Fall der Angehörigen eines fremden Kulturkreises als Kriterium ungenügend ist.³⁴¹ Eine *cultural defense* geht von der Prämisse aus, dass der Täter wegen einer abweichenden Wertvorstellung die herrschende Rechtsvorstellung nicht verstehen oder internalisieren kann. Der Täter erkennt zwar die Normen oder kann sie zumindest erkennen, aber er versteht sie nicht oder internalisiert sie im Extremfall nicht.³⁴² In

³³⁵ *Travers*, 62 U. Chi. L. Rev., Nr. 3 (1995), 1327.

³³⁶ So *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 765.

³³⁷ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 18; *Cass*, 17 Wm. & Mary L.Rev. 671 (1976), 674.

³³⁸ *Cass*, 17 Wm. & Mary L.Rev. 671 (1976), 674.

³³⁹ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 19, ist der Meinung, dass die Annahme der Unbestimmtheit als Kriterium das Legalitätsprinzip verletzen kann, sofern die subjektive Auffassung des Täters akzeptiert wird.

³⁴⁰ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 19.

³⁴¹ *Carnevali*, Poli. Crim. Nr. 3, 2007, 27.

³⁴² *Carnevali*, Poli. Crim. Nr. 3, 2007, 27.

diesem Fall handelt der Täter in gutem Glauben: Er begreift nicht, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht. In einem solchen Fall soll die Analyse des Kenntnigrads einen Schritt weitergehen.

c) *Internalisierung der materiellen Rechtswidrigkeit*

Bei Angehörigen fremder Kulturkreise mit einer abweichenden kulturellen Identität und Wertvorstellung wird das Kriterium der Internalisierung von der US-amerikanischen Rechtsprechung nicht deutlich festgelegt. Eigentlich ist die Annahme der *cultural defense* von der herrschenden Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung nicht allgemein akzeptiert. Aber in den wenigen Fällen, in denen sie akzeptiert wird, muss im Sinne der o.g. Lehre *Alison Rentelns* verstanden werden, dass Kriterium die Internalisierung ist.³⁴³ Entscheidend ist hier, dass fremdkulturelle Täter ein spezifisches Bedeutungsmuster haben, das von dem der US-amerikanischen Gesellschaft abweicht. Ihre Wertvorstellung ist anders als die geltende Rechtsvorstellung in der sie umgebenden Rechtsgemeinschaft (*host society*). Mit der Internalisierung ist gemeint, dass alle kulturellen Lebensumstände des Täters berücksichtigt werden sollten, um zu bestimmen, wie der Betroffene die inländischen Regeln in seiner eigenen Wertvorstellung einordnet.³⁴⁴ Die Bewertung dieser Umstände bedeutet nicht, dass die Anforderung der Internalisierung in jedem Fall für Mitglieder eines fremden Kulturkreises als Maßstab angesetzt wird – das wäre eine kulturelle Immunität (*cultural immunity*). Sie bedeutet nur, dass sich bei diesen Individuen in manchen Fällen eines *mistake of law* die Analyse nicht nur auf die spezifische Tathandlung beschränkt, sondern auch den kulturellen Hintergrund dieser Person miteinbezieht.³⁴⁵ Fehlende Internalisierung bedeutet nicht „meine Kultur ließ mich es tun“ („my culture made me do it“), sondern dass gerade der kulturelle Charakter der Tat vom Täter nicht reflektiert wird.³⁴⁶ Natürlich hat die abweichende kulturelle Wertvorstellung des Täters die Tat begründet, doch diesen Umstand kann der Täter nicht bemerken. Er handelt in gutem Glauben (*good faith*).

Fehlende Internalisierung findet in Extremfällen bei Angehörigen kultureller Minderheiten statt, die nicht sozialisiert sind. Das trifft auf solche Minderheiten zu, die nach einem anderen Bedeutungsmuster leben, z.B. die Amish People. Solche Fälle werden entweder als Fälle von *insanity* oder *mistake of law* behandelt. Im Fall *People vs. Chen* geht es zwar nicht um *mistake of law*, sondern um Mord und eine

³⁴³ Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 149; Matsumoto, 4 J.Int'l L. & Prac. 507 (1995), 507 ff.; *People vs. Croy*, No. 52587 (Placer County Super. Ct. Apr. 1990).

³⁴⁴ Van Broeck, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/1, 1–32 (2001), 2.

³⁴⁵ Merle, Cultural defense, Hate Crimes and Equality Before the Law, Florianópolis, v.5, n.1, pp. 7–19 (2006), 12.

³⁴⁶ Torry, The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Vol. 31, Iss. 44 (1999), 129.

insanity-Verteidigung, aber dennoch um einen Angeklagten, der ein komplementäres Weltverständnis besitzt und demzufolge eine abweichende Internalisierung von Normen aufweist.³⁴⁷ Dieser Fall handelt von einem chinesischen Einwanderer namens *Chen*, der zum Tatzeitpunkt vor einem Jahr in die Vereinigten Staaten gekommen war. Er stritt mit seiner Frau über Eheprobleme, weil er überzeugt war, dass sie untreu gewesen sei, was die Frau schließlich zugab. In einem Wutanfall warf der Mann seine Frau auf das Bett und schlug sie mit einem Krallenhammer tot. Er wurde anschließend wegen Totschlags angeklagt. Der Richter konzedierte, dass der Angeschuldigte eine frustrierte psychische Aberration hatte (*frustrated mental aberration*). Dazu vertrat er die Auffassung, dass der Angeschuldigte sich zwar nicht auf dem Niveau rechtlicher Unzurechnungsfähigkeit befand, aber er habe (in China geboren und aufgewachsen) seine gesamte Kultur in die USA „mitgebracht“, nur nicht seine Gesellschaft, die ihn hätte zurückhalten können. Deswegen befand der Richter den Angeklagten für unschuldig.³⁴⁸ Der Richter traf eine Entscheidung mit einer geteilten Bewertung. Einerseits erkannte er, dass der Täter eine fehlende Internalisierung der US-amerikanischen Wertvorstellungen hatte, was eigentlich eine Überlegung ist, die zum *mistake of law* gehört. Andererseits bewertete er diese fehlende Internalisierung als Bestandteil eines psychiatrischen Zustands des Täters, welche, wie oben gesagt, die andere übliche Verteidigung ist, in der *cultural defense* an den Sachverhalt der *insanity defense* angepasst werden kann. Demzufolge ist solch ein Fall ein gutes Beispiel für den Zusammenhang zwischen *cultural defense* – in dem Sinne, dass der Hintergrund des Täters seine Verteidigung beeinflusst hatte – und einer gesetzlich anerkannten echten Verteidigung – wie dem Wahnsinn des Täters –, da *cultural defense* als unabhängige und anerkannte Rechtsfigur nicht existiert. Fraglich ist, ob diese Behandlung gerechtfertigt ist (dazu unten E.).

Nach den o.g. Maßstäben zur Bestimmung des erforderlichen Kenntnisgrads des Täters stellt sich auch die Frage, inwiefern diese Maßstäbe im geltenden Recht gedeckt sind, und ob im geltenden Recht ein Indiz zur Anerkennung der Internalisierung in Hinsicht auf die *cultural defense* gefunden werden kann.³⁴⁹

³⁴⁷ Siehe dazu *People vs. Chen*, No. 87-7774 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 2, 1988).

³⁴⁸ *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 156: “[i]t does not rise to the level of legal insanity, but, based on cultural aspects, the effect of the wife’s behavior on someone who is essentially born in China, raised in China, and took all his Chinese culture with him to the United States except the community which would moderate his behavior [...]. For those reasons, the Court has found him not guilty of manslaughter in the first degree”.

³⁴⁹ So etwa *Husak*, *The Philosophy*, S. 262, über den Kontext der *ignorantia* und der Abstufung von Schuld.

2. Ausschluss von *mens rea* bei fehlender Einsichtsfähigkeit: spezielle subjektive Voraussetzungen (*specific criminal intent*)³⁵⁰

Wie oben gezeigt, gilt die *mistake of law defense* (Verteidigung wegen Rechtsirrtums) nur und insoweit sie einer fehlenden *mens rea* bzw. *criminal mind* entspricht.³⁵¹ Das Problem ist aber, dass es, obwohl *mens rea* zentral für das *common law* bzw. für die US-amerikanische Rechtsordnung ist, ein Begriff voller Ambiguität ist.³⁵² Deshalb ist für eine weitere Analyse der Normbefolgungsunfähigkeit wegen eines Informationsdefizits Klarheit über diesen Begriff zu schaffen.

Mens rea entspricht der subjektiven Seite des Verbrechens bzw. seinen subjektiven Elementen. Sie sind das Gegenteil der objektiven Elemente des Verbrechens (*actus reus*).³⁵³ Es ist aber wichtig festzustellen, was genau der Inhalt dieses Begriffs ist und ob er nur auf die *mens rea* begrenzt ist.

Der Ausdruck „subjektive Elemente“ soll weit gefasst sein, um jeden subjektiven Aspekt des Verbrechens abzudecken. Dabei soll er aber so bestimmt sein, dass kein unerheblicher und für das Recht irrelevanter Aspekt thematisiert wird. Im Prinzip fallen unter subjektive Elemente des Verbrechens Vorsatz und Fahrlässigkeit (subjektiver Tatbestand) und Schuld (als persönliche Vorwerfbarkeit der Tat) (im Rahmen des kontinental europäischen Rechts). *Mens rea*³⁵⁴ gilt allerdings als allumfassender Begriff dieser drei Elemente (im Rahmen des angelsächsischen Rechts). Es ist sinnvoll, *mens rea* sowohl in einem weiteren als auch in einem engeren Sinne zu verstehen. Im weiteren Sinne ist *mens rea* eine allgemeine Definition von moralischer Vorwerfbarkeit (*moral blameworthiness*).³⁵⁵ Im engeren Sinne ist es ein besonderer geistiger Zustand, der in der Verbrechensbeschreibung erforderlich ist.³⁵⁶ Aber was genau *mens rea* bedeutet, ist im US-amerikanischen Recht mehrdeutig und bisher noch unklar.

³⁵⁰ Dies bedeutet, dass unter dem Begriff *specific criminal intent* besonders geforderte Vorsatzformen erfasst werden sollen. Siehe Engelhart, Sanktionierung, S. 63.

³⁵¹ Greenberg, An International Journal of Legal and Political Thought, 6:1 (2015), 98; Keady, 22 Harv. L. Rev. (1908), 82.

³⁵² So Fletcher, Rethinking, S. 398: “There is no term fraught with greater ambiguity than that venerable Latin phrase that haunts the Anglo-American criminal law: *mens rea*.”

³⁵³ Obwohl nach der Entwicklung des neoklassischen Systems durchgesetzt wurde, dass das Unrecht nicht rein objektiv ist und dass die Schuld auch kein rein subjektiver Teil des Verbrechens ist, ist diese Abgrenzung zwischen objektiv und subjektiv nötig, um zwischen dem, was zum inneren oder äußeren Element des Verbrechens gehört, zu differenzieren, Roxin, AT I, § 10 Rn. 8 ff.

³⁵⁴ Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 683. *Mens rea* ist die subjektive Seite des Verbrechens, und dies bedeutet Vorsatz in allen Formen (*intent*), Absicht (*specific intent*) und Fahrlässigkeit (*recklessness* und *negligence*).

³⁵⁵ Dressler, Understanding, S. 118.

³⁵⁶ Dressler, Understanding, S. 119.

Mens rea im weiteren Sinne entspricht der persönlichen Vorwerfbarkeit im moralischen Sinne, aber mit rechtlichen Folgen für den Täter. *Mens rea* (*guilty mind*) im engeren Sinne entspricht der menschlichen Absicht (*human intent*), die im Tatbestand beschrieben ist. Dies kann nur bezüglich der Willensfreiheit des Individuums bzw. der Freiheit des menschlichen Willens verstanden werden.³⁵⁷ Weil Willensfreiheit erforderlich ist, könnten – nach dieser Auslegung von *mens rea* – geistig Behinderte und Kinder nicht mit *mens rea* handeln.³⁵⁸ Im engeren Sinne ist *mens rea* im US-amerikanischen Recht auch mit unterschiedlichen Benennungen belegt, etwa *scienter* (*guilty knowledge* bzw. schuldige Kenntnis) oder mit dem Begriff *criminal intent* (Absicht).³⁵⁹

Die Straftaten in der US-amerikanischen Rechtsordnung können in groben Umrissen in zwei *mens rea*-Kategorien (im engeren Sinne von *mens rea*) untergliedert werden, nämlich in *general intent* und *specific intent*. Solche Kategorien werden im Fall *United States vs. Bailey* deutlich: *general intent* ist Vorsatz im weiteren Sinne, als das Wissen und Wollen von Tatbegehung und Erfolg. Er wird als synonyme Bedeutung von *criminal intent* verstanden. *Specific intent* dient hingegen der Kennzeichnung des Vorsatzes im engeren Sinne, eben als die Intention, eine Tathandlung in einer bestimmten Zeit und Lage zu begehen bzw. als direkter Vorsatz.³⁶⁰

Abgesehen vom Normalfall der Erforderlichkeit von *mens rea* und *actus reus* besteht auch die Möglichkeit, verschuldensunabhängig Strafe anzuwenden, wenn die Straftat keinen Nachweis der *mens rea* erfordert (*strict liability*).³⁶¹ Die Strafe ist in solchen Fällen schuldunabhängig.³⁶² Allein das Vorliegen des *actus reus*-Elements kann die Strafbarkeit begründen; demzufolge besteht die Aufgabe der Staatsanwaltschaft nur darin, den Beweis der objektiven Voraussetzungen des Straftatbestands zu führen.³⁶³

Die Definition des Begriffs *mens rea* – der tatbestandlich oft als *knowingly* oder *willfully* in Erscheinung tritt, im Sinne von subjektivem Tatbestand bzw. Vorsatz – wird aber unklar, wenn er in Verbindung mit dem Begriff „Schuld“ (*culpability*) analysiert wird, weil *knowingly* auch eine Schuldart ist. Schuld hat jedoch eine zusätzliche Bedeutung, nämlich im Sinne von Schuldfähigkeit (*blameworthiness*) des Täters. Diese Verbindung von *mens rea* mit Schuld im Bereich des *mistake of law* kann als eine interpretative Anstrengung von Lehre und Rechtsprechung ausgelegt

³⁵⁷ Lippman, Contemporary Criminal Law, S. 101.

³⁵⁸ *Mens rea* entspricht nur “[...] normal adults who voluntarily commit certain harms”, Hall, General Principles, S. 3.

³⁵⁹ Lippman, Contemporary Criminal Law, S. 101.

³⁶⁰ *United States vs. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980).

³⁶¹ Engelhart, Compliance, S. 64.

³⁶² Simons, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075 (1997), 1079.

³⁶³ Engelhart, Compliance, S. 64 f.

werden, um *mistake of law* mit der Schuld zusammenzubringen. Der Grund dafür kann sein, dass für Teile der Lehre *mistake of law* – obwohl als fehlende Vorsatzanforderung (fehlende *mens rea* im Sinne von *state of mind*) verstanden – die Schuld – im Sinne der Vorwerfbarkeit gegenüber dem Täter – ausschließt.³⁶⁴

Die *culpability*, die im MPC in § 2.02 (2) (a)–(d) beschrieben ist, umfasst Schuldarten im Sinne von *elemental mens rea*. Es werden vier Arten von *culpability* beschrieben: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* und *negligence*. Jede dieser Kategorien entspricht dem, was der Täter bei Begehung der Tat tatsächlich im Kopf hatte bzw. dem subjektiven Tatbestand.³⁶⁵

Knowingly ist im US-amerikanischen Recht eine Art von *mens rea*, weil *knowingly* als Erfordernis eines bestimmten Verbrechens eine der Bezeichnungen von *specific criminal intent* ist.³⁶⁶ Gemäß § 2.02 (2) (b) MPC handelt jemand *knowingly* bezüglich eines Ergebnisses, wenn das Ergebnis zwar nicht sein Ziel, er aber fast sicher ist, dass seine Handlung zu diesem Ergebnis führt.³⁶⁷ Die Abgrenzung zwischen *knowingly* und *purposely* – eine andere im MPC enthaltene *culpability*-Äußerungsform – ist aber kompliziert und kann folgendermaßen verstanden werden: *purpose* erfordert zusätzlich die sichere Kenntnis eines Ergebnisses, um die Schuld zu bejahen (“purpose requires a culpability beyond the knowledge of a result’s near certainty”).³⁶⁸ *Knowledge* bzw. *knowingly* kann dann als hohe Wahrscheinlichkeit verstanden werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass *mens rea* (entweder im engeren Sinne oder im weiteren Sinne) sowohl subjektive Elemente des Tatbestands (Vorsatz und Fahrlässigkeit) als auch subjektive Elemente des Täters in Sinne von persönlicher Vorwerfbarkeit (Schuld) umfasst. Im Rahmen des *mistake of law* werden die Konturen dieser zwei Aspekte aber unklar, weil im Grunde genommen der Gedankengang zur Bestimmung eines *mistake of law* durch die Anforderung des o.g. *specific criminal intent* als eine Vorsatz-Anforderung verstanden werden kann, die aber nach der h.A. zu fehlender Vorwerfbarkeit führt.³⁶⁹ Aus genau diesem Grund kann behauptet werden, dass es im US-amerikanischen Recht – trotz der fehlenden wissenschaftlichen Diskussion – eine Vorsatztheorie gibt, die zu Ergebnissen auf der Schulebene führt. Es gibt eine Vorsatz-Anforderung im Tatbestand, die, wenn sie fehlt, die Schuld des Täters im Sinne der persönlichen Vorwerfbarkeit ausschließt.

³⁶⁴ Hall/Seligman, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 259.

³⁶⁵ Badar, The Concept of Mens Rea, S. 102.

³⁶⁶ Vgl. Davies, 48 Duke Law Journal, Nr. 3 (1998), 342; *United States vs. International Minerals & Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971).

³⁶⁷ § 2.02 (2) (b) MPC.

³⁶⁸ Robinson/Grall, 35 Stan. L. Rev. 681 (1983), 694.

³⁶⁹ Husak, The Philosophy, S. 259.

3. Die vermeintliche Annahme der Vorsatztheorie

In der US-amerikanischen Rechtsprechung sowie in der Lehre ist die Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie weitgehend unbekannt. Die Frage dabei ist, ob die Überlegungen über die Geltung der Schuld- und Vorsatztheorie sinnvoll sind, wenn *mens rea* Schuld und Vorsatz umfasst und der Rechtsirrtum keine förmliche Anerkennung hat, sondern nur als Ausnahmefall akzeptiert wird. Abschließend kann dazu wohl Folgendes gesagt werden: In den USA tendieren Lehre und Rechtsprechung – vielleicht unbewusst – in Richtung der Vorsatztheorie, obwohl keine echte Diskussion darüber stattgefunden hat. Der Grund dafür ist, dass die Anforderung von *specific criminal intent* in Verbrechen, wo eine *mistake of law defense* möglich ist und der Hinweis darauf durch die Wörter *willfully* und *knowingly* gegeben wird, das kognitive und das voluntative Vorsatzelement beinhaltet. Wenn der *mistake of law* eine Verneinung von *mens rea* ist, dann ist er auch eine Verneinung des Vorsatzes. Diese Annahme der Vorsatztheorie gilt aber mit einer Abwandlung, weshalb schlussendlich – obwohl die Anforderungen beim Vorsatz liegen und somit eigentlich ein vorsatzausschließender Rechtsirrtum vorliegt – der Rechtsirrtum im US-amerikanischen Recht nach mancher Literaturmeinung die Schuld des Täters (*culpability*) ausschließt.³⁷⁰ Diese Auffassung entspricht mehr einer Berücksichtigung der Schuld im Sinne einer Tatverantwortung als einer Schuld im Sinne des individuellen Vermögens des Täters. Der Gedankengang wird weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung vertieft oder erweitert.

4. Maßstäbe zur Feststellung des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit

a) Verständnis der Rechtswidrigkeit und mögliche Internalisierung bei Ausnahmefällen

Weil *mistake of law* zum Ausschluss der persönlichen Vorwerfbarkeit gegenüber dem Täter führt, ist die Bestimmung des Verständnisses der materiellen Rechtswidrigkeit beim Täter von größerer Bedeutung. Kenntnis (*knowledge*) des Rechts ist erforderlich für die strafbare Verantwortlichkeit des Täters. Die h.L. bezeichnet diese Kenntnis als Kenntnis der Rechtswidrigkeit (*knowledge of the illegality*), die auch Bestandteil von *mens rea* ist.³⁷¹ Was erforderlich ist, ist keine spezifische Kenntnis (*specialized knowledge*), sondern eine allgemeine Kenntnis (*general knowledge*). Man braucht nicht zu wissen, dass die Tötung eines Menschen gesetzlich in einem bestimmten Tatbestand normiert ist, es reicht, dass diese Handlung moralwidrig ist, d.h. eine Sozialschädigung (*social harm*) darstellt. Der Unterschied zwischen Totschlag und Mord ist dabei beispielsweise gleichgültig.³⁷² Diese

³⁷⁰ *Hall/Seligman*, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 644.

³⁷¹ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 42.

³⁷² *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 41; *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 751.

Sozialschädigung steht in enger Verbindung mit dem Schädigungsprinzip (*harm principle*). So ist der Sachverhalt der materiellen Rechtswidrigkeit nicht im Hinblick auf die Wahrnehmung des Täters von gesellschaftlich schutzwürdigen Interessen (die Wahrnehmung von Rechtsgütern) zu bestimmen, sondern im Hinblick auf die moralische Bedeutung von Handlungen, die den schutzwürdigen Interessen schaden können.³⁷³

Diese Kenntnis ist als Verständnis (*understanding of the law*) zu begreifen.³⁷⁴ Wie oben festgestellt, ist diese Auffassung verknüpft mit dem Bestimmtheitsgebot (*void for vagueness*), weil einer der Gründe dafür, einen *mistake of law* als Verteidigung zu akzeptieren, der ist, dass die Gesetze mehrere Auslegungen haben können und dementsprechend aufgrund dieses interpretierbaren Charakters des Gesetzes zu irrigen Auslegungen führen können. Nach der *void for vagueness* ist ein Gesetz *vague*, wenn es einer Person von durchschnittlicher Intelligenz nicht deutlich zu machen vermag, dass bestimmte Verhaltensweisen oder Handlungen gesetzlich verboten sind, oder zu wirren Überzeugungen verleitet.³⁷⁵ Wenn ein Gesetz unklar ist, kann der Normadressat keine Kenntnis von den rechtmäßigen oder rechtsverstoßenden Normen nehmen bzw. Verständnis von diesen haben. Das Bestimmtheitsgebot steht in Verbindung mit der Verständnis-Anforderung, weil diese *void for vagueness* die Strafbarkeit ausschließt, wenn das Gesetz keine lesbare, verständliche Richtlinie aufzeigt, anhand derer rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten unterschieden werden kann.³⁷⁶

Die Frage ist aber, ob die Verständnis-Anforderung transversal für jede Fallkonstellation gilt oder ob im Fall einer *cultural defense* nach anderen Maßstäben zu bewerten ist. Eine *cultural defense* geht von der Prämisse aus, dass der Täter aufgrund einer kulturell abweichenden Wertvorstellung die herrschende Rechtsvorstellung nicht verstehen oder internalisieren kann.³⁷⁷ Er erkennt zwar die Normen im formellen Sinn oder kann sie erkennen, ist aber unfähig, ihre materielle Bedeutung³⁷⁸ in rechtlicher oder moralischer Art und Weise zu verstehen, oder er interna-

³⁷³ Ashworth/Horder, Principles, S. 28 ff.

³⁷⁴ Heien vs. North Carolina, 135 S. Ct. 530 (2014).

³⁷⁵ United States vs. Harris, 347 U.S. 612, 617 (1954); Chicago vs. Morales, 527 U.S. 41 (1999).

³⁷⁶ "(the law) does not draw a readily understandable line separating innocent from prohibited conduct", Meese/Larkin, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 762. Conally vs. General Contr. Co., 269 U.S. 385, 391 (1926).

³⁷⁷ Z.B. Coleman, The South Atlantic Quarterly, 100 4 (2001), 981 ff.; Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 155; Merle, Cultural defense, Hate Crimes and Equality Before the Law, Florianópolis, v.5, n.1, pp. 7–19 (2006), 7 ff.; Renteln, Canadian Journal of Law and Society, Vol. 20, Nr. 1 (2005), 47 ff.; Tomao, 10 Geo. Immigr. L.J. 241 (1996), 241 ff.; Torry, The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Vol. 31, Iss. 44 (1999), 129; Van Broeck, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/1, 1–32 (2001), 2 ff.

³⁷⁸ Weil im US-amerikanischen Recht Bezugspunkt der strafrechtlichen Normen im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen nicht die Rechtsgüter sind, sondern der Hinweis

lisiert sie im Extremfall nicht. Mit der Annahme einer *cultural defense* kann man behaupten, dass die Rechtskenntnis sowie das Rechtsverständnis bei Angehörigen eines fremden Kulturkreises als Kriterium ungenügend sind.³⁷⁹ Wenn eine *cultural defense* gegeben ist, steht die Internalisierung der Normen beim Täters infrage.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Maßstab für das Verständnis (*understanding*) bei den einheimischen Normadressaten liegt. Wenn es um kulturell abweichende Wertvorstellungen vonseiten der Normadressaten geht – und dazu eine *cultural defense* dargelegt wird –, gilt als Maßstab die Internalisierung, welche noch ein Entwicklungsmaßstab ist, der weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung begrifflich richtig präzisiert wurde, aber als geltender Maßstab angewendet wird.³⁸⁰ Bisher ist die *cultural defense* als unabhängige Rechtsfigur ein neuer Ansatz. Es kann *de lege lata* nur behauptet werden, dass nach der Auffassung der Lehre eine *cultural defense* in manchen Fällen als vorliegender „Hintergrund“ besteht bzw. anerkannt wird (z.B. *People vs. Kimura* und *People vs. Croy*).

b) Tatsächliches Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit

Verständnis oder Internalisierung werden im US-amerikanischen Recht tatsächlich gefordert, d.h. die Überprüfung des Kenntnisgrads bezüglich der tatsächlichen Umstände des Täters findet auf der realen Ebene statt. So wird geprüft, ob der Täter den rechts- oder den moralwidrigen Charakter im Sinne der o.g. Sozialschädigung seiner Tathandlung im Moment der Tat tatsächlich verstanden oder internalisiert hat. Es wird nicht nachgefragt, ob der Täter auf der Ebene des Sollens anders handeln konnte. Das Sollen umfasst dabei grundsätzlich das allgemeine Wissen des Täters in Anbetracht seiner Lebensumstände und ist weder auf sein tatsächliches Wissen noch auf seine konkrete Tat bezogen. Es wird – im Prinzip – nicht potenzielles Verständnis bzw. potenzielles Unrechtsbewusstsein gefordert, sondern ein reales Verständnis des Verstoßes, also Verständnis oder Internalisierung der moralischen oder rechtlichen Normativität, das der Täter bei der Tat hatte.³⁸¹

Im formellen Sinn wird eine tatsächliche Kenntnis der Rechtswidrigkeit (*actual knowledge of the illegality*) verlangt, welche die Potenzialität als Maßstab bzw. die potenzielle Kenntnis der Rechtswidrigkeit ausschließt.³⁸²

Die Überprüfung des tatsächlichen Bewusstseins der Rechtswidrigkeit beim Täter erfordert eine ähnliche Analyse wie die Feststellung der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit (*actual probabilities*), dass seine Tat gegen ein Gesetz verstößt. Es

auf das von John Stuart Mill entwickelte Schädigungsprinzip bzw. *harm principle*. So Ashworth/Horder, Principles, S. 28 ff.

³⁷⁹ Carnevali, Poli. Crim. Nr. 3, 2007, 27.

³⁸⁰ Z.B. der o.g. Fall *People vs. Chen. Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 156.

³⁸¹ Travers, 62 U. Chi. L. Rev., Nr. 3 (1995), 1321.

³⁸² *Lambert vs. California*, 355 U.S. 225 (1957).

geht also darum, wie möglich bzw. wie wahrscheinlich es für ihn war, seinen persönlichen Umständen im Moment der Tat entsprechend den rechtswidrigen Charakter seiner Handlung zu bemerken. Die Überprüfung des Wissens des Täters soll daher immer anhand einer Analyse erfolgen, die von der Lehre als *agent-relative*-Analyse (eine Analyse bezogen auf den Täter) bezeichnet wird und im Moment der Tat gemäß den gegebenen Umständen vorgenommen wird. Dabei muss berücksichtigt werden, dass *mens rea* eine *agent-relative*-Bewertung erfordert, wobei jedoch auch objektive Bewertungen von *mens rea* erfasst werden,³⁸³ weshalb diese Analyse anhand des Kriteriums des durchschnittlichen Menschen (*objective reasonable person*) vorgenommen wird.³⁸⁴

So wurde im Fall *Lambert vs. California* festgestellt, dass es keinen Grund für die Täterin gab, Auskunft über ihre Anmeldepflicht einzuholen,³⁸⁵ weil sie von dieser Anmeldepflicht nicht wissen konnte, außer man hätte sie über solch eine Pflicht informiert.³⁸⁶ Darüber hinaus stellte das Gericht fest, dass ein Beweis über die tatsächliche Kenntnis der Anmeldepflicht oder ein Beweis über die Wahrscheinlichkeit einer solchen Kenntnis³⁸⁷ erforderlich sei, aber nur dann, wenn diese Wahrscheinlichkeit eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit ist und nicht nur rein hypothetisch. Also stellte es fest, dass die Vermeidbarkeit eines *mistake of law* zugunsten der Anforderung an die *actual knowledge* (tatsächliche Kenntnis bzw. Verständnis) überwunden wird. Das tatsächliche Verständnis ist aber teilweise problematisch festzustellen, wenn die Wahrscheinlichkeit des Wissens des Täters – im Gegensatz zum realen Wissen des Täters –, als Kriterium zur Bejahung seines Verständnisses angenommen wird. Der Beweis der Wahrscheinlichkeit der Kenntnis einer Gebots- bzw. Verbotsnorm oder der vermuteten Wahrscheinlichkeit (*proof of the probabilities*³⁸⁸ oder *conjectured probabilities*)³⁸⁹ des Täters als Maßstab bringt die Tatsächlichkeit in die Nähe der Potenzialität, da die Wahrscheinlichkeit eben auch keine Tatsache ist, sondern nur eine juristische Fiktion.

Die Analyse des tatsächlichen Bewusstseins wird im US-amerikanischen Recht oft mit einer Überprüfung des geistigen Zustands (*mental condition*) des Täters im Moment der Tat vorgenommen. Der Grund dafür ist, dass der *mistake of law* im Prinzip keine mögliche Verteidigung darstellt, es sei denn, es wird in ergänzender Beziehung mit einer anderen möglichen Verteidigung (typischerweise *insanity*,

³⁸³ Siehe *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 22.

³⁸⁴ *Hall/Seligman*, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 647, *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 91; *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

³⁸⁵ *Lambert vs. California*, 355 U.S. 225 (1957).

³⁸⁶ *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 766.

³⁸⁷ *Lambert vs. California*, 355 U.S. 225 (1957), “[...] actual knowledge of the duty to register or proof of the probability of such knowledge”.

³⁸⁸ *Lambert vs. California*, 355 U.S. 225 (1957); *United States vs. Juzwiak*, 258 F.2d 844 (2d Cir. 1958).

³⁸⁹ So auch *Segev*, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 49.

cultural defense usw.) angewandt. Deswegen kommt auch normalerweise neben einem *mistake of law* die Frage nach der geistigen Gesundheit des Täters ins Spiel, sodass er seine Verteidigung auch an einer anderen *defense*, wie etwa *insanity*, ausrichten kann.

C. Voraussetzungen der Vermeidbarkeit des Irrtums

Die hier dargestellte Normbefolgungsunfähigkeit ist für den Ausschluss der Strafbarkeit nicht ausreichend. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass diese Normbefolgungsunfähigkeit unvermeidbar (*unavoidable*) war. Das bedeutet, dass die bereits genannten Maßstäbe zur Bestimmung des Unrechtsbewusstseins bzw. des *mistake of law* Voraussetzungen sind, um die Vermeidbarkeitsprüfung anzugehen. Der allgemeine Mangel an Systematisierung und Dogmatik im US-amerikanischen Recht hat zur Folge, dass die Feststellung der Umstände der Vermeidbarkeit sehr schwierig ist und der Vorgang zur Überprüfung eines *mistake of law* nicht ganz geklärt ist. Deshalb ist der folgende Abschnitt Vorbemerkungen zur Vermeidbarkeit gewidmet (1.). Anschließend werden die einzelnen Voraussetzungen der Vermeidbarkeit skizziert, beginnend mit der Überprüfung der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit eines Verständnisses der Rechtswidrigkeit der Tat (2.). Danach geht es um die kognitiven und voluntativen Elemente im Tatbestand (3.). Zunächst wird die Überprüfung der Vorkenntnis des Täters erörtert (4.), danach die Bestätigung seines guten Glaubens (5.). Schließlich wird die Konkretisierung des *mistake of law* im US-amerikanischen Recht anhand von Beispielen dargestellt (6.).

1. Vorbemerkungen

Die Vermeidbarkeit kommt im amerikanischen Recht unter unterschiedlichen Benennungen vor, so etwa als Vernünftigkeit (*reasonableness*), Vermeidbarkeit (*avoidability*) und nach der Lehre *Jerome Halls* als *vincibility* (Besiegbarkeit).³⁹⁰ All diese Bezeichnungen bedeuten, dass der Täter seine irrige Rechtslage hätte überwinden können, obwohl *reasonableness* terminologisch mit der *avoidability* rein sprachlich nicht gleichzusetzen ist. Es ist aber immer noch nicht klar, ob *reasonableness* auch Bestandteil der Vermeidbarkeitsprüfung ist, oder einfach eine andere Benennung der Vermeidbarkeit als allgemeiner Vorgang.³⁹¹

So wird ein *mistake of law* nur entschuldigt, wenn und insoweit er unvermeidbar ist.³⁹² Zusätzlich zur fehlenden Übereinstimmung der Bezeichnung der Vermeidbarkeit haben sowohl Lehre als auch Rechtsprechung die Kriterien für die Ver-

³⁹⁰ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 8.

³⁹¹ So etwa *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 10.

³⁹² *Meese/Larkin*, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 774.

meidbarkeit nicht tiefgehend bearbeitet, demzufolge wird die Vermeidbarkeitsprüfung mit Kriterien des Tatbestandsirrtums (*mistake of fact*) ergänzt. Üblicherweise wird für die Überprüfung der Vermeidbarkeit bezüglich des durchschnittlichen Menschen (*objective reasonable person*) eine analoge Anwendung der Maßstäbe zur Überprüfung von *mistake of fact* angewendet.³⁹³ Allerdings muss im Allgemeinen das Kriterium der Vermeidbarkeit – obwohl es versucht, ein objektives Kriterium und den Maßstab dessen, was vernünftig (*reasonable*) und unvernünftig (*unreasonable*) ist, darzustellen³⁹⁴ – individualisiert festgestellt werden, d.h. gemäß den tätereigenen Fähigkeiten und Umständen. Der Grund dafür liegt sehr wahrscheinlich in der Art des Strafrechtssystems, da die Vereinigten Staaten ein fallrechtliches System verwenden. Im Verhältnis zum durchschnittlichen Menschen (*objective reasonable person*)³⁹⁵ wird der Versuch unternommen, ein objektives Musterbeispiel festzulegen, das aber von Fall zu Fall neu zu bestimmen ist. Im Einklang mit diesem fallbasierten System hat die US-amerikanische Rechtsordnung mit einer interpretatorischen Entwicklung, die aus der Lehre kommt, der sogenannten *cultural defense*, eine deutliche Äußerung der Neigung zu einem subjektiven – und noch tiefer nach den individuellen Fähigkeiten des Täters bemessenen – Maßstab hervorgehoben. Einige der wenigen Ansätze zur Objektivierung der Kriterien für die Vermeidbarkeit finden sich in der Lehre des US-amerikanischen Strafrechters *Jerome Hall*, der die Angleichung der Unvernünftigkeit (*unreasonableness*) und der Fahrlässigkeit (*negligence*) vorschlägt, sodass beide gleich geprüft werden könnten.³⁹⁶ Er behauptet, dass fahrlässiges und unvernünftiges Verhalten ähnlich zu betrachten seien und Vermeidbarkeits- und Fahrlässigkeitsprüfung somit übereinstimmen.³⁹⁷ Dieser Behauptung folgte die h.L. jedoch nicht. Die Vermeidbarkeitsprüfung ist aber von besonderer Relevanz, da sie in gewisser Weise eine Ausnahme-*defense* ist.

Im US-amerikanischen Recht gilt Folgendes: Weil der *mistake of law prima facie* keine mögliche *defense* ist, stellt sich die Frage, ob die Normkenntnis Voraussetzung bzw. Bestandteil des Tatbestands (*offence*), und zwar des subjektiven Tatbestands, ist.³⁹⁸ Nur dann kann ein *mistake of law* als Verneinung von *mens rea* erhoben werden. Dann stehen die Darlegung eines *mistake of law* und die Ver-

³⁹³ *Hall/Seligman*, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 647; *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 91; *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

³⁹⁴ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014); *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 95. So etwa *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 8, der eine analoge Anwendung von *reasonableness* und *vincibility* (Besiegbarkeit) darstellt.

³⁹⁵ Vgl. *Hall/Seligman*, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 647; *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 91.

³⁹⁶ Ähnlicher Ansicht ist *Husak*, *The Philosophy*, S. 269, aber anstatt *negligence* stellt *Husak* *recklessness* und *mistake of law* gleich.

³⁹⁷ *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 7.

³⁹⁸ *Smith*, 14 Anglo-Am. L. Rev. 3 (1985), 6.

meidbarkeitsprüfung in enger Verbindung mit prozessualen Aspekten. Dadurch kann ein *mistake of law* vorliegen, weil die erforderliche *mens rea* des Tatbestands, die oft als *knowingly* oder *willfully* bezeichnet wird, nicht gegeben ist. Die Darlegung eines *mistake of law* bedeutet, dass in der Regel die Staatsanwaltschaft die Schuld des Täters über den berechtigten Zweifel hinaus (*beyond reasonable doubt*) feststellen muss, und sowohl *actus reus* als auch *mens rea* nachgewiesen werden müssen. Dann soll die Staatsanwaltschaft alle Elemente der Schuld (sowie der Tat) über den berechtigten Zweifel hinaus beweisen, was besonders schwierig ist, wenn der Täter in der Erzeugung von Zweifel erfolgreich ist; wenn der Zweifel schon als Verteidigungsstrategie inkorporiert ist, z.B. als *mistake of law*, dann muss die Verteidigung Beweismittel für den *mistake of law* darlegen.³⁹⁹ Sie muss beweisen, dass dem Angeklagten die *mens rea* wegen eines *mistake of law* fehlt und dass er aus diesem Grund irrig gehandelt hat.⁴⁰⁰

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Vermeidbarkeit im Allgemeinen individuell zu bewerten ist. Die Voraussetzungen des Bewusstseins der Gesetzwidrigkeit beim Täter sind im jeweiligen Fall nach den konkreten Gegebenheiten zu beurteilen, nämlich nach dem Ausbildungsniveau, dem Beruf, den Integrationsmöglichkeiten in der Gesellschaft, den kulturellen Umständen, nach Geschlecht, Alter, körperlicher Stärke, der Erfahrung, der sozioökonomischen Situation, seinen Persönlichkeitsmerkmalen etc. D.h., die in Kauf zu nehmenden Merkmale des Täters zur Bestimmung der Vermeidbarkeit können so viele sein wie die Verteidigung des Angeklagten im Verfahren vorbringt. Das Kriterium bleibt dann nicht nur subjektiv, sondern auch sehr flexibel. Dies verbindet sich mit den o.g. prozessualen Aspekten, da das US-amerikanische sich als ein „offenes“ System versteht, insofern als diese subjektiven Faktoren des Angeklagten mit anthropologischen und kulturellen Beweismitteln vor dem Gericht dargelegt und sogar vom Richter bewertet werden können.⁴⁰¹

Im folgenden Abschnitt wird der Versuch unternommen, mit den gegebenen unsystematisierten Hauptkriterien zur Bestimmung der Vermeidbarkeit eine Reihenfolge dieser Überprüfung zu finden.

2. Tatsächliche Wahrscheinlichkeiten (actual probabilities)

Die o.g. Vermeidbarkeit fängt im US-amerikanischen Recht mit der Überprüfung an, ob der Täter im Moment der Tat mit tatsächlicher Wahrscheinlichkeit ein Verständnis von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung, entweder im rechtlichen oder im moralischen Sinne, hatte.

³⁹⁹ Vgl. *Keedy*, 22 Harv. L. Rev. (1908), 86.

⁴⁰⁰ *Smith*, 14 Anglo-Am. L. Rev. 3 (1985), 6.

⁴⁰¹ Bestes Beispiel dafür ist der o.g. *Kimura*-Fall.

a) Feststellung der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit

In der modernen amerikanischen Lehre findet sich bei *Segev* einer der wenigen Versuche zur Zusammenstellung und Vertiefung der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit als richtigem Überprüfungsschritt der Vermeidbarkeit. Er nennt zwei Arten von möglicher Wahrscheinlichkeit, mit der der Täter im Moment der Tat rechnen konnte, nämlich die vermutete Wahrscheinlichkeit (*conjectured probability*) und die tatsächliche Wahrscheinlichkeit (*actual probability*) des Rechtsverstoßes. Vermutete Wahrscheinlichkeit bedeutet die rationale Einschätzung des Handelnden bezüglich des Sachverhalts und damit die Wahrscheinlichkeit möglicher Folgen. Also ist sie eine Bewertungsanforderung vonseiten des Täters. Die tatsächliche Wahrscheinlichkeit ist bezogen auf alle Sachverhalte, die dem Täter zu dem Zeitpunkt der Handlung bewusst waren.⁴⁰² Die Bewertung dieser Wahrscheinlichkeit stützt sich nicht nur auf das Wissen, das der Täter tatsächlich hat, sondern auch auf das, das der Täter haben sollte ("the information that the agent has and should have").⁴⁰³ Dies kann als eine analoge Anwendung der Potenzialität des Bewusstseins des Täters verstanden werden.⁴⁰⁴ Dahingehend und aufgrund des Verhältnisses zwischen *mens rea* und Vorsatz wird die Überprüfung der Tat immer ausgehend von den tatsächlich vorliegenden Umständen (aus der normativen und aus der faktischen Perspektive) vorgenommen. Das einzige Defizit, das vorliegen kann, ist ein wissentliches Defizit bezüglich der Vorsatzelemente, aber nicht der Aktualität solcher Merkmale.

b) Subjektive Bewertung der Wahrscheinlichkeit

Die bereits dargestellte Einschätzung soll immer auf einen ganz bestimmten Täter (*agent-relative*) sowie auf die Begleitumstände (*circumstances-relative*) in einem konkreten Fall bezogen sein.⁴⁰⁵ Sie kann nicht objektiviert werden, sondern ist individuell festzulegen, nur dann kann bestimmt werden, dass bei der *agent-relative*-Bewertung – weil von *agent* zu *agent* unterschiedlich – die Berücksichtigung zahlreicher Merkmale ins Spiel kommen kann.⁴⁰⁶ Dies kann aber die ganze Überprüfung der Vermeidbarkeit zu kompliziert und unpräzise machen, weil die extreme Subjektivierung – obwohl flexibel und immer aktualisierbar – zu Rechtsunsicherheit führen kann.

Allerdings wurde diese *agent-relative*-Bewertung nach dem Urteil *Heien vs. North Carolina* im Jahr 2014 eingeschränkt (dazu unten 6.a.), in dem der U.S. Sup-

⁴⁰² *Segev*, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 43.

⁴⁰³ *Katz*, *Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the Criminal Law*, S. 66.

⁴⁰⁴ Vgl. *NK-Neumann*, § 17 Rn. 53.

⁴⁰⁵ *Segev*, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 43.

⁴⁰⁶ *Segev*, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 44.

reme Court feststellte, dass das subjektive Verständnis des Täters irrelevant sei.⁴⁰⁷ Der Fall beschreibt einen *mistake of law* bei einem Polizisten im Zusammenhang mit der Durchsuchung eines Autos. Der Polizist war – aufgrund seiner vorherigen polizeilichen Ausbildung – davon überzeugt, dass die Voraussetzungen für eine Durchsuchung gegeben waren. Er hatte den Sachverhalt jedoch irrig angenommen und deshalb irrig gehandelt, es war ein *reasonable mistake of law*.⁴⁰⁸ Im Urteil wurde klargestellt, dass das subjektive Verständnis eines ausgebildeten Polizisten hier irrelevant sei, um einen *mistake of law* zu überprüfen.⁴⁰⁹ Nur die Mindermeinung des Urteils schlägt vor, die Bewertung gemäß einem *reasonable* Polizisten vorzunehmen und nicht gemäß einem durchschnittlichen Menschen, der kein Polizist ist. Das Problem ist aber, dass diese Auffassung ein Abrücken von der täterbezogenen Bewertung bedeuten kann, weil die Frage nicht mehr war, wie dieser Polizist gemäß seinen persönlichen geistigen Fähigkeiten, seinem Ausbildungsniveau, seinem sozioökonomischen Niveau usw. unter den gegebenen Umständen die tatsächliche Wahrscheinlichkeit seiner Tat eingeschätzt hatte, sondern wie ein anderer durchschnittlicher Mensch diese Umstände einschätzen würde.⁴¹⁰ Der U.S. Supreme Court stellte fest, dass ein Irrtum „objectively reasonable“ sein müsse, weswegen persönliche bzw. subjektive Umstände des Polizisten nicht Teil der Wertung sein können. Nur so wird eine *agent-relative reasonableness* vermieden und dem Maßstab der *objective reasonableness* Rechnung getragen.

c) Überprüfung der Wahrscheinlichkeit des Täters bei *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen

Bei der Bestätigung der *conjectured* oder *actual probabilities* des Täters ist die Frage von großer Bedeutung, ob die Tat ein *mala in se*-Verbrechen oder ein *mala prohibita* ist. Wie oben gezeigt, gilt als Grundlage der fehlenden *mens rea* des Täters nicht nur das Verständnis von der rechtswidrigen Bedeutung der Tat, sondern auch das Verständnis von ihrer moralwidrigen Bedeutung. Moralität und Legalität stehen in enger, fast untrennbarer Verbindung zueinander. Weil im US-amerikanischen Recht die Nomenklatur vom *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen gilt, kann die Rechtswidrigkeit mit der Moralwidrigkeit oder Sozialschädlichkeit übereinstimmen.⁴¹¹ Diese Gleichstellung kennt auch eine extreme Auffassung in dem Sinne, dass jemand, der ein *mala in se*-Verbrechen begeht, eine

⁴⁰⁷ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴⁰⁸ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴⁰⁹ “[...] an officer’s ‘subjective understanding’ is irrelevant” to the reasonableness inquiry, meaning that a lack of training or awareness of the law “cannot help to justify a seizure”, *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴¹⁰ Dazu unter Teil 2, II.C.3.a.

⁴¹¹ Vgl. *Varela*, Strict-Liability Como forma de Imputación Jurídico-Penal, InDret 3/12, Barcelona, (2012), S. 1–25; *Gray*, 73 Wash. U. L. Q. 1369 (1995), 1370.

Strafe verdient hat, obwohl dieser Person nicht bewusst war, dass ihre Tathandlung rechtswidrig war.⁴¹²

Wie bereits erwähnt, sind *mala in se*-Verbrechen Handlungen, die intrinsisch schlecht, d.h. aus einer universalen Perspektive aus moralischen Gründen abstoßend sind. Bei solchen Verbrechen ist ein *mistake of law* keine mögliche Verteidigung und demzufolge kommt die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit des Verständnisses des Täters über die Rechtmäßigkeit seiner Tat nicht infrage.⁴¹³ Sie sind natürliche Verbrechen, so z.B. die Tötung eines Menschen, Vergewaltigung, Raub usw.⁴¹⁴ Das Verhalten an sich ist böse („the conduct is evil in itself“).⁴¹⁵ *Mala prohibita* hingegen sind Verbrechen, die nur als schlecht betrachtet werden, da sie gesetzlich verboten sind, z.B. Glücksspiel, Prostitution usw. Also besteht im US-amerikanischen Recht die Behauptung, dass die *mala in se*-Verbrechen dem Normadressaten bekannt sind. Demzufolge kann im Prinzip ein *mistake of law* bezüglich *mala in se*-Verbrechen nicht dargestellt werden, weil davon ausgegangen wird, dass diese für alle bekannt und als böse erkennbar sind. Unkenntnis bei *mala in se* Verbrechen kann also kein Entschuldigungsgrund sein.

3. Feststellung der voluntativen (willfully) und kognitiven (knowingly) Anforderung im Tatbestand

Wie bereits erwähnt, ist Ausgangspunkt der Diskussion über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des *mistake of law* im US-amerikanischen Recht die Auslegung von *willfully* und *knowingly* als *mens rea*-Äußerungen im Sinne des subjektiven Tatbestands (*state of mind*).⁴¹⁶ Ebenso ist die Feststellung dieser beiden Äußerungsmöglichkeiten von *mens rea* entscheidend für die Vermeidbarkeit. Die inhaltliche Bestimmung dieser Begriffe ist deshalb zentraler Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob der Täter ohne den erforderlichen *state of mind* gehandelt hat. Die inhaltliche Bestimmung wird im US-amerikanischen Recht durch die Rechtsprechung behandelt, kommt aber im Ergebnis zu keiner begrifflichen Klarheit.

Die Interpretation des Konzepts *willfully* ist beim U.S. Supreme Court umstritten, wobei unumstritten ist, dass sowohl *willfully* als auch *knowingly*⁴¹⁷ die Anforderungen für ein *specific criminal intent* bedeuten und dass beide unter den Begriff der Absicht fallen können. Im Urteil *Cheek vs. United States* von 1991 hat der U.S.

⁴¹² Greenberg, An International Journal of Legal and Political Thought, 6:1 (2015), 101.

⁴¹³ *State vs. Cutter*, 36 N.J.L. 125 (1873); *Burns vs. State*, 61 S.W.2d 512 (Tex. Crim. App. 1933).

⁴¹⁴ Vgl. Lippman, Contemporary Criminal Law, S. 4–5.

⁴¹⁵ Vgl. Kelsen, General Theory, S. 51.

⁴¹⁶ Vgl. Davies, 48 Duke L.J., Nr. 3 (1998), 349. Siehe auch *Van Verseveld*, Mistake of Law, S. 17.

⁴¹⁷ Siehe dazu *Long v. State*, 44 Del. 262, 65 A.2d 489 (1949).

Supreme Court bereits entschieden, dass in diesem Steuerfall *willfulness* bedeutet, dass die Beweislast beim Staat lag. D.h., der Staat musste beweisen, ob und inwieweit der Täter eine rechtliche Pflicht hatte, sowie dass der Täter diese Pflicht erkannte und dass er willentlich (*voluntarily*) und absichtlich (*intentionally*) gegen sie verstoßen hatte.⁴¹⁸ Die gleiche Meinung wurde im Fall *United States vs. Pomponio* geltend gemacht.⁴¹⁹ Daraus folgt, dass bei einem Irrtum mit guter Absicht die *willfulness* verneint wird.⁴²⁰ Später entwickelte der Supreme Court seine Entscheidung im Urteil *Bryan vs. United States* noch weiter. In diesem Fall ging es um einen *willfully* getätigten Waffenhandel ohne Bundeslizenz. Der Supreme Court hielt fest, dass die Kenntnis des Verstoßes gegen die allgemeine Rechtsordnung und nicht gegen eine spezifische Norm genügend war, um die Handlung für eine *willfully* getätigte Handlung zu halten.⁴²¹

Das richtungweisende Urteil in diesem Bereich ist der schon o.g. Fall *Lambert vs. California*. *Lambert* war zuvor wegen eines Fälschungsverbrechens in Kalifornien verurteilt worden. Ihr war nicht bewusst, dass es gemäß einer Rechtsverordnung von Los Angeles Stadt erforderlich war, dass sie, eine Schwerverbrecherin, sich registrieren lassen musste, wenn sie mehr als fünf Tage in der Stadt bleiben wollte.⁴²² Ihre Unkenntnis begründet einen *mistake of law*, da die Angeschuldigte keine Möglichkeit hatte, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden. Die Entscheidung des Supreme Court wurde mit der Auffassung begründet, dass Wissen oder Wahrscheinlichkeit des Wissens über die Existenz des Gesetzes Voraussetzung für die Vermeidbarkeit sei. Diese Entscheidung wurde aber ein Jahr später durch ein Appellationsgericht präzisiert. In *Reyes vs. United States* hielt der United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in Fällen von Drogensüchtigen oder Drogenhändlern fest, dass *Lambert* keine Veranlassung hatte, sich anzumelden.⁴²³ Nach der Lehre *Vogeleys* folgt daraus, dass die *Lambert*-Entscheidung nur auf *mala prohibita*-Verbrechen angewendet werden kann.⁴²⁴ Als Hintergrund der Entscheidung kommt die häufige Nomenklatur eines *mala prohibita*- im Gegensatz zum *mala in se*-Verbrechen in Betracht, d.h. zu Verbrechen, die mora-

⁴¹⁸ “Willfulness [...] requires the Government to prove that the law imposed a duty on the defendant, that the defendant knew of this duty, and that he voluntarily and intentionally violated that duty”, *Cheek vs. United States*, 355 U.S. 255 (1991).

⁴¹⁹ *United States vs. Pomponio*, 429 U.S. 10, 12 (1976).

⁴²⁰ Vgl. *Van Verseveld*, Mistake of Law, S. 14.

⁴²¹ *Bryan vs. United States*, 524 U.S. 184 (1998).

⁴²² Im Appellationsurteil hält der Supreme Court fest: “where a person did not know of the duty to register and where there was no proof of the probability of such knowledge, he may not be convicted consistently with due process”, *Lambert vs. California*, 355 U.S. 229–230 (1957).

⁴²³ *Reyes vs. United States*, 258 F.2d 774 (9th Cir. 1958).

⁴²⁴ “*Lambert* may only apply to *mala prohibita*-crimes involving a regulatory scheme where an individual has no prior notice of a duty to perform an affirmative act”, *Vogeleys*, in: Yee (Hrsg.), *International Crime*, S. 71.

lich verwerflich sind, oder zu Delikten, die nur als böse weil verboten betrachtet werden, aber moralisch neutral sind.⁴²⁵ Die Pflicht zur Anmeldung im Fall *Lambert* ist kein *mala in se*-Verbrechen, sondern ein *mala prohibita*, weil das Wissen um eine solche Pflicht nicht aus moralisch selbstverständlichen Werten hervorgeht. Schließlich muss die Entscheidung *Ratzlaf vs. United States* genannt werden, in der der Supreme Court urteilte, dass die Bedeutung des Begriffs *willfully* aus dem Kontext der Tat gerissen sei.⁴²⁶ Dies bestätigt die extreme Subjektivierung der Maßstäbe zur Überprüfung eines *mistake of law*.

Der Begriff *knowingly* ist in seinem Inhalt genauso unklar wie *willfully*, aber wenig thematisiert. Der U.S. Supreme Court hat bereits im Jahr 1971 die Bedeutung von *knowingly* auf die Kenntnis von Tatsachen (*knowledge of the facts*) begrenzt.⁴²⁷ Später wurde dieses Kriterium geändert. Im Fall *Liparota vs. United States* hat der Supreme Court nunmehr betont, dass der Staat (*Government*)⁴²⁸ gezwungen ist zu beweisen, ob der Angeklagte wusste, dass seine Tathandlung unerlaubt war.⁴²⁹ Denn die Anforderung liegt nicht nur bei der Tatkenntnis, sondern auch bei der Normkenntnis, und beide müssen vor Gericht bewiesen werden. Gemäß dieser Entscheidung ist es dann Aufgabe der Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass der Täter eine Normkenntnis hatte.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die US-amerikanische Rechtsprechung ständig in Anerkennung einer Ausnahme von der *ignorantia legis*-Regel spricht, wenn ein *specific criminal intent* wie *knowingly* oder *willfully* erforderlich ist und kein *mala in se*-Verbrechen vorliegt. Das bedeutet, im Tatbestand muss die Handlung mit der Vorsatz-Anforderung *willfully* oder *knowingly* festgelegt werden, wenn das Verbrechen kein Verbrechen von Natur aus, also kein solches mit für jeden Menschen erkennbaren, selbstverständlich bösen Handlungen (z.B. die Tötung eines Menschen) ist. Die oben angeführte Rechtsprechung verarbeitet jedoch die Bedeutung dieser zwei Begriffe nicht korrekt. Es lässt sich aber feststellen, dass sowohl *willfully* als auch *knowingly* den Vorsatzformen entsprechen. Diese *specific criminal intents* sind spezifische subjektive Voraussetzungen des Verbrechens im Sinne von Wissentlichkeit oder Willentlichkeit als Vorsatzelemente, und es ist dann der Vorsatz, der in der Vermeidbarkeitsprüfung bejaht oder verneint werden muss.

⁴²⁵ Vgl. *Kelsen*, General Theory of the Law and State, S. 51.

⁴²⁶ *Ratzlaf vs. United States*, 510 U.S. 135 (1994). Vgl. *United States vs. Zehrbaach*, 47 F.3d 1252 (3d Cir. 1995).

⁴²⁷ *United States vs. International Minerals & Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971); *Husak*, The Philosophy, S. 275.

⁴²⁸ Aus dem Kontext kann man sagen, dass die richtige Übersetzung „Staatsanwaltschaft“ wäre, da sie die Behörde mit den Befugnissen zur Verfolgung und zum Beweis des Delikts ist.

⁴²⁹ *Liparota vs. United States*, 471 U.S. 419, 426 (1985).

4. Überprüfung der Vorkenntnis des Täters

Die Vorkenntnis des Täters ist im US-amerikanischen Recht ein widersprüchlicher Begriff. Einerseits ist die Vorkenntnis des Täters bzw. seine Geschichte von Belang, weil die Vermeidbarkeitsprüfung auf die individuellen Fähigkeiten des Täters zurückgeht. Dieses Zurückführen ist insbesondere relevant, wenn die sogenannten *cultural defenses* ins Spiel kommen. Denn es ist wichtig, die Herkunft des Täters und inwieweit seine kulturelle Wertvorstellung seine Wahrnehmung der Normen beeinflusst hat, zu bestimmen.⁴³⁰ Diese Subjektivierung und *agent-relative*-Bewertung wird jedoch abgemildert und wurde außerdem mit dem 2014 ergangenen Urteil *Heien vs. North Carolina* weiterentwickelt; in diesem Urteil erkannte der U.S. Supreme Court die Bedeutung des subjektiven Verständnisses (*subjective understanding*) und stellte die objektive Angemessenheit (*objectively reasonable*) als wichtigen Faktor heraus.⁴³¹ Die Vorkenntnis des Täters steht in Einklang mit der Behauptung, dass die schuldige *ignorantia* bestimmt werden soll, mit einer Sensibilität für den Kontext dieser *ignorantia*.⁴³² Dieser Kontext sind die persönlichen Umstände des Täters, seine Vorkenntnis.

Andererseits kann die Vorkenntnis des Täters im Sinne seiner Sorgfaltspflicht verstanden werden, sich über geltende rechtliche Normen zu erkundigen. Manche Literaturmeinungen schlagen vor, dass im Grunde genommen ein *mistake of law* immer eine bewusst fahrlässige Tat bedeute, weil der Täter das Risiko der Erfolgsverwirklichung einer rechtswidrigen Handlung in Kauf nehme, aber trotzdem bewusst in diesem Risiko handle. So handelt jemand z.B. mit bewusster Fahrlässigkeit, wenn ihm irgendwie bewusst ist, dass es in Kalifornien für die Entsorgung von Akkus bestimmte Vorschriften gibt, er den Akku aber zusammen mit seinem Restmüll wegwirft. Der Täter weiß in gutem Glauben nicht mit Sicherheit, ob es eine Regel dazu gibt, er geht damit aber ein Risiko ein.⁴³³ Ein solcher Fall steht in enger Verbindung mit der *willful blindness*, d.h. der Täter wählt seine *ignorantia*-Lage und entscheidet damit absichtlich, sich nicht im Voraus zu erkundigen, damit er nicht herausfindet, ob seine Tat vielleicht verboten ist.

Die bewusst fahrlässige Vermeidung des Rechtswissens vonseiten des Täters kann aber *per se* nicht bestraft werden, weil bezüglich eines *mistake of law* keine *strict liability* gilt,⁴³⁴ und die Schuld immer bewiesen werden muss. Ein weiterer Grund besteht darin, dass die Normkenntnis in der Regel für die Rechtsordnung irrelevant ist, außer, wenn diese Unkenntnis zur Verwirklichung eines Rechtsver-

⁴³⁰ *Lyman*, 9 Crim. Just. J. 87 (1986), 98: “A *cultural defense* will negate or mitigate criminal responsibility where acts are committed under a reasonable, good-faith belief in their propriety, based upon the actor’s cultural heritage or tradition.”

⁴³¹ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴³² *Husak*, *The Philosophy*, S. 262.

⁴³³ *Husak*, *The Philosophy*, S. 269.

⁴³⁴ Vgl. *Husak*, *The Philosophy*, S. 269.

stoßes führt.⁴³⁵ In welchem Grad der normale Bürger sich über die geltenden Normen erkundigt hat, ist dann nur wichtig um zu bestimmen, ob der Täter die rechts- oder moralwidrige Bedeutung seiner Tat verstanden hat, oder ob wegen der kulturellen Herkunft des Täters eine *cultural defense* geltend gemacht werden kann. Die Vorkenntnis des Täters steht im Einklang mit der bereits dargestellten subjektiven Bewertung der Wahrscheinlichkeit des Wissens des Täters, dass seine Tat rechtswidrig ist. Es muss also gefragt werden, wie wahrscheinlich es war, dass er im Moment der Tat nach seiner personellen Herkunft und Vorkenntnis verstand, dass er eine rechtswidrige Tat begeht. Über die Vorkenntnis des Täters entscheiden u.a. persönliche Merkmale wie Ausbildungsniveau, Beruf etc., die herangezogen werden, um die Einflussfaktoren bei der Bestimmung der Wahrscheinlichkeit seines Wissens zu prüfen. Wenn diese persönlichen Merkmale festgestellt sind, stellt sich noch die Frage, ob der Täter in gutem Glauben gehandelt hat.

5. Bestätigung des guten Glaubens (good faith) des Täters

Eine entscheidende Rolle haben im Bereich des *mistake of law* im US-amerikanischen Recht sowohl die Vernünftigkeit als auch der gute Glaube des Täters, d.h. inwieweit das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit einer Handlung sowie in die Rechtmäßigkeit eines Expertenrats in gutem Glauben gegeben sind. Für den Expertenrat ist entscheidend, dass der Rat keine offensichtlich gemeinschaftswidrige Handlung darstellt.⁴³⁶ Zu untersuchen sind die Schritte zur Bestimmung des guten Glaubens des Täters, nicht nur bezüglich des Expertenrats, sondern bezüglich der Tathandlung in ihrer Gesamtheit. Zunächst werden die drei Schritte zur Überprüfung des *good faith* dargelegt.⁴³⁷

a) Die Bewertung des Kriteriums des *reasonable man* (des sog. vernünftigen Menschen)

Die Bestimmung der Vorwerfbarkeit (*blameworthiness*) wird im US-amerikanischen Recht vorgenommen, indem ein vernünftiges (*reasonable*), vorsichtiges (*prudent*) und durchschnittlich intelligentes Mitglied der Gesellschaft zum Maßstab erhoben wird. Die Frage dabei ist dann, ob dieser vernünftige Mensch sich seines Rechtsverstoßes bewusst sein kann, womit das echte Bewusstsein von einem Rechtsverstoß erst möglich ist.⁴³⁸ Aber ein solcher Maßstab ist in besonderen Fäl-

⁴³⁵ Cass, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 693.

⁴³⁶ Hall/Seligman, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 652.

⁴³⁷ Siehe Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 84 f., 93.

⁴³⁸ Cass, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 693; Hall/Seligman, 8 U. Chi. L. Rev. 641 (1941), 667. Einer der Kritiker dieses Maßstabs ist Yaffe, 9 Philosopher's Imprint, Nr. 2 (2009), 8, der behauptet, dass in manchen Fällen wichtig sei, was ein vernünftiger Mensch machen würde, und nicht, was der Täter tatsächlich gemacht hat.

len auch anpassungsfähig, etwa wenn *expertise* oder ein besonderes Wissen von-seiten des Täters erforderlich ist. Wenn ein *mistake of law* in einem Fachbereich – üblicherweise im Nebenstrafrecht – stattfindet, soll der Maßstab des vernünftigen Menschen der eines vernünftigen Menschen mit Fachwissen sein.⁴³⁹ Dann geht es um die Frage, ob sich der vernünftige Mensch mit Fachwissen eines solchen Rechtsverstoßes bewusst sein konnte. Das Rechtswissen über Sorgfaltspflichten eines Produzenten ist z.B. anders als das Rechtswissen von Normadressaten, die nicht Produzenten sind.

Dem sogenannten vernünftigen Menschen entspricht auch die Anforderung einer Gesellschaft, die sich gemäß einem Sorgfaltsmaßstab verhält.⁴⁴⁰ Im US-amerikanischen Recht ist bemerkenswert, dass der Hinweis auf einen vernünftigen Menschen weiter geht als der Hinweis auf den Laien, obwohl dieser in der Lehre oft genannt wird.⁴⁴¹ Ursprünglich hat auch die Regel von *ignorantia legis* manche Personen – die Laien – von der Anforderung der Rechtskenntnis freigestellt, weil aufgrund eines Zustands oder Umstands (*status or condition*)⁴⁴² z.B. Frauen, Soldaten, Bauern oder Personen von geringer Intelligenz kein Wissen von Gesetzen haben konnten.⁴⁴³ Die heute geltende Bewertung, ob jemand *reasonable* oder *unreasonable* ist, hängt von den Einzelfallmerkmalen der Bezugsperson ab, also z.B. dem durchschnittlichen Polizisten,⁴⁴⁴ dem durchschnittlichen Arzt usw. Diese *reasonable* Person ist dann nicht unbedingt Laie.

*b) Gefühlswarnung aufgrund der Selbstverständlichkeit des Verbots
(fundamental and obvious moral rules)*

Die Gefühlswarnung des Täters existiert, weil angenommen wird, dass manche Regeln sowohl moralisch als auch normativ selbstverständlich sind.⁴⁴⁵ In der Lehre wurde dies nicht explizit mit dem Begriff „Gefühlswarnung“ bezeichnet, aber die Selbstverständlichkeit manch „böser Handlungen“ stellt sich mehr intuitiv als normativ dar. Gefühlswarnung ist die irgendwie naturalistische Benennung der Zwei-

⁴³⁹ Cass, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 693. So etwa Saltman, The Demise, S. 107 ff.

⁴⁴⁰ “Because the defendant has failed to learn of the law governing his endeavor, and consequently has violated that law, it is evident that he has adopted a standard of care below that reasonably expected by society; thus, the defendant’s unimpeded pursuit of that endeavor presents an unacceptable hazard to the public”, Cass, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 696. So etwa Meese/Larkin, 102 J. Crim. L. & Criminology, Nr. 3 (2012), 751: “A final justification for the ignorance-is-no-defense rule is that ignorance of the law itself is blameworthy.”

⁴⁴¹ Vgl. Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 76.

⁴⁴² Vgl. Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 80.

⁴⁴³ Vgl. Davies, 48 Duke L.J., Nr. 3 (1998), 349; Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 80.

⁴⁴⁴ Vgl. dazu Heien vs. North Carolina, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴⁴⁵ Segev, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 36.

fel, die einen Denkprozess bezeichnen. In diesem Sinn ist erneut die Abgrenzung zwischen *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen von Bedeutung, da niemand die Schuldhaftigkeit eines *mala in se*-Verbrechens anzweifelt, sie ist auf eine Art selbstverständlich. Es ist im amerikanischen Schrifttum üblich geworden, einen Hinweis auf die Übereinstimmung zwischen Rechts- und Moralwidrigkeit zu geben. Daher stammt die Gefühlswarnung, weil vermutlich jeder Bürger und Normadressat aufgrund dieser allgemeinen moralischen Wahrnehmung mit einer vorliegenden Gefühlswarnung rechnen sollte. Das kommt daher, dass alle das Recht kennen sollten.⁴⁴⁶ Deswegen verneint diese Lehre die Zulässigkeit eines *mistake of law*, wenn die Rede von grundlegenden und offensichtlich moralischen Regeln ist (*fundamental and obvious moral rules*), weil jedermann eine solche Gefühlswarnung hat und deswegen auf seine Handlung verzichten sollte. Also gibt es im US-amerikanischen Recht keine deutliche Grenze zwischen Moralität und Legalität; daher kann die Moralwidrigkeit nicht nur als Anlass bestehen, sondern auch als *mens rea* selbst. Das erscheint für einen extremen Positivismus zweifelhaft und damit anfechtbar.

c) Aktivierbare Unrechtskenntnis durch Informationseinholung
(*searching for reliable advice*)

Aktivierbare Unrechtskenntnis bedeutet, dass der Täter durch sein Einholung von Informationen seine Rechtsunkenntnis, die schon wegen der vorliegenden Gefühlswarnung eingeschaltet wird, überwinden kann. Dies entspricht dem Gedanken, dass die Normadressaten einer Rechtsordnung zwei Voraussetzungen erfüllen sollen. Erstens müssen sie die Fähigkeit (*capacity*) haben, sich gemäß der Rechtsordnung zu verhalten. Zweitens müssen sie eine faire Gelegenheit (*fair opportunity*) haben, sich rechtmäßig zu verhalten.⁴⁴⁷ Wer glaubt oder annimmt, dass sein Verhalten rechtmäßig ist, hat keinen Grund zu denken, dass seine Handlung einen Rechtsverstoß darstellt und somit keine faire Gelegenheit.⁴⁴⁸ Demzufolge handelt er in gutem Glauben.

Die aktivierbare Unrechtskenntnis erfasst auch die Einholung eines Expertenrats. Dies ist keine feste Voraussetzung der Vermeidbarkeit, weil die dogmatische Behandlung erst am Anfang steht. Es ist immer noch nicht klar, inwieweit die Einholung eines Expertenrats letztendlich für die Vermeidbarkeit geltend gemacht werden kann. Dieser Fall ist nicht richtig strukturiert behandelt worden, allerdings kann man folgende Richtlinien feststellen:

⁴⁴⁶ Cass, 17 Wm. & Mary L. Rev. 671 (1976), 671–699; Segev, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 36.

⁴⁴⁷ Husak, The Philosophy, S. 261.

⁴⁴⁸ Smith, 14 Anglo-Am. L. Rev. 3 (1985), 23.

Erstens kann eine offizielle Vertrauensprüfung (*official reliance test*)⁴⁴⁹ vorgenommen werden; dabei wird gefragt, welchem Rat zu vertrauen ist und was als Erkundigung in dem Sinne gilt, dass der Täter seine Rechtsunkenntnis in Rechtskenntnis umzuwandeln versucht hat. Die Frage ist, wann man von einer Erkundigung (= Umwandlung von Rechtsunkenntnis in Rechtskenntnis) sprechen kann. Als vertrauenswürdig ist an erster Stelle eine staatliche Behörde (*state agency*) eingestuft. Dagegen ist ein Expertenrat von einem privaten Anwalt nicht immer ausreichend. Emblematisches Urteil ist in diesem Bereich *State vs. Downs*,⁴⁵⁰ in dem der Angeklagte sich von zwei angesehenen Anwälten beraten ließ, die ihm versicherten, dass sein Verhalten rechtmäßig sei. Das Gericht stellte fest, dass dieses Vertrauen nicht ausreichend war, um den Täter zu entschuldigen.⁴⁵¹ Der Rat eines berühmten Anwalts sei ungenügend, da in solchen Fällen der Rat eines Anwalts schon über der Gesetzeskraft verstanden werden könne, was nicht stimme.⁴⁵² Der Hintergrund für die ausschließliche Zulässigkeit eines Expertenrats von einer staatlichen Behörde kann so verstanden werden: Der Angeklagte vertraut *reasonably* auf eine öffentliche Auslegung des Gesetzes und hat sich unter der irrigen Annahme, dass er keine Unrechtmäßigkeit begeht, verhalten. Er kann demzufolge nicht bestraft werden, weil der Staat selbst den Täter irregeführt hat. Demnach wäre es ungerecht, den Angeklagten zu bestrafen, weil der Staat ihn an der Kenntnis der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens gehindert hat.⁴⁵³

Zweitens findet sich eine Einschränkung für den Expertenrat, nämlich, dass ein Expertenrat (öffentlich oder privat) immer begrenzt werden soll. Und diese Grenze besteht aus der Angemessenheit des Vertrauens in die Umstände aufseiten des Angeklagten.⁴⁵⁴ Es besteht eine Pflicht, der informationssuchenden Person zu bestätigen, ob dieser Expertenrat angemessen ist oder nicht.

6. Konkretisierung des *mistake of law* durch Fallbeispiele

Nach der oben versuchten Systematisierung der Vermeidbarkeitsprüfung im US-amerikanischen Strafrecht werden hier nun zur Verdeutlichung und Konkretisierung der Ausführungen noch zwei Fallbeispiele dargelegt, in denen die o.g. Kriterien zur Anwendung kommen.

⁴⁴⁹ *Smith*, 14 Anglo-Am. L. Rev. 3 (1985), 7.

⁴⁵⁰ 116 N.C. 1064, 1066, 21 S.E. 689 (N.C. 1895).

⁴⁵¹ *State vs. Downs*, 116 N.C. 1064, 1066, 21 S.E. 689 (N.C. 1895).

⁴⁵² Die Gegenmeinung vertritt *Perkins*, 88 U. Pa. L. Rev. 35 (1939), 42 ff., der nur für die Zulässigkeit eines privaten Anwalts ist, wenn dieser ein angesehener Anwalt (*reputable attorney*) ist, und nur wenn die Handlung des Täters keinen offensichtlich asozialen Charakter hat bzw. wenn der Täter in gutem Glauben gehandelt hat.

⁴⁵³ *Smith*, 14 Anglo-Am. L. Rev. 3 (1985), 9.

⁴⁵⁴ *Smith*, 14 Anglo-Am. L. Rev. 3 (1985), 7.

a) *Heien vs. North Carolina* (135 S. Ct. 530 (2014))

Im Fall *Heien vs. North Carolina* geht es um Folgendes:⁴⁵⁵ Sergeant *Matt Darisse* verfolgte ein Auto, weil nur eines der zwei Bremslichter funktionierte. Deswegen hielt er den Fahrer an. Während *Darisse* dem Fahrer eine Abmahnung wegen des defekten Bremslichts ausstellte, kamen ihm die Handlungen sowie die Antworten der zwei Beifahrer verdächtig vor. *Nicholas Brady Heien*, der Fahrer, gab *Darisse* seine Zustimmung für die Durchsuchung des Autos. Dieser fand Kokain und nahm *Heien* wegen versuchten Drogenhandels fest. Das erstinstanzliche Gericht lehnte den Antrag *Heiens* zum Ausschluss der Beweismittel gemäß des Fourth Amendment ab,⁴⁵⁶ weil es das defekte Bremslicht des Autos gewesen war, das Sergeant *Darisses* begründeten Argwohn zum Anhalten des Autos gegeben hatte.⁴⁵⁷ Das Appellationsgericht von North Carolina kehrte die Entscheidung des Gerichts erster Instanz um und stellte fest, dass die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes, das verlangt, dass ein Auto mit einem Bremslicht ausgestattet sein muss, nur ein einzelnes Bremslicht erforderte, was das Auto *Heiens* ja hatte. Demzufolge war die Durchsuchung des Autos objektiv unangemessen gewesen. In einem weiteren Schritt hob der State Supreme Court von North Carolina die Entscheidung des Appellationsgerichts wieder auf und stellte fest, dass *Darisse* das Gesetz missverstanden hatte. Er habe unter einem *mistake of law* gehandelt, weswegen sein Verhalten angemessen (*reasonable*) gewesen sei und das Anhalten rechtmäßig.⁴⁵⁸ Die Überlegungen des Supreme Court von North Carolina zur Bestätigung eines Rechtsirrtums wurden in Anlehnung an den Maßstab des Verständnisses des Täters und in Anlehnung an den vernünftigen Menschen festgelegt, aber nicht bezüglich seines subjektiven Verständnisses. Der U.S. Supreme Court hielt den *mistake of law* gemäß des Fourth Amendment für zulässig, weil er objektiv angemessen (*objectively reasonable*) war.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ “Following a suspicious vehicle, Sergeant Matt Darisse noticed that only one of the vehicle’s brake lights was working and pulled the driver over. While issuing a warning ticket for the broken brake light, Darisse became suspicious of the actions of the two occupants and their answers to his questions. Petitioner Nicholas Brady Heien, the car’s owner, gave Darisse consent to search the vehicle. Darisse found cocaine, and Heien was arrested and charged with attempted trafficking. The trial court denied Heien’s motion to suppress the seized evidence on Fourth Amendment grounds, concluding that the vehicle’s faulty brake light gave Darisse reasonable suspicion to initiate the stop. The North Carolina Court of Appeals reversed, holding that the relevant code provision, which requires that a car be ‘equipped with a stop lamp,’ N.C. Gen. Stat. Ann. §20-129(g), requires only a single lamp--which Heien’s vehicle had--and therefore the justification for the stop was objectively unreasonable. Reversing in turn, the State Supreme Court held that, even assuming no violation of the state law had occurred, Darisse’s mistaken understanding of the law was reasonable, and thus the stop was valid”, *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴⁵⁶ The Fourth Amendment verbietet „unreasonable searches and seizures“ (unangemessene Durchsuchung und Beschlagnahmung).

⁴⁵⁷ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴⁵⁸ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

⁴⁵⁹ *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014).

b) *Bryan vs. United States* (524 U.S. 184 (1998))

Im Urteil *Bryan vs. United States* vor dem United States District Court for the Eastern District of New York geht es um den Verstoß gegen 18 USCS 922 (a) (1) (A). Die Staatsanwaltschaft hatte genügend Beweismittel um zu zeigen, dass *Bryan* mit Waffen handelte.⁴⁶⁰ Sie behauptete auch, dass *Bryan* keine Bundeslizenz zum Handel mit Waffen hatte, und dass er wusste, dass diese Handlung rechtswidrig war, obwohl ihm nicht bewusst war, dass es diesbezüglich eine bestimmte Verbotsnorm gibt. Im Urteil lehnte der Richter es ab, die Jury anzuweisen, dass *Bryan* nur bestraft werden könne, wenn er die bestimmte Kenntnis gehabt hätte, dass eine Bundeslizenz für Waffenhandel erforderlich war. Hinzu kommt die Anmerkung des Richters, dass jemand willentlich handelt, wenn er absichtlich handelt, um das Recht zu missachten oder zu ignorieren. Der Täter muss in diesem Fall die bestimmte Norm nicht kennen, gegen die er mit seiner Handlung verstößt (so etwa die formelle Rechtswidrigkeit der Tat), sondern nur um die Wertwidrigkeit seines Verhaltens wissen. *Bryan* wurde als schuldig betrachtet, weil er im Bewusstsein der Wertwidrigkeit seiner Tat gehandelt hatte.

Das U.S. Court of Appeal for the Second Circuit bestätigte die Verurteilung des Gerichts erster Instanz, weil die Staatsanwaltschaft den willentlichen Charakter der Handlung des Beschuldigten richtig bewiesen habe. Weiterhin gelangte es zu der Überzeugung, dass der in § 924 (a) (1) (D) verwendete Begriff *willfully* nur den Nachweis erfordere, dass der Täter vom rechtsverstoßenden Charakter seiner Tat wusste, aber nicht unbedingt eine Kenntnis der betreffenden Regel bzw. der Anforderung einer Bundeslizenz für Waffenhandel verlange. Darüber hinaus führte Richter *Stevens* in der Entscheidung des U.S. Supreme Court an, dass die *willfulness*-Anforderung in § 924 (a) (1) (D) keine Ausnahme vom Prinzip „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“ darstelle. Dagegen stellte das Sondervotum von Oberrichter *William H. Rehnquist*, Richterin *Ruth Bader Ginsburg* und Richter *Antonin Scalia* fest, dass mehrdeutig formulierte Tatbestände immer nach dem Prinzip *in dubio pro reo* entschieden werden müssen.⁴⁶¹

Zum Schluss wurde jedoch der Verbotsirrtum verneint. Hintergrund der Entscheidung war die Bestätigung des Verständnisses vonseiten des Täters, dass er mit einer Art Rechtsgefühl über die Rechtswidrigkeit seiner Tat gehandelt habe. Es gibt keine wirklich systematische Überprüfung der Vermeidbarkeit, aber die Entscheidung legt Vermeidbarkeitsmerkmale fest, so etwa den Kenntnisgrad und die Rolle der *willfully*-Anforderung im Rahmen des *mistake of law*. Es wurde nicht infrage gestellt, ob das Wissen des Täters tatsächlich vorhanden war und ob er in gutem Glauben gehandelt hatte.

⁴⁶⁰ *Bryan vs. United States*, 524 U.S. 184 (1998).

⁴⁶¹ *Bryan vs. United States*, 524 U.S. 184 (1998).

In der Entscheidung des U.S. Supreme Court zu *Bryan vs. United States* finden sich bedeutsame Bemerkungen. Erstens, dass, entgegen der h.M. die *willfully*-Anforderung bei den Tatbestandsmerkmalen, die eine spezifische subjektive Voraussetzung des Verbrechens (*specific criminal intent*) erfordern, nicht vorliegen muss, um einen Verbotsirrtum zu begründen. Zweitens ist besonders hervorzuheben, dass das Sondervotum die Zulässigkeit eines Verbotsirrtums anhand der These bestätigt, dass die Annahme eines Verbotsirrtums eine Folge des Bestimmtheitsgebots sei.⁴⁶²

D. Das Problem der cultural defense im Rahmen des mistake of law

Die Analyse des Problems der Berücksichtigung einer *cultural defense* im Rahmen des *mistake of law* erfordert vorab die Darstellung der kritischen Aspekte einer Erörterung der *cultural defense* als Element des *mistake of law*. Dazu folgen zunächst einige Vorbemerkungen (1.). Danach wird der moralische Inhalt des Schädigungsprinzips als problematischer Ansatzpunkt erörtert (2.). Dafür werden die Internalisierung als Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit (3.) sowie der Hinweis auf die *reasonable person* als Maßstab diskutiert (4.). Abschließend folgt eine Zusammenfassung des Problems (5.).

1. Vorbemerkungen

Die USA sind par excellence das Land, in dem der Begriff „Pluralismus“ Sinn erhält. Deswegen findet dort auch die wichtigste Entwicklung der Lehre der *cultural defense* bzw. kulturellen Verteidigung statt. Die Popularität, zu der der Begriff *cultural defense*⁴⁶³ es gebracht hat, und vielleicht auch seine Prägung können der US-amerikanischen Professorin *Alison Dundes Renteln* zugeschrieben werden, deren Definition mittlerweile auch vom Schrifttum gefolgt wird.⁴⁶⁴

Wie bereits dargelegt, wird im Schrifttum als Ausgangspunkt der Debatte über *cultural defense* zwar der *Kimura*-Fall bezeichnet, es erschien aber schon im Jahr

⁴⁶² So auch in einer späteren Entscheidung *United States vs. Harriss*, 347 U.S. 612, 617 (1954); *Chicago vs. Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

⁴⁶³ Obwohl der Begriff im deutschen Strafrecht nicht existiert, wäre die wörtliche Übersetzung „kulturelle Verteidigung“. Dies ist der Begriff, der in dieser Untersuchung angewandt wird.

⁴⁶⁴ Siehe *Renteln*, *The Cultural Defense*, S. 6 ff. Siehe dazu auch *Kim*, 27 *New Mexico Law Review* (1997), 101–139. Vgl. *Donovan/Garth*, 26 *Quinnipiac L. Rev.* 109 (2007), 113, die der Ansicht sind, dass anstatt des Begriffs *cultural defense* der der *culture defense* angewandt werden sollte, da jede Verteidigung im Wesentlichen eine kulturelle Verteidigung sei, und Hauptsache ist, dass die Gerichtsentscheidung die abweichende kulturelle Perspektive des Angeklagten als entscheidenden Aspekt bewertet.

1836 die erste Entscheidung mit einer Art von *cultural defense* (*Rex vs. Esop*), in der das kulturelle Argument, obwohl richtig dargelegt, verneint wurde.⁴⁶⁵ Im Jahr 1923 wurde eine Studie namens „The Immigrant’s Day in Court“⁴⁶⁶ veröffentlicht, die zeigte, dass Richter in vielen Fällen eine kulturelle Verteidigung akzeptiert haben, insbesondere anhand von *mistakes of law*.⁴⁶⁷ Diese Publikation führt bspw. einen ehemaligen New Yorker Richter an, der den Freispruch eines Immigranten damit begründete, dass dieser die Rechtswidrigkeit seiner Handlung nicht verstehen konnte und daher eine fehlende *mens rea* hatte. Er war im Ausland geboren und kannte die englische Sprache nicht. Der Einwanderer wurde wegen unerlaubten Betretens und Versuchs zum Raub angeklagt; er machte geltend, dass er die Adresse des Hauses nicht habe lesen können und dadurch verwirrt wurde.⁴⁶⁸ Dieser Fall zeigt eigentlich, dass die kulturelle Berücksichtigung bei einem US-amerikanischen Gericht schon seit Langem im juristischen Panorama existiert.

Trotz der ständigen Diskussion darüber ist bislang die *cultural defense* keine selbstständige Verteidigung. Weil die kulturelle Verteidigung im US-amerikanischen Recht keine unabhängige bzw. rechtfertigende oder entschuldigende Rechtsfigur (*excuse* oder *justification*) ist,⁴⁶⁹ erscheint sie wie folgt als Verteidigung im Zusammenhang mit anderen Rechtsfiguren und geltenden Verteidigungen: Erstens wird die kulturelle Verteidigung in Anlehnung an eine Verneinung von *mens rea* dargelegt, indem aufgrund des kulturellen Hintergrundes des Angeklagten die subjektive Beziehung zur Tat verneint wird.⁴⁷⁰ Fehlende *mens rea* ist dann Grundlage der *cultural defense*. Zweitens – und im engen Zusammenhang mit der Verneinung von *mens rea* – steht der oben dargelegte Rechtsirrtum, weil die Annahme der kulturellen Verteidigung die Unkenntnis des Rechts bzw. die *ignorantia legis* und demzufolge einen Rechtsirrtum voraussetzt.⁴⁷¹ Drittens besteht die Möglichkeit, bei einer Verteidigung auf einen *mistake of fact* abzuheben, der in enger Verbindung mit dem *mistake of law* steht. *Mistake of fact* entspricht auch einem Defizit von *mens rea*. Dieses basiert auf einer irrigen Bewertung der Tatumstände oder der Person bzw. des Opfers durch den Täter, aber nicht auf einem Irrtum über die normativen Umstände und ist deswegen kein Diskussionsobjekt dieser Arbeit. Viertens besteht die Möglichkeit einer kulturellen Verteidigung in Anlehnung an den

⁴⁶⁵ 175 Eng. Rep. 203 (Cent. Crim. Ct. 1836). Dieser Fall kommt aus England, wurde aber im amerikanischen Recht oft als Beispiel herangezogen.

⁴⁶⁶ Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 145.

⁴⁶⁷ Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1995), 145.

⁴⁶⁸ “For instance, in New York, an immigrant charged with entering a house and intending to steal argued that he could not read the house address and had become confused. The magistrate, displaying ‘an appreciation of the difficulties of the foreign-born,’ accepted the defendant’s argument and released the man”, Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 145.

⁴⁶⁹ Renteln, 2 S. Cal. Rev. L. & Women’s Stud. 437 (1993), 439; Sams, 16 Ga. J. Int’l & Comp. L. 335 (1986), 337.

⁴⁷⁰ Anonymus, 99 Harv. L. Rev., Nr. 6 (1986), 1294.

⁴⁷¹ Sams, 16 Ga. J. Int’l & Comp. L. 335 (1986), 337 f.

Fall einer Verteidigung wegen seelischer Störung (*insanity defense*)⁴⁷² oder verminderter Steuerungsfähigkeit (*diminished responsibility defense*).⁴⁷³ Neben diesen Rechtsfiguren gibt es die kulturelle Verteidigung auch im Rahmen von Notwehr, rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand u.a., weil die kulturelle Verteidigung transversal zu jedem bestehenden Tatbestand sein könnte, wenn keine geltende Rechtsfigur vorliegt. Prinzipiell kann die kulturelle Verteidigung in diesen Fällen unter den *mistake of law* subsumiert werden, obwohl das nicht optimal ist.

2. Der moralische Inhalt des Schädigungsprinzips

Im US-amerikanischen Recht ist das transversale Merkmal der kulturellen Argumentation, dass dem Täter die Willensfreiheit, d.h. die Normbefolgungsfähigkeit, aufgrund seiner kulturellen Herkunft fehlt. Dies wird nicht etwa als die abweichende oder sogar fehlende Verinnerlichung von sozialen und rechtlich geschützten Werten bzw. Rechtsgütern aufgefasst oder mit einer abweichenden oder ungleichen Bewertung von Rechtsgütern erklärt, sondern damit, dass dem Täter *mens rea* fehlt. Es gibt einen transversalen Faktor für die *cultural defense*. Fehlt dem Täter *mens rea*, so handelt er nicht freiverantwortlich. Dem entspricht die *common law*-Tradition, der der Begriff der Rechtsgüter eigentlich fremd ist; an deren statt steht das Schädigungsprinzip (*harm principle*).⁴⁷⁴ Das Schädigungsprinzip stellt die Moralität als Grenze menschlichen Verhaltens dar. Weil auch die juristische Bewertung einer Handlung Grenzen des menschlichen Verhaltens aufzeigt, stehen die moralische und die juristische Handlungsbewertung auf derselben Ebene.⁴⁷⁵ Deswegen gibt es im Rahmen des *mistake of law* als Kriterien nicht nur das Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit, sondern auch – alternativ – das Verständnis der Moralwidrigkeit. Das gilt z.B. bei der Prüfung der „Gefühlswarnung“ aufgrund der Selbstverständlichkeit des Verbots (*fundamental and obvious moral rules*) beim Täter, wegen der grundlegenden und offensichtlichen moralischen Regeln für den Täter selbstverständlich sein sollen.⁴⁷⁶

Eine solche Angleichung von Moralität und Legalität bedeutet im Fall des kulturell geprägten Täters ein großes Hindernis für das Erkennen sozial geschützter Werte. Das liegt daran, dass die Moralität nicht nur ein unbestimmtes Kriterium ist, sondern darüber hinaus einer ungeschriebenen gesellschaftlichen Konstruktion entspricht, unabhängig von den normativen Komponenten. Die abweichende moralische Bewertung der Bedeutung einer Handlung wurde im Fall *State vs. Kargar* erörtert. *Mohammad Kargar* war ein afghanischer Asylberechtigter, der in Maine

⁴⁷² *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 440.

⁴⁷³ *Sams*, 16 Ga. J. Int'l & Comp. L. 335 (1986), 349 f.

⁴⁷⁴ *Ashworth/Horder*, Principles, S. 28.

⁴⁷⁵ *Harcourt*, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999), 110.

⁴⁷⁶ *Segev*, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 36.

wegen schwerer sexueller Nötigung seines Kindes angeklagt wurde, weil er den Penis seines 18 Monate alten Sohnes geküsst hatte.⁴⁷⁷ *Kargar* bestätigte die Handlung und behauptete, dass das Küssen des Geschlechtsteils seines Sohnes keine sexuelle Bedeutung hätte. Im US-Bundesstaat Maine wird sexueller Kontakt definiert als „jeder Akt, bei dem zwei Personen mit dem Mund und den Genitalien in direkten Kontakt kommen“.⁴⁷⁸ Im Verlauf der Verhandlung sagten viele Zeugen aus, dass diese Tathandlung in Afghanistan bei Kindern bis zum Alter von drei Jahren üblich sei.⁴⁷⁹ Diese Handlung bedeutete für also *Kargar* keine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes. Sie sei Ausdruck von Vaterliebe und habe keinerlei sexuelle Bedeutung. Die Relevanz dieses Falls kann ohne Berücksichtigung der kulturellen Variante nicht analysiert werden. Denn die Problematik liegt in der Auffassung von einer Tathandlung, die für die eine Kultur als bloße väterliche Zuneigung gilt, während sie in der anderen Kultur als strafbare Handlung betrachtet wird. Trotz der fehlenden sexuellen Komponente wurde der Angeklagte in erster Instanz für schuldig befunden. Aufgrund kultureller Berücksichtigungen wurde die Entscheidung jedoch später vom Maine Supreme Court widerrufen.⁴⁸⁰ Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen sei in diesem Fall entscheidend, da die kulturelle Identität des Täters seine Anschauung von Gut und Böse bestimme. Die Familienkonzeption weiche von der in den USA üblichen ab, als kulturelle Besonderheit werde in Afghanistan die innige Liebe des Vaters für seinen Sohn eben anders geäußert als in den USA.

Hier wird deutlich, dass Gefühle und Tabus durch strafrechtliche Maßnahmen kontrolliert werden. Obwohl gegen kein Rechtsgut verstoßen wurde, werden diese privaten Handlungen durch strafrechtliche Maßnahmen beurteilt. Man kann sagen, dass in diesem Fall besonders die Belästigung anderer Individuen eine Rolle spielte, da manches ungewöhnliche Verhalten von Ausländern oder Minderheiten die Mehrheitsgesellschaft stört. Die Gefühle der Individuen zu schützen ist jedoch nicht Aufgabe des Strafrechts.

3. Internalisierung als Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit

Die Schuld des Täters wird ausgeschlossen, wenn er durch die Normen nicht motiviert werden kann. Nur durch solche Motivation ist er nämlich in der Lage, eine freiwillige Entscheidung für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit seines Handelns zu treffen. Zur Problematik der fehlenden Motivierbarkeit des Täters gehört die zugrundeliegende Entscheidung für den Maßstab, der für die Normkenntnis angewendet

⁴⁷⁷ *State vs. Kargar*, 679 A.2d 81 (Me. 1996).

⁴⁷⁸ *Petersdorf*, ZStW 118 (2006), 824.

⁴⁷⁹ *Petersdorf*, ZStW 118 (2006), 824.

⁴⁸⁰ *Carnevali*, Poli. Crim. Nr. 3, 2007, 1–28.

werden soll. Gefragt wird, ob der Normadressat Kenntnis, Verständnis oder Internalisierung von Rechtsnormen im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung haben soll.

Mit der Annahme der *cultural defense* wurde die Erkenntnis der Normen als Kehrseite eines *mistake of law* für Angehörige eines fremden Kulturkreises als Kriterium ungenügend. Eine kulturelle Verteidigung geht von der Prämisse aus, dass der Täter wegen einer abweichenden Wertvorstellung die herrschende Rechtsvorstellung nicht verstehen oder internalisieren kann. Der Täter erkennt die Normen oder kann sie erkennen, aber er versteht sie nicht; im extremen Fall kann er die Normen gar nicht internalisieren.⁴⁸¹ In diesem Fall handelt er in gutem Glauben,⁴⁸² da er unfähig ist zu begreifen, dass er der Rechtsordnung zuwiderhandelt. Dass der Täter in gutem Glauben handelt, ist von besonderer Relevanz für die in Teil 2, II.C. dargelegte Vermeidbarkeitsprüfung.

Grund für den Verzicht auf die Erkenntnis als Maßstab für die Vermeidbarkeit ist das Schuldprinzip. Das Schrifttum verweist zwar nicht direkt, aber doch mittelbar auf das Schuldprinzip, weil sowohl *mens rea* als auch *mistake of law*, *insanity* und *diminished capacity* das Schuldprinzip als Hintergrund haben und der Verweis hierauf somit mittelbar ein Verweis auf das Schuldprinzip ist. Der Täter kann nur schuldig handeln, wenn er sich in ausreichendem Maße über die Bedeutung seiner Tat und deren Konsequenzen bewusst war und sich für sie entschieden hat; ansonsten handelt er unschuldig.⁴⁸³ Diese Definition setzt mindestens Verständnis voraus.

Die Schlussfolgerung, dass der Maßstab für die Vermeidbarkeit wegen des Schuldprinzips mindestens im Verständnis der Norm beim Normadressaten liegt, beinhaltet notwendigerweise die Prämisse, dass das Verständnis Kriterium für alle Personen sein muss,⁴⁸⁴ unabhängig davon, ob sie Angehörige einer kulturellen Minderheit sind oder ob sie aus der herrschenden Kultur stammen. Bei kultureller Verteidigung im Rahmen eines *mistake of law* muss der Maßstab die Internalisierung sein, weil das Problem des Täters in der Wahrnehmung der Wertvorstellung der Mehrheitsgesellschaft liegt. Er ist wegen seines kulturellen Hintergrundes (*cultural background*) unfähig, die inneren Werte dieser Gesellschaft so zu internalisieren, als wären sie seine eigenen.

Die Anforderung an *mens rea* ist bei fremdkulturellen Mitgliedern anders, weil fremdkulturelle Mitglieder selbst ihre kulturell geprägten Vorstellungen überwinden müssen und damit abwägen sollen, wie die fremde Gesellschaft rechtliche Normen wahrnimmt. Dies entspricht den Erörterungen und Grundsätzen der *cultural defense* als Verteidigungsstrategie. Voraussetzung für eine *cultural defense* ist,

⁴⁸¹ Carnevali, Poli. Crim. Nr. 3, 2007, 27.

⁴⁸² Siehe Goldstein, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 143; Sams, 16 Ga. J. Int'l & Comp. L. 335 (1986), 339.

⁴⁸³ Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 432.

⁴⁸⁴ Diesem entspricht auch die Verbindung zwischen *mistake of law* und Bestimmtheitsgebot.

dass der Normadressat die Normen der Mehrheitsgesellschaft nicht internalisieren kann. Diese Internalisierung ist aber weder von Lehre noch von der Rechtsprechung festgestellt oder zumindest als Voraussetzung der Vermeidbarkeit nicht klar festgelegt. Demzufolge wäre eine *cultural defense* im Rahmen des Verbotsirrtums – obwohl möglich – noch schwierig. Aus der fehlenden Verdeutlichung der Internalisierung als Maßstab folgt, dass die *cultural defense* bei der Vermeidbarkeitsprüfung immer durchfallen wird.

4. Hinweis auf die *reasonable person*

Die Aufgabe der Verteidigung im Fall eines *mistake of law* wegen abweichender kultureller Wertvorstellungen besteht in der Einführung des Zweifels (*doubt*) hinsichtlich der Schuld des Angeklagten vor Gericht. Diese Einführung der zweifelhaften Schuld des Täters sollte *prima facie* beim *mistake of law* schwierig sein, weil in den USA das *ignorantia legis non excusat*-Prinzip als gewichtiges allgemeines Prinzip gilt. Die Darstellung eines *mistake of law* setzt in erster Linie voraus, dass der Tatbestand *specific criminal intent* erfordert und dass dem Täter die besondere Vorsatz-Anforderung fehlt. Außerdem setzt sie die Überprüfung der Vermeidbarkeit voraus, wobei hierfür wenige Richtlinien vorliegen. Dennoch stellt sich beim Verbotsirrtum das Problem, dass die US-amerikanische Lehre sowie die Rechtsprechung die Bewertung der Vermeidbarkeit entsprechend der *reasonable person* und deren Objektivität vornehmen. Angesichts der US-amerikanischen Mehrheit werden die kulturellen Minderheiten als *unreasonable* betrachtet. Das ist auch beim Tatbestandsirrtum der Fall, bei dem die Bewertung der tatsächlichen Umstände gemäß dem Maßstab der Objektivität und Vernünftigkeit gemacht wird. Bei diesem Maßstab tritt wieder das Problem auf, dass er gemäß der Mehrheitskultur festgestellt wird. Demzufolge wäre es schwierig, den kulturell geprägten Täter angesichts der Mehrheitskultur als *reasonable man* zu betrachten. Obwohl das US-amerikanische Kriterium zur Feststellung der Vermeidbarkeit ganz flexibel ist, ist der Hinweis auf den *reasonable man* unvermeidbar. Daher wäre die Eingliederung der *cultural defense* in den Verbotsirrtum nicht geeignet.

5. Zusammenfassung

Kritiker einer *cultural defense* im Rahmen des Verbotsirrtums stützen ihre Auffassung auf die strenge Beachtung des Prinzips *ignorantia legis non excusat*, wobei dies unabhängig von dem kulturellen Hintergrund des Täters geschieht. Weiterhin stützt sich die Kritik darauf, dass die Annahme der kulturellen Verteidigung und die Akzeptanz der kulturellen Identität als entscheidendes Kriterium für Freispruch oder Bestrafung bedeuten würde, dass das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes für einen bestimmten Teil der Bevölkerung (die Minderheit) möglich wäre, während es für den anderen Teil (die Mehrheit) ausgeschlossen wäre.

Dies wäre eine klare Ungerechtigkeit im Rahmen von Verteidigungen im US-amerikanischen Recht. Kritisiert wird zudem, dass die Annahme der kulturellen Verteidigung und somit die Annahme abweichender kultureller Wertvorstellungen, egal ob unabhängig oder abhängig von anderen Rechtsfiguren, eine Gefahr für Kinder und Frauen darstelle. Die Beachtung des kulturellen Hintergrundes des Angeklagten könne zur Verzeihung von Verhaltensweisen gegen die Rechte in manchen Kulturkreisen entrechteter Individuen wie Frauen und Kindern führen.

Die *cultural defense* ist dementsprechend die fehlende Schuld (*culpability*) eines Täters mit anderem kulturellen Hintergrund, weil dieser unmotivierbar ist und ihm demzufolge das Schuldbewusstsein (*guilty mind*) fehlt, welches als Voraussetzung der Strafbarkeit im US-amerikanischen Recht betrachtet wird. Allerdings wird die *cultural defense* vom Schrifttum als ein Problem der fehlenden *mens rea* häufig im Rahmen des *mistake of law* behandelt. Dies erklärte sich teilweise durch die Tatsache, dass die Schuld im Sinne personaler Zurechnung gegenüber dem Täter auch Bestandteil der *mens rea* ist.⁴⁸⁵ Dann liegt ein Fall von fehlender *mens rea* vor, die aber auf die Schuld wirkt. Der *mistake of law* ist jedoch (obwohl im Prinzip eine mögliche Rechtsfigur zur Behandlung der *cultural defense*, bzw. die *cultural defense* könnte ein Unterfall des *mistake of law* sein) noch unzureichend. Die moralische Komponente eines *mistake of law* sowie die fehlende Klarheit bezüglich der Frage, ob Internalisierung der geltende Maßstab für die Vermeidbarkeitsprüfung ist, und schließlich der unvermeidbare Hinweis auf die *reasonable person* sprechen dagegen, die *cultural defense* als Element des Verbotsirrtums zu behandeln

III. Vergleich der deutschen und US-amerikanischen Kriterien zur Beurteilung des Steuerungsmangels wegen fehlender Normkenntnis

Im ersten und zweiten Abschnitt dieses Teils der Untersuchung wurde die Lösung zur Normbefolgungsunfähigkeit wegen rechtlichen Informationsdefizits im deutschen und US-amerikanischen Recht analysiert. Der folgende Abschnitt befasst sich mit der funktionalen Rechtsvergleichung beider Lösungen. Die rechtsvergleichende Analyse beginnt mit einer kurzen Darstellung der wichtigsten Aspekte, die in jeder Rechtsordnung hervorzuheben sind.

⁴⁸⁵ Mehr unten Teil 3, II.D.2.

A. Erscheinungsformen des Rechtsirrtums

Ausgangspunkt dieser Rechtsvergleichung ist die Feststellung der begrifflichen Behandlung der Normbefolgungsunfähigkeit in Deutschland und den USA aufgrund eines Informationsdefizits sowie ihrer normativen Einordnung.

1. Deutsches Recht

Wie oben gezeigt, identifiziert die deutsche Lehre in groben Umrissen zwei Irrtumskategorien und unterscheidet zwei Arten von Irrtümern: den direkten und den indirekten Verbotsirrtum. In die erste Kategorie inkorporiert das deutsche Schrifttum nicht nur die *ignorantia* bzw. Unkenntnis der Norm, sondern auch die falsche Auslegung einer Norm. Die zweite Kategorie enthält den Irrtum über die Grenze, Existenz oder Gültigkeit eines Rechtfertigungsgrundes. Die dritte, sich momentan entwickelnde Kategorie ist der o.g. Verständnisverbotsirrtum oder kulturell bedingte Verbotsirrtum. Diese neue Art von Irrtum wird noch nicht als Kategorie anerkannt, aber in unterschiedlichen Fallkonstellationen thematisiert. Mehr als eine unabhängige Irrtumskategorie ist ein solcher Irrtum jedoch eine Zusammenstellung bzw. eine argumentative Mischung aus Verbotsirrtum und kulturellen Wertvorstellungen als Verteidigungsargumente bzw. als relevante Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung.⁴⁸⁶ Weil die kulturellen Wertvorstellungen bezüglich unterschiedlicher Fallkonstellationen und in Anlehnung an unterschiedliche Rechtsfiguren dargestellt werden können, sind sie nicht auf die Darlegung eines Verbotsirrtums zu begrenzen, aber sie liegen häufig in Bezug auf ihn vor.⁴⁸⁷

2. US-amerikanisches Recht

In der US-amerikanischen Rechtsordnung gibt es in Lehre und Rechtsprechung zumeist nur eine Kategorie des normativen Irrtums, und zwar den *mistake of law* (Rechtsirrtum). Allerdings differenziert ein Teil der Lehre zwei Irrtümer im normativen Sinne, nämlich den *mistake of law* und die *ignorance*. Der Unterschied liegt darin: Der *mistake of law* enthält ein irrendes Wissen vonseiten des Täters,⁴⁸⁸ während die *ignorance* die volle Abwesenheit von Rechtskenntnis bedeutet, also keine Spur von Wissen.⁴⁸⁹ Die dritte Kategorie des *mistake of law*, der kulturell bedingte Rechtsirrtum, existiert im US-amerikanischen Recht nicht als Kategorie des *mistake of law*, sondern als kulturelle Verteidigung (*cultural defense*), die im Rahmen einer *mistake of law defense* sowie im Rahmen einer *mistake of fact defense* und *insanity defense* gegeben sein kann. Selbstständig ist sie aber keine mögliche de-

⁴⁸⁶ Hörnle, Rechtfertigungsgründe, S. C 63.

⁴⁸⁷ Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 70.

⁴⁸⁸ Vgl. Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 90.

⁴⁸⁹ Vgl. Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 76.

fense und kann somit nur als eine Verteidigungsstrategie verstanden werden,⁴⁹⁰ die der Einzelfallgerechtigkeit entspricht.

3. Vergleich und Bewertung

Bezüglich der Kategorisierung ist die Behandlung im deutschen und im US-amerikanischen Recht im Prinzip unterschiedlich, da die deutsche Einordnung hier viel ausführlicher ist. Die deutschen Kategorien beschreiben nicht nur ein Ergebnis, z.B. Steuerungsmangel aufgrund der Unkenntnis des Rechts, sondern auch den Grund dafür. Wenn jemand eine irrige Auslegung annimmt (Subsumtionsirrtum) oder die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes nicht kennt (Erlaubnisgrenzirrtum), sind alle Voraussetzungen gegeben, die in den deutschen Kategorien eingegliedert werden. Dies ist ein großer Unterschied zu den USA, in denen Rechtsprechung und Lehre nur einen *mistake of law* kennzeichnen und nur ein eher geringer Teil der Lehre zwischen *mistake of law* und *ignorance* unterscheidet. Was als Ergebnis der Vergleichung hervorzuheben ist, ist, dass die Gründe für eine Unkenntnis von der US-amerikanischen Lehre nicht so eingehend wie von der deutschen analysiert worden sind. Ob die Unkenntnis sich auf eine irrige Auslegung oder auf die Unkenntnis der Existenz einer Norm gründet, oder ob der Irrtum sich auf die Grenze eines Rechtfertigungsgrundes bezieht, sind irrelevante Umstände für das US-amerikanische Recht, und eine wissenschaftliche Diskussion darüber findet nicht statt.

Und es besteht auch noch ein terminologischer Unterschied: Im deutschen Recht ist mit dem Verbotsirrtum ein gesetzliches Verbot und nicht ein normativer Irrtum bzw. ein nicht gesetzliches Ge- oder Verbot bezeichnet. Also liegt ein Verbotsirrtum vor, wenn der Täter die Verbotsnorm nicht kennt, sie für ungültig hält oder sie falsch auslegt, während im US-amerikanischen Recht die Lehre und Rechtsprechung in dieser Hinsicht lediglich auf einen normativen Irrtum (Rechtsirrtum) bzw. den *mistake of law* abstellen. Das wird im deutschen Recht als eine veraltete und schon überwundene Kategorie betrachtet. Dies kann als Technik dafür verstanden werden, dass ein Rechtsirrtum, anders als ein Verbotsirrtum, ein begrenzter Begriff ist, weil ein normativer Irrtum im Rahmen des Strafrechts nicht nur bezüglich eines Verbots besteht, sondern – genau wie im deutschen Schrifttum – auch einen Erlaubnisirrtum bezeichnet. Im deutschen Recht besteht Einigkeit darüber, dass ein „Verbotsirrtum“ sowohl in Bezug auf ein Verbot als auch auf ein Gebot vorliegen kann. M.E. ist aber die richtige Bezeichnung weder *mistake of law* noch Verbotsirrtum, sondern Normativbewertungsirrtum, da genau dies die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum markiert. Beim Tatbestandsirrtum erfolgt eine abweichende, irrende Bewertung der Realität; beim Verbotsirrtum eine normativ irrende Bewertung. Das ist in beiden Rechtsordnungen ein transversales Merkmal.

⁴⁹⁰ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 439 ff.

Allerdings kann man als Ergebnis der Abschnitte eins und zwei konstatieren, dass obige Überlegungen keine wichtige Bedeutung bezüglich ihrer Folgen haben. Wenn jemand aufgrund einer unrichtigen Auslegung einer Norm irrt oder weil er die Norm oder die Grenze oder Gültigkeit eines Rechtfertigungsgrundes nicht kennt, handelt es sich in allen Fällen um irrige Annahmen hinsichtlich der Strafnorm. Zu unterscheiden ist aber, wie die Irrtumsnormen in den beiden Rechtsordnungen festgestellt werden. § 17 StGB konzipiert den Verbotsirrtum nicht als Ausnahmefall, sondern als einen Schuldaußschließungsgrund, der in jedem Fall erhoben werden kann, in dem die Einsichtsfähigkeit des Täters fehlt. Im Vergleich dazu ist die normative Technik im US-amerikanischen Recht anders. Dort gilt die gesetzliche Anerkennung des Verbotsirrtums nur unter der strengen Beachtung des *ignorantia legis non excusat*-Prinzips und als Ausnahmefall, wenn gemäß §§ 2.02 und 2.04 MPC der Tatbestand spezifisch subjektive Voraussetzungen erfordert oder *mens rea* verneint wird. Das Ergebnis ist dann doch in beiden Rechtsordnungen gleich: Dem Täter muss die Willensverantwortlichkeit fehlen. Dies wird nur anders formuliert. Im deutschen Recht erscheint der Verbotsirrtum, zumindest gesetzlich, nicht als eine Ausnahme-Norm.

Der unterschiedlichen normativen Technik entspricht die vorherrschende Geltung des *ignorantia legis* in *common law*-Rechtstraditionen. Die strenge Beachtung dieses Prinzips ist ein Erbe des englischen Rechts. Es kann sich auch auf der fehlenden Trennung von Legalität und Moralität gründen, in dem Sinne, dass die unbedingte Beachtung des *ignorantia legis*-Prinzips auch mit moralischen Konzeptionen oder der Rolle der Moral auf der juristischen Ebene verknüpft ist. Die Geltung dieses Prinzips fördert so die Übereinstimmung bzw. die Objektivität der gesellschaftlichen moralischen Konzeption.⁴⁹¹ Sein Ursprung liegt im mittelalterlichen Recht,⁴⁹² in dem der geistige Zustand des Täters unerheblich war, weil die Strafe allein bezüglich der Tat anzuwenden war. Aber das US-amerikanische Recht hat sich später entwickelt und *mens rea* in den Verbrechensaufbau inkorporiert. Das *ignorantia legis*-Prinzip – obwohl es eine direkte Anwendung in der subjektiven Seite des Verbrechens bzw. *mens rea* findet – blieb dem des Mittelalters gleich.

Schließlich gibt es bezüglich der Entwicklungskategorie des Verständnis-Verbotsirrtums oder kulturell bedingten Verbotsirrtums im deutschen Recht, welche im Zusammenhang mit dem o.g. Kölner Urteil thematisiert wurde, aber noch nicht als unabhängige Irrtumskategorie bezeichnet werden kann, viele Gemeinsamkeiten mit dem amerikanischen Recht. So ist in beiden Rechtsordnungen die kulturelle Argumentation keine selbstständige Rechtsfigur, sondern eine transversale Argumentationsmethode, die im Rahmen des Rechtsirrtums von besonderer Relevanz ist, aber bezüglich derer keine der beiden Rechtsordnungen eine selbstständi-

⁴⁹¹ Van Verveeld, Mistake of Law, S. 10.

⁴⁹² Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 270; Van Verveeld, Mistake of Law, S. 10.

ge Rechtsfigur im Rahmen des Irrtums normativ anerkannt hat. Der Unterschied ist, dass das Kölner Urteil die Diskussion über die kulturelle Argumentation im deutschen Recht begründet hat. Die Lücke zwischen Recht und Kultur wurde aufgrund der rituellen Beschneidung eines muslimischen männlichen Kindes gefüllt, indem die entsprechende gesetzliche Regelung in § 1631 d BGB festgelegt wurde. Im US-amerikanischen Recht wurde – obwohl die kulturelle Argumentation bzw. die Diskussion über *cultural defense* wie in Deutschland im Zusammenhang mit einem bestimmten Fall, dem *Kimura*-Fall, begann – kohärent mit der *case law*-Rechtstradition keine gesetzliche Norm darüber beschlossen, sondern es fand nur eine juristische Weiterentwicklung zum Thema Recht und Kultur auf der Ebene von Rechtsprechung und Lehre statt. Dies gründet sich nicht nur auf der Rechtstradition dieser beiden Länder, sondern auch darauf, dass die USA eine pluralistische Gesellschaft *par excellence* sind, nicht nur wegen der Einwanderung und der Ur-einwohner, sondern auch, weil in ihrem Recht nicht nur das Amerikas, sondern auch das der Karibik und Polynesiens enthalten sind. Die Schaffung eines Gesetzes, das die pluralistische Einsicht inkorporiert, wurde – aufgrund der extremen Vielfaltigkeit – unmöglich und sogar politisch gefährlich, weil jede Minderheit ihre eigenen Ansprüche einfließen lassen wollte. Außerdem, und weil es sich um ein langjähriges Phänomen handelt, ist der Pluralismus teilweise schon in die Gesetzgebung inkorporiert. In Deutschland ist der Konflikt viel jünger, er trat erstmals nach dem zweiten Weltkrieg, 1961, auf, begann aber nach der Öffnung der Grenzen innerhalb der Europäischen Union erst richtig. Deswegen kann abschließend gesagt werden, dass er in Deutschland im Vergleich zu den USA noch in der Entwicklung steckt.

B. Fehlende Normbefolgungsfähigkeit

Wie bereits gezeigt, sind die Grundregeln der Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund eines rechtlichen Informationsdefizits in beiden Ländern durch mehrere dogmatische Ansatzpunkte näher bestimmt worden. Die Voraussetzung für diese Normbefolgungsunfähigkeit ist jeweils gleich: Es muss eine irrige normative Bewertung des Täters vorliegen. Der folgende Abschnitt befasst sich mit dem Rechtsvergleich der Grundlagen und der normativen Wirkungen der Normbefolgungsunfähigkeit. Dargestellt werden zuerst die besonders relevanten Merkmale in beiden Ländern (1., 2.). Im letzten Abschnitt (3.) wird ein Vergleich vorgenommen, zusammen mit einer Bewertung, die in drei Unterabschnitte aufgeteilt ist, und zwar in die Kehrseite des Rechtsirrtums (a), die Trennung von Moralität und Legalität (b) und schließlich das Verhältnis zum Schuldprinzip (c).

1. Deutsches Recht

Für das deutsche Rechtssystem hat der Gesetzgeber entschieden, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum einen Schuldausschluss zur Folge hat, während ein vermeidbarer Verbotsirrtum nur zu einer möglichen Strafmilderung führt. Der Schuldausschluss des § 17 StGB ist eine selbstständige Rechtsfigur auf normativer und praktischer Ebene. Eine Diskussion über die Anwendung der Schuld- oder der Vorsatztheorie ist in Bezug auf den deutschen Rechtsbereich nur aus dogmatischen Gründen interessant, weil der Gesetzgeber die Entscheidung schon getroffen hat und die mögliche parallele Anwendung der Schuld- und Vorsatztheorie lediglich eine Diskussion *de lege ferenda* ist. Die aktuell geltenden Normen sprechen nicht dafür, aber auch nicht dagegen, dass eine mögliche kulturelle Berücksichtigung im Rahmen eines Verbotsirrtums – insbesondere bei der Vermeidbarkeitsprüfung – vorliegen kann, wenn dem Täter wegen seiner persönlichen Einbindung in ein anderes kulturelles Normsystem die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, und damit auch die Schuld.⁴⁹³

Bezüglich des Kenntnisgrads von der materiellen Rechtswidrigkeit soll der Begriff „Kenntnis“ nun weiter präzisiert werden. Dies erfordert eine vertiefte Befassung mit der Materie, die im deutschen Bereich – wo „Kenntnis“ als die materielle, tatsächliche Bedeutung des Unrechtsbewusstseins verstanden wird – bislang noch aussteht.⁴⁹⁴ Mindestmaßstab ist in jedem Fall das Verständnis des Täters, obwohl der Begriff „Kenntnis“ angewandt wird. Nach dem Kölner Urteil kann mit Fug und Recht behauptet werden, dass die Internalisierung als Maßstab für das Unrechtsbewusstsein bei kulturellen Minderheiten gilt. Dies würde auch das Problem vermeiden, dass die kulturelle Prägung des Täters als entscheidender Faktor eines Verbotsirrtums die Zurechnungsunfähigkeit des Täters bedeutet,⁴⁹⁵ weil mit der Eingliederung der kulturellen Perspektive beim Verbotsirrtum die Grenzfälle z.B. der exotischen Sozialisation⁴⁹⁶ umfasst werden.⁴⁹⁷ Fraglich ist noch, ob es im deutschen Recht eine bessere Lösung wäre, die *cultural defense* als Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgrund als *lege ferenda*-Ansatz einzuführen (dazu unten Teil 3).

Inhaltlich bedeutet Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Täters im Sinne von „Erkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit“, dass der Täter die rechtliche Bedeutung seiner Handlung versteht. Weil das Verständnis der Bedeutung ein rechtliches Verständnis ist, gelten Moralwidrigkeit und Sozialschädlichkeit nicht als Synonyme für materielle Rechtswidrigkeit,⁴⁹⁸ können aber doch als Indiz für einen Anlass

⁴⁹³ Vgl. Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 71 f.

⁴⁹⁴ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 6.

⁴⁹⁵ Siehe Greco, ZIS 2014, 314; Hörnle/Huster, JZ 2013, 328.

⁴⁹⁶ Jakobs, AT, § 19 Rn. 7. So etwa Bustos, FS für Tiedemann, S. 351 f.

⁴⁹⁷ A.A. Hörnle, Entschuldigungsgründe, S. C 70 ff.

⁴⁹⁸ BGHSt 10, 35; NK-Neumann, § 17 Rn. 39.

zählen. Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erfordert nicht nur die o.g. inhaltliche Feststellung sowie die Erklärung für die Einstufung des Kenntnisgrads, sondern auch eine zeitliche Bestimmung. Voraussetzung der Vermeidbarkeitsprüfung ist, dass das Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit beim Täter in Form eines aktuellen Bewusstseins der Rechtswidrigkeit bzw. seines Rechtsverstößes vorliegt, allerdings nicht tatsächlich vorliegen muss. Allein die Potenzialität des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit ist bereits ausreichend. Nach der o.g. Auffassung betrachten Lehre und Rechtsprechung die Potenzialität als Synonym für die Vermeidbarkeit, obwohl Potenzialität und Vermeidbarkeit m.E. zwei unterschiedliche, wenn auch miteinander verknüpfte Begriffe sind. Die Potenzialität ist ein Maßstab, der anzeigt, ob die Unrechtskenntnis des Täters aktuell ist oder sein könnte, während die Vermeidbarkeit mehr als ein Maßstab ist. Sie bedeutet einen Vorgang, weswegen sie als Vermeidbarkeitsprüfung bezeichnet werden kann. Potenzialität wäre in diesem Sinne nur ein Schritt der Vermeidbarkeitsprüfung um festzustellen, ob das Bewusstsein des Täters entsprechend seinen geistigen Fähigkeiten und persönlichen Umständen überhaupt gegeben sein kann.⁴⁹⁹ Die Potenzialität ist eine Überprüfung des „Anders-handeln-Könnens“ des Täters, nachdem ein Anlass schon gegeben ist und er bezüglich der Rechtmäßigkeit seiner Tat im Zweifel war. Die Überprüfung des Verbotsirrtums in Anlehnung an diesen Maßstab soll jedoch abgelehnt werden, da sich ein deutliches Problem mit dem Schuldprinzip ergibt, indem sie die Bestrafung von hypothetischen Tatumständen des Täters anstatt die Bestrafung seines aktuellen und realen Bewusstseins ermöglicht.⁵⁰⁰ Darüber hinaus reicht im deutschen Recht als Unrechtsbewusstsein das sogenannte bedingte Unrechtsbewusstsein aus, das vorliegt, wenn der Täter bezüglich des Unrechts seiner Handlung zweifelt.

So sind auch nach der h.A. kein aktueller Denkprozess und auch keine eingrenzende Überlegung im Moment der Tat erforderlich, sondern das sogenannte Mitbewusstsein und insbesondere ein sachgedankliches Mitbewusstsein der materiellen Rechtswidrigkeit.⁵⁰¹ Dies ist einer der schwächsten Punkte der Irrtumslehre in Deutschland, weil das sachgedankliche Mitbewusstsein die Vorkenntnis des Täters und das internalisierte Lebenswissen voraussetzt und fast keine Zeit zur Reflektion beim Individuum benötigt.⁵⁰² Es entsteht hierbei ein fast inexistentes Moment, das bewertet werden soll. Die Frage ist aber, wie ein solches Moment bewiesen werden soll. Mitbewusstsein setzt kein intensives Nachdenken voraus, sondern geschieht in einem fast unmerklichen Zeitraum. Wenn ein Sachdenken keine Zeit braucht, ist fraglich, was vom Täter zu fordern ist – keine bewusste Reflektion, aber ein kurzes „daran Denken“? Kein „daran Denken“, aber eine unmerkliche Erwägung? Dieser

⁴⁹⁹ Vgl. NK-Neumann, § 17 Rn. 53.

⁵⁰⁰ Schieman, ZJS 2012, 774.

⁵⁰¹ Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 83.

⁵⁰² Schmidhäuser, FS für H. Mayer, S. 326.

Punkt ist unklar und es scheint, als ob das Sprach- bzw. Sachdenken eine theoretische Einordnung ist, die in tatsächlichen Feststellungen keine klaren Parameter hat und sich somit in der Praxis nicht sauber definieren lässt. Grund dafür könnten der wichtige Einfluss und die große Entwicklung der Lehre im deutschen Recht sein. Die dogmatische Entwicklung von strafrechtlichen Begriffen hat die deutsche Dogmatik insgesamt auf ein sehr hohes Niveau gehoben, was als Problem zur Folge hat, dass die strafrechtliche Reflektion manchmal viel mehr in Bezug zu abstrakten philosophischen als zu praktischen Gedanken steht. Dies kann ein Vorteil der deutschen Strafrehre sein, weil die Begriffe und Kategorien gut und im Detail entwickelt sind. Es kann jedoch ebenso einen Nachteil bedeuten, da die praktische Perspektive verloren geht.

2. US-amerikanisches Recht

Nach der h.M. schließt ein *mistake of law* die Schuld (*culpability*) des Täters aus, aber die Umstände und Voraussetzungen eines Rechtsirrtums entsprechen einer Vorsatz-Anforderung. Die Normen sind bezüglich der Wirkungen eines Verbotsirrtums zu pauschal und die Maßstäbe und rechtlichen Folgen wurden durch Lehre und Rechtsprechung bearbeitet. Die gesetzlichen Regelungen des *mistake of law* finden sich in § 2.02 (9), § 2.04 und § 2.04 (3) MPC.

In der obigen Darlegung wurde bestätigt, dass das *common law* und insbesondere die US-amerikanische Rechtsordnung prinzipiell unter strenger Einhaltung des *ignorantia legis non excusat*-Prinzips agiert, welches aber durch Ausnahmen flexibilisiert wurde. Es lässt sich festhalten, dass das US-amerikanische System von den folgenden Prämissen ausgeht: Es gibt eine allgemeine Unzulässigkeit des *mistake of law*, aber mit möglichen und üblichen Ausnahmen in *Ad-hoc*-Urteilen, um ungerechte bzw. willkürliche Entscheidungen zu vermeiden.⁵⁰³ Für diese Regelung haben sich die USA mit der – eher zweifelhaften – Begründung entschieden, dass manche Verbrechen spezifische subjektive Voraussetzungen erfordern (*specific criminal intent*). Dementsprechend hat ein zentraler Teil der Lehre den Schluss gezogen, dass in manchen Fällen des Verbotsirrtums eine sogenannte *cultural defense* stattfinden muss, wenn beim Angeklagten, beim Opfer oder bei der Tat eine kulturelle Besonderheit zu berücksichtigen ist. Allerdings treffen die *cultural defenses* – obwohl im Bereich des *mistake of law* anwendbar – nicht exklusiv für einen *mistake of law* zu, sondern gelten als transversales Verteidigungsargument. Dennoch finden sie oft im Rahmen des *mistake of law* Anwendung, da diejenigen, die sich über die Unrechtmäßigkeit ihrer Handlung nicht im Klaren sind, üblicherweise eine abweichende kulturelle Prägung haben oder Ausländer sind.

Im US-amerikanischen Recht soll die materielle Rechtswidrigkeit im Sinne eines sozialen Verstoßes (*social harm*) verstanden werden und nicht bezüglich der

⁵⁰³ Vogeley, in: Yee (Hrsg.), International Crime, S. 97.

Rechtsgüter wie in anderen Rechtsordnungen.⁵⁰⁴ Im US-Strafrecht sind nicht die Rechtsgüter der Grund und die Grenze der Strafe und des Strafrechts selbst, sondern das Schädigungsprinzip (*harm principle*), im Sinne des Respekts vor der gesellschaftlichen Freiheit, auf die die individuelle Freiheit aufbaut, und die durch die Annahme der Schädigung der anderen als die Grenze der eigenen Freiheit verstanden wird.⁵⁰⁵ Weil die Abgrenzung von Moralität und Legalität im US-amerikanischen Recht unklar ist, kann materielle Rechtswidrigkeit auch im Sinne von Moralwidrigkeit (*moral blameworthiness*) verstanden werden.⁵⁰⁶ Der materiellen Rechtswidrigkeit entspricht die oft angewendete Nomenklatur der o.g. *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen. Dies verbindet sich mit der Moralwidrigkeit, da die Grundlage der *mala in se*-Verbrechen einem moralischen Inhalt von Gut und Böse entspricht. Damit besteht nach der h.M. bezüglich der *mala in se*-Verbrechen kein möglicher *mistake of law*.⁵⁰⁷ Bezüglich des Kenntnisgrads geht das US-amerikanische Recht über die reine Erkenntnis der materiellen Rechts-Moralwidrigkeit hinaus. Wörtlich wird *understanding* (Verständnis) des Rechts gefordert. Das Verständnis gilt als ethisches Minimum und steht in engem Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot, weil nur ein für die Normadressaten verständliches Gesetz das Bestimmtheitsgebot (*void of vagueness*-Prinzip) erfüllt.⁵⁰⁸ Darüber hinaus muss der Täter die Bedeutung seines sozialen oder moralischen Verstoßes begreifen. Weil diese Anforderung in der Erfassung der Bedeutung einer kriminellen Handlung (*meaning of a criminal conduct*) liegt, liegt der Maßstab im US-amerikanischen Recht beim Verständnis und nicht bei der reinen Kenntnis als oberflächlicher Vorstellung der Existenz eines Rechtssystems. Der Internalisierung entspricht die zunehmende – von der Lehre geforderte – Durchsetzung von *cultural defenses* in der US-amerikanischen Rechtsprechung als Hintergrund oder Grundlage von Fällen eines *mistake of law* (genauso wie von Zurechnungsunfähigkeit). In solchen Fällen erfolgte die Überprüfung des soziokulturellen Hintergrundes des Täters als Begründung seiner irrigen Bewertung bzw. der von der Mehrheitsgesellschaft abweichenden Wertvorstellungen („values diverging from the values of mainstream society“).⁵⁰⁹ Die Analyse geht somit tiefer als die eines reinen Verständnisses von materieller Rechtswidrigkeit. Obwohl nicht als „Internalisierung“ bezeichnet, ist dies der Fall, wenn jemand aufgrund seines kulturellen Hintergrundes unfähig ist, die in der Mehrheitsgesellschaft geltenden Normen zu verinnerlichen.

⁵⁰⁴ Ashworth/Horder, Principles, S. 28 ff.

⁵⁰⁵ Ashworth/Horder, Principles, S. 28; Harcourt, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999), 111 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. Lippman, Contemporary Criminal Law, S. 115–145.

⁵⁰⁷ Lippman, Contemporary Criminal Law, S. 5.

⁵⁰⁸ United States vs. Harriss, 347 U.S. 612, 617 (1954); Chicago vs. Morales, 527 U.S. 41 (1999); Burns vs. State, 61 S.W.2d 512 (Tex. Crim. App. 1933).

⁵⁰⁹ Tomao, 10 Geo. Immigr. L.J. 241 (1996), 241.

Wie oben dargelegt, wird der *mistake of law* nur dann als mögliche Verteidigung zugelassen, wenn die Anforderung an *mens rea* nicht erfüllt ist. Die Bestimmung von *mens rea* ist hier jedoch problematisch. Sie kann im weiteren Sinne als eine allgemeine moralische Verwerflichkeit verstanden werden (*general intent*). Im engeren Sinne bedeutet *mens rea* einen spezifischen geistigen Zustand (*specific criminal intent*), den der Tatbestand explizit erfordert. Ebenso kann sie auch im Sinne von *culpability* verstanden werden,⁵¹⁰ und dementsprechend im Sinne von *knowingly*, *willfully* und *negligently*. Allerdings stehen *willfully* und *knowingly* nicht nur in Verbindung mit Schuld (*culpability*), sondern auch mit dem Begriff des Erfordernisses eines spezifischen geistigen Zustands bzw. der „speziellen subjektiven Voraussetzungen“ (*specific criminal intent*): Vorsatz.⁵¹¹

In der US-amerikanischen dogmatischen Diskussion wird kein Hinweis auf den Streit zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie gegeben. Aus rechtsvergleichender Perspektive kommt man in dieser Frage allerdings zum gleichen Ergebnis wie die Vertreter der Vorsatztheorie. Der *mistake of law* gilt nur als mögliche bzw. erfolgreiche *defense*, wenn spezielle subjektive Voraussetzungen, d.h. besondere Vorsatzformen vom Tatbestand erfordert werden. Unklarheit und Verwirrung gibt es jedoch hinsichtlich der Analyse der *cultural defense* und zwar bezüglich der individuellen Fähigkeiten des Täters im Sinne von persönlicher Vorwerfbarkeit, was vielmehr die Annahme der Schuldtheorie erfordert. Die Behauptung, dass ein *mistake of law* die Schuld ausschließt („a mistake of law negates culpability“), wäre eine Anerkennung der Schuldtheorie. Allerdings ist diese Verneinung nur mit Verweis auf eine spezielle subjektive Voraussetzung (im Sinne von Vorsatz) zu verstehen. Trotzdem betrachtet die h.M. den *mistake of law* als einen Schuldausschließungsgrund (*excuse*), obwohl der Unterschied zwischen den Kategorien Schuldausschließungsgrund (*excuse*) und Rechtfertigung (*justification*) noch umstritten ist. Es kann also festgestellt werden, dass im US-amerikanischen Recht eine parallele Anwendung der Kriterien von Schuld- und Vorsatztheorie existiert.

Schließlich setzt ein Wissen um die Rechtswidrigkeit (*knowledge of the illegality*) die Aktualität solchen Wissens voraus, d.h. *actual knowledge* der rechtsverstoßenden Tat. Allerdings wird dieser Maßstab infrage gestellt, seitdem im Fall *Lambert vs. California* die Wahrscheinlichkeit der Rechtskenntnis der Täterin thematisiert worden ist. In jenem Urteil wurde der *proof of the probabilities* anhand des Maßstabs des Wissens des Täters bestimmt. Demnach kann behauptet werden, dass Aktualität der geltende Maßstab ist. Von einer Mindermeinung⁵¹² und von mancher isolierten Rechtsprechung gilt in Ausnahmesituationen auch die Wahrscheinlichkeit als Maßstab zur Prüfung der Rechtskenntnis vonseiten des Täters.

⁵¹⁰ Die sog. *culpability meaning of mens rea*. So Dressler, Understanding, S. 118.

⁵¹¹ Engelhart, Sanktionierung, S. 63.

⁵¹² So Segev, An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy, Vol. 25, Nr. 1, 31 (2006), 19.

3. Vergleich und Bewertung

Der zweite Teil dieser Untersuchung hat gezeigt, dass das deutsche und das amerikanische Rechtssystem große Unterschiede, aber auch viele Gemeinsamkeiten in der Behandlung des Rechtsirrtums aufweisen. Die Unterschiede liegen insbesondere bei der Systematisierung der Behandlung der Unfähigkeit des Täters aufgrund mangelnder rechtlicher Information. Sie können unter folgenden Gesichtspunkten zusammengefasst werden.

a) Kehrseite des Rechtsirrtums

Sowohl in Deutschland als auch in den USA ist einer der wichtigsten Aspekte der Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund mangelnder Information aufseiten des Täters die Feststellung seines erwartbaren Einsichtsvermögens in Bezug auf seinen Rechtsverstoß. In Deutschland gilt als unbestritten, dass der Verbotsirrtum die Kehrseite des Unrechtsbewusstseins ist und dass das Unrechtsbewusstsein als ein selbstständiges Schulselement⁵¹³ zu verstehen ist. Demnach handelt der Täter irrig, wenn ihm das Unrechtsbewusstsein fehlt. Das US-amerikanische System kennt auch eine Kehrseite des *mistake of law*, die aber der *mens rea*, nämlich den spezifischen subjektiven Voraussetzungen (*specific criminal intent*) entspricht. *Mens rea* ist also das funktionale Äquivalent des deutschen Unrechtsbewusstseins. Aber im Vergleich zu Deutschland fallen die spezifischen subjektiven Voraussetzungen in den USA nicht in den Geltungsbereich der Schuld bzw. der *culpability*, sondern in den des Vorsatzes. Obwohl in der wissenschaftlichen Diskussion Einigkeit darüber herrscht, dass der *mistake of law* die Schuld verneint, wird mit der Anforderung des *specific criminal intent* – der mit den Begriffen *willfully* und *knowingly* geäußert wird – klargestellt, dass eine besondere Vorsatzform erforderlich ist. Die US-amerikanische Lösung ist ähnlich wie der deutsche Ansatz der Vorsatztheorie, aber mit der Besonderheit, dass ein *mistake of law* den Vorsatz berührt, weil *willfully* und *knowingly* Vorsatz-Anforderungen sind, die aber letztendlich zum Ausschluss der Schuld führen.

Als Ergebnis ist damit zu konstatieren, dass sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht der Mindestmaßstab, um die Normbefolgungsunfähigkeit wegen rechtlichen Informationsdefizits zu überprüfen, beim Verständnis des Rechtsverstoßes liegt. Obwohl in Deutschland immer von der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit die Rede ist, ist es inhaltlich richtig (wie in Teil 2, I.B.1.a), b) dargelegt), vom Verständnis zu sprechen. Bezüglich der nächsten Stufe zur Wahrnehmung der Normen, nämlich der Internalisierung, lässt sich festlegen, dass im deutschen Recht und nach dem Kölner Urteil der kulturelle Faktor bezüglich der Unrechtseinsicht des Täters in Kauf genommen wurde. Dies äußert sich in

⁵¹³ BGHSt-GS 2, 194.

§ 1631 d BGB. Demnach kann behauptet werden, dass die Internalisierung als kultureller Maßstab inzwischen anerkannt ist. Im US-amerikanischen Recht ist das Verständnis auch der geltende Maßstab, und zwar mit der Begründung des Bestimmtheitsgebots. Unterschiedlich ist aber, dass solches Verständnis nicht nur bezüglich eines bestimmten Rechtsverstoßes festzustellen ist, sondern es auch alternativ bezüglich eines bestimmten moralverstoßenden Verhaltens gilt. Die zweite Stufe zur Überprüfung der Wahrnehmung von Normen bzw. der Internalisierung ist in den USA nicht als Maßstab anerkannt, sondern sie vermischte sich mit der Berücksichtigung der *cultural defense*, die aber eine Verteidigungsstrategie von hoher strafprozessualer Bedeutung – etwa bei der Beweiswürdigung – und nicht nur auf den *mistake of law* begrenzt ist. Dementsprechend erkennen beide Rechtsordnungen mittlerweile die Internalisierung als geltenden Maßstab nur an, wenn der Normadressat einen anderen kulturellen Hintergrund hat. Im deutschen Recht ist diese Anerkennung der Internalisierung als Anforderung zur Wahrnehmung der Normen vonseiten des Täters allerdings im dogmatischen Diskurs inkorporiert, während im US-amerikanischen Strafrecht im Rahmen der strafprozessualen möglichen Verteidigung bezüglich einer eher pragmatischen Ansicht bspw. der *due process* bzw. die Rechtsstaatsgarantie ins Spiel kommt.

Schließlich ist festzustellen, dass sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht die Grundlage für den Bezugspunkt eines Normbewertungsirrtums u.a. in der bösen, rechtswidrigen oder moralisch vorwerfbaren Handlung liegt. Unterschiedlich ist jedoch, wie beide Länder diesen Bezugspunkt verstehen. Während im deutschen Recht Bezugspunkt der materiellen Rechtswidrigkeit die Wahrnehmung im materiellen Sinne der Verletzung eines konkreten oder abstrakten schutzwürdigen Interesses (Rechtsgutsverletzung) ist,⁵¹⁴ ist im US-amerikanischen Recht Bezugspunkt der materiellen Rechtswidrigkeit bzw. Moralwidrigkeit die Schädigung und Verletzung eines anderen (Schädigungsprinzip). Im Grunde genommen können beide als ähnliche Gegenstände des strafbaren Angriffs verstanden werden, aber die Rechtsgütertheorie wurde immer auf der normativen Ebene *ex ante* legitimiert, obwohl sie auch einen naturalistischen Ursprung hat. Im Gegensatz dazu bleibt der Bezugspunkt auf dem Schädigungsprinzip auf der naturalistischen Ebene und kann, muss aber nicht gesetzlich *ex ante* legitimiert werden.⁵¹⁵ Dies steht in enger Verbindung mit dem Unterschied zwischen beiden Ländern bei der Behandlung der Trennung von Moralität und Legalität, um die es im folgenden Abschnitt geht.

b) Trennung von Moralität und Legalität

Der markanteste Unterschied zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht bei der Normbefolgungsunfähigkeit wegen Informationsdefizits ist zunächst

⁵¹⁴ BVerfGE 120, 224, Rn. 39.

⁵¹⁵ *Ashworth/Horder*, Principles, S. 28 ff.

die Relevanz der Moralwidrigkeit zur Bestimmung eines Normbewertungsirrtums. Inwieweit ist die Moralwidrigkeit ein im rechtlichen Sinn gültiges Kriterium zur Überprüfung der irrenden Bewertung im rechtlich normativen Sinne eines bestimmten Befehls? Im deutschen Recht ist die Moralwidrigkeit kein ausreichendes Kriterium für die Bejahung der materiellen Rechtswidrigkeit. Der Unterschied zu den USA liegt darin, dass die *actual knowledge* der Moralwidrigkeit als Äquivalent der Rechtswidrigkeit verstanden werden kann. Dies entspricht auch der Nomenklatur vom *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen, die für das US-amerikanische Recht von großer Bedeutung, im deutschen Recht jedoch überwunden ist. Dies gewinnt bezüglich der Problematik der parallelen Anwendung von Vorsatz- und Schuldtheorie im Neben- und Kernstrafrecht an Bedeutung, weil *mala in se*-Verbrechen intrinsisch moralisch vorwerfbar sind, während die Vorwerfbarkeit eines *mala prohibita*-Verbrechens in der Entscheidung des Gesetzgebers liegt. Diese unterschiedliche Anwendung für das Neben- und Kernstrafrecht ist eine Lösung, die aber *de lege lata* in Deutschland wegen der gesetzlichen Anerkennung der Schuldtheorie in § 17 StGB nicht anwendbar ist. Sie kann nur im US-amerikanischen Recht zur Anwendung kommen, eben durch die Voraussetzung, dass das *mala in se*-Verbrechen im US-amerikanischen Recht das funktionale Äquivalent für das Kernstrafrecht im deutschen Recht ist und *mala prohibita*-Verbrechen für das Nebenstrafrecht.

Ferner kann sowohl für Deutschland als auch für die USA nach dem Vorschlag *Roxins* eine sogenannte weichere Schuldtheorie anzuwenden sein. Im Rahmen dieser Theorie soll ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegen, „wenn der Täter für die Annahme der Erlaubtheit seines Tuns verständige Gründe hatte, sodass die Einstellung zum Recht, die sich in seinem Irrtum offenbart, keiner Sanktion bedarf“.⁵¹⁶ D.h., es muss beachtet werden, ob die Gründe des Täters für seine Unkenntnis „verständige Gründe“ waren. *Roxin* schlägt eine tiefere Analyse der irrigen Lage des Täters vor, um zu bestimmen, ob er tatsächlich normunfähig war und aus welchen Gründen. Es kann der Fall sein, dass die geschützten Interessen für den Täter komplett fremd und unbekannt sind, so etwa der Schutz der Umweltgüter. Diese Lösung ermöglicht eine flexible Behandlung der Vermeidbarkeitsprüfung im Nebenstrafrecht; dennoch bleibt ungeklärt, inwieweit Normkenntnis (Normverständnis) zu verlangen ist. Ferner fehlt dieser Lösung noch die Begründung der Frage nach dem Unwert der unterschiedlichen Rechtsgüter im Kern- und im Nebenstrafrecht. Die Selbstverständlichkeit dieses Unwerts im Kernstrafrecht ist unbefriedigend, wenn eine solche Problematik in einer pluralistischen Gesellschaft diskutiert wird. Die Selbstverständlichkeit der Schutzwürdigkeit von Rechtsgütern soll im Strafrecht nicht schlicht angenommen werden, weil Selbstverständlichkeit und Vermutungen im Rahmen des Strafrechts aufgrund der Geltung des Schuldprinzips ausgeschlossen sind.⁵¹⁷

⁵¹⁶ *Roxin*, FS für Tiedemann, S. 376.

⁵¹⁷ Siehe *Arzt*, in: ders. (Hrsg.), Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 57.

Diese Trennung von Moralität und Legalität bringt, obwohl sie im deutschen Recht unumstritten ist, einige Schwierigkeiten mit sich.⁵¹⁸ Im deutschen Recht und insbesondere in der Irrtumslehre wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Moralwidrigkeit kein Äquivalent der Rechtswidrigkeit ist, aber als Indiz für die Vermeidbarkeit gilt. Die Trennung ist existent, kann aber nicht als vollständig bezeichnet werden. Die US-amerikanische Lehre ist bezüglich des Zusammenhangs von Legalität und Moralität viel kohärenter als die deutsche, weil sie eine Identifizierung von beiden deutlich erkennt. Der Täter, der seine Handlung als moralwidrig versteht, kann nicht im Normbewertungsirrtum handeln. Im deutschen Recht behauptet die Lehre die Trennung und Abgrenzung von Moralität und Legalität und betont die Nicht-Identifizierung von Rechtswidrigkeit und Moralwidrigkeit, aber in der Prüfung der Vermeidbarkeit gilt die Moralwidrigkeit, d.h. das Verständnis vonseiten des Täters, dass seine Handlung gegen die Moral verstößt, als Indiz der Vermeidbarkeit und demzufolge löst diese Moralwidrigkeit die Pflicht des Täters aus, sein Gewissen anzuspinnen.

c) Verhältnis zum Schuldprinzip

Der o.g. Schuldausschluss im deutschen Recht kann nur gegeben sein, wenn dem Täter die Einsicht, Unrecht zu tun, tatsächlich fehlt, und zwar in Form fehlenden Unrechtsbewusstseins. Der Verbotsirrtum als rechtliche Figur wird im deutschen Recht als die Kehrseite des Unrechtsbewusstseins verstanden, insofern, dass eine Person unfähig ist, Normen zu befolgen, da sie sich des Unrechts nicht bewusst ist.⁵¹⁹ Der Täter handelt nicht freiverantwortlich, und weil das Schuldprinzip mit der Freiheit des Menschen einhergeht, handelt er ohne Schuld.⁵²⁰

Im deutschen Recht ist aber nicht klar, ob und inwieweit hierbei das Bewusstsein, Unrecht zu tun, erforderlich ist bzw. welcher Kenntnisgrad des Täters zu verlangen ist; klar ist indes die inhaltliche Anforderung: materielle Rechtswidrigkeit.⁵²¹ Scil. der Kenntnisgrad der materiellen Bedeutung einer Rechtsgutsverletzung, die durch die Vermeidbarkeitsprüfung festzustellen ist. Zwar sind die Maßstäbe zur Überprüfung der Vermeidbarkeit im US-Recht nicht so deutlich festgelegt, die wenigen existierenden Richtlinien sind aber dennoch von großer praktischer Bedeutung. Klar ist, dass, genau wie im deutschen Recht, der *mistake of law* eine strenge Überprüfung erfordert. Diese Überprüfung besteht in beiden Ländern in der Bestätigung, dass der Täter seinen Rechtsverstoß verstehen konnte.

⁵¹⁸ Vgl. Kühl, in: Jung u.a. (Hrsg.), Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität, S. 144 ff.; Welzel, Abhandlungen, S. 260.

⁵¹⁹ Vgl. Warda, Die Abgrenzung, S. 33 f.

⁵²⁰ Morlock, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 170.

⁵²¹ AK-StGB-Schaefer, § 17 Rn. 6.

Der Zeitraum und die anderen Maßstäbe sind aber im deutschen und im US-amerikanischen Recht anders.

Da das US-amerikanische Recht aufgrund seiner Rechtstradition ein *case law* ist, ist die Verwendbarkeit solcher Maßstäbe in der Praxis wichtig. Demzufolge hat die Rechtsprechung die Feststellung von der Vermeidbarkeit in Verbindung mit einer Beweismethode getroffen.⁵²² Im Vergleich dazu finden sich im Rahmen des deutschen Rechts – wie oben schon gesagt – theoretische Kriterien, die dogmatisch zwar befriedigend sind, in der Praxis allerdings nicht anwendbar, da unbeweisbar. Im deutschen Recht wird vom Mitbewusstsein ausgegangen, welches als Äquivalent der Berücksichtigung der Vorkenntnis des Täters im US-amerikanischen Recht betrachtet werden kann. Das Mitbewusstsein ist ein psychologisierender Maßstab, der impraktikabel ist, da es ein fast inexistentes Moment im Kopf des Täters erfordert. Diese Problematik wurde vom deutschen Schrifttum und der Rechtsprechung nicht ernsthaft berücksichtigt, aber schon als Maßstab betrachtet, der mit dem Schuldprinzip kollidiert. Sie kann jedoch als Grund der eher seltenen praktischen Anwendung des Normbewertungsirrtums berücksichtigt werden, weil die dogmatischen abstrakten Kriterien unbeweisbar sind, und dementsprechend die Sachverhalte und Merkmale des Verbotsirrtums, die gut in die deutsche Dogmatik eingearbeitet sind, in der Praxis unmöglich sind. Im Vergleich dazu wird im US-amerikanischen Recht die Berücksichtigung der Geschichte des Täters praktisch umgesetzt. So sind die prozessualen Aspekte zur Feststellung der Kriterien für die Bestimmung eines *mistake of law* von größerer Bedeutung. Hierbei geht es um die Frage, wie die Geschichte des Täters in Anlehnung an die anthropologische oder psychologische Perspektive von einem Experten herausgearbeitet werden kann, es handelt sich also um ein extrem praktisches Kriterium.⁵²³ Für das amerikanische Recht ist der Beweis der Schuld des Angeklagten über den berechtigten Zweifel hinaus (*proof beyond reasonable doubt*) ein streng bindendes Kriterium, das einen prozessualen Aspekt impliziert und auch den wissenschaftlichen Diskurs beeinflusst. Die praktische Anwendung des Schuldprinzips ist also charakteristisch für das US-Recht. In Deutschland hingegen ist in der Dogmatik die Frage nach der Beweisbarkeit oder nach dem Schuldprinzip auf einer prozessualen Ebene selten.

Sowohl Deutschland als auch die USA haben beim Schuldprinzip ein ungelöstes Problem, nämlich die Behandlung der Problematik von Normadressaten, die sich absichtlich oder fahrlässig nicht über ihre Rechtspflichten aus dem Sozialvertrag informieren. In Deutschland stellt sich diese Frage bezüglich des bedingten Unrechtsbewusstseins. Wenn der Täter sich im Zweifel befindet, muss er diesen beseitigen. Das Problem liegt darin, dass Normadressaten, die zumeist Laien sind, gene-

⁵²² *Lambert vs. California*, 355 U.S. 225 (1957); *Heien vs. North Carolina*, 135 S. Ct. 530 (2014). Siehe dazu auch *Hall*, 33 Ind. L.J. (1957), 8; *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, S. 268 ff.

⁵²³ Siehe *People vs. Croy*, No. 52587 (N.Y. Sup. Ct. Apr. 1990).

rell im Zweifel sind. Dem normalen Bürger wird mit der Forderung, sich zu informieren, eine Extralast aufgebürdet. Außerdem besteht ein politisches Problem durch Integration und Pluralismus. Klar ist, dass die Bestrafung für eine fehlende Informationseinholung die Bestrafung von Lebensführungsschuld⁵²⁴ wäre, und nicht von Tatschuld. Die Situation ist im Bereich des US-amerikanischen Rechts der Problematik der absichtlichen Blindheit (*willful blindness*) des Täters ähnlich.⁵²⁵ Scil. die absichtliche Unkenntnis, sodass keine strafrechtliche Verantwortung zugewiesen werden kann. Es ist umstritten, ob jemand, der absichtlich oder fahrlässig in der Rechtsunwissenheit verbleibt, mit *mens rea* handelt. Dies wird in den USA im Vergleich zu Deutschland nicht direkt im Zusammenhang mit der Schuld behandelt, sondern mit dem Vorsatz mit Folgen in der Schuld. D.h., jemand handelt mit *willful blindness*, wenn er nicht wissen wollte, was es z.B. in dem von ihm gefahrenen Lkw zu transportieren gab. In Deutschland aber bezieht sich die Frage nicht auf den Vorsatz, sondern auf die Schuld und die *ignorantia legis*.⁵²⁶ Allerdings wird die *willful blindness* als Kriterium in den USA auch abgelehnt, weil es gegen das Schuldprinzip (*culpability principle*) verstoßen kann. Genauso verhält es sich in Deutschland mit der o.g. Lebensführungsschuld, weil Lebensführungsschuld der Täterschuld und nicht der Tatschuld entspricht.

d) Ergebnis

aa) Fehlende Normbefolgungsfähigkeit im Rahmen des Unrechtsbewusstseins

Als Ergebnis ist festzustellen, dass dem Täter sowohl in Deutschland als auch in den USA für die Annahme eines Verbotsirrtums das Verständnis seines Rechtsverstoßes im Sinne materieller Rechtswidrigkeit fehlen muss. Das Unrechtsbewusstsein und *mens rea* sind in diesem Sinn funktionale Äquivalente und stellen die Kehrseite des Verbotsirrtums dar. In beiden Ländern treten beim Verbotsirrtum Probleme auf, wenn der Täter eine abweichende kulturelle Prägung hat. Einem solchen Täter fehlt auch das Unrechtsbewusstsein bzw. *mens rea* und er handelt im Verbotsirrtum, wenn er im Moment der Tat aufgrund seiner abweichenden kulturellen Wertvorstellungen seine Rechtslage nicht verstehen konnte. Solch ein Fall könnte mit den geltenden Normen des Verbotsirrtums in beiden Ländern gelöst werden, beide Länder haben als Hintergrund eines Verbotsirrtums in manchen Urteilen (bspw. der Beschneidungsfall oder der *Croy-Fall*) bereits die kulturelle Prägung des Täters berücksichtigt.

⁵²⁴ Roxin, AT I, § 6 Rn. 9.

⁵²⁵ Robbins, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990), 192 ff.

⁵²⁶ Robbins, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990), 192 ff.

bb) Fehlende Normbefolgungsfähigkeit im Rahmen der Vermeidbarkeit

Die Einordnung der *cultural defense* in den Verbotsirrtum ist ungenügend, vor allem, weil bei jeder strafrechtlichen Tat einer Person mit abweichendem kulturellem Hintergrund ein Verbotsirrtum vorliegt. Verbotsirrtum ist also immer eine Voraussetzung der *cultural defense*, sie geht aber über den Anwendungsbereich des Verbotsirrtums hinaus. Erstens, weil sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht die Internalisierung als Maßstab des Verbotsirrtums interpretiert werden kann, die aber nicht als Bestandteil der Vermeidbarkeit richtig und deutlich bewertet wird. Sie wird nur als Ausnahmefall genannt, aber nicht an der gleichen Stelle wie das Verständnis. Demzufolge kann es sein, dass bei der Vermeidbarkeitsprüfung eines Verbotsirrtums des kulturell abweichenden Täters der Verbotsirrtum von Anfang an immer vermeidbar ist, da der etablierte Maßstab das Verständnis und nicht die Internalisierung ist. Es wäre besser, einen normativ regulierten Sachverhalt der *cultural defense* zu haben, der auch im Zusammenspiel mit anderen Rechtsfiguren stehen kann, aber eigene klare, gesetzlich geregelte Umstände hat. Damit wird auch die Einordnung einer *cultural defense* im Rahmen der Steuerungsunfähigkeit des Täters vermieden (dazu unten Teil 3). Zweitens ist die kulturelle Bewertung einer Tat in dem geltenden Verbotsirrtum sowohl in Deutschland als auch in den USA fast unmöglich, denn in keinem der beiden Länder sind Moralität und Legalität richtig getrennt. Da Moralität der Auffassung der Mehrheitsgesellschaft entspricht, ist die sozusagen nicht übereinstimmende Moralität – von Tätern mit abweichender kultureller Prägung – von der Gesellschaft auf keinen Fall zu akzeptieren. Angesichts des Schuldprinzips wäre eine passende Lösung auch insofern die fehlende Schuld des Täters in den Fällen, in denen tiefere Gründe als eine reine mangelnde rechtliche Information und andere Gründe als ein biologisches Defizit vorliegen (dazu unten Teil 3). Schließlich muss erörtert werden, dass aufgrund der Voraussetzung des Verbotsirrtums im US-amerikanischen Recht in den Fällen, in denen eine intensivierete *mens rea* (*specific criminal intent*) verlangt wird, ein Verbotsirrtum und seine mögliche Überprüfung schon von Anfang an ausgeschlossen sind, wenn im Tatbestand eine *specific criminal intent* nicht erfordert wird. Dagegen existiert im deutschen Recht eine derartige Anforderung nicht und ein Verbotsirrtum könnte für jeden Tatbestand einzeln überprüft werden.

C. Die Vermeidbarkeitsprüfung

Bisher wurden die Erscheinungsformen des Rechtsirrtums und der fehlenden Normbefolgungsfähigkeit als Kehrseite des Normbewertungsirrtums rechtsvergleichend dargelegt. Im Folgenden wird die Vermeidbarkeitsprüfung auf der oben erörterten Grundlage analysiert.

1. Deutsches Recht

Die Vermeidbarkeitsprüfung ist im deutschen Recht gut strukturiert, sie wurde von der Lehre entwickelt und wird von der Rechtsprechung befolgt. Wie bereits dargestellt, ist Ausgangspunkt der Vermeidbarkeit im deutschen Recht die Erkenntnis bzw. das Verständnis der materiellen Rechtswidrigkeit. Die materielle Rechtswidrigkeit steht in enger Verbindung mit dem Begriff der Rechtsgüter.⁵²⁷ Eine Vermeidbarkeitsprüfung verläuft im deutschen Recht wie folgt: Zuerst muss überprüft werden, ob der Täter Anlass hatte, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens anzunehmen. Ein Anlass ist nicht nur dann gegeben, wenn der Täter an der Rechtswidrigkeit seiner Handlung zweifelt, sondern auch, wenn er über deren Moralwidrigkeit, Sittenwidrigkeit oder Sozialschädlichkeit im Zweifel ist.⁵²⁸ Dies kann als Bruch mit der in Deutschland geltenden strengen Trennung von Legalität und Moralität verstanden werden. Der Verweis auf die Moralität ist jedoch unvermeidbar. Für die Bewertung des Unrechtsbewusstseins in der Vermeidbarkeit wird nicht nur das Wissen des Täters im Moment der Tat in Betracht gezogen, sondern auch sein Begleitwissen als Orientierungsmaßstab dafür, ob das Wissen des Täters im Moment der Tat determinierend bzw. orientierend hätte sein können. Fraglich ist in Bezug auf die dargestellte Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen, ob die Einwanderung nach Deutschland *per se* einen Anlass darstellt.⁵²⁹ Diese Problematik ist noch ungeklärt. Wie aber in Teil 2, I.B.4.b)bb)(3) gezeigt wurde, kollidiert eine solche Auffassung mit einer Anforderung, die nicht mehr tatbezogen ist, sondern täterbezogen, weil die Frage der Zumutbarkeit für den Täter nicht nur eine bestimmte Tat, sondern auch die Lebensentscheidungen des Täters miteinschließt, etwa die Entscheidung zur Migration.

Wenn ein solcher Anlass gegeben ist und der Täter die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens anzweifelt, ist eine Gewissensanspannung von ihm zu verlangen. Der zweite Schritt der Vermeidbarkeit ist dann die Bewertung ebendieser. Sie findet anhand der Parallelwertung in der Laiensphäre statt, d.h., es muss bewertet werden, wie der Täter im Rahmen seines subjektiven Verständnisses und seiner Erkenntnis kraft die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens verinnerlicht hat. Bezugspunkt der Parallelwertung ist der durchschnittliche (verantwortungsbewusste) Mensch.⁵³⁰ Demnach werden alle anderen damit verbundenen Grundsätze, nämlich die Erkenntnis der Moralwidrigkeit, Sozialschädlichkeit oder Sittenwidrigkeit, im Hinblick auf ein Modell des durchschnittlichen Menschen festgestellt. Folglich soll die Moralwidrigkeit, d.h. die Moralität, die kein echtes Unrechtsbewusstsein, aber als Indiz der

⁵²⁷ Siehe *Bustos*, GS für Hilde Kaufmann, S. 77 f.

⁵²⁸ So etwa *Basile*, Multikulturelle Gesellschaft, S. 447; *Köhler*, AT, S. 412, 436 ff.; *Velten*, Normkenntnis, S. 8 f.

⁵²⁹ *Hörnle*, Rechtfertigungsgründe, S. C 73; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205; *Valerius*, Kultur, S. 189.

⁵³⁰ *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 27 f.

Vermeidbarkeit anzuwenden ist, eine durchschnittliche Moralität sein.⁵³¹ Dies steht in enger Verbindung mit der Berücksichtigung einer Gefühlswarnung des Täters in dem Sinne, dass jeder durchschnittliche bzw. verantwortungsbewusste Mensch ein Rechtsgefühl bezüglich dessen hat, was in der Gesellschaft als gut oder böse gilt. Liegt also ein Anlass vor und findet eine nachfolgende Gewissensanspannung des Täters statt, so ist als dritter Schritt der Vermeidbarkeitsprüfung eine Erkundigungspflicht geboten.⁵³² Diese Pflicht wird erfüllt, wenn der Täter eine Rechtsberatung einholt – privat oder staatlich – oder auch wenn er sich anders als durch Rechtsberatung erkundigt, um seinen Zweifel zu beseitigen.

Die Bewertung der Kriterien zur Feststellung der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums ist im deutschen Recht nach den individuellen Fähigkeiten des Täters vorzunehmen,⁵³³ sofern der Fall keine Spezialkenntnis von ihm erfordert, da dann die objektive Bewertung der speziellen Fähigkeiten des Täters differenziert zu betrachten wäre.⁵³⁴ Im Rahmen des Kernstrafrechts handelt es sich hierbei also um eine subjektive Bewertung, die im Rahmen des Nebenstrafrechts teilweise zu einer objektiven Bewertung geändert wird, wobei die Bewertung trotzdem gemäß den Fähigkeiten des Täters erfolgt. Einziger Unterschied ist, dass in manchen Bereichen eine spezifische Kenntnis vonseiten des Täters gefordert werden kann.

Die oben dargelegten Beispiele und Konkretisierungen auf dem Gebiet des deutschen Rechts treffen besonders auf das Wirtschaftsstrafrecht und das Ordnungswidrigkeitenrecht zu. Im Wirtschaftsstrafrecht finden sich zwei problematische Fallkonstellationen. Erstens sind dies die Blanketttatbestände, in denen die Reichweite des Verbots nicht klargestellt wird und die demzufolge dem Legalitätsprinzip widersprechen. Zweitens findet sich das Problem im Steuerstrafrecht, weil die Steuerstrafgesetze aus einem Blankettgesetz bestehen, das nur vollständig ist, wenn es eine Ausfüllungsnorm dazu gibt. So wird ein Irrtum in diesem Bereich sehr schwierig zu identifizieren sein, weil dieser immer im Grenzgebiet zwischen einem Tatbestands- und einem Verbotsirrtum liegt. Ferner ist daran problematisch, dass im Vergleich zum Kernstrafrecht der Rat eines Experten nicht immer als eine für die Erkundigungspflicht ausreichende Informationserhebung gilt. Das Problem hierbei ist, dass der akademische Grad sowie die staatliche Prüfung keine Garantie für Fachwissen sind. Dies bedeutet eine Überforderung für den Bürger, die auch seine Freiheit beeinträchtigt.⁵³⁵ In diesem Zusammenhang kann man den typischen Einwand vorbringen, dass solche Maßnahmen – nämlich der Rat eines Experten als genügendes Kriterium – zum Rechtsmissbrauch führen können oder der sogenannte

⁵³¹ So *Basile*, *Multikulturelle Gesellschaft*, S. 447.

⁵³² BGHSt 2, 201.

⁵³³ Vgl. *Hörnle*, *Entschuldigungsgründe*, S. C 70 f.

⁵³⁴ *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), 878.

⁵³⁵ Vgl. *Eidam*, ZStW 127 (2015), 128.

geplante Verbotsirrtum vermeidbar gemacht werden könnte.⁵³⁶ Im Ordnungswidrigkeitenrecht erfolgt die Überprüfung eines Verbotsirrtums ähnlich wie bei § 17 StGB, bemerkenswert ist jedoch, dass ein Verbotsirrtum die Vorwerfbarkeit der Tat und nicht die Schuld betrifft.

2. US-amerikanisches Recht

Die Überprüfung eines Normbewertungsirrtums (Vermeidbarkeitsprüfung) ist im US-amerikanischen Recht kompliziert, weil die Schritte zur Überprüfung und Bestimmung eines Rechtsirrtums weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung strukturiert bzw. schematisiert sind. Trotzdem ist nach der h.M. die Vermeidbarkeit Grundvoraussetzung für den Überprüfungsvorgang des *mistake of law*, um zu bestimmen, ob er die Schuld ausschließt oder nicht, obwohl die Maßstäbe sowie die zeitliche Einordnung nicht eindeutig etabliert sind. Die rechtlichen Auswirkungen sind aber klar. Wenn der Irrtum *reasonable* ist, dann liegt ein *mistake of law* vor und fällt *mens rea* aus. Wenn aber ein *mistake of law unreasonable* in Relation zum vernünftigen durchschnittlichen Menschen ist, dann kann er nicht bejaht werden. Diese fehlende Schematisierung der Vermeidbarkeitsprüfung hat zur Folge, dass die Maßstäbe – obwohl angelehnt an den durchschnittlichen vernünftigen Menschen – jeweils von Fall zu Fall festzustellen sind. Somit besteht eine deutliche Subjektivierung und Flexibilität bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit der Tat.

Trotz dieser fehlenden dogmatischen Schematisierung der Vermeidbarkeit im US-amerikanischen Recht können übrigens die folgenden Kriterien festgelegt werden: Ihr Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass eine Überprüfung der *reasonableness* eines *mistake of law* nur dann möglich ist, wenn er eine mögliche Verteidigung darstellt. Dies ist der Fall, wenn der Tatbestand eine spezielle subjektive Voraussetzung erfordert (*specific criminal intent*), die mit dem Begriff *willfully* oder *knowingly* angezeigt wird. Beide Begriffe sind inhaltlich umstritten. In der US-amerikanischen Literatur wird darauf hingewiesen, dass *willfully* sowie *knowingly* komplexe und breit angelegte Kriterien sind.⁵³⁷ *Knowingly* kann in zweierlei Hinsicht verstanden werden. Erstens als eine Äußerung der speziellen subjektiven Voraussetzungen des Tatbestands dahingehend, dass eine subjektive Einstellung des Täters bezüglich bestimmter Handlungen oder des Ergebnisses vorliegt. Zweitens kann es als tatsächliche Kenntnis des Täters verstanden werden bzw. als Kenntnis der Tatsituation oder die Wahrnehmung deskriptiver Merkmale einer Tat. *Willfully* ist hingegen noch unklar und kann auf mindestens drei Arten verstanden werden, nämlich: absichtlich (*intentional*),⁵³⁸ mit böser Absicht (*with an evil mo-*

⁵³⁶ Vgl. Eidam, ZStW 127 (2015), 129.

⁵³⁷ Dressler, Understanding, S. 129.

⁵³⁸ Dressler, Understanding, S. 129.

tive)⁵³⁹ und als absichtlicher Verstoß gegen eine bekannte rechtliche Pflicht (*intentional violation of a known legal duty*).⁵⁴⁰ So wird als erster Schritt der Vermeidbarkeit das Verständnis vonseiten des Täters über seinen Rechtsverstoß oder die aktuelle Wahrscheinlichkeit der Schädigung überprüft, nur und insoweit der Tatbestand spezielle subjektive Voraussetzungen erfordert.

Zweites Kriterium zur Bestimmung oder Ablehnung eines *mistake of law* ist die Berücksichtigung der sogenannten *mala in se*-Verbrechen. Sie sind von Bedeutung, weil bei Überprüfung eines *mistake of law* entscheidend ist, ob das Verbrechen ein kriminelles Unrecht an sich bzw. ein intrinsisch naturgegebenes Unrecht ist (*mala in se*-Verbrechen) oder ein nur durch das Gesetz etabliertes (*mala prohibita*-Verbrechen). Eine solche Nomenklatur ist wichtig, weil bei *mala in se*-Verbrechen mehr als offensichtlich schädliches Verhalten für das schutzwürdige Interesse in den Blick genommen wird. Dann ist es unmöglich, einen *mistake of law* bezüglich eines *mala in se*-Verbrechens zu begründen, weil die soziale Bedeutung einer solchen Verhaltensweise (bspw. Mord, Raub usw.) dem Bürger bekannt und als intrinsisch schlecht bewertet ist. Deswegen kann für das US-Recht eine Übereinstimmung von Moralwidrigkeit und *mala in se*-Verbrechen festgestellt werden. Folglich gibt es im amerikanischen Recht keine deutliche Grenze zwischen Moralität und Legalität, die Moralwidrigkeit kann nicht nur als Anlass bestehen, sondern auch teilweise als *mens rea* selbst. Das erscheint aus der Perspektive einer positivistischen Rechtskonzeption als zweifelhaft und damit anfechtbar, aber es entspricht einer Besonderheit des US-amerikanischen Rechts: Wie bereits dargelegt steht als Begründung eines Tatbestands und dessen Vorliegens nicht die Verletzung von Rechtsgütern, sondern das *harm principle* (Schädigungsprinzip) im Vordergrund.⁵⁴¹ Wichtig ist, dass der Täter die Schädigung eines anderen bemerken kann. Ein solches *harm principle* – das von *John Stuart Mill* geprägt wurde – erklärt die enge Verbindung von Moralität und Legalität im US-amerikanischen Recht, weil dieses Prinzip eigentlich als der einzig moralisch legitime Grund zur Verabschiedung und Durchsetzung eines gesetzlichen Befehls angesehen wird.⁵⁴²

Drittens ist die Vorkenntnis des Täters zu berücksichtigen. Sie ist von großer Bedeutung, weil mit der Annahme einer *cultural defense* die Herkunft und die Wertvorstellungen des Täters sowie sein subjektives Verständnis derselben berücksichtigt werden. Sie wurde bisher als subjektives Verständnis des Täters (*subjective understanding*) aufgefasst, nach dem o.g. *Heien*-Urteil wurde dieses Kriterium jedoch relativiert und das objektiv angemessene Verständnis (*objectively reasonable understanding*) als Kriterium postuliert. Auch dieses ist aber nicht ganz objektiv,

⁵³⁹ Dressler, Understanding, S. 129.

⁵⁴⁰ *Cheek vs. United States*, 355 U.S. 255 (1991).

⁵⁴¹ *Ashworth/Holder*, Principles, S. 28; *Harcourt*, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999), 111 ff.

⁵⁴² *Mill*, On Liberty, S. 6 f.

da es nicht nur bezüglich eines objektiv abstrakten Kriteriums zu verstehen ist, sondern ebenfalls hinsichtlich der Fähigkeiten und des Verständnisses einer Person mit einer ähnlichen Disposition in einer ähnlichen Situation.

Auf die Prüfung des Verständnisses folgt die Überprüfung des guten Glaubens (*good faith*) des Täters gemäß der Bewertung des Kriteriums des vernünftigen Menschen. So wird entsprechend dem vernünftigen Menschen mit gutem Glauben überprüft, ob die straffällige Person eine Gefühlswarnung empfand. Dieser Gefühlswarnung entspricht die Moralwidrigkeit bzw. die Wahrnehmung des *mala in se*-Verbrechens. Zuletzt ist die Überprüfung einer existierenden aktivierbaren Unrechtskenntnis erforderlich, welche durch die Einholung eines Expertenrats ergänzt wird. Im US-amerikanischen Recht ist der Rat eines privaten Anwalts normalerweise nicht ausreichend. Genügend wäre dagegen der Rat einer staatlichen Behörde.

Schließlich ist zu anmerken, dass die Leitfälle im US-amerikanischen Recht nicht in große Kategorien eingeordnet werden können, sondern in der *common law*-Tradition konsequenterweise unterschiedlich betrachtet werden; alle Fälle haben Besonderheiten, die sich nicht eindeutig einer Kategorie zuordnen lassen, aber die in ihrer Gesamtheit zur Festlegung von Richtlinien für die Bestimmung der Vermeidbarkeit führen.

3. Vergleich und Bewertung

Als Ergebnis der in den vorhergehenden Abschnitten eins und zwei enthaltenen Darlegungen ist zu konstatieren, dass die Unterschiede zwischen Deutschland und den USA sich nicht nur auf die Vermeidbarkeit als Vorgang beschränken, sondern auch die wissenschaftliche Entwicklung betreffen. Der wissenschaftliche Diskurs im Bereich des deutschen Rechts ist tief und dogmatisch strukturiert, während in den USA fast keine wissenschaftliche Diskussion zur Behandlung der dogmatischen Probleme des Rechtsirrtums im Allgemeinen und insbesondere bezüglich der Überprüfung eines Rechtsirrtums stattfindet. Es gibt keine konsequente Entwicklung neuer dogmatischer Ansichten, die schon die alte Lehre und Rechtsprechung zusammenfassen, sondern nur einzelne Thesen bezüglich eines *mistake of law*, die als Richtlinien gelten können, die aber keine gemeinsamen Überprüfungsvorgänge darstellen. Demzufolge ist es im US-Recht besonders verzwickelt, eine herrschende Meinung festzulegen, was zu Schwierigkeiten bei einer Rechtsvergleichung führt.

Im deutschen Recht liegt ein umfangreiches und strukturiertes System zur Überprüfung des Verbotsirrtums vor, das aus festgelegten Schritten besteht: Es muss ein Anlass vorliegen, die Gewissensanspannung und die Erfüllung der Erkundigungspflicht des Täters müssen überprüft werden. Diese Überprüfung wurde auch von der deutschen Rechtsprechung betrieben, was als Bestätigung des großen Einflusses des deutschen Schrifttums auf die Rechtsprechung und die Schaffung neuer Maßstäbe zur Verbesserung und Modernisierung des Strafrechts gilt. Im Gegensatz

dazu hat weder die amerikanische Lehre eine gefestigte Struktur zur Überprüfung des Rechtsirrtums entwickelt noch die Rechtsprechung, kohärent mit der Fall-zu-Fall-Methode eines *case law*-Systems. Allerdings können im US-amerikanischen Recht grundsätzliche Voraussetzungen identifiziert werden, die aber eher als Richtlinien als als ein System zur Überprüfung bezeichnet werden können. Zentral für die Vermeidbarkeit im US-amerikanischen Recht ist Folgendes: Erstens, dass der Tatbestand eine *willfully* oder *knowingly*-Anforderung hat, weil nur dann das Fehlen von *mens rea* einen Rechtsirrtum begründen kann. Zweitens soll die Wahrscheinlichkeit über die Unrechtmäßigkeit der Tat, mit der der Täter gerechnet hatte, überprüft werden, und zum Abschluss muss bestätigt werden, dass der Täter in gutem Glauben irrig gehandelt hat.

Beide Rechtsordnungen fordern als Ausgangspunkt für die Vermeidbarkeit das Verständnis des Täters hinsichtlich seines Rechtsverstoßes und verweisen darauf, dass zur Überprüfung die Geschichte des Täters von Bedeutung ist. D.h., was im deutschen Recht als Mitbewusstsein verstanden wird, stellt im US-amerikanischen Recht einfach die tatsächlichen Merkmale des Täters dar, bspw. das Ausbildungsniveau, Geschlecht usw., und wie diese Merkmale seine normative Wahrnehmung beeinflusst haben. Darüber hinaus konvergieren beide Rechtsordnungen bei dem Hinweis auf den durchschnittlichen Menschen als geltendem Maßstab zur Überprüfung eines Rechtsirrtums. Dies ist in beiden Rechtsordnungen als ein Versuch zur Objektivierung des Rechts zu verstehen, dessen Problem es ist, dass, das Bild des durchschnittlichen Menschen heutzutage sowohl in Deutschland als auch in den USA ein Trugbild ist. M.E. ist es unanwendbar und ungerecht, weil ein Bild des durchschnittlichen Menschen nur dann gerecht wäre, wenn bei dessen Schaffung Angehörige jeder Minderheit des Landes einbezogen würden, was in der heutigen pluralistischen Gesellschaft aber wohl unmöglich ist.

Die markanteste Divergenz des deutschen und US-amerikanischen Rechts bei der Vermeidbarkeitsprüfung ist, wie oben dargelegt, die Trennung von Moralität und Legalität, die im Rahmen der Vermeidbarkeit nochmals von Bedeutung ist. Im US-amerikanischen Recht ist klar, dass Legalität und Moralität, somit Moralwidrigkeit und Rechtswidrigkeit, zusammenstehen. In Deutschland existiert der Hinweis auf die Moralität trotz der scheinbaren Trennung noch, weil diese als Indiz der Vermeidbarkeit gilt, was über eine bloße Spur von Moralität hinaus deren direkte Anerkennung als rechtlich geltender Maßstab bedeutet.

Grund dafür ist die unterschiedliche Konzeption des Strafrechtssystems als Gesamtsystem in den beiden Ländern. Im deutschen Recht ist Begründung und Aufgabe des Strafrechts und seiner Normen der Rechtsgüterschutz. Unter einem Rechtsgut können die Gegebenheiten und Zwecksetzungen verstanden werden, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems

notwendig sind.⁵⁴³ Dagegen ist im US-amerikanischen Recht die Grundlage des Strafrechts als Gesamtsystem nicht bezüglich des Rechtsgüterschutzes konzipiert, sondern bezogen auf das Schädigungsprinzip (*harm principle*). Dieses Prinzip basiert auf Konzeptionen, die als moralische Grenze des Strafrechts angesehen werden. Solche Divergenz des deutschen und US-amerikanischen Rechts kann sich nicht nur auf dem pragmatischen Modell des US-amerikanischen Strafrechts begründen, was auch die wenig dogmatische Entwicklung erklärt, sondern auch auf der Ansicht, dass das ganze Rechtssystem nicht nur nach dem Gesichtspunkt des Strafrechts, sondern auch des Strafprozessrechts so konzipiert ist. Dass der Verbrecher von den Bürgern selbst, vertreten durch die Jury, verurteilt wird, ist Äußerung dessen. Damit sind raffinierte dogmatische Begriffe auf strafprozessualer Ebene – die als primären Normadressaten eine Laienjury hat – wenig nützlich, während Begriffe wie der des *harm principle* der Laienjury viel einfacher zu erklären sind: Alles ist erlaubt, solange die Handlung dem anderen nicht schadet.⁵⁴⁴

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sowohl das deutsche als auch das US-amerikanische Recht für die Überprüfung des Normbewertungsirrtums strenge Voraussetzungen fordert. Das pragmatische Modell des US-amerikanischen Rechts gilt als ein dynamisches Modell, das sehr nah an der Praxis agiert. Dies kann als Vorteil gesehen werden, dennoch enthält es Maßstäbe, die veraltet und fragwürdig sind, wie der Maßstab des durchschnittlichen Menschen. In diesem Sinn erscheint das deutsche System als anderes Extrem, weil es zu viele dogmatische Entwicklungen aufweist, die den Kontakt mit der Lebensrealität des Rechts teilweise verloren haben.

D. Das Problem der kulturellen Wertvorstellungen bzw. cultural defense im Rahmen des Verbotsirrtums

1. Deutsches Recht

Hauptbestandteil des Problems beim Umgang mit unterschiedlichen kulturellen Wertvorstellungen im Allgemeinen – aber insbesondere beim Verbotsirrtum – ist, dass in der heutigen pluralistischen Gesellschaft Rechts- und Kulturnormen, obwohl miteinander verbunden, nicht mehr übereinstimmen. Die Vielfaltigkeit der Gesellschaft macht diese Konvergenz fast unmöglich, aber die strafrechtlichen Normen haben tatsächlich einen kulturellen Inhalt. Der transversale Faktor des Problems kultureller Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums ist letztlich ein Problem der Bewertung der Rechtsgüter. Mit anderen Worten ist die Schutzwürdigkeit sozialer Werte eigentlich ein kulturabhängiges Phänomen.

⁵⁴³ Roxin, AT I, § 2 Rn. 7.

⁵⁴⁴ Ashworth/Horder, Principles, S. 28; Harcourt, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999), 111 ff.; Mill, On Liberty, S. 6 ff.; Stepanians, in: Honnefelder/Sturma, Jahresbuch, S. 131 ff.

Entscheidender Faktor zur Annahme eines Verbotsirrtums ist die Vermeidbarkeitsprüfung. Diese ist eigentlich Ausgangspunkt der Schwierigkeiten zur Einordnung der Bewertung kultureller Wertvorstellungen als Unterfall des Verbotsirrtums und hauptsächlich ist hier die Ablehnung der Internalisierung als geltender Maßstab der Einsichtsfähigkeit des Täters das Problem. Obwohl Teile der Lehre den Versuch unternehmen,⁵⁴⁵ die existierenden Rechtsfiguren – vor allem den Verbotsirrtum – zu flexibilisieren, damit mit ihm neue Grenzfälle erfasst werden können, wurde nach dem mehrmals erwähnten Gutachten des 70. Deutschen Juristentages diese Auffassung kategorisch abgelehnt.⁵⁴⁶

Im deutschen Recht ist solch eine Einordnung – kulturell abweichende Wertvorstellung im Rahmen des Verbotsirrtums – auch kompliziert, weil die Vermeidbarkeitsprüfung in Anlehnung an die Gewissensanspannung des Täters vorgenommen wird und in diesem Kontext die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre genau geprüft wird. Der Laie ist nicht anders als der durchschnittliche Mensch, der nach dem deutschen Vorbild determiniert wird. Der Durchschnitt lässt aber keinen Raum für eine fremdkulturelle Person. Darüber hinaus versuchen Lehre sowie Rechtsprechung sich an ein objektives Kriterium anzulehnen. Um die Problematik der kulturellen Ansicht des Täters zu objektivieren, wird bei der Vermeidbarkeit geprüft, ob im Heimatland des Täters ein ähnlicher Tatbestand wie der gegeben ist, gegen den er in Deutschland verstoßen hat. Das ist das sogenannte Kriterium der doppelten Norm. Dies wird dann bedeuten, dass, wenn solch ein Tatbestand im Heimatland des Angeklagten existiert, kein Verbotsirrtum bejaht werden kann. Wenn der Tatbestand dagegen im Heimatland des Täters nicht existiert, kann ein Verbotsirrtum bestätigt werden, wenn die anderen Voraussetzungen der Vermeidbarkeit positiv geprüft werden.

2. US-amerikanisches Recht

Im US-amerikanischen Recht sind die geschützten Werte der Gesellschaft durch das Schädigungsprinzip bestimmt. Dieses Prinzip hat jedoch einen unvermeidbaren moralischen Bezugspunkt, der gleichzeitig die moralische Wahrnehmung der Mehrheitsgesellschaft als selbstverständlich annimmt.⁵⁴⁷

Wie oben dargelegt, ist die Vermeidbarkeitsprüfung im US-amerikanischen Recht von Lehre und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Deswegen ist die Frage nach der Annahme der Internalisierung als Ausgangspunkt zur Überprüfung der Vermeidbarkeit eigentlich nur *de lege ferenda* zu überdenken, und zwar in dem Sinne, dass solch ein Begriff entweder von der Lehre, der Rechtsprechung – was

⁵⁴⁵ So etwa *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351 f.; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 209. Siehe dazu *Köhler*, AT, S. 437; *Mayer*, Rechtsnormen, S. 17; *Valerius*, Kultur, S. 179.

⁵⁴⁶ *Hörnle*, Entschuldigungsgründe, S. C 72.

⁵⁴⁷ *Segev*, 25 L. & Phil., Nr. 1, 31 (2006), 36.

kohärenter mit dem *case law*-System wäre – oder dem Gesetzgeber entwickelt werden kann.

Statt der unstrukturierten Richtlinien für die Überprüfung der Vermeidbarkeit gibt es tatsächlich ein festes, allerdings umstrittenes Kriterium, nämlich den *reasonable man* als objektiven Maßstab. Dieses Kriterium gehört ursprünglich zur Tatbestandslehre. Obwohl deren Anwendung flexibel, weil von Fall zu Fall angepasst ist, sodass auch die persönlichen Merkmale des Täters bewertet werden, kann sie im Prinzip für einen *mistake of law* ungeeignet sein. Der Grund dafür ist, dass die Bewertung des *reasonable man* im Tatbestandsirrtum bezüglich einer Tatsituation oder einer bestimmten Sache steht, während beim Verbotsirrtum die Bewertung eine normative ist, die in Verbindung mit – manchmal abstrakten – Auffassungen und Wahrnehmungen der Wertvorstellungen steht, aber nicht mit einer konkreten greifbaren materiellen Sache wie beim Tatbestandsirrtum.

3. Vergleich und Bewertung

Trotz ihrer Übereinstimmung bezüglich der irrenden Bewertung oder Wahrnehmung des Täters über die schutzwürdigen sozialen und juristischen Werte divergieren beide Länder bei der Bestimmung solcher Werte. Während sie im deutschen Recht Rechtsgüter heißen, haben sie im US-amerikanischen Recht keine spezielle Benennung. Sie werden aber durch das Schädigungsprinzip geschützt. Abgesehen von der Bezeichnung kann man sagen, dass beide Rechtssysteme dasselbe Ziel haben, und zwar gesellschaftliche Güter oder Interessen des Einzelnen oder der Allgemeinheit zu schützen. Darüber hinaus ist der deutliche moralische Hinweis im US-amerikanischen Recht nicht weit vom deutschen Recht entfernt. Wie oben erörtert (Teil 2, I.C.1.b)), ist der moralische Hinweis im deutschen Recht bei der Vermeidbarkeitsprüfung von Lehre und Rechtsprechung akzeptiert. Der moralische Inhalt des Rechts und die Tatsache, dass diese Moralität entsprechend der Mehrheitskultur bestimmt wird, gilt unumstritten als Indiz der Vermeidbarkeit, obwohl sie nicht mit dem Unrechtsbewusstsein gleichzusetzen ist. Wenn diese Bestimmung offen und flexibel bezüglich möglicher abweichender kultureller Täter bleibt, könnte solch ein Fall von abweichenden kulturellen Wertvorstellungen im Rahmen des Verbotsirrtums gelöst werden. Das ist aber bisher nicht der Fall. Mit Sicherheit würden diejenigen, die gegen eine Annahme der *cultural defense* sind, argumentieren, dass eine flexible Betrachtung der Moralität zu extremen subjektiven und sogar willkürlichen Gerichtsentscheidungen führen würde. M.E. wäre die Nichtbetrachtung und Bewertung der abweichenden Wahrnehmung des Täters aus kulturellen Gründen willkürlich. Die Anwendung des Schuldprinzips erfordert die Berücksichtigung jedes subjektiv determinierenden Faktors des Täters, und die Kultur ist einer dieser Faktoren. Dies wird nicht bedeuten, dass das Justizsystem anarchisch wird, sondern nur, dass es gerecht und realistisch wird. Jedenfalls ist die aktuelle, in mehr oder weniger großem Umfang unvermeidbare moralische Berücksichtigung weit von dem Begriff „Objektivität“ entfernt.

Im Vergleich zum US-amerikanischen Recht ist die Internalisierung im deutschen Recht schon von der Lehre – obwohl vielleicht nicht der herrschenden – deutlich bezeichnet und erörtert worden (siehe Teil 2, I.B.1.c)). Im US-amerikanischen Recht ist die Internalisierung als Begriff unbekannt, vielleicht, weil die Vermeidbarkeit dogmatisch nicht so weit entwickelt ist. Hervorzuheben ist, dass die *cultural defense* nicht nur als Begriff, sondern auch als Lehre ihren Ursprung in den USA hat, aber die Internalisierung oder selbst die Diskussion über *mens rea* in diesem Bereich in der spezialisierten Literatur nicht existiert. Ausgangsbasis zur Behandlung einer *cultural defense* im Bereich des Verbotsirrtums ist m.E., dass ein differenzierter Kenntnisgrad der Normadressaten verlangt werden muss. Nur dann wäre die Einordnung theoretisch möglich. Im deutschen Recht steht die Einordnung nach dem o.g. Gutachten des 70. Deutschen Juristentages außer Frage. Das ist natürlich nur eine einzige und hoffentlich isolierte Auffassung, die gegen die mehrmals erörterte Entscheidung des Kölner Urteils spricht, aber es ist auch eine wichtige Gegenansicht. Solange die Internalisierung nicht als deutlicher und eindeutiger Maßstab festgestellt wird, wird die Behandlung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen als Unterfall des Verbotsirrtums unsinnig. Nach der aktuellen Verbotsirrtumsdogmatik ist die Wahrscheinlichkeit, dass bei einem fremdkulturellen Täter ein Verbotsirrtum anerkannt wird, gering. Und wenn die Vermeidbarkeitsprüfung mit solch einer Schwierigkeit anfängt und dann noch neue komplizierte Faktoren hinzukommen, wird die Wahrscheinlichkeit, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegen kann, erst recht unmöglich.

Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Rechtssystem ist die durchschnittliche Person „objektiver“ Bezugspunkt der Vermeidbarkeitsprüfung. Beide Rechtsordnungen haben diesen Maßstab der Lehre des Tatbestandsirrtums entnommen, wo er m.E. sinnvoller ist, weil die Wahrnehmung des Tatumstands anhand eines objektiven Maßstabs geklärt werden kann, nicht aber anhand der subjektiven Bewertung der Bedeutung des Unrechts auf der normativen oder auch auf der moralischen Ebene. „Durchschnitt“ und „vernünftig“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, deren extreme Ungenauigkeit ihre korrekte Anwendung unmöglich macht. Die gesellschaftliche Realität verhindert die „Zusammenfassung“ der Vielfältigkeit zu einer einzigen Beschreibung des Menschen. Was ist eigentlich „Durchschnitt“ in der Europäischen Union oder in der Welt? Was ist dann der „Durchschnitt“ aus einem Deutschen, einem Kambodschaner und einem Afghanen?

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht die Einordnung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen bzw. *cultural defense* im Rahmen des Verbotsirrtums theoretisch möglich, aber praktisch unmöglich ist. Wegen der bereits erörterten Schwierigkeiten bei der Überprüfung eines Verbotsirrtums wäre, um eine derartige Einordnung zu schaffen, ohne Zweifel die Neuformulierung der Vermeidbarkeit in beiden Ländern erforderlich. Es ist klar, dass die abweichende kulturelle Wertvorstellung bzw. *cultural defense* ein Schuldproblem ist. M.E. wäre eine bessere und geeignetere

Lösung die Schaffung eines unabhängigen Exkulpationsgrundes speziell für solche Fälle. Im Schlusskapitel dieser Untersuchung wird der Versuch unternommen, einen personalen Ansatz zur Schaffung der *cultural defense* als unabhängigen Schuldausschließungsgrund darzulegen.

Dritter Teil

Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund eines biologischen¹ Hindernisses

Bisher wurde die durch fehlendes rechtliches Wissen bedingte Normbefolgungsunfähigkeit analysiert, die einem Verbotsirrtum entspricht (Teil 2, I., II., III.). Im Folgenden soll der Steuerungsmangel des Täters aufgrund eines biologischen Defizits einer näheren Betrachtung unterzogen werden (Teil 3, I.–III.).

I. Steuerungsmangel wegen biologischen Defizits: Die Steuerungsunfähigkeitslösung im deutschen Recht

A. Einführung

1. Gesetzliche Regelungen

Der deutsche Gesetzgeber geht davon aus, dass der Normadressat im Normalfall schuldfähig, die Schuldunfähigkeit mithin ein Ausnahmefall ist.² Der erste Ausnahmefall ist die Schuldunfähigkeit von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr gemäß § 19 StGB. Die Schuldunfähigkeit ist hier biologisch begründet: Kinder sind unreif. Der zweite Fall der Schuldunfähigkeit betrifft Personen, die aufgrund psycho-physischer Faktoren unfähig sind, das Unrecht einer bestimmten Tat einzusehen.³ Die Schuld ist in diesen Fällen ausgeschlossen oder inexistent, weil jemandem, der aus biologischen Gründen einen Steuerungsmangel hat, die Entscheidungsfreiheit fehlt, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden.⁴ Dem Täter fehlt also die Willensfreiheit,⁵ weil er sich für die Normverletzung nicht ent-

¹ Die zur Diskussion stehenden Defizite werden in dieser Arbeit „biologisch“ genannt, um sie kategorial von der Normbefolgungsunfähigkeit aufgrund eines Informationsdefizits und aufgrund der kulturellen Prägung abzugrenzen. Dies ist m.E. vertretbar, weil die Psyche Teil der organisch-biologischen Beschaffenheit des Menschen ist. Zu den Implikationen dieses Begriffs siehe *Roxin*, AT I, § 20 Rn. 2.

² *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 45; *Schönke/Schröder-Perron*, § 20 Rn. 1; *Roxin*, AT I, § 20 Rn. 1; *NK-Schild*, § 20 Rn. 42.

³ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 10 Rn. 410.

⁴ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 10 Rn. 397.

⁵ Willensfreiheit kann auch, im selben Sinn wie beim Verbotsirrtum, als das „Andershandeln-Können“ verstanden werden. *Jakobs*, AT, § 18 Rn. 25; so auch *NK-Schild*, § 20 Rn. 8. So etwa *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 27 f.; *Schroth*, FS für *Roxin*, S. 721.

schieden hat bzw. nicht entscheiden konnte.⁶ Damit fehlt die Schuld im rechtlichen Sinne.⁷

Der deutsche Gesetzgeber hat die Schuld im StGB nicht definiert, die Schuldfähigkeit des Täters aber als negative Formulierung in einem zweistufigen Aufbau festgeschrieben (§ 20 StGB):

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

§ 21 StGB statuiert:

Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

§ 21 StGB, der in enger Verbindung mit § 20 StGB zu lesen ist, stellt die *verminderte* Schuldfähigkeit des Täters dar. Diese ist nach h.A. keine Unterkategorie der Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit, sondern ein besonderer Schuldmindeungsgrund (dazu unten B.5.).⁸

2. Struktur zur Überprüfung der Steuerungsunfähigkeit

Die Untersuchung einer seelischen Störung gemäß den o.g. Paragraphen wird als zweistufige Struktur-Prüfung⁹ vorgenommen. Auf der ersten Stufe ist stets das Vorliegen eines psychopathologischen Befunds (krankhafte seelische Störung, tiefgreifende Bewusstseinsstörung, Schwachsinn, seelische Abartigkeit) durch die Diagnose eines Experten zu bestätigen. Auf der zweiten Stufe ist nachzuweisen, dass der Täter wegen dieses psychopathologischen Befunds im Moment der Tat unfähig war, das Unrecht seiner Handlung einzusehen (im Folgenden Steuerungsunfähigkeit genannt).¹⁰

3. Die grundlegende Schuldunfähigkeit

Die Schuld ist im deutschen StGB nicht definiert, aber Voraussetzung der Strafbarkeit und demzufolge ihre Grundlage und ihr Maß. Sie kann ex negativo¹¹ so definiert werden: Jemand kann dann schuldig handeln, wenn er mindestens 14 Jah-

⁶ Schieman, Unbestimmte, S. 159.

⁷ NK-Schild, § 20 Rn. 4.

⁸ AKr-Conen, § 21 Rn. 3; Schönke/Schröder-Perron, § 21 Rn. 1; Roxin, AT I, § 20 Rn. 32. Vgl. LK-Jähnke, § 21 Rn. 1; Jakobs, AT, § 18 Rn. 28.

⁹ Auch „Schuldfähigkeitsprüfung“ genannt, Roxin, AT I, § 20 Rn. 1.

¹⁰ Schieman, Unbestimmte, S. 3.

¹¹ Schieman, Unbestimmte, S. 3.

re alt ist und unter keiner der oben genannten Krankheiten leidet. Um zu bestimmen, wie der freie Wille des Individuums sowie seine Selbstbestimmung verstanden werden sollen, wird daher im deutschen Recht nicht nur eine juristische, sondern teilweise auch eine psychiatrische Betrachtung vorgenommen.¹²

Schuldfähigkeit impliziert auch, dass der Staat ein bestimmtes Verhalten vom Normadressaten nur verlangen kann, wenn dieser sich „auf demselben rational-kulturell-kommunikativen Niveau befindet, wie dasjenige, auf dem die Norm basiert, welche das Rechtsgut schützt“.¹³ Deswegen kann man im Prinzip behaupten, dass abweichende kulturelle Wertvorstellungen des Täters unter die Gründe für die Schuldunfähigkeit des § 20 StGB eingeordnet werden können.

Dementsprechend ist Ziel dieses dritten Teils auch, zu prüfen, ob der Täter, der aufgrund seines kulturellen Hintergrunds unfähig ist, das Unrecht seiner Handlung zu verstehen, § 20 oder § 21 StGB unterfällt, und wenn ja, wie genau er dort einzuordnen ist. Diese Eingliederung ist von besonderer Relevanz, weil § 20 StGB das Fehlen der Unrechtseinsicht des Täters voraussetzt; demzufolge ist § 20 bisher von der Lehre als ein Unterfall bzw. besonderer Anwendungsfall der Verbotsirrtumsregelung des § 17 StGB betrachtet worden.¹⁴ Darüber hinaus wurde nicht nur von der früheren Rechtsprechung,¹⁵ sondern auch von der heutigen Lehre die Einordnung des kulturell abweichend geprägten Täters als ein Fall der §§ 20, 21 StGB erörtert, da auch ihm die Einsichtsfähigkeit fehle.¹⁶ Diese Tendenz zur Pathologisierung des kulturell geprägten Täters begann mit der Diskussion über die kulturelle Motivation des Täters bei vorsätzlicher Tötung nach § 211 StGB bzw. den sogenannten Ehrenmorden und der Diskussion über kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe. Dies betrifft die §§ 20, 21 StGB, da im Rahmen dieser Kontroverse auch erörtert wurde, inwiefern abweichende Wertvorstellungen einer Pathologie des Täters entsprechen.¹⁷

4. Historische Entwicklung der Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen als Pathologisierung des Täters

Bezüglich der Pathologisierung des kulturell geprägten Täters lassen sich drei Diskussionsphasen unterscheiden. Hervorzuheben ist, dass mit dieser Diskussion zum ersten Mal nach dem Zweiten Weltkrieg im deutschen Recht eine Art „Pathologisierung kultureller Minderheiten“ erfolgte.

¹² NK-Schild, § 20 Rn. 10 f.

¹³ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351.

¹⁴ Gropp, AT, § 7 Rn. 63; NK-Neumann, § 17 Rn. 97; BGHSt 44, 341, 349; a.A. NK-Schild, § 20 Rn. 64.

¹⁵ BGH GA 1967, 244 (244); BGH NJW 1954, 565 (565). So etwa StV 2002, 20.

¹⁶ Erbil, Toleranz für Ehrenmörder? S. 195, Jakobs, AT, § 19 Rn.7; NK-Schild, § 20 Rn. 102. So etwa Hörnle, Strafzumessung, S. C 85 f.

¹⁷ Vgl. Saliger, StV 2003, 21; Valerius, JZ 2008, 917 f.

a) Erste Diskussionsphase

Der Auftakt der Diskussion, auch als „subjektive“ oder „Vorsatz“-Phase bezeichnet, ist durch große Bemühungen von Lehre und Rechtsprechung gekennzeichnet, den kulturellen Hintergrund bzw. die Moralvorstellung des ausländischen Täters in einem Sinne zu bewerten, der sie nicht in die Nähe niedriger Beweggründe bringt. Charakteristisch für diese Ära ist die tendenzielle Pathologisierung des Täters mit abweichender Moralvorstellung.¹⁸ Emblematische Entscheidung in dieser Phase war das Urteil des 5. Strafsenats von 1966, in dem u.a. die von der Kultur des Herkunftslandes geprägten Anschauungen und Wertvorstellungen des Angeklagten einer psychopathischen Störung gleichgestellt wurden.¹⁹ Zu nennen ist auch die Entscheidung des 4. Strafsenats, in der die Beleidigung sowie die Demütigung des Täters als Auslöser der Tötungshandlung anerkannt wurden, wobei für die Annahme niedriger Beweggründe kein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Tat aufseiten des Täters vorausgesetzt wurde, sondern nur, dass er in der Lage war, die Niedrigkeit seiner Handlung zu bewerten.²⁰ Diese erste Phase ist nicht nur deshalb bemerkenswert, weil die Tötungsdelikte, die eine kulturelle Motivation hatten, als Ehrenmorde bezeichnet wurden oder die Ehre als Motiv der Tötung benannt wurde, sondern auch, weil die abweichende kulturelle Wertvorstellung des Angeklagten überhaupt gewürdigt wurde. Damals war noch nicht klar, inwieweit solche abweichenden Wertvorstellungen Auswirkungen auf die Bewertung der Beweggründe des Täters als „niedrig“ haben sollten. Hauptsache ist, dass die kulturelle Abnormalität des Täters mit einer biologischen gleichgesetzt wurde. Wo die kulturelle Abnormalität des Täters im StGB einzuordnen ist, wurde nicht geklärt.

b) Zweite Diskussionsphase

Die zweite Phase der Judikatur ist von der Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH von 1979 geprägt und wird auch die „objektive“ Phase genannt. Der BGH betrachtete den kulturellen Hintergrund des Täters im Rahmen einer *Gesamtwürdigung*. Danach müssen zur Bestimmung niedriger Beweggründe alle Umstände erwogen werden und die abweichende kulturelle Wertvorstellung des Täters muss Teil dieser Gesamtwürdigung sein.²¹ Hier liegt keine Pathologisierung des Täters mehr vor und die kulturelle Anschauung des Betroffenen ist nicht länger ein Problem des Vorsatzes, sondern ein Problem der objektiven Bewertung des Charakters der Beweggründe als niedrig. Dies erfordert im konkreten Fall die Analyse der Beweggründe und Vorstellungen des Täters sowie seiner individuellen Umstände.

¹⁸ Saliger, StV 2003, 21.

¹⁹ BGH GA 1967, 244.

²⁰ Saliger, StV 2003, 21.

²¹ Saliger, StV 2003, 21.

c) Dritte Diskussionsphase

Die sogenannte dritte Phase der deutschen Rechtsprechung brachte die Entscheidung, dass abweichende kulturelle Anschauungen des Täters bei der Bewertung der Beweggründe belanglos sind. Nach dieser Auffassung müssen die Beweggründe des Täters anhand der herrschenden deutschen Rechtsgemeinschaft und Rechtsanschauung bewertet werden, nicht gemäß der Anschauung bzw. den Wertvorstellungen einer kulturellen Minderheit.²² Damit wurde explizit klargestellt, dass die in Deutschland herrschenden juristischen und gesellschaftlichen Ansichten maßgeblich sind.

Mit dem Kölner Urteil von 2012 kann man den Beginn einer vierten und die Überwindung dieser dritten Phase ausmachen. Laut dem Kölner Urteil hatte die personelle Anschauung des Täters einen unvermeidbaren Verbotsirrtum ausgelöst. Obwohl das Urteil, das letztlich zu einer gesetzlichen Regelung der Beschneidung führte, keine Ehrverletzung zum Gegenstand hatte, deutet es an, dass die herrschende deutsche Anschauung auch Raum für fremde Wertvorstellungen lässt.²³

Auch nach dem „Beschneidungsfall“ folgen die Urteile bei anderen Fallkonstellationen noch der Auslegung aus der ersten o.g. Phase bzw. der Pathologisierung des kulturell abweichenden Täters. Die Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2006 stellte, auch im Rahmen der Bewertung der niedrigen Beweggründe, aufgrund der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen des Täters fest, dass „die in bäuerlichen Verhältnissen aufgewachsene, des Lesens und Schreibens nicht mächtige, kaum Deutsch sprechende und deshalb ganz besonders in ihrem Kulturkreis verhaftete Angeklagte Han G. [wegen Beihilfe verurteilt] die zur Niedrigkeit der Tötungshandlung des Has G [des Täters] führenden Wertungsgesichtspunkte in ihrem Bedeutungsgehalt geistig nicht nachvollziehen konnte“.²⁴ Nach der Auffassung *Jakobs* bedeutet eine derartige Begründung eine mittlerweile vorhandene Anerkennung „eines (partiellen) sozialen Schwachsinn, der auf die subjektive Seite des niedrigen Beweggrunds ausstrahlt“.²⁵

Dass die abweichenden kulturellen Wertvorstellungen des Täters ein Schuldproblem sind, ist unbestreitbar. Ob dieses richtigerweise ein Unterfall der §§ 20, 21 StGB ist, wird im Folgenden geprüft. Um bestimmen zu können, unter welche Fallkonstellation der §§ 20, 21 StGB die kulturellen Wertvorstellungen als Grund

²² BGH 2 StR 425/03. Urt. v. 28. Januar 2004 (LG Frankfurt); *Hilgendorf*, JZ 2009, 140; *Saliger*, StV 2003, 21; *Valerius*, JZ 2008, 915.

²³ Für eine multikulturalistische Auflösung des Rechts in diesem Fall siehe *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 332.

²⁴ BGH 5 StR 341/05 Beschluss vom 10. Januar 2006 (LG Göttingen), BGH NJW 2006, 1012.

²⁵ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), Fn. 43.

der Schuldunfähigkeit des Täters einzuordnen sind, muss zunächst ein Blick auf die krankheitsbedingte Steuerungsunfähigkeit geworfen werden.

Im Folgenden werden die gesundheitlichen Gründe der Steuerungsunfähigkeit dargelegt (sogleich B.); anschließend wird die fehlende Normbefolgungsfähigkeit diskutiert (nachfolgend C.) und auf die spezielle Frage der Einordnung kultureller Wertvorstellungen im Rahmen der §§ 20, 21 StGB (unten D.) eingegangen.

B. Gesundheitliche Einschränkungen

Die gesundheitlichen Gründe des § 20 StGB sind in krankhafte seelische Störungen (1.), tiefgreifende Bewusstseinsstörungen (2.), Schwachsinn (3.) und seelische Abartigkeit (4.) eingeteilt. Die verminderte Schuldfähigkeit (5.) wird nicht als eine Art der Steuerungsunfähigkeit betrachtet, sondern in der Folge geprüft, wenn die Voraussetzungen der Steuerungsunfähigkeit nicht bestätigt werden konnten. Zum Schluss wird die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Zusammenhang mit der Steuerungsunfähigkeit erörtert (6.).

Die Bestätigung eines Krankheitsbildes stellt die „erste Stufe“ zur Bestimmung der Steuerungsunfähigkeit dar. Es gibt für das Gebiet des § 20 StGB eine zweistufige Analyse zur Überprüfung der Schuldunfähigkeit des Täters aus einem der o.g. Gründe,²⁶ die von der deutschen Strafrechtslehre sowie der Psychiatrie komplett anerkannt ist.²⁷ Sie wird von einem Arzt vorgenommen und erfordert eine forensische Begutachtung, die zunehmend gemäß den international eingeführten Klassifikationssystemen DSM (Diagnostisches und Statistisches Manual) und ICD (International Classification of Diseases) erfolgt.²⁸ Schon in dieser ersten Phase zur Überprüfung der Steuerungsunfähigkeit aufgrund eines physiologischen Defizits wäre die Subsummierung des kulturell anders geprägten Täters ausgeschlossen, es sei denn, er hätte eine medizinisch feststellbare Krankheit. Bisher wurde die „abweichende kulturelle Prägung des Täters“ – obwohl Grund seiner fehlenden Unrechtseinsicht – weder von der DSM noch von der ICD als medizinische Diagnose angenommen.

Im Folgenden werden die Gründe dargelegt, die der sogenannten ersten Stufe der Überprüfung der Normbefolgungsfähigkeit entsprechen.

²⁶ Vgl. *Tofahrn*, AT, § 5 Rn. 245.

²⁷ *BK-Fischer*, § 20 Rn. 5; *SSW-StGB-Kaspar*, § 20 Rn. 8; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 437; *Kindhäuser*, AT, § 22 Rn. 5.; *Roxin*, AT I, § 20 Rn. 1; *Schild*, Dimensionen, S. 156 ff.; *NK-Schild*, § 20 Rn. 33; *Schiemann*, Unbestimmte, S. 3; *MK-Streng*, § 20 Rn. 12; *Toepel*, Grundstrukturen, S. 217. Aus der Psychiatrie *Dettmeyer/Madea*, Basiswissen Rechtsmedizin, S. 61–65.

²⁸ So *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 53, über die Überprüfung der Willensfreiheit; *MK-Streng*, § 20 Rn. 13.

1. Krankhafte seelische Störungen

Der Begriff „krankhafte seelische Störung“ wurde ursprünglich mit der Störung der Geistestätigkeit gleichgesetzt. Dies fußte jedoch auf einer begrenzten Betrachtung, weil die Störung sich nicht nur auf das intellektuelle Gebiet beschränkt, sondern auch einen emotionalen Aspekt enthält. Ausgangspunkt für den Begriff²⁹ sind Leidensbilder oder psychische und psychiatrische Abweichungen.³⁰ Er soll hier, weil er so komplex ist und im strafrechtlichen Bereich schwerwiegende Folgen hat, weiter präzisiert werden.

Die h.L. stimmt darin überein, dass der heute geltende Begriff den Gesamtbereich des Psychischen umfasst.³¹ Krankhafte seelische Störungen sind alle Störungen auf intellektuellem und emotionalem Gebiet, die sich nicht auf eine im Erlebniszusammenhang liegende Anomalie beziehen.³² Die Bezeichnung „Störung“ bezeichnet erworbene Abnormitäten und bedeutet in groben Umrissen Abweichungen von dem, was im biologischen Sinne „durchschnittlich-normal“ ist.³³ Die Einordnung und Diagnostik solcher Erkrankungen erfolgt nach Kriterien, die irgendwo zwischen gesicherten Erkenntnissen und offenen Problemen angesiedelt sind. Im Schrifttum wird der Versuch unternommen, einen Katalog von Krankheitsmerkmalen zu erstellen, wobei die Klassifikation des ICD der Weltgesundheitsorganisation berücksichtigt wird. Der Diagnoseschlüssel ICD-10 ordnet Störungsbilder nach operationalen Kriterien.³⁴ Vor Gericht gibt es jedoch keine zwingende Einordnung. Eine der wenigen empirischen Untersuchungen zu diesem Thema in Deutschland, die Forschung *Schnorrs*, zeigt, dass in 59 der 238 Fälle, in denen Gutachter eine psychische Störung diagnostizierten, und somit aus 7 % der Gutachten „nicht hervor[g]ing, dass sich der Sachverständige bei der Diagnostik an einem anerkannten Klassifikationssystem wie der ICD-10 oder dem DSM-IV orientierte“.³⁵

Nach der h.M. zählen zu diesen krankhaften seelischen Störungen zuerst die exogenen Psychosen, also „solche seelische Abnormitäten, die nachweisbar auf organischen Ursachen beruhen“.³⁶ Hier sind die traumatischen Psychosen nach Hirnverletzungen,³⁷ hirnorganische Krampfleiden (Epilepsie),³⁸ die Infektionspsychose (progressive Paralyse),³⁹ hirnorganisch begründeter Persönlichkeitsabbau

²⁹ So NK-Schild, § 20 Rn. 73.

³⁰ Stern, Verteidigung, S. 233.

³¹ Roxin, AT I, § 20 Rn. 8.

³² Jescheck/Weigend, AT, S. 438; Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 9.

³³ Jakobs, AT, § 17 Rn. 25; Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 7.

³⁴ Schiemann, Unbestimmte, S. 192.

³⁵ Schnorr, Beurteilung, S. 40.

³⁶ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 10. So Stern, Verteidigung, S. 233.

³⁷ Stern, Verteidigung, S. 233.

³⁸ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 10; BGH, StV 1992, 503; NJW 1995, 795.

³⁹ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 10; Roxin, AT I, § 20 Rn. 9; Schiemann, Unbestimmte, S. 190.

(z.B. Demenz, Hirnarteriosklerose, Hirnatrophie⁴⁰), Hirntumore,⁴¹ Stoffwechselerkrankungen des Gehirns⁴² und Intoxikationspsychosen (nach moderner Auffassung auch die durch Alkohol und sonstige Rauschmittel) einzuordnen.⁴³ Die problematischsten Fälle, die zu letzterer Kategorie zählen, sind die Fälle von Trunkenheit, die in der Vergangenheit als Bewusstseinsstörung betrachtet wurden. Das Problem besteht darin, dass es bisher keine bestimmte Promillegrenze der Blutalkoholkonzentration (BAK) gibt, um die Schuldunfähigkeit aus diesem Grund zu bestimmen. Es gibt bisher nur eine Einzelfalllösung, was für eine kontinental-europäische Rechtstradition wie die deutsche sehr außergewöhnlich ist. So hat die Rechtsprechung die Kriterien noch nicht einheitlich festgestellt, aber es können folgende Richtlinien festgehalten werden:

Gemäß BGH StrV 1990, 107, wird, wenn die BAK über 3 ‰ liegt, die Schuldunfähigkeit sehr oft bestätigt. Allerdings gibt es keinen generell gültigen Erfahrungssatz dieses Kriteriums.⁴⁴ Gemäß BGH NSTz 1987, 545 liegt ein Fall der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB nicht einmal dann unbedingt vor, wenn eine BAK von 3,94 ‰ gegeben ist.⁴⁵ Zusätzlich gilt ein besonderes Kriterium für an Alkohol gewöhnte Personen, weil diese Alkohol viel besser vertragen als Gelegenheitskonsumenten. Wenn ein BAK von unter 3 ‰ vorliegt, ist ein an Alkohol Gewöhnter in der Regel nicht schuldunfähig gemäß § 20 StGB,⁴⁶ liegt er aber über 3 ‰, so ist nach ständiger deutscher Rechtsprechung die Schuldunfähigkeit sehr plausibel.⁴⁷ Unter 2,5 ‰ BAK kann die Schuldunfähigkeit in den meisten Fällen noch bestätigt bzw. die Schuldunfähigkeit verneint werden. Liegt die BAK bei 2 ‰ oder darunter, ist eine Schuldunfähigkeit nur unter bestimmten Umständen zu bejahen,⁴⁸ die Möglichkeit der Bejahung der verminderten Schuldunfähigkeit nach § 21 StGB besteht dennoch.⁴⁹

Zur Kategorie der krankhaften seelischen Störungen zählen sodann die endogenen Psychosen, d.h. „seelische Störungen, deren körperliche, d.h. hirnphysiologische und/oder genetische Begründbarkeit zwar häufig angenommen wird, bis jetzt aber nicht nachgewiesen ist“.⁵⁰ Sie werden als endogen bezeichnet, da sie aus dem

⁴⁰ Roxin, AT I, § 20 Rn. 9; Schiemann, Unbestimmte, S. 190.

⁴¹ Schiemann, Unbestimmte, S. 190.

⁴² Schiemann, Unbestimmte, S. 190.

⁴³ Roxin, AT I, § 20 Rn. 9.

⁴⁴ Roxin, AT I, § 20 Rn. 10.

⁴⁵ Roxin, AT I, § 20 Rn. 10; NK-Schild, § 20 Rn. 81 ff.

⁴⁶ OLG Naumburg, Beschl. v. 06.07.2010.

⁴⁷ BGHSt 57, 247; BGH I StR 59/12 – Beschl. v. 29.5.2012 (LG München II).

⁴⁸ Roxin, AT I, § 20 Rn. 10.

⁴⁹ BGH StrV 1989, 14.

⁵⁰ Jescheck/Weigend, AT, S. 439; Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 11.

Innern heraus zu entstehen scheinen. Zu dieser Art von Krankheit gehören die beiden großen Bereiche der Schizophrenie und der Zyklothymie.⁵¹

2. Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen

Unter diesem Begriff versteht man schwere affektive Ausnahmezustände, die nicht durch bestimmte Krankheiten bedingt sind und daher keine krankhafte Beeinträchtigung des Bewusstseins bedeuten.⁵² Diese Kategorie umfasst die nicht krankhaften Störungen, die seelisch bedingt sind oder bei denen ein „konstellativer Faktor“ dazu kommt.⁵³ Die Bewusstseinsstörung steht wie alle Schuldunfähigkeitsgründe in Verbindung mit der ausgeschalteten bzw. fehlenden Selbstbestimmung des Individuums.⁵⁴

Hierzu gehören z.B. Vollrausch, Erschöpfung, Ermüdung, hochgradiger Affekt.⁵⁵ Nicht umfasst sind Bewusstlosigkeit und Schlaf, da es in solchen Fällen an einer bewussten Handlung mangelt.⁵⁶ Auch der durch Alkohol bedingte Rausch wird teilweise in diese Kategorie eingeordnet – er ist einer der häufigsten Fälle.⁵⁷ Hauptfall der tiefgreifenden Störungen ist jedoch der Zustand heftiger Affekte (z.B. Wut, Hass, Eifersucht, Angst), die nur selten infrage kommen, aber große Schwierigkeiten bereiten, wenn der Affekt überwunden werden konnte. Ein Teil der Lehre unternimmt den Versuch, das Problem durch eine analoge Anwendung des § 17 StGB aufzulösen, also mit der Anwendung des Vermeidbarkeitsmaßstabs.⁵⁸ Diese Lösung hatte weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung Erfolg. Die h.M. vertritt die Auffassung, dass § 17 StGB von vornherein nur einen unvermeidbaren Verbotsirrtum exkulpiert, während beim § 20 die Vermeidbarkeit der Schuldunfähigkeit keine Rolle spielt.⁵⁹ Denn die Lösung solcher Fälle besteht in der *actio libera in causa*.⁶⁰

⁵¹ Roxin, AT I, § 20 Rn. 12.

⁵² Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 12; Schiemann, Unbestimmte, S. 233.

⁵³ Jescheck/Weigend, AT, S. 439.

⁵⁴ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 13.

⁵⁵ NK-Schild, § 20 Rn. 86; Wessels/Beulke/Satzger, § 10 Rn. 410.

⁵⁶ Krey/Esser/Röhling, AT, § 20 Rn. 662.

⁵⁷ Jescheck/Weigend, AT, S. 440.

⁵⁸ Rudolphi, FS für Henckel, S. 199 ff.

⁵⁹ Jescheck/Weigend, AT, S. 439; Roxin, AT I, § 20 Rn. 17.

⁶⁰ Jescheck/Weigend, AT, S. 439; Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 15 a; Otto, AT, § 13 Rn. 25 ff.; Vgl. Köhler, AT, S. 397; Sydow, Die actio libera in causa, S. 48, 225. Zur Lösung dieser Problematik schlägt Schild eine doppelte Schuldform vor. Erste Schuldform wäre in überkommenem Verständnis die Willens- und Tatschuld. Zweite Schuldform wäre die der Vermeidbarkeit. Diese zweite Schuldform folge aus der verantwortlichen Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft und werde vom § 17 StGB erfasst. Der Vorschlag besteht darin, „im Sinne des Vorverschuldens und entsprechend der Regelung des § 17 (und damit bewusst: gegen die Regelung des § 20) auf die (Un-)Vermeidbarkeit der seelischen Stö-

3. Schwachsinn

Der Schwachsinn wurde in manchen Fällen zur schweren seelischen Abartigkeit gezählt, zumeist jedoch als getrennte Störung berücksichtigt⁶¹ bzw. als Unterart der schwereren seelischen Abartigkeiten betrachtet.⁶² Er wird auch als befundlose Oligophrenie bezeichnet.⁶³ Schwachsinnig ist jemand, der ohne nachweisbare Ursache mit Intelligenzschwäche oder seelischer Fehlentwicklung geboren wurde.⁶⁴ Wenn ein solcher Umstand aufgrund einer Hirnschädigung im Mutterleib, einer traumatischen und komplizierten Geburt oder Schädigungen im frühen Kindesalter vorliegt, fällt dies nicht unter den Schwachsinn, sondern unter die erste Kategorie der krankhaften seelischen Störungen.⁶⁵ Ebenso wenig fällt die leichte Intelligenzschwäche unter den Schwachsinn.⁶⁶ Als übliche Äußerungen des Schwachsinns sind zu nennen die Idiotie (bei der die geistige Entwicklung hinter der eines fünfjährigen Kindes zurückbleibt); Imbezillität (der Geisteszustand entspricht dem eines Kindes zu Beginn der Pubertät) und Debilität (die geistige Entwicklung des Individuums bleibt beim Abschluss der Pubertät stehen).⁶⁷

4. Seelische Abartigkeit

Die seelische Abartigkeit ist im deutschen Recht ein Oberbegriff, der „jenen unbestimmten Rest abnormer seelischer Phänomene erfasst“.⁶⁸ Unter diesen Begriff fallen die Abweichungen des seelischen Zustands von dem eines durchschnittlichen Individuums. Erfasst werden nicht nur die organischen Defekte, sondern auch Zustände, die nicht unbedingt als psychiatrische Krankheiten betrachtet werden.⁶⁹

zung abzustellen, wofür (auch) der Gedanke der (Un-)Zumutbarkeit fruchtbar gemacht werden könne“, NK-Schild, § 20 Rn. 95.

⁶¹ NK-Schild, § 20 Rn. 69 f.

⁶² Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 18.

⁶³ Gropp, AT, § 6 Rn. 80.

⁶⁴ Gropp, AT, § 6 Rn. 80; Jakobs, AT, § 18 Rn. 13; Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 18; Schiemann, Unbestimmte, S. 267.

⁶⁵ Roxin, AT I, § 20 Rn. 21; Schiemann, Unbestimmte, S. 267.

⁶⁶ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 18; Schiemann, Unbestimmte, S. 268.

⁶⁷ AKr-Conen, § 20 Rn. 67; Gropp, AT, § 6 Rn. 80; Schöch, Schuldunfähigkeitsbeurteilung und strafrechtliche Sanktionen bei psychisch Gestörten, in: Dudeck/Kaspar/Lindemann (Hrsg.), Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie, S. 18. Die drei oben genannten Zustände werden auch wie folgt nach dem gemessenen IQ eingeordnet: Bei einem IQ von 60 bis 80 oder 50 bis 69 wird Debilität angenommen. Bei einem IQ zwischen 40 und 60 und 30 und 49 schließt man auf Imbezillität, Idiotie wird teilweise bei einem IQ unter 40 und teilweise bei einem IQ unter 30 angenommen; Schiemann, Unbestimmte, S. 268.

⁶⁸ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 19. Er wird auch als „Sammelbegriff“ bezeichnet, Gropp, AT, § 6 Rn. 82.

⁶⁹ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 19; NK-Schild, § 20 Rn. 102. So in der Rechtsprechung, BGHSt 34, 22 (24); BGH, StV 1989, 104.

Wichtig dafür, dass die Störung von großer Bedeutung ist, ist, dass sie den Kern der Persönlichkeit des Individuums beeinträchtigt und somit seine Fähigkeiten geschädigt werden. Unumstritten fällt unter diese Kategorie der weite Bereich der Psychopathien, Neurosen und Triebstörungen.⁷⁰ Hier stellt sich die Frage, ob Persönlichkeitsstörungen (z.B. sexuelle Hörigkeit, Spielsucht u.a.) sowie abweichende kulturelle Wertvorstellungen unter diese Kategorie fallen.⁷¹ Unter diese Art von Steuerungsunfähigkeit würde der oben genannte Fall abweichender kultureller Wertvorstellungen fallen, wenn sie in Anlehnung an § 20 StGB geltend gemacht würde.

5. Verminderte Schuldfähigkeit

Wie oben gesagt, ist die verminderte Schuldfähigkeit keine Form der Steuerungsunfähigkeit, sondern wird in der Folge geprüft, wenn die Umstände der Steuerungsunfähigkeit gemäß § 20 StGB fehlen und die Person trotzdem psychisch krank ist und diese Krankheit diagnostiziert wurde. Die Person ist noch „partiell fähig“. Diese Bestimmung ist eine „quantitative Abstufung“,⁷² was bedeutet, dass der Täter in irgendeiner Weise noch schuldfähig und demzufolge strafrechtlich zu belangen ist.⁷³ Dies berücksichtigt, dass jemand größere oder geringere Schwierigkeiten dabei haben kann, sich durch Normen zum Ablassen von einer Straftat motivieren zu lassen. Die Schuldminderung liegt zwischen Schuldunfähigkeit und Schuldfähigkeit. Sie beschreibt eine Möglichkeit, die gemäß § 49 StGB bestimmt werden soll.⁷⁴ Die häufigsten Fälle, bei denen die Rechtsprechung eine verminderte Schuldfähigkeit erkennt, sind die der sexuellen Triebstörungen,⁷⁵ die Folgeerscheinungen bei stofflichen Süchten⁷⁶ und die akute Alkoholintoxikation.⁷⁷ Darüber hinaus gibt es auch Rechtsprechungen, in der die abweichenden kulturellen Wertvorstellungen des Täters eine Strafmilderung gemäß § 21 StGB begründet haben. Im Urteil des Landgerichts Bückeburg vom 14. März 2006 etwa geht es um einen 28-jährigen italienischen Einwanderer, der in Deutschland seine 22-jährige Verlobte drei Wochen lang in seiner Wohnung festhielt. Das Festhalten war der

⁷⁰ Schiemann, Unbestimmte, S. 275.

⁷¹ NK-Schild, § 20 Rn. 102. In diesem Sinn zutreffend Jakobs, AT, § 19 Rn. 7. Zu dem Ausschluss von solchen Fällen vom § 20: Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 5; Koller, Ausländer und Migranten im Maßregelvollzug – fremd in Therapie und Recht, S. 25; Valerius, JZ 2008, 918.

⁷² AKr-Conen, § 21 Rn. 4. Jakobs, AT, § 18 Rn. 30, vertritt die Auffassung, dass die Abstufung der verminderten Schuldfähigkeit kein Problem der Zurechnungsunfähigkeit sei, sondern der Zumutbarkeit des Täters.

⁷³ Schönke/Schröder-Perron, § 21 Rn. 1.

⁷⁴ AKr-Conen, § 21 Rn. 2.

⁷⁵ BGH NStZ-RR 2002, 230.

⁷⁶ NStZ-RR 2001, 81; NStZ 2006, 88.

⁷⁷ AKr-Conen, § 21 Rn. 5.

Überzeugung des Täters entsprungen, sie sei ihm untreu gewesen. Während dieser drei Wochen verübte der Täter an dem Opfer sexuelle Gewalttaten, andere erniedrigende Handlungen sowie schwere Verletzungen.

Der Täter wurde wegen Freiheitsberaubung, Vergewaltigung und Körperverletzung angeklagt und zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. In diesem Fall billigte der Richter bei der Strafzumessung gemäß § 49 StGB dem Täter als besonderen gesetzlichen Milderungsgrund eine verminderte Schuldfähigkeit aufgrund einer beachtlichen Verminderung seiner Kontrollfähigkeit nach § 21 StGB zu. Diese Strafmilderung wurde teilweise mit der vorliegenden Drogenabhängigkeit des Täters und teilweise mit seiner übertriebenen Eifersucht aufgrund seiner besonderen kulturellen und ethnischen Prägungen begründet.⁷⁸ Die kulturellen Wertvorstellungen des Täters über die Rolle bzw. die Stellung von Frauen und Männern in der sardischen Gesellschaft wurden mitbedacht, weshalb das Landgericht behauptete, dass eine solche Vorstellung „wenngleich [...] nicht als Entschuldigung erhalten“ dürfe, doch „strafmildernd berücksichtigt werden“ müsse.⁷⁹ Dieser Fall repräsentiert eine der häufigsten Gegebenheiten, in der die kulturellen Wertvorstellungen bewertet werden sollen: sexuelle sowie Tötungs- und schwere Gewaltdelikte. Hier wurden die gesellschaftlichen Vorstellungen des Täters als Grund seiner übertriebenen Eifersucht betrachtet und dementsprechend als eine Pathologie bzw. verminderte Kontrollfähigkeit akzeptiert. Das ist interessant, weil mit dieser Auffassung festgestellt werden kann, dass sich eine kulturelle Besonderheit allein schon als kognitive Behinderung auswirken kann.⁸⁰ Zugleich ist diese Auffassung problematisch: Die Gegner der Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen argumentieren hauptsächlich, dass die Anerkennung der kulturellen Wertvorstellungen des Täters als Strafmilderungs- oder Exkulpationsgrund gerade geschlechtsspezifische Gewalt sowie Gewalt gegen Kinder als gesellschaftliches bzw. kulturelles Problem trivialisiere.⁸¹

Bei Anwendung des § 21 StGB besteht außerdem das Problem der Kollision mit § 17 StGB, da beide die Einsichtsfähigkeit des Täters betreffen und eine mögliche Strafmilderung enthalten. Wenn der Täter eine Einsichtsfähigkeit hatte, sie aber nicht hinreichend nutzte, kann ein solcher Fall entweder gemäß § 21 oder nach § 17 behandelt werden. Entscheidend ist, ob in dem jeweiligen Fall die Einsichtsunfähigkeit des Täters durch seinen Defektzustand oder durch andere Umstände bedingt ist.⁸² Zugleich und als weiteres Problem bedeutet die Friktion zwischen § 17 und § 21 StGB einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁸³ Wenn der

⁷⁸ Basile, *Multikulturelle Gesellschaft*, S. 270.

⁷⁹ Basile, *Multikulturelle Gesellschaft*, S. 270.

⁸⁰ Jakobs, *ZStW* 118 (2006), 841.

⁸¹ So etwa Hörnle, *Strafrechtliche Verbotsnormen: Ergänzen, Erweitern, Abschaffen?* S. C 53 f.

⁸² Schönke/Schröder-Perron, § 21 Rn. 6/7.

⁸³ Roxin, *AT I*, § 20 Rn. 35.

Täter das Unrecht seiner Handlung nicht erkannt hat, aber seine Unrechtseinsicht vermeidbar war, handelt er im Verbotsirrtum des § 17 Satz 2 StGB. Wenn der Verbotsirrtum aufgrund eines biologischen Merkmals⁸⁴ die „erhebliche verminderte Einsichtsfähigkeit berührt“,⁸⁵ ist die Strafmilderung des § 21 anzuwenden. Wichtig ist, dass die Verminderung der Einsichtsfähigkeit „erheblich“ ist. Dieses Problem kann nur gelöst werden, wenn die für den Täter vorteilhaftere Norm angewandt werden kann, im Prinzip § 17 Satz 2 StGB. Dies hat zur Folge, dass § 21 StGB normativen Wert und Wirkung verliert.⁸⁶ Dennoch erscheint dies als einzig vertretbare Auffassung, da sonst der geistig gesunde Täter beim vermeidbaren Verbotsirrtum eine Milderungsmöglichkeit hat, während der Täter mit verminderter Schuldfähigkeit aus biologischen Gründen mit dem Normalstrafrahmen bestraft werden kann.⁸⁷

6. Entspricht die kulturelle Prägung des Täters den oben genannten Krankheitsbildern?

Dass eine abweichende kulturelle Prägung und eine seelische Störung gleichzeitig in einem Täter koexistieren können, steht außer Frage. Es könnte auch sein, dass ein kulturgebundenes Syndrom vorliegt.⁸⁸ Unter diese Art von Syndrom fallen „Krankheitsbilder oder Krankheitssymptome, die nur in bestimmten Kulturen auftreten“,⁸⁹ so z.B. das Susto-Syndrom, das als eine an den hispano-amerikanischen Raum gebundene Krankheit definiert wird. Es ist eine akute und chronische Erkrankung, die von dem Betroffenen auf eine erschreckende gegenwärtige oder vergangene Erfahrung zurückgeführt wird. Symptome sind u.a. Appetitverlust, Gewichtsverlust und Schlafstörungen.⁹⁰ Entsprechende Fälle finden im deutschen Recht aber keine Anwendung durch die Rechtsprechung, sondern sind eher theoretisches Diskussionsobjekt. Eine solche Krankheit kann eine Schuldunfähigkeit gemäß §§ 20, 21 StGB begründen, wenn eine einschlägige seelische Störung, z.B. eine Psychose, vorliegt. Allerdings ist bei kulturell abweichend geprägten Tätern

⁸⁴ Schönke/Schröder-Perron, § 21 Rn. 6/7.

⁸⁵ Roxin, AT I, § 20 Rn. 35.

⁸⁶ Schönke/Schröder-Perron, § 21 Rn. 6/7; Roxin, AT I, § 20 Rn. 35.

⁸⁷ Diese Problematik würde vermieden, wenn die Strafmilderung des § 21 StGB keine mögliche, sondern eine obligatorische Strafmilderung wäre, weil dann der durch eine seelische Störung bedingte Verbotsirrtum bei einer erheblichen Verminderung der Einsichtsfähigkeit gemäß § 21 StGB immer zur einer Strafmilderung führen würde. Dagegen würde im Fall eines Verbotsirrtums des § 17 StGB aus biologischen Gründen, der aber keine erhebliche Verminderung der Einsichtsfähigkeit enthält, die Strafe nach § 17 StGB gemildert werden. Siehe Schönke/Schröder-Perron, § 21 Rn. 6/7.

⁸⁸ Uhlig, Ethnographie, S. 66.

⁸⁹ Uhlig, Ethnographie, S. 66.

⁹⁰ Machleidt/Callies, in: Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie und Psychotherapie, S. 321.

die Lage anders. Die Frage ist dann, ob eine Steuerungsfähigkeit, abgesehen von einem biologischen Befund, allein auf die kulturell abweichenden Wertvorstellungen – die kulturelle Prägung, die die Unrechtseinsicht des Täters verhindert – zurückgeführt werden kann.

In Lehre und Rechtsprechung können bereits einige Ansätze sowie Auslegungslinien zur Eingliederung der Einsichtsunfähigkeit des Täters aufgrund der kulturellen Prägung des Täters in §§ 20, 21 StGB ausgemacht werden. Drei Möglichkeiten, abweichende kulturelle Wertvorstellungen in die o.g. Kategorien einzuordnen, sollen im Folgenden betrachtet werden: krankhafte seelische Störungen (a), Schwachsinn (b) und seelische Abartigkeit (c).

a) Ansatz zur Betrachtung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen als Unterfall der krankhaften seelischen Störung oder des Schwachsinn

In seinem Urteil vom 29. August 2001 kam der BGH im Revisionsverfahren zu dem Schluss, dass bei der Annahme eines minder schweren Falles einer Vergewaltigung strafmildernd berücksichtigt werden darf, „daß der Täter zur Begehung der Tat eine geringere Hemmschwelle zu überwinden hatte, weil er sowie die Verletzte der Tat aus einem anderen Kulturkreis stammen und sie noch dem traditionellen Rollenverständnis verhaftet sind, bei dem von der Ehefrau gegenüber dem Ehemann Unterordnung und Gehorsam erwartet wird.“⁹¹ In dem Fall ging es um einen Täter türkischer Staatsangehörigkeit, der mit der Nebenklägerin, ebenfalls türkische Staatsangehörige, seit 1974/75 verheiratet war. Aufgrund von Spannungen in der Ehe zog die Frau aus der ehelichen Wohnung 1998 aus und reichte im Januar 1999 einen Scheidungsantrag beim Familiengericht ein.⁹² Auf Drängen der gemeinsamen Söhne kehrte die Frau jedoch in die eheliche Wohnung zurück, unter der Bedingung, dass sie in einem anderen Schlafzimmer schlafen und keinen sexuellen Kontakt mit dem Angeklagten haben würde. Der Angeklagte versuchte sie zu überreden, zu zweit im selben Zimmer schlafen, was sie ablehnte. Daraufhin bedrohte er sie mit einem Messer und vollzog gegen ihren Willen Geschlechtsverkehr mit ihr.⁹³ Solche Situationen wiederholten sich. Hinzu kamen andere Handlungen häuslicher Gewalt. Später folgten, über Monate hinweg, ständige Bedrohungen und Beschimpfungen. Am 31. Dezember 1999 zog die Frau endgültig aus der gemeinsamen Wohnung aus und erstattete Strafanzeige wegen Körperverletzung. Allerdings bemühte sie sich nach der Festnahme des Angeklagten um seine Freilassung. In der Hauptverhandlung bat sie darum, keine hohe Strafe für den Angeklagten zu verhängen, um ihre Familie nicht weiter auseinanderzubringen.⁹⁴

⁹¹ BGH StV 2002, 20.

⁹² BGH StV 2002, 20.

⁹³ BGH StV 2002, 20.

⁹⁴ BGH StV 2002, 20.

Interessant ist an diesem Fall nicht nur, dass die kulturellen Wertvorstellungen des Täters berücksichtigt wurden, sondern auch die des des Opfers. Der BGH behauptete, dass die Niedrigkeit der Hemmschwelle eine Störung im Sinne des § 20 StGB ist.⁹⁵ Aufgrund der islamischen Wertvorstellungen von Täter und Opfer nahm der BGH einen minder schweren Fall der Vergewaltigung an. Wenn die krankhafte seelische Störung als Störung des intellektuellen und emotionalen Bereichs des Menschen konzipiert würde, könnten hier prinzipiell nicht nur Fälle niedriger Hemmschwellen, sondern auch andere Fälle, in denen dem Täter die Einsichtsfähigkeit fehlt, eingeordnet werden.

Bezüglich dieses bestimmten Falls schlägt *Jakobs* in der Lehre eine gänzlich andere Auslegung vor. Zwar ist auch er der Meinung, dass solch ein Fall gemäß § 20 StGB behandelt werden sollte, da der Täter wegen seiner fremden Sozialisation (auch exotische Sozialisation genannt) abweichende Wertungen habitualisiert habe.⁹⁶ *Jakobs* betrachtet aber diese „eingetübte perverse Wertung“ als eine Art „kulturellen Schwachsinn“ im Sinne des § 20 StGB aufgrund einer partiellen seelischen Leistungsfähigkeit.⁹⁷ Solch eine Betrachtung ist abzulehnen, da man verstehen muss, dass die kulturelle Minderheit bzw. dass jede fremde Kultur ihre eigene Vorstellung hat, die als Imbezillität oder Idiotie betrachtet werden kann. Im Schrifttum erkennt *Jakobs* an, dass seine Auffassung „vielleicht sogar abwegig“ sei.⁹⁸

*b) Ansatz zur Betrachtung der abweichenden kulturellen Wertvorstellungen
als seelische Abartigkeit*

Abweichende kulturelle Wertvorstellungen könnten unter „seelischer Abartigkeit“ berücksichtigt werden, weil unter dieser Kategorie „jener unbestimmte Rest abnormer seelischer Phänomene“⁹⁹ erfasst wird. In der strafrechtlichen Lehre vertritt *Martin Böse* die Auffassung, dass *de lege ferenda* für Glaubens- und Gewissenstäter die Einführung eines fakultativen Schuldausschließungs- und obligatorischen Strafmilderungsgrundes zu begrüßen wäre.¹⁰⁰ Trotzdem ist er der Auffassung, dass Glaubens- und Gewissenstäter unter die vorhandenen strafrechtlichen Normen subsumiert werden können. Er behauptet, dass die Einordnung solcher Täter nur unter der schweren seelischen Abartigkeit denkbar sei. Dies sei aber nur möglich, wenn die Symptome „in ihrer Gesamtheit das Leben des Betroffenen vergleichbar schwer und mit ähnlichen – auch sozialen – Folgen stören, belasten oder einengen wie die krankhafte seelische Störung“.¹⁰¹

⁹⁵ BGH StV 2002, 20. Siehe dazu über Hemmschwellen bei Tötungs- und schweren Gewaltdelikten BGH 4 StR 558/11. Urt. v. 22. März 2012 (LG Saarbrücken).

⁹⁶ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 842.

⁹⁷ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 842.

⁹⁸ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 842.

⁹⁹ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 19.

¹⁰⁰ *Böse*, ZStW 113 (2001), 75.

¹⁰¹ *Böse*, ZStW 113 (2001), 64.

Die abweichenden kulturellen Wertvorstellungen als Ursprung der rechtlichen Unfähigkeit des Täters können m.E. prinzipiell nur dann in diese Kategorie eingegliedert werden, wenn man die Kategorie mit der Definition *Conens* als alle „nicht-pathologischen dauerhaften, erheblichen Normabweichungen, die nicht bereits unter den Begriff des Schwachsinn fallen“ versteht. Also wären die abweichenden Wertvorstellungen eine Normabweichung im Sinne des § 20 StGB.¹⁰² Allerdings verlangt der heutige § 20 StGB das Vorliegen einer Pathologie mit biologischen Wurzeln. Abweichende kulturelle Wertvorstellungen erfüllen diese Voraussetzung nicht.

c) Schlussbetrachtung

Wenn Lehre und Rechtsprechung kulturell abweichende Wertvorstellungen entweder unter die krankhaften seelischen Störungen, unter Schwachsinn oder unter seelische Abartigkeit gezählt haben, so erfolgte dies nicht nur besonderes vorsichtig, um die Gefühle kultureller Minderheiten nicht offensichtlich zu verletzen,¹⁰³ sondern auch mit Unsicherheit in der Schlussfolgerung¹⁰⁴ und einem Mangel an Rechtfertigung für die Entscheidung, abweichende kulturelle Wertvorstellungen unter §§ 20, 21 StGB einzuordnen. Es scheint, als identifizierten sowohl Lehre als auch Rechtsprechung das Hauptproblem zwar richtig, sie lösen es aber falsch. Bei kulturell abweichenden Tätern gibt es offensichtlich ein Problem auf der Schuldebene. Unklar ist, wie dieses Schuldproblem nach dem geltenden Recht gelöst werden soll.

C. Fehlende Normbefolungsfähigkeit

Nach der Betrachtung der Krankheitsbilder als Gründe für die eingeschränkte Fähigkeit, Normen zu befolgen (siehe B.), wird im folgenden Abschnitt die Überprüfung der Normbefolungsunfähigkeit aus biologischen Gründen dargestellt (unten 1.) sowie die dogmatische Einordnung einer fehlenden Normbefolungsfähigkeit (unten 2.).

¹⁰² AKr-*Conen*, § 20 Rn. 69. So etwa Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 19: „Deshalb ist hier die Täterpersönlichkeit einschließlich ihrer Entwicklung immer auch in einer Ganzheitsbetrachtung zu erfassen, und zwar in ihrem konkreten Zusammenhang mit der Tat.“

¹⁰³ Z.B. *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 842, und die Anerkennung, dass seine Hypothese „ungewöhnlich, vielleicht sogar abwegig erscheint“.

¹⁰⁴ *Böse* ZStW 113 (2001), 64, 75.

1. Zweite Ebene der Überprüfung der Steuerungsfähigkeit

a) Erfordernis der Steuerungsunfähigkeit

§ 20 StGB setzt voraus, dass der Täter aufgrund einer psychischen Gegebenheit bzw. einer der o.g. Krankheiten unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen. Ihm fehlt dann die Einsichtsfähigkeit. Steuerungsunfähigkeit bedeutet „die Unfähigkeit einer Person, ihr Verhalten ‚nach der [vorhandenen!] Einsicht in das Unrecht der Tat‘ zu richten“, und das ist Voraussetzung des § 20 StGB.¹⁰⁵

b) Tatbezogene Analyse

Auf die Feststellung, dass der Täter eine gesundheitliche Einschränkung hat, folgt der zweite Schritt zur Prüfung der Steuerungsunfähigkeit des Täters, nämlich die Bestätigung, dass er aufgrund dieses ärztlich festgestellten Defizits unfähig war, das Unrecht seiner Handlung im Moment der Tat zu erkennen oder nach dieser Einsicht zu handeln.¹⁰⁶ Weil sich die Einsichts- bzw. die Steuerungsunfähigkeit auf einen konkreten Fall beziehen muss, ist die Analyse bezüglich der konkreten Tat vorzunehmen.¹⁰⁷ Diese hat für den einsichtsunfähigen Täter keine Bedeutung, weil er die Wirkungen seiner Handlung geistig nicht abwägen kann.¹⁰⁸ Wichtig ist, dass der Täter im konkreten Zeitpunkt vor dem Beginn des Versuchs und wegen seines herabgesetzten Hemmungsvermögens unfähig war, sein rechtswidriges Verhalten zu erkennen. Bei der Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB ist zu verlangen, dass kein potenzielles oder kein Mitbewusstsein besteht. Entscheidend ist, ob der Täter nach dem Beginn des Versuchs schuldunfähig ist (sogleich bb).

c) Zeitraum relevanter Steuerungsunfähigkeit

aa) Bei Begehung der Tat

Die Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB ist nach h.A. kein dauerhafter Zustand. Sie ist zwar ein Schuld ausschließungsgrund bezüglich einer konkreten Handlung, aber keine permanente Zustandseinschätzung des Täters. Deswegen ist es möglich, dass der Täter bezüglich einer bestimmten Tat schuldunfähig handelte, bei einer anderen aber schuldfähig ist.¹⁰⁹

Nach § 20 StGB muss die Schuldunfähigkeit „bei Begehung der Tat“ vorliegen. Sowohl die Schuldunfähigkeit aus biologischen Gründen als auch die Schuldunfä-

¹⁰⁵ BK-Fischer, § 20 Rn. 4.

¹⁰⁶ Jescheck/Weigend, AT, S. 437; Kindhäuser, AT, § 22 Rn. 5.

¹⁰⁷ Schönte/Schröder-Perron, § 20 Rn. 31.

¹⁰⁸ Schild, Dimensionen, S. 157.

¹⁰⁹ MK-Streng, § 20 Rn. 2.

higkeit aus einem Informationsdefizit heraus bzw. die fehlende Einsichtsfähigkeit des Täters aufgrund eines Verbotsirrtums sind tatbezogene und nicht täterbezogene Schuldausschließungsgründe.¹¹⁰ Somit ist es von Bedeutung, den Zeitpunkt der Handlung zu bestimmen.¹¹¹ Der Maßstab ist nicht der Erfolgeintritt, sondern gemäß § 8 StGB die Tathandlung selbst.¹¹² Die Schuldunfähigkeit muss nicht während der gesamten Dauer der Handlung vorliegen, es genügt, dass sie zu dem Zeitpunkt gegeben ist, in dem der Täter seine Tathandlung oder seine Unterlassung vorgenommen hat.¹¹³

bb) Das Problem der entstehenden Unfähigkeit

Hier sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Erstens die sogenannte sukzessive Schuldunfähigkeit: Der Täter wird nach Beginn des Versuchs schuldunfähig. In diesem Fall liegt die Antwort nach h.A. in der Anwendung der Regeln des Vorsatzes über den abweichenden Kausalverlauf, wenn der Tatablauf im Wesentlichen dem Plan des Täters entspricht.¹¹⁴ Außerdem gilt nach der h.L. sowie der Rechtsprechung das *in dubio pro reo*-Prinzip. Wenn ein Zweifel über die Schuldunfähigkeit des Täters besteht, also die Überprüfung der Schuldfähigkeit des Täters zu keinem sicheren Ergebnis kommt, soll stets angenommen werden, dass eine seelische Störung des Täters vorlag.¹¹⁵ Obwohl die endgültige Entscheidung beim Richter liegt, ist nach dem deutschen Schrifttum das Prinzip *in dubio pro reo* anzuwenden. Die Begründung dafür ist nicht ganz klar, sie beruft sich aber im Grunde auf die Vermeidung von willkürlichen richterlichen Entscheidungen.¹¹⁶ Im Bereich des irrenden Täters kommt das *in dubio pro reo* kaum im Betracht und ein Zweifel führt im Normalfall nicht zum Freispruch, sondern zur Bestätigung des Unrechtsbewusstseins.¹¹⁷

Anders zu betrachten ist die zweite Fallkonstellation, bei der der Täter genau vor dem Beginn des Versuchs schuldunfähig wird. Dann handelt es sich bei der Tathandlung nicht um eine strafbare Handlung, und sie könnte dann nur strafbar sein, wenn eine *actio libera in causa* (a.l.i.c.) vorliegt.¹¹⁸ Dies ist in der deutschen Lehre jedoch umstritten, weil nicht klar ist, wo sich der Versuchsbeginn bei der a.l.i.c.

¹¹⁰ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 31.

¹¹¹ Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 32.

¹¹² LK-Schöch, § 20 Rn. 191.

¹¹³ LK-Schöch, § 20 Rn. 192.

¹¹⁴ Vgl. BGHSt 7, 325; BGH 23, 133.

¹¹⁵ BGHStR 313, 70; Vgl. BGHSt 3, 194, 199; BGHSt 8, 113, 124; NStZ 2000, 24.

¹¹⁶ So begründet Schild die Annahme von *in dubio pro reo*, NK-Schild, § 20 Rn. 39.

¹¹⁷ Roxin, AT I, § 21 Rn. 33; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 133 ff.; Warda, FS für Welzel, S. 504 ff.

¹¹⁸ LK-Schöch, § 20 Rn. 193.

befinden soll. So überwiegt die Auffassung, dass die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch bei der a.l.i.c. anders als bei einem Fall der Schuldunfähigkeit ist.¹¹⁹ Die Mindermeinung geht davon aus, dass „bei Begehung der Tat“ gemäß § 20 StGB der Versuch schon vor Eintritt der Schuldunfähigkeit beginnt. Nach dieser Auffassung fängt der Versuch an, wenn der Täter den Geschehensverlauf beherrscht. Wenn der Täter allerdings die Schuldunfähigkeit erreicht und danach den Versuch anfängt, ist er nicht mehr strafbar, weil er keine Herrschaft über den Tatverlauf besitzt.¹²⁰

2. Dogmatische Einordnung einer fehlenden Normbefolgungsfähigkeit

a) Ausschluss des Schuldvorwurfs bei fehlendem Bewusstsein und Verbindung mit dem Verbotsirrtum

Die normative Wirkung des Steuerungsmangels aus biologischem Defizit ist, dass die Schuld ausgeschlossen wird, weil der Täter ohne Willensfreiheit bzw. ohne Selbstbestimmung handelt.¹²¹ Der Täter handelt neurologisch unbewusst,¹²² wobei das Bewusstsein des Individuums jedoch Grundlage der Willensfreiheit und demzufolge der Selbstbestimmung des Täters ist. Letztere ist die Grundlage für den Schuldvorwurf und bedeutet, dass der Täter fähig ist, sein Verhalten den rechtlich geltenden Normen anzupassen bzw. sich motivieren zu lassen, das rechtliche Verbot zu vermeiden.¹²³

Nach § 20 StGB ist der Täter unfähig, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln bzw. ihm fehlt Einsichtsfähigkeit. Dies entspricht dem Problem der Abgrenzung zwischen § 17 und § 20 StGB, da § 17 StGB im Prinzip ebenfalls die Einsichtsunfähigkeit des Täters regelt.¹²⁴ Nach h.M. hat § 17 StGB Vorrang vor § 20 StGB.¹²⁵ Also ist die Einsichtsunfähigkeit gemäß § 20 StGB ein Unterfall des unvermeidbaren Verbotsirrtums des § 17 StGB,¹²⁶ obwohl sich beide

¹¹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, § Rn. 419; Köhler, AT, S. 465.

¹²⁰ Roxin, AT I, § 20 Rn. 60; SK-Rudolphi, § 22 Rn. 21.

¹²¹ Schiemann, Unbestimmte, S. 105.

¹²² Libet, in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 268.

¹²³ So Murmann, AT, § 17 Rn. 10; NK-Schild, § 20 Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, § 10 Rn. 400.

¹²⁴ Murmann, AT, § 17 Rn. 10.

¹²⁵ Köhler, AT, S. 353 ff.; MK-Streng, § 20 Rn. 50. Die Gegenmeinung vertritt Schild, der in Anlehnung an die These Jakobs' behauptet, dass § 17 und § 20 zwei getrennte Fälle, zwei unterschiedliche Schuldtausschließungsgründe sind. Grundsätzlich läge der Unterschied darin, dass § 20 eine Zerstörung der Subjektivität voraussetzt, während § 17 einem Defizit in der Sozialisation des Täters entspricht. So bestätigt Schild die These Jakobs', in dem Sinne, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ein „Randfall der Zurechnungsunfähigkeit“ sei, Jakobs, AT, § 19 Rn. 7; NK-Schild, § 20 Rn. 64.

¹²⁶ Jakobs, AT, § 18 Rn. 24. Perron spricht von einem „besonderen Anwendungsfall“, Schönke/Schröder-Perron, § 20 Rn. 4; NK-Schild, § 20 Rn. 27, 62.

unter dem Dach der defizitären Unrechtseinsicht befinden und unterschiedlichen Gründen für diese entsprechen.¹²⁷ Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sind miteinander verknüpft,¹²⁸ da beim Schuldausschluss aufgrund von § 20 StGB immer eine fehlende Unrechtseinsicht vorliegen muss, die nicht vermeidbar war.¹²⁹ Allerdings sind diese Unterschiede nur auf der Ebene des Ursprungs der fehlenden Einsichtsfähigkeit des Täters von Bedeutung. Wichtig ist, dass das Ergebnis den Täter an derselben Stelle sieht, nämlich dass er unfähig ist, seine rechtsverstoßende Handlung zu erkennen.

Die Wirkungen dieser Einsichtsunfähigkeit sind ebenfalls gleichzustellen, weil sie in beiden Fällen die Schuld ausschließen. Der wichtigste Unterschied ist, dass die Einsichtsunfähigkeit nach § 20 StGB, die zu einer fehlenden Selbstbestimmung des Täters führt, die Frage nach der Gefährlichkeit des Täters stellen lässt. Demzufolge kann ihm eine Maßregel auferlegt werden. Im Vergleich dazu steht die Gefährlichkeit des Täters im Bereich des § 17 StGB nicht zur Debatte. Die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, um die kulturelle Prägung des Täters zu neutralisieren, würde gleichzeitig bedeuten, dass der Täter von seiner kulturellen Herkunft „akkulturiert“ würde, was ein direkter Verstoß gegen Art. 3 Nr. 1 und Art. 8 Nr. 1 ILO 169 wäre. Man kann folglich sagen, dass eine solche Auslegung in einem gewissen Maße die Herabsetzung von Migranten, Ausländern und jedes Normadressaten bedeutet, der nicht von der deutschen Kultur assimiliert wurde.

b) Direkter Zusammenhang mit dem Schuldprinzip

Der oben genannte § 17 (Teil 1) wie auch §§ 20, 21 StGB und der komplexe Fall des Täters mit abweichenden Wertvorstellungen bilden Fallkonstellationen der fehlenden Schuld ab. Daher geht es in allen Fällen um das Schuldprinzip. Gemeinsam ist ihnen, dass keiner der Täter normativ ansprechbar ist. Sie unterscheiden sich lediglich darin, aus welchem Grund diese Normadressaten unfähig sind, sich durch die strafrechtliche Norm motivieren zu lassen.¹³⁰ Die Basis für die Schuldfähigkeit ist die – normative – Fähigkeit, sich durch Normen motivieren zu lassen.¹³¹ Sowohl geistig Kranke als auch „manche Menschen in sozial sehr schwachen und daher ungeschützten Positionen (zum Beispiel Migranten)“ haben eine andere rationale

¹²⁷ MK-Streng, § 20 Rn. 50.

¹²⁸ NK-Schild, § 20 Rn. 51. Im modernen Schrifttum kann man die Lehre *Murmanns* hervorheben, der auf einfache Art den Unterschied zwischen beiden Begriffen darstellt: „Schuldunfähig sind solche Personen, die aus den in § 20 StGB genannten Gründen unfähig sind, das Unrecht der Tat einzusehen (Einsichtsfähigkeit) oder nach dieser Einsicht zu handeln (Steuerungsfähigkeit)“, *Murmann*, AT, § 26 Rn. 5.

¹²⁹ LK-Jähne, § 20 Rn. 5; NK-Schild, § 20 Rn. 62; MK-Streng, § 20 Rn. 17.

¹³⁰ Bustos, FS für Tiedemann, S. 347.

¹³¹ Bustos, FS für Tiedemann, S. 347; Roxin, AT I, § 19 Rn. 36.

Ordnung. Die Kommunikation mit diesen Menschen ist unmöglich, weil sie aufgrund ihres verletzlichen Status von der Norm „nicht erreicht werden können“.¹³² Das bedeutet, „dass der Staat ein bestimmtes Verhalten nur von dem Menschen verlangen kann, der sich auf demselben rational-kulturell kommunikativen Niveau befindet wie dasjenige, auf dem die Norm basiert, welche das Rechtsgut schützt“.¹³³

Nach der deutschen Rechtsprechung kann jemand nur schuldig handeln, wenn er die Einsicht besitzt, unrechtes Handeln zu erkennen.¹³⁴ Dies ist stimmig mit § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB, der das Schuldprinzip auf der gesetzlichen Ebene enthält. Weil die Strafe nicht über das Maß der Schuld hinausgehen soll, ist die Schuld Grund und Grenze der Strafe, die Bestrafung kann nur legitimiert werden, soweit der Täter das vorwerfbare Verhalten schuldig begeht bzw. seine Schuld verwirklicht hat.¹³⁵ In diesem Sinn ist die Schuld auch in Verbindung mit der präventiven Berücksichtigung zu verstehen, sodass Prävention durch Strafe nur unter den Voraussetzungen und nach dem Maß der Schuld betrieben werden darf.¹³⁶ Heute kann bejaht werden, dass mit dem deutschen Recht ein Schuldstrafrecht vorliegt, obwohl seit Langem ein ständiger Streit zwischen Gegnern und Anhängern davon stattfindet.¹³⁷

Die Steuerungsunfähigkeit bezieht sich direkt auf das Schuldprinzip im normativen Sinn. Schuld wird heute nicht mehr im moralischen oder sittlichen Sinne verstanden und ist nicht an die Sühne geknüpft. Die Beziehung zwischen dem Subjekt und der Norm kann im Sinne eines objektivistisch-wertteleologischen Normverständnisses verstanden werden.¹³⁸ Wenn ein Individuum bezüglich seines Tuns aus neurophysiologischer Perspektive unfrei handelt, kann es für eine solche Handlung nicht als verantwortlich betrachtet werden.¹³⁹ Demzufolge sind die Maßregeln, die in Zusammenhang mit den seelischen Störungen stehen, nicht in Bezug auf die Schuld, sondern in Bezug auf die Gefährlichkeit des Angeklagten zu sehen.¹⁴⁰ Problematisch ist die Rechtfertigung der Maßregeln. Man kann behaupten, dass Strafe und Maßregel im Wesentlichen nicht weit voneinander entfernt sind, der Unterschied liegt aber insbesondere in ihrem Bezug auf die Schuld vor. So hat die Strafe eine retrospektive Ansicht bzw. einen Rückblick auf die schon geschehene Tat und orientiert sich an der Schuld des Täters, während die Maßregel in die Zukunft blickt und auf der zu erwartenden künftigen Gefährlichkeit des Täters basiert.¹⁴¹

¹³² Bustos, FS für Tiedemann, S. 351.

¹³³ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351. So etwa Jakobs ZStW 118 (2006), 842.

¹³⁴ BGH, Beschl. v. 12.11.2004 – 2 StR 367/04 – BGHSt 49, 347, 356 ff. – NStZ 2005, 205; BGH, Beschl. v. 8.4.2003 – 3 StR 79/03.

¹³⁵ Marlie, ZJS 1/2008, 42.

¹³⁶ Vgl. Roxin, FS für A. Kaufmann, S. 522; Roxin, AT I, § 19 Rn. 3.

¹³⁷ Vgl. Roxin, FS für A. Kaufmann, S. 535.

¹³⁸ Köhler, AT, S. 370.

¹³⁹ Marlie, ZJS 1/2008, 41.

¹⁴⁰ Marlie, ZJS 1/2008, 41.

¹⁴¹ Roxin, AT I, § 3 Rn. 59.

D. Insbesondere die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Rahmen der Krankheitsbilder und der Steuerungsunfähigkeit

1. Das definitive Fehlen des medizinischen Zustands

Wie schon gezeigt, haben sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung den Versuch unternommen, kulturell abweichende Wertvorstellungen in eine der Kategorien des § 20 StGB einzuordnen. Sie können nicht darunter subsumiert werden, weil keine biologische Pathologie vorliegt. Also würde schon bei der Bestätigung des medizinischen Befunds die interpretatorische Eingliederung durchfallen. Es ist auch zweifelhaft, dass eine seriöse Diagnose die Kultur als Ursache bspw. einer Imbezillität begründen könnte. Dies wäre zudem eine Auslegung, die in die Richtung nationalsozialistischen Gedankenguts ginge.

2. Die unhaltbare Anwendung von Maßregeln zur Besserung und Sicherung

Die Interpretation, dass abweichende kulturelle Wertvorstellungen unter eine der Kategorien der seelischen Störungen gefasst werden könnten, bedeutet nicht nur die „offene Missbilligung der fremden Kulturen“,¹⁴² sondern auch, dass der kulturell geprägte Täter therapiebedürftig ist.¹⁴³ Eine solche Auslegung ist nicht nur demütigend bezüglich kultureller Minderheiten und Migranten, sondern sie ist eine polarisierende Lösung, die in der heutigen pluralistischen Gesellschaft unhaltbar ist. Demzufolge, und weil §§ 20, 21 Unterfälle des § 17 StGB sind, wäre es eine geeignetere, obwohl nicht ideale Lösung, den Fall kulturell abweichender Wertvorstellungen nicht als Fall von seelischer Abartigkeit, sondern als Verbotsirrtum zu betrachten. Klar ist in diesem Zusammenhang, dass in beiden Fällen dem Täter die Unrechtseinsicht fehlt.

3. Fehlende Unrechtseinsicht als gemeinsamer Faktor von Steuerungsunfähigkeit aufgrund eines biologischen Defizits und eines kulturellen Hindernisses

Die Einordnung der kulturell geprägten Täter als Unterfall der Steuerungsunfähigkeit gemäß §§ 20, 21 StGB ist kohärent mit der Behauptung, dass diesen Tätern die Einsichtsfähigkeit fehlt. Jedoch entspricht diese mangelnde Fähigkeit einem kulturellen, nicht einem biologischen Grund, und wird nicht durch einen Mangel an rechtlichen Informationen bestimmt. Wie oben gezeigt, wird in der deutschen Lehre oft die Einsichtsunfähigkeit des Betroffenen gemäß § 20 StGB als ein Unterfall

¹⁴² *Erbil*, Toleranz für Ehrenmörder?, S. 195.

¹⁴³ *Valerius*, JZ 2008, 918.

des § 17 StGB betrachtet.¹⁴⁴ Wenn die Einsichtsunfähigkeit des Täters kein Fall des § 20 ist, ist daher zugleich fraglich, ob sie ein Fall des § 17 StGB sein kann. Allerdings und wie bereits im Zweiten Teil gezeigt, fehlt dem kulturell geprägten Täter oft nicht das Wissen, sondern die Verinnerlichung der geschützten Rechtsgüter. Demzufolge ist eine Lösung, die den Weg über den Verbotsirrtum sucht, unmöglich oder mindestens unbefriedigend. *Bustos* erklärt dies anhand des folgenden Beispiels:

„Pedro, ein Argentinier, und Jael, eine Hindu, sehen eine Kuh. Beide wissen, dass es eine Kuh ist, es gibt also keine Missverständnisse auf der Erkenntnisebene. Aber für Jael ist die Kuh ein Heiligtum und für Pedro lediglich leckeres Grillfleisch.“¹⁴⁵

4. Zusammenfassung

Die Behauptung, dass bei abweichenden kulturellen Wertvorstellungen ein Schuldunfähigkeitsgrund gemäß §§ 20, 21 StGB vorliegt, könnte eine zufriedenstellende Lösung sein. Das Problem ist aber, wie schon *Köhler* herausstellt, dass das (falsche) Unrechtsbewusstsein des Betroffenen und die daraus folgende Normbefolgungsunfähigkeit kulturell und nicht biologisch begründet ist. So wäre eine solche Subsumierung eine falsche Pathologisierung des Täters und kultureller Minderheiten in der deutschen Gesellschaft im Allgemeinen.¹⁴⁶

Ein personaler Ansatz zur Lösung des Problems abweichender Wertvorstellungen und ihrer richtigen Einordnung als Schuld ausschließungsgrund wird im Schlusskapitel der Untersuchung erörtert.

II. Steuerungsmangel wegen biologischen Defizits: Die insanity-Lösung im US-amerikanischen Recht

A. Einführung

Der Steuerungsmangel aufgrund eines biologischen Defizits wird im US-amerikanischen Recht mit dem Begriff *insanity* (seelische Störung) bezeichnet. *Insanity* ist ein normativer, kein psychologischer oder psychiatrischer Begriff.¹⁴⁷ Juristisch betrachtet führt *insanity* zur Schuldunfähigkeit des Täters.¹⁴⁸ Er be-

¹⁴⁴ Siehe *Jakobs*, AT, § 18 Rn. 24. *Perron* spricht von einem „besonderen Anwendungsfall“. So *Schönke/Schröder-Perron*, § 20 Rn. 4; *NK-Schild*, § 20 Rn. 27, 62.

¹⁴⁵ *Bustos*, FS für Tiedemann, S. 351.

¹⁴⁶ *Köhler*, AT, S. 437.

¹⁴⁷ *Safferling*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), *Insanity and Intoxication*, S. 655.

¹⁴⁸ *Hay*, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 684 f. Im Text wird die englische Originalbezeichnung verwendet, weil *insanity* ein neutraler Begriff ist, der abstrakt betrachtet kein Schuld begriff ist wie der deutsche Schuldunfähigkeitsbegriff.

schreibt den Geisteszustand des Angeklagten im Moment der Tat.¹⁴⁹ Im US-amerikanischen Recht wird die Schuldfähigkeit der Normadressaten prinzipiell angenommen, die Unfähigkeit ist ein Ausnahmefall.¹⁵⁰ Da der Begriff normativ ist, muss der Beklagte vor Gericht und im Verfahren von vornherein darauf plädieren oder bekanntgeben, dass er eine seelische Störung geltend machen möchte. Würde eine solche Intention vor Gericht nicht klargestellt, wäre die Berufung auf *insanity* ausgeschlossen.¹⁵¹ Wird sie dagegen bewiesen und angenommen, wird der Angeklagte freigesprochen, kann allerdings in einer Anstalt untergebracht werden.¹⁵² Voraussetzung für *insanity* als Verteidigung ist, dass dem Angeklagten Willensfreiheit (*free will*) und Autonomie (*autonomy*) fehlen. Damit handelt er nicht schuldhaft und kann nicht als freiverantwortlich handelnder Mensch verurteilt werden.¹⁵³ Die *insanity*-Verteidigung geht von der Prämisse aus, dass ein Individuum, das an einer seelischen Krankheit leidet, nicht rational handeln kann. Daher kann diese Person nicht am Maßstab des durchschnittlichen rationalen Menschen verurteilt werden. Zentral ist die fehlende Willensfreiheit des Täters, aufgrund der er sich nicht durch die Normen motivieren lassen kann.¹⁵⁴ Wer im Zustand von *insanity* bzw. schuldunfähig handelt, kann das *mens rea*-Erfordernis nicht erfüllen bzw. hat den erforderlichen Bewusstseinszustand nicht.¹⁵⁵

Von der *insanity*-Verteidigung wird in den USA – entgegen gängigen Vorstellungen – nur sehr selten Gebrauch gemacht. Sie findet nur in 1 % der Verbrechensfälle Anwendung, und nur 25 % der *insanity*-Verteidigungen sind erfolgreich.¹⁵⁶ Diese seltene Verteidigung wird sehr oft problematisiert, weil die Bestimmung von *insanity* sowie ihre Voraussetzungen im amerikanischen Recht bis heute sehr umstritten sind.

¹⁴⁹ Fradella, From Insanity, S. 10.

¹⁵⁰ Safferling, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Insanity and Intoxication, S. 655.

¹⁵¹ Hay, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 685.

¹⁵² Jones vs. United States, 463 U.S. 354, 368 f.; LaFave, Criminal Law, S. 485 f.

¹⁵³ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1481.

¹⁵⁴ Dagegen versucht eine Mindermeinung, die Bestrafung des Schuldunfähigen gemäß der *deterrence theory* zu rechtfertigen. *Deterrence* bezeichnet eigentlich den Abschreckungseffekt von Strafe (*coercion by fear*) in Richtung der negativen Generalprävention, ist aber stark utilitaristisch gefärbt. Nach der *deterrence theory* wird behauptet, dass die Bestrafung eines Schuldunfähigen exemplarische Wirkung für andere Normadressaten haben kann. Neben der Begründung durch *deterrence* wurde die Bestrafung des schuldunfähigen Täters auch aus anderen Gründen gerechtfertigt, z.B. zu den Zwecken von *restraint*, *rehabilitation*, *prevention*, *education* und *retribution*. Siehe Dressler, Understanding, S. 341; Moriarty, The Role of Mental Illness in Criminal Trials, S. 956; Fradella, From Insanity, S. 12; LaFave, Criminal Law, S. 489 f.

¹⁵⁵ Fradella, From Insanity, S. 12.

¹⁵⁶ Fradella, From Insanity, S. 15. Ein anderer Grund dafür ist ein Verfahrensgrund, weil es gegen Personen mit einer seelischen Störung normalerweise nicht zu einer Gerichtsverhandlung kommt. Siehe LaFave, Criminal Law, S. 529 f.; Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 378.

Die Normen für *insanity* im Rahmen des US-amerikanischen Rechts finden sich in §§ 4.01 und 4.02 MPC und lauten folgendermaßen:

§ 4.01. Geisteskrankheit oder Geistesstörung schließt die Verantwortung aus.

(1) Für strafbares Verhalten ist nicht verantwortlich, wem zum Zeitpunkt solchen Verhaltens aufgrund von Geisteskrankheit oder -störung im Wesentlichen die Fähigkeit fehlt, die Strafwürdigkeit seines Verhaltens zu erkennen oder sein Verhalten den Erfordernissen des Rechts anzupassen.¹⁵⁷

(2) Im Sinne dieses Artikels schließt der Begriff „Geisteskrankheit oder -störung“ keine Abnormität ein, die lediglich in wiederholtem strafbarem oder in anderer Weise antisozialem Verhalten zutage tritt.¹⁵⁸

§ 4.02. Der Beweis von Geisteskrankheit oder -störung ist zulässig, wenn für ein Tatbestandsmerkmal der Gesetzesverletzung erheblich; (eine die Fähigkeit beeinträchtigende Geisteskrankheit oder -störung als Strafmilderungsgrund in mit Todesstrafe bedrohten Fällen).

(1) Der Beweis, dass der Angeklagte an Geisteskrankheit oder -störung litt, ist zulässig, wann immer der Nachweis erheblich ist, dass der Angeklagte der Schuldform, die ein Tatbestandsmerkmal der Gesetzesverletzung bildet, fähig oder nicht fähig war.

[(2) Wann immer die Geschworenen oder das Gericht befugt sind, zu bestimmen oder zu empfehlen, dass der Angeklagte aufgrund der Verurteilung mit dem Tode oder mit einer Freiheitsstrafe bestraft werden soll oder nicht, ist der Beweis, dass seine Fähigkeit, die Strafwürdigkeit seines Verhaltens zu erkennen oder sein Verhalten den Erfordernissen des Rechts anzupassen, als Ergebnis einer Geisteskrankheit oder -störung beeinträchtigt war, zugunsten einer Freiheitsstrafe zulässig].¹⁵⁹

Die Regelungen von *insanity* im MPC werden nur von 17 US-Bundesstaaten als bindend anerkannt.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Hönig, Entwurf (Übersetzung), S. 50 f.

§ 4.01. Mental Disease or Defect Excluding Responsibility.

(1) A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law.

¹⁵⁸ § 4.01. Mental Disease or Defect Excluding Responsibility.

(2) As used in this Article, the terms “mental disease or defect” do not include an abnormality manifested only by repeated criminal or otherwise anti-social conduct.

¹⁵⁹ Hönig, Entwurf (Übersetzung), S. 51.

§ 4.02. Evidence of Mental Disease or Defect Admissible When Relevant to Element of the Offense [Mental Disease or Defect Impairing Capacity as Ground for Mitigation of Punishment in Capital Cases].

(1) Evidence that the defendant suffered from a mental disease or defect is admissible whenever it is relevant to prove that the defendant did or did not have a state of mind that is an element of the offense.

[(2) Whenever the jury or the Court is authorized to determine or to recommend whether or not the defendant shall be sentenced to death or imprisonment upon conviction, evidence that the capacity of the defendant to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law was impaired as a result of mental disease or defect is admissible in favor of sentence of imprisonment].

¹⁶⁰ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1485.

Neben den umstrittenen Aspekten der *insanity defense* ist in diesem Teil der Arbeit die Behandlung der *cultural defense* von ganz besonderer Relevanz. Weil sie keine unabhängige, anerkannte Rechtsfigur ist, wird sie oftmals in Form sogenannter kulturbasierter Argumente (*culturally based insanity arguments*) als Bestandteil der *insanity defense* dargestellt.¹⁶¹

In der US-amerikanischen Rechtsprechung gilt als Ausgangspunkt der kulturellen Verteidigung als ernstes rechtliches Problem der oben genannte Fall *Kimura*, in dem die kulturelle Perspektive als kulturelle Verteidigung dargelegt und verstanden wurde.¹⁶² In dem Fall geht es um die Japanerin *Fumiko Kimura*, die sich und ihre Kinder am 29. Januar 1985 gemeinsam töten wollte, nachdem sie die Untreue ihres Mannes festgestellt hatte. Sie versuchte sowohl sich selbst als auch ihre kleine Tochter und ihren vier Jahre alten Sohn im Meer zu ertränken. Beide Kinder kamen ums Leben; sie wurde gerettet. Daraufhin wurde sie wegen der Tötung ihrer Kinder angeklagt.¹⁶³ Obwohl die Tathandlung nach japanischem Recht strafbar war, solidarisierte sich die japanische Gesellschaft mit *Kimura*. Die *oyaku-shinju*, ihr Suizid und der gemeinsame Tod mit den Kindern, werden in der japanischen Kultur als Elternpflicht betrachtet.¹⁶⁴ Eine Frau, die Selbstmord begeht und ihre Kinder zurücklässt, wird als eine *oni no you no hito* betrachtet, als eine teuflische Frau, die ihre Kinder zu einem Leben im Waisenhaus verdammt.¹⁶⁵ Mit ihrer an den Los Angeles County District Attorney übergebenen Petition mit mehr als 25.000 Unterschriften erreichten *Kimuras* in Kalifornien ansässige Landsleute, dass *Kimura* nach modernem japanischem Recht verurteilt werden konnte. In der Petition wurde festgestellt, dass „einer Frau in der Situation von Frau *Kimura* in Japan Mitgefühl entgegengebracht werden könnte. Die Scham, dass sie in ihrem Suizid scheiterte, würde als genügende Strafe betrachtet“. ¹⁶⁶ Diese Toleranz entstand aufgrund der Familienstrukturen in der japanischen Gesellschaft,¹⁶⁷ die sehr paternalistisch geprägt ist.¹⁶⁸ Japaner leben eine vertikale Familienstruktur, in der Harmonie und

¹⁶¹ *Renteln*, The Cultural Defense, S. 25.

¹⁶² Der *Kimura*-Fall ist eines der bekanntesten Urteile und häufig gewähltes Diskussionsobjekt in der US-amerikanischen *cultural defense*-Lehre. Trotzdem muss hervorgehoben werden, dass die *Kimura*-Entscheidung keine veröffentlichte Entscheidung ist. Sie enthält keine bindenden Kriterien für das US-amerikanische Recht und dementsprechend kein *stare decisis*. Zur Unterscheidung im US-amerikanischen Recht zwischen veröffentlichten und nicht veröffentlichten Entscheidungen siehe *Cohen/Olson*, Legal Research, S. 57 ff.

¹⁶³ *Matsumoto*, 4 J.Int'l L. & Prac. 507 (1995), 507 ff.

¹⁶⁴ *Matsumoto*, 4 J.Int'l L. & Prac. 507 (1995), 507 ff.

¹⁶⁵ *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 147.

¹⁶⁶ “A woman in Mrs. Kimura’s position might be pitied in Japan; the shame of having failed at her own suicide would be regarded as punishment enough”. “Children’s Healthcare is a legal Duty. Inc.” http://childrenshealthcare.org/wp-content/uploads/2014/04/1985-86_Winter-fnl.pdf [Stand: 24.11.2017].

¹⁶⁷ *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 148.

¹⁶⁸ *Matsumoto*, 4 J.Int'l L. & Prac. 507 (1995), 508.

Zusammenhalt der Mitglieder des Haushalts große Bedeutung haben. Außerdem „bildet die Familie die Grundlage der geschlossenen Dorfgemeinschaft (*mura shakai*)“.¹⁶⁹ Beide zusammen ergeben ein Kollektiv und stellen sich als eine wirtschaftliche Gemeinschaft dar. Der Verteidiger *Kimuras* hatte ursprünglich keine kulturellen Argumente bzw. keine im Kern kulturelle Verteidigung vorgebracht, und sogar auf die Unzurechnungsfähigkeit *Kimuras* abgestellt;¹⁷⁰ dennoch trugen die kulturellen Faktoren zu einer gemilderten Strafe bei.¹⁷¹ Dies geschah aber im Rahmen einer anderen Rechtsfigur, namentlich der zeitweiligen Unzurechnungsfähigkeit (*temporary insanity*). *Kimura* war einen *plea bargain* eingegangen und wurde zu einem Jahr Gefängnis, fünf Jahren Bewährung und psychiatrischer Behandlung verurteilt. Obwohl die Bedeutung kultureller Faktoren für das Urteil nicht ausdrücklich anerkannt wurde, waren die kulturellen Wertvorstellungen *Kimuras* aus Sicht der Lehre die Ursache ihrer Strafmilderung.¹⁷²

Die Anerkennung oder die Bewertung der *cultural defense* im Rahmen der *insanity defense* ist im amerikanischen Recht aufgrund des *case law*-Systems sowohl von dem Richter im konkreten Fall abhängig als auch insbesondere von seiner Einstellung hinsichtlich der Berücksichtigung kulturell beeinflusster Faktoren beim Täter. Gleichzeitig hängt der Erfolg einer *cultural defense* von den festgesetzten Maßstäben zur Überprüfung einer *insanity defense* ab (dazu mehr unten in D.3.). Die Einordnung der *cultural defense* als eine Art Steuerungsunfähigkeit bleibt in Anbetracht des wissenschaftlichen Stands instabil und es ist zweifelhaft, ob dies die Lösung des Problems der *cultural defense* sein kann.

Dementsprechend ist Ziel dieses Teils der Arbeit auch zu prüfen, ob – und wenn ja, unter welchen Fall der §§ 4.01 und 4.02 MPC – der Täter, der aufgrund einer abweichenden Wertvorstellung ohne *mens rea* (erforderlicher Bewusstseinszustand) bzw. ohne Schuld handelt, eingeordnet werden kann. Wegen des *case law* im US-amerikanischen Rechtssystem ist in der Rechtsprechung die ständige Verbindung etwa zwischen „neuen Krankheiten“ und *cultural defense* erstaunlich. Das oben genannte kulturgebundene Syndrom (*culture-bound syndrome*) ist ein Beispiel dafür. Im Fall *State vs. Ganai*¹⁷³ ermordete ein Filipino, *Orlando Ganai*, seine ganze Familie und erschoss auch noch mehrere Menschen aus einem anderen Haus. Die Verteidigung versuchte ohne Erfolg, eine auf das Amok-Syndrom (charakteristisch für malaiischstämmige) gestützte *cultural defense* geltend zu machen. Das Amok-Syndrom wird im DSM-IV definiert als: „[...] eine dissoziative Episode, die durch

¹⁶⁹ *Oshima*, Die Struktur der japanischen Gesellschaft nach Nakane, S. 5.

¹⁷⁰ Im Fall von *Fumiko Kimura* bestätigten sechs Experten, dass sie unter vorübergehender Steuerungsunfähigkeit litt.

¹⁷¹ *Goldstein*, 99 Dick. L. Rev. 141 (1994), 149; *Matsumoto*, 4 J.Int'l L. & Prac. 507 (1995), 524.

¹⁷² *Renteln*, The Cultural Defense, S. 25.

¹⁷³ *State vs. Ganai*, 917 P.2d 370 (Haw. 1996).

eine Periode des Grübelns charakterisiert ist, auf die ein Ausbruch gewalttätigen, aggressiven oder menschengefährdenden Verhaltens folgt, das sich auf Personen und Objekte richtet.“¹⁷⁴

Ein anderes Beispiel von *cultural defense* im Zusammenhang mit „neuen Krankheiten“ ist der Fall *Nguyen vs. State*.¹⁷⁵ Darin wurde eine Verteidigung aufgrund eines *Battered woman syndrome* (BWS) im Zusammenhang mit einer *cultural defense* geführt.¹⁷⁶ Insbesondere ging es hier um die kulturelle Bedeutung einer Scheidung für die Täterin, eine Vietnamesin. Die Ehe war für die Frau wie ein Gefängnis gewesen. Sie hatte wegen des andauernden Missbrauchs durch ihren Ehemann und ihre Stieftochter in ständiger Angst gelebt. Darum hatte sie beide erschossen. Die Verteidigung führte aus, dass *Nguyen* eine Art von Angst gehabt hatte, die für einen in den USA geborenen Menschen unvorstellbar sei.¹⁷⁷ Das Gericht erster Instanz verneinte die Darstellung eines Gutachtens bezüglich der kulturellen Wertvorstellungen *Nguyens*, da es in ihrem Fall irrelevant sei. Sie wurde wegen schwerer Körperverletzung verurteilt. Das Appellationsgericht bestätigte die Entscheidung des Gerichts erster Instanz und stellte fest, dass im Fall *Nguyens* der Missbrauch nur in Form von Beleidigung bestanden, aber kein physischer Missbrauch stattgefunden habe. Das Appellationsgericht führte weiter aus, dass der Unterschied zwischen der Wahrnehmung von Angst in der US-amerikanischen und in der vietnamesischen Kultur für den Fall irrelevant sei. Interessanter ist aber die Entscheidung des *Georgia Supreme Court*, der zwei wichtige Anmerkungen vorgebracht hat. Erstens, dass auch psychische Gewalt sowie Beleidigung – wenn auch nicht im Fall *Nguyen* – und nicht nur physische Gewalt ein *Battered person syndrome* verursachen können. Zweitens, dass in diesem bestimmten Fall kulturelle Beweismittel irrelevant seien, in anderen Fällen solche kulturellen Beweismittel aber schon nützlich seien, um die Ursache bzw. die Motivation einer Tathandlung zu erklären.¹⁷⁸ Trotz der Verneinung des *Battered person syndrome* aus kulturellen Gründen in diesem Fall ist hervorzuheben, dass der *Georgia Supreme Court* die Möglichkeit für eine *cultural defense* grundsätzlich anerkennt.

Da die *cultural defense* keine normative Anerkennung gefunden hat und sogar als Begriff noch in der „Entwicklungsphase“ ist, wird im folgenden Teil der Versuch unternommen zu prüfen, unter welche Fallkonstellation der §§ 4.01 und 4.02

¹⁷⁴ <https://dsm.psychiatryonline.org/doi/abs/10.1176/appi.books.9780890420249.dsm-iv-tr> [Stand: 22.11.2017].

¹⁷⁵ *Nguyen vs. State*, 505 S.E.2d 846, 847–848 (Ga. App. 1998), reversed 520 S.E.2d 907 (Ga. 1999).

¹⁷⁶ *Renteln*, *The Cultural Defense*, S. 28.

¹⁷⁷ *Nguyen vs. State*, 505 S.E.2d 846, 847–848 (Ga. App. 1998), reversed 520 S.E.2d 907 (Ga. 1999).

¹⁷⁸ “While we can envision rare situations in which such evidence might be relevant to assist the jury in understanding why an accused acted in the way he or she did, that situation is not present in this case.” *Nguyen vs. State*, 520 S.E.2d 907, 909 (Ga. 1999).

MPC sie gefasst werden kann. Voraussetzung dieser Einordnung ist, dass sowohl der Täter mit einer Einsichtsunfähigkeit aus biologischen Gründen als auch der Täter mit einer kulturell determinierten Einsichtsunfähigkeit ohne Schuld handeln bzw. die voluntative Komponente von *mens rea* (erforderlicher Bewusstseinszustand) fehlt. Um die Bestimmung der Eingliederung fortzusetzen, ist es unerlässlich, zunächst die Krankheitsgründe (unten B.) darzustellen. Danach wird die fehlende Normbefolgungsfähigkeit analysiert (C.). Schließlich wird das Problem der Berücksichtigung einer *cultural defense* im Rahmen der *insanity defense* erörtert (D.).

B. Krankheitsgründe

1. Vorbemerkung

Im Rahmen der *insanity*-Prüfung besteht das Problem, dass es im US-amerikanischen Recht keine Übereinstimmung über die Methode zur Überprüfung von *insanity* gibt, d.h. die parallele Anwendung der *M'Naghten Rule*, ALI/MPC usw. bereitet Schwierigkeiten bei der Festlegung, wann genau eine psychische Krankheit oder ein geistiger Mangel besteht. Die US-amerikanische Rechtsprechung sowie das MPC haben die Bestimmung des Begriffs „Geisteskrankheit oder Mangel“ (*mental disease or defect*) immer vermieden. So lässt sich beobachten, dass die ständige Rechtsprechung sowie die amerikanische Lehre unterschiedliche Krankheitskategorien kennen.

Die folgenden Abschnitte bieten einen kurzen Überblick über die von Schrifttum und Rechtsprechung behandelten Krankheitskategorien, nämlich: Psychose und geistige Behinderung (unten 2.); Persönlichkeitsstörungen (3.); Alkohol- und Drogenabhängigkeit (4.). Im Anschluss daran wird die verminderte Schuldfähigkeit dargelegt, die aber keine echte Erscheinungsform der Steuerungsunfähigkeit ist, sondern eine Auswirkung der Nichterfüllung einer der Voraussetzungen der genannten Arten der Steuerungsunfähigkeit (5.). Schließlich wird der Versuch unternommen, die *cultural defense* in den zuvor dargelegten Erscheinungsformen zu überprüfen (6.).

2. Psychose und geistige Behinderung

Die Festlegung einer Psychose als psychiatrischer Befund ist weniger problematisch als andere spezifische psychiatrische Diagnosen, meist wird die von der *American Psychiatric Association* (APA) geprägte Definition angewandt. Zusammengefasst kann man eine Psychose verstehen als eine geistige Störung emotionalen

oder organischen Ursprungs, aufgrund derer jemand unfähig ist richtig zu denken, zu kommunizieren und die Realität wahrzunehmen.¹⁷⁹

Wenn ein Gericht über das Vorliegen einer geistigen Krankheit entscheiden muss, wird es sich nur ungern von psychiatrischen und medizinischen Kategorien leiten lassen, insbesondere von den Kategorien des DSM-IV-TR (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders).¹⁸⁰ Allerdings hängt die Entscheidung über das Vorliegen einer geistigen Krankheit nicht nur von medizinischen Kriterien ab. Die abschließende Entscheidung wird nach juristischen, moralischen und politischen Richtlinien getroffen. Das Gesetz erkennt nicht jeden medizinischen Befund als einen psychiatrischen Zustand an. Ein solcher muss in Anlehnung an die DSM-Erkennungsliste festgelegt werden und erfordert einen psychiatrischen Befund für den konkreten Fall.¹⁸¹ Einer der gängigsten psychiatrischen Befunde, auf die eine erfolgreiche *insanity*-Verteidigung gestützt werden kann, ist der einer Psychose und einer geistigen Behinderung.¹⁸² Eine solche Krankheit wird von der Rechtsprechung als psychiatrischer Befund anerkannt und wurde demzufolge oft geltend gemacht. 60 bis 90 % der *insanity pleas* werden in Anlehnung an eine Psychose-Diagnose dargestellt.¹⁸³

3. Persönlichkeitsstörungen

Persönlichkeitsstörungen sind ein schwer zu bestimmender medizinischer Befund, demzufolge haben einige Bundesstaaten die sogenannten *personality disorders* als mögliche *insanity*-Äußerungsformen abgelehnt.¹⁸⁴ Der Grund dafür, dass die meisten dieser US-Bundesstaaten eine Persönlichkeitsstörung als mögliche *insanity*-Verteidigung abgelehnt haben, ist erstens, dass die Persönlichkeitsstörung ursprünglich vom Verhalten abhängig ist und individuellen Charaktereigenschaften entspricht. Zweitens haben Persönlichkeitsstörungen, im Vergleich zur Psychose,

¹⁷⁹ “A major *mental disorder* of organic or emotional origin in which a person’s ability to think, respond emotionally, remember, communicate, interpret reality, and behave appropriately is sufficiently impaired so as to interfere grossly with the capacity to meet the ordinary demands of life. Often characterized by *regressive* behavior, inappropriate *mood*, diminished impulse control, and such abnormal mental content as *delusions* and *hallucinations*. The term is applicable to conditions having a wide range of severity and duration. See also *schizophrenia*, *bipolar disorder*, *depression*, *organic mental disorder*, and *reality testing*”, *Fradella*, From *Insanity*, S. 51.

¹⁸⁰ *Fradella*, From *Insanity*, S. 15.

¹⁸¹ *Shipley/Arrigo*, *Forensic Psychology*, S. 117; *Fradella*, From *Insanity*, S. 50.

¹⁸² *Fradella*, From *Insanity*, S. 50; *Larrabee*, *Forensic Neuropsychology*, S. 479.

¹⁸³ *Shipley/Arrigo*, *Forensic Psychology*, S. 117.

¹⁸⁴ Bspw. *Foucha vs. Louisiana* (90-5844), 504 U.S. 71 (1992). Im positiven Recht bspw. Ore. Rev. Stat. § 161.295(2) (1983): “As used in chapter 743, Oregon Laws 1971, the terms ‘mental disease or defect’ do not include an abnormality manifested only by repeated criminal or otherwise antisocial conduct, nor do they include any abnormality constituting solely a personality disorder. [1971 c.743 §36; 1983 c.800 §1].”

im Wesen keinen biochemischen Ursprung. Und drittens ist bei ihnen oft keine Therapie möglich.¹⁸⁵

Andere Bundesstaaten betrachten Persönlichkeitsstörungen als seelische Störungen, aber mit der Einschränkung, dass eine solche Krankheit keine *insanity*-Verteidigung begründen könne.¹⁸⁶ Ein Teil der Bundesstaaten schließt nur manche Persönlichkeitsstörungen in die *insanity defense* ein, wie z.B. die antisoziale Persönlichkeitsstörung, während in anderen Staaten wie Alaska eine erweiterte Definition von geistiger Krankheit gilt, die im Grunde jede mögliche Persönlichkeitsstörung erfassen kann.¹⁸⁷

4. Alkohol- und Drogenabhängigkeit

Der unbeabsichtigte Rausch durch Alkohol oder Drogen ist in den meisten Bundesstaaten eine rechtlich mögliche und erfolgreiche Verteidigung innerhalb der *insanity plea*.¹⁸⁸

Allerdings wird im Rahmen der Alkohol- und Drogenabhängigkeit in der amerikanischen Rechtsprechung und Lehre ständig darüber diskutiert, ob diese Sucht als geistige Krankheit zählt.¹⁸⁹ Zudem bereitet es große Schwierigkeiten zu bestimmen, ob eine durch Drogen oder Alkohol verursachte Psychose als geistige Krankheit für eine *insanity*-Verteidigung gilt.¹⁹⁰ Die überwiegende Meinung vertritt die Auffassung, dass weder die Drogen- oder Alkoholabhängigkeit noch die durch Drogen oder Alkohol verursachte Psychose eine mögliche *insanity*-Verteidigung begründet, obwohl das DSM beide als psychiatrische Krankheiten anerkennt.¹⁹¹ Der Grund dafür liegt darin, dass die Drogen- oder Alkoholabhängigkeit aus einer freiverantwortlichen Handlung des Täters hervorgegangen ist.¹⁹² Hintergrund ist, gemäß der US-amerikanischen Rechtsprechung, dass die Abhängigkeit des Betroffenen durch seine Willensfreiheit verursacht worden ist, obwohl der Täter im Moment der durch diese Abhängigkeit bedingten Tat keine Willensfreiheit mehr hat.¹⁹³

¹⁸⁵ *Fradella*, From Insanity, S. 54.

¹⁸⁶ *So United States vs. Shlater*, 85 F.3d 1251 (7th Cir. 1996).

¹⁸⁷ *Fradella*, From Insanity, S. 53.

¹⁸⁸ *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, S. 506; *Keiter*, 87 J. Crim. L. & Criminology 482 (1997), 484 f.; *Layton*, 30 J. Marshall L. Rev. 535 (1997), 536 f.

¹⁸⁹ *Bieber vs. People*, 856 P.2d 811 (Colo. 1993).

¹⁹⁰ *Fradella*, From Insanity, S. 55 f.

¹⁹¹ *Fradella*, From Insanity, S. 55 f. Vgl. *Safferling*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), *Insanity and Intoxication*, S. 667.

¹⁹² *Bieber vs. People*, 856 P.2d 816 (Colo. 1993).

¹⁹³ *Bieber vs. People*, 856 P.2d 816 (Colo. 1993).

5. Diminished capacity

Diminished capacity ist im Grunde genommen keine Erscheinungsform von *insanity*, soll jedoch teilweise als eine unzureichende Diagnose von *insanity* verstanden werden.

Wenn der Angeklagte die Maßstäbe der *insanity defense* nicht komplett erfüllt, aber trotzdem unter einer Art von geistiger Abnormalität leidet, stellt sich die Frage nach der Feststellung einer verminderten Steuerungsfähigkeit (*diminished capacity*). Sie ist gewissermaßen ein Zwischenpunkt zwischen Steuerungsfähigkeit und Steuerungsunfähigkeit. So kann der Täter nicht voll schuldig, aber gleichzeitig nicht voll unschuldig sein.¹⁹⁴ Im US-amerikanischen Recht und in der Lehre findet sich keine Standarddefinition für *diminished capacity*.¹⁹⁵ Es bleibt auch unklar, ob die verminderte Steuerungsfähigkeit eine echte Verteidigung (*defense*) ist,¹⁹⁶ oder ob nur die Möglichkeit für eine Verteidigung besteht, den Geisteszustand des Betroffenen durch Beweismittel festzustellen, sodass die verminderte Steuerungsfähigkeit in Anlehnung an andere mögliche Verteidigungen (*defenses*) dargestellt werden kann.¹⁹⁷

Verminderte Steuerungsfähigkeit hat im US-amerikanischen Recht zwei Äußerungsformen, die durch die Lehre, insbesondere die Lehre *Morse*,¹⁹⁸ entwickelt worden sind und ständig von der jüngeren Lehre angewandt und von der Rechtsprechung übernommen werden. Die erste Äußerungsform der verminderten Steuerungsfähigkeit ist der sogenannte *mens rea*-Ansatz. Danach fehlt dem Täter die erforderliche *mens rea* (der erforderliche Bewusstseinszustand) des Tatbestands und demzufolge handelt er mit verminderter Steuerungsfähigkeit. Dies ist keine positive (*affirmative defense*), sondern eine negative Verteidigung (*negative defense*): Die Verteidigung muss durch Beweismittel belegen, dass dem Täter aufgrund seiner verminderten Steuerungsfähigkeit die erforderliche *mens rea* fehlt. Die Staatsanwaltschaft muss alle Tatbestandselemente *beyond reasonable doubt* beweisen, inklusive der Tatsache, dass der Täter die *mens rea* aufgrund dieser verminderten Steuerungsfähigkeit erreichen konnte. Dieses Erfordernis besteht aber nur, wenn die Verteidigung ein solches Argument geltend gemacht hat.¹⁹⁹ Diese Art von verminderter Steuerungsfähigkeit wurde jedoch von der US-amerikanischen

¹⁹⁴ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 1.

¹⁹⁵ *Fradella*, From Insanity, S. 59.

¹⁹⁶ Vgl. *Arenella*, 77 Colum. L. Rev. (1977), 828.

¹⁹⁷ *Fradella*, From Insanity, S. 59; *Morse*, 75 J. Crim. L. & Criminology 1 (1984), 6.

¹⁹⁸ *Morse*, 75 J. Crim. L. & Criminology 1 (1984), 1. Siehe dazu auch *Arenella*, 77 Colum. L. Rev. (1977), 828 f.; *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 465; *Geis*, 8 Gaming L. Rev., Nr. 6 (2004), 349.

¹⁹⁹ *Morse*, 75 J. Crim. L. & Criminology 1 (1984), 6.

Rechtsprechung²⁰⁰ nur bezüglich Tatbeständen mit dem Erfordernis spezieller subjektiver Voraussetzungen (*specific criminal intent*) angewandt.²⁰¹ Die zweite Äußerung der verminderten Steuerungsfähigkeit ist die sogenannte partielle Zurechnung (*partial responsibility*).²⁰² Nach diesem Ansatz soll die Verteidigung Beweismittel für die wissentliche oder kognitive Beeinträchtigung des Täters darstellen, die weder aus Steuerungsunfähigkeit (*insanity defense*) noch aus fehlender *mens rea* bestehen. Eine solche Art von verminderter Steuerungsfähigkeit wird aber von US-amerikanischen Gerichten nicht (deutlich und offiziell) akzeptiert. Dies bedeutet auch, dass die verminderte Steuerungsfähigkeit gemäß dem *mens rea*-Ansatz von Gerichten manchmal abgelehnt wurde, weil sie mit dem Ansatz der partiellen Zurechnung verwechselt wurde.²⁰³

Einer der berühmtesten Fälle in der Rechtsprechung, in dem eine verminderte Steuerungsfähigkeit aus kulturellen Gründen angenommen wurde, ist der Fall *People vs. Poddar*: Prosenjit Poddar, ein Inder und Mitglied der Kaste *Harijan*, war Student an der *University of California Berkeley*. Dort wurde er von einer 19-jährigen Frau zurückgewiesen, obwohl er dachte, dass sie eine romantische Beziehung führten. Er war der Überzeugung, dass sie an ihn gebunden war. Nach dieser Abweisung tötete Poddar die junge Frau. Der Verteidiger versuchte, mithilfe anthropologischer Beweismittel die Schwierigkeiten indischer Studenten in den USA zu verdeutlichen und zu kennzeichnen. Zudem betonte er die Tradition der arrangierten Ehe in Indien, welche dort keine Ausnahme, sondern die Regel ist. Diese Umstände seien der Grund dafür, dass indische Studenten im Ausland so viele Schwierigkeiten bei romantischen Beziehungen haben. Diese Verteidigung wurde abgelehnt. Poddar wurde wegen Mord zweiten Grades (*second degree murder*)²⁰⁴ in eine Art Maßregelvollzug eingewiesen und musste fünf Jahre in einem psychiatrischen Krankenhaus verbringen.²⁰⁵ Der *Supreme Court* hob die Entscheidung später auf und befand Poddar der Tötung für schuldig, sprach ihn aber unter der Bedingung frei, dass er nach Indien ausgewiesen würde.²⁰⁶ In diesem Fall gab es keine im eigentlichen Sinne kulturellen Beweismittel *per se*, aber die Verteidigung aufgrund einer zugrunde liegenden verminderten Steuerungsfähigkeit hatte sie zur Voraussetzung und war an den kulturellen Hintergrund des Betroffenen gebunden.

²⁰⁰ *People vs. Poddar*, 518 P.2d 342 (Cal. 1974); *People vs. Poddar*, 103 Cal. Rptr. 84 (Cal. Ct. App. 1972); *State vs. Donahue*, 109 A.2d 364 (Conn. 1954).

²⁰¹ *Arenella*, 77 Colum. L. Rev. (1977), 828.

²⁰² *Morse*, 75 J. Crim. L. & Criminology 1 (1984), 50.

²⁰³ *Morse*, 75 J. Crim. L. & Criminology 1 (1984), 7.

²⁰⁴ In der deutschen Sprache könnte man zwar einen Begriff konstruieren, aber eine solche Mordkategorie existiert im deutschen Recht nicht.

²⁰⁵ *People vs. Poddar*, 103 Cal. Rptr. 84 (Cal. Ct. App. 1972).

²⁰⁶ *Renteln*, in: Friedman Ramírez (Hrsg.), *Cultural Issues in Criminal Defense*, S. 436; *dies.*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 469; *People vs. Poddar*, 518 P.2d 342 910 (Cal. 1974); *People vs. Poddar*, 103 Cal. Rptr. 84 (Cal. Ct. App. 1972).

6. Soll die *cultural defense* als Krankheitsbild verstanden werden?

Weil die *cultural defense* keine normativ anerkannte Rechtsfigur ist und wegen der Behauptung, dass eine solche Verteidigung im Rahmen des Verbotsirrtums (dazu oben in Teil 2) aufgrund des *ignorantia legis*-Prinzips schwierig wäre, ist es fraglich, ob ihre Einordnung besser unter die *insanity defense* passen würde.²⁰⁷ Tatsächlich kann in manchen Fällen eine *cultural defense* im Rahmen einer *insanity defense* als Unterfall einer der anerkannten Krankheiten der §§ 4.01 und 4.02 MPC vorgebracht werden. Es muss jedoch beachtet werden, dass die Einordnung in eine der oben genannten Krankheiten unzureichend ist, um einen Schuldausschließungsgrund zu bejahen. Die entscheidende Rolle spielen die Maßstäbe zur Überprüfung einer *insanity defense* (dazu unten D.3.).

Zunächst werden anhand der Lehre sowie der Rechtsprechung zwei mögliche Umstände geprüft, bei denen eine *cultural defense* als Unterfall einer *insanity defense* behandelt werden kann.

a) Ansatz zur Behandlung der *cultural defense* als Unterfall der Psychose

Das oben genannte kulturgebundene Syndrom (*culture-bound syndrome*) gehört zu dieser Kategorie bzw. ist eine Art von Psychose. Obwohl schon im DSM-IV-TR als unabhängige Krankheit anerkannt, könnte das kulturgebundene Syndrom symptomatisch als kurze oder chronische psychotische Episoden angesehen werden.²⁰⁸ Neben dem bereits beschriebenen Fall *Kimura* soll auch der Fall *People vs. Rev. Chung and Rev. Choi* genannt werden. Darin geht es um den Tod einer Koreanerin, *Kyung Chung*, die nach einem von zwei Priestern fünf Stunden lang durchgeführten Exorzismusritual starb. Die beiden Priester und der Ehemann der Frau wurden nur wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Der Richter – so die Lehre – hatte den kulturellen Hintergrund der Angeklagten und sogar des Opfers in seine Erwägungen einbezogen, um die Entscheidung für eine so niedrige Strafe zu treffen.²⁰⁹ Die Angeklagten behaupteten, dass *Kyung Chung* von Dämonen besessen gewesen sei (*possession by demons*). Diese Behauptung bzw. der Glaube an dämonische Besessenheit wurde als ein *culture-bound syndrome* aufgrund des streng christlichen Glaubens nicht nur der Täter, sondern auch des Opfers aufgefasst.²¹⁰

²⁰⁷ Coleman, 100 S. Atlantic Q. 981–1004 (2001), 982; Sams, 16 Ga. J. Int'l & Comp. L. 335 (1986), 339 f.

²⁰⁸ <https://dsm.psychiatryonline.org/doi/abs/10.1176/appi.books.9780890420249.dsm-iv-tr> [Stand: 22.11.2017].

²⁰⁹ Renteln, The Cultural Defense, S. 30; dies., Raising Cultural Defenses, in: Friedman Ramirez (Hrsg.), Fn. 48.

²¹⁰ Renteln, The Cultural Defense, S. 30.

b) *Ansatz zur Behandlung der cultural defense als ein möglicher Fall von Drogenabhängigkeit*

Alkohol-, aber vor allem Drogenkonsum kennt eine historische, kulturelle Anwendung in unterschiedlichen kulturellen oder religiösen Ritualen. Der Konsum von *Ayahuasca*, Marihuana, Opium, *Peyote* u.a. wird von kulturellen und/oder religiösen Gruppen als traditionell betrachtet, in der US-amerikanischen Rechtsprechung jedoch nicht als Begründung einer *insanity defense* geltend gemacht, was auch der Fall sein könnte, sondern als ein Fall des Rechts auf Religionsausübung (*free exercise of religion*) angesehen. Ein Beispiel dafür ist das Urteil der *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*. In diesem Urteil hob der *U.S. Supreme Court* die Entscheidung des *Oregon Supreme Court* auf und behauptete, dass das First Amendment bzw. der Schutz der Religionsäußerungsfreiheit den sakramentalen Konsum von *Peyote* nicht decke. Der Konsum von Drogen bedeute – gleichgültig in welchem Kontext – einen Verstoß gegen das Drogengesetz Oregons.²¹¹ Diese Entscheidung kann vor dem Hintergrund des seit Langem geführten Kriegs gegen Drogen in den USA gesehen werden, der harte politische sowie juristische Maßnahmen gegen Drogendelikte bedingte.²¹²

Allerdings wurden solche Entscheidungen später im Urteil *Gonzales vs. O Centro Espirita Beneficiente Uniao Do Vegetal* geändert. In diesem Fall stellte der *U.S. Supreme Court* fest, dass nach dem Religious Freedom Restoration Act von 1993 (der die Einschränkung der Benutzung kontrollierter Substanzen *bona fide* in religiösen Ritualen vonseiten der Bundesstaaten verbietet) das „überwiegende Interesse“ (*compelling interest*) der Regierung bei der Strafverfolgung der religiösen Gruppe aufgrund des Trinkens sakramentalen Tees nicht bewiesen werden konnte.²¹³ Bei dem Tee handelte es sich um *Ayahuasca*-Tee, der eine nach „Schedule I“ kontrollierte Substanz enthält, d.h. Drogen ohne medizinische Funktion und mit hohem Missbrauchspotenzial.²¹⁴ Der *U.S. Supreme Court* bestätigte die Entscheidung des Appellationsgerichts und bekräftigte, dass *União do Vegetal* eine religiöse Gruppe sei. Er verneinte das Argument, dass der Controlled Substances Act keine Ausnahme beim Drogenkonsum erlaubt.

Obwohl in keinem dieser Urteile eine *insanity defense* aufgrund von Drogenkonsum erhoben wurde, kann festgestellt werden, dass der religiöse Konsum von

²¹¹ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). So auch *Leary vs. United States*, 383 F.2d 851 (1967).

²¹² Dazu *Sacco*, Drug Enforcement in the United States: History, Policy, and Trends, S. 2 f.

²¹³ *Gonzales vs. O Centro Espirita Beneficiente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

²¹⁴ Diese Klassifizierung entspricht der Einordnung von kontrollierten Substanzen der US-amerikanischen Drogenvollzugsbehörde (*Drug Enforcement Administration*, DEA). Dazu mehr unter <https://www.dea.gov/druginfo/ds.shtml> [Stand: 24.11.2017].

Drogen nach der *União do Vegetal*-Entscheidung des U.S. Supreme Court gerechtfertigt werden könnte. Man kann sagen, dass seit dem ersten Schritt zur Rechtfertigung des religiösen Konsums von *Ayahwasca* eine *cultural defense* bejaht wurde, falls durch solchen Konsum eine *insanity*-Episode ausgelöst wurde. Allerdings wäre im Fall eines religiösen Konsums wegen der Diskussion, ob freiwilliger Alkohol- oder Drogenkonsum eine *insanity plea* begründen könnte, die Willensfreiheit des Konsumenten ein interessanter Diskussionspunkt. Dann wäre nämlich zu klären, ob die religiöse Vorstellung des Drogenkonsumenten seine „Willensfreiheit“ teilweise annulliert oder beeinflusst hat.

Bemerkenswert ist jedenfalls, dass Drogen- sowie Alkoholkonsum extrem kulturell geprägt sind. Nicht nur in dem Sinne, dass die soziale und juristische Akzeptanz des Konsums mit der jeweiligen Kultur verbunden ist, sondern auch in dem Sinne, dass Drogen und Alkohol in religiösen Ritualen (z.B. Wein in der katholischen Messe) verwendet werden. Während bspw. in Deutschland beim Oktoberfest 2016 pro Kopf 6,1 Liter Bier getrunken wurden und dies sozial akzeptiert ist,²¹⁵ wäre dies in Saudi-Arabien strafbar. Ähnliches gilt für Zigaretten, die als „legale Droge“ gelten und von allen Mitgliedern der Gesellschaft, wenn auch vielleicht nicht geliebt, so zumindest kulturell akzeptiert werden.

c) Schlussbetrachtung

Die Einordnung einer *cultural defense* unter die *insanity defense* erscheint nur in den zwei dargelegten Fallkonstellationen möglich. Hauptgrund dafür ist, dass die Ursache der Krankheit nicht der kulturelle Ursprung des Angeklagten ist, sondern eine echte medizinische Diagnose besteht. Im Fall des Drogenkonsums wurde in der Rechtsprechung keine *insanity* erörtert, sondern die Akzeptanz des Konsums als kulturelle Gewohnheit. Im Fall des kulturell gebundenen Syndroms gilt Drogenkonsum als eine Art von Psychose. Der kulturelle Ursprung des Täters wird aber nicht unabhängig von einem medizinischen Befund als kognitive Unfähigkeit behandelt. Die Unterscheidung funktioniert nicht, wenn der Täter aufgrund seiner abweichenden kulturellen Wertvorstellungen ohne Willensfreiheit handelt, aber mit keiner medizinischen Diagnose. Das Dilemma besteht darüber hinaus darin, dass bei Annahme einer *insanity defense* als Lösung für eine *cultural defense* Maßnahmen zur Besserung und Sicherung bei kulturell geprägten Tätern in Richtung einer Akkulturation gehen würden. In den oben genannten zwei möglichen Ansätzen zur Einordnung der *cultural defense* ist eine solche Maßnahme möglich, aber nur und insoweit sich dies auf die medizinische Behandlung des Angeklagten bzw. des Patienten bezieht und selbstverständlich nur, wenn ein medizinischer Befund vorliegt.

²¹⁵ Für Statistiken über den jährlichen Alkoholkonsum beim Oktoberfest siehe <https://www.oktoberfest.de/de/article/Oktoberfest+2017/Zahlen/Das+Oktoberfest+in+Zahlen/3735/> [Stand: 24.11.2017].

C. Fehlende Normbefolgungsfähigkeit

Die Normen bezüglich *insanity* im MPC beschreiben die Wirkungen einer *insanity plea* und gehen von der Prämisse aus, dass dem Täter die freie Verantwortung fehlt und er deshalb ohne Willensfreiheit handelt. Diese Normen eröffnen einen großen Auslegungsspielraum und ermöglichen so die Anerkennung weiterer Phänomene als Krankheit. Also sind sie *numerus apertus*-Regeln.

Im Folgenden werden die zwei Arten von Normbefolgungsunfähigkeit im US-amerikanischen Recht dargelegt. Diese Unterscheidung ist wichtig, weil nicht jede Überprüfungsmethode für jede Form von Normbefolgungsunfähigkeit angewendet werden kann.

1. Formen der Normbefolgungsunfähigkeit

Die Feststellung einer *insanity* und die angemessene Prüfungsmethode hängen, abgesehen vom Vorliegen bestimmter oben genannter Befunde (§4.01 MPC), vom Grund der vorliegenden *insanity* ab: Ist die Ursache der *insanity* ein willentliches oder ein kognitives Defizit?

a) *Volitional insanity* (willentliche Steuerungsunfähigkeit)

Willentliche Steuerungsunfähigkeit wird oft als seelische Störung aufgrund eines unwiderstehlichen Impulses verstanden. Danach hat der Betreffende eine seelische Krankheit, die die angemessene Erkenntnis von richtig und falsch nicht verhindert, ihm aber nicht ermöglicht, seine Handlungen zu beherrschen.²¹⁶

Willentliche Steuerungsunfähigkeit wird selten als Verteidigung vorgebracht. Amerikanischen Untersuchungen zufolge, bspw. von *Melton et al.*, wurde die *volitional insanity*-Verteidigung nur in 9 % der 563 untersuchten Fälle als selbstständige *insanity*-Verteidigung geltend gemacht.²¹⁷ Darüber hinaus erkennt der M’Naghten-Test die willentliche Störung als selbstständige Verteidigung nicht an.²¹⁸

Ein Beispiel dafür ist der Fall *People vs. Metallides* aus Miami, Florida,²¹⁹ in dem ein zeitweiliger Wahnsinn gemäß dem *Irresistible Impulse Test* (Unwiderstehlicher Impuls-Test) mit einer zugrundeliegenden kulturellen Bewertung als Vertei-

²¹⁶ *Safferling*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), *Insanity and Intoxication*, S. 664.

²¹⁷ *Melton/Petrila/Poythress* u.a., *Psychological Evaluations*, S. 248. Dazu auch das Wettsein-Experiment, das andere Ergebnisse zeigt, aber methodologische Schwierigkeiten aufweist.

²¹⁸ *Safferling*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), *Insanity and Intoxication*, S. 672.

²¹⁹ Case No. 73-5270 (unreported decision/nicht angezeigte Entscheidung) (1974) (zit. nach *Ramirez*, *Cultural Issues in Criminal Defense*, S. 775).

digung angenommen wurde.²²⁰ In dem Fall geht es um einen griechischen Migranten, *Kostas Metallides*, der seinen besten Freund tötete, als er herausfand, dass dieser seine Tochter vergewaltigt hatte. Die Verteidigung baute auf der kulturellen Sichtweise auf, dass man nach der griechischen Kultur nicht auf die Polizei warten soll, wenn die eigene Tochter vergewaltigt wurde.²²¹

Hintergrund dieser speziellen Verteidigung – und im Allgemeinen – ist die Unfähigkeit des Täters, sich gemäß den Wertvorstellungen der Mehrheitskultur zu verhalten. Dem Täter mangelt es an willentlicher (*volition*) oder kognitiver (*cognitive*) Beeinträchtigung, denn seiner Handlung fehlt die Willensfreiheit.²²² Dies kann – wie bereits erörtert – auf die fehlende *mens rea* zurückgeführt werden²²³ und sowohl als Steuerungsunfähigkeit als auch als verminderte Steuerungsfähigkeit (*diminished capacity defense*) sowie als Rechtsirrtum ausgelegt werden. Dass der Täter gemäß einem *mens rea*-Ansatz mit verminderter Steuerungsfähigkeit gehandelt hat, bedeutet, dass ihm zwar die erforderlichen speziellen subjektiven Voraussetzungen des Tatbestands fehlen, dass er aber die strengen Voraussetzungen der Steuerungsunfähigkeit dennoch nicht erfüllt, sodass er keine *insanity defense* geltend machen kann. Er steht in der Mitte zwischen vollständiger Schuldfähigkeit und vollständiger Schuldunfähigkeit.²²⁴

b) Cognitive insanity (kognitive Steuerungsunfähigkeit)

Kognitive Steuerungsunfähigkeit ist die häufigste Art von *insanity* in den USA. Der Angeklagte muss im Moment der Tat eine geistige Störung oder einen Mangel aufweisen, der verhindert, dass er Art und Natur oder die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung erkennen kann.²²⁵ Ein Beispiel für eine kognitive Steuerungsunfähigkeit ist der schon mehrmals genannte Fall *People vs. Kimura*. Die Diagnose bezüglich des geistigen Zustands von Frau *Kimura* wurde von sechs Psychiatern bestätigt. Es wurde festgestellt, dass sie unfähig war, zwischen ihrem eigenen Leben und dem Leben ihrer Kinder zu unterscheiden.²²⁶ Darüber hinaus wurde in den psychiatrischen Gutachten erörtert, dass ihre schwere geistige und emotionale Krankheit ihr rationales Denken oder Handeln vermindert habe.²²⁷ Hervorzuheben ist auch eine der Erläuterungen der Entscheidung, und zwar, dass *Kimura*, obwohl sie seit meh-

²²⁰ *Renteln*, in: Friedman Ramirez (Hrsg.), *Cultural Issues in Criminal Defense* S. 429.

²²¹ *Renteln*, in: Friedman Ramirez (Hrsg.), *Cultural Issues in Criminal Defense* S. 429.

²²² Siehe *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 456.

²²³ *Goldstein/Katz*, 72 Yale L.J. 853 (1963), 864. Siehe dazu auch *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), S. 456, sowie *People vs. Poddar*, 518 P.2d 342 (Cal. 1974); *People vs. Poddar*, 103 Cal. Rptr. 84 (Cal. Ct. App. 1972).

²²⁴ *Morse*, 75 J. Crim. L. & Criminology 1 (1984), 1.

²²⁵ *Safferling*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), *Insanity and Intoxication*, S. 664.

²²⁶ *People vs. Kimura*, Defense Sentencing Report, 8–9.

²²⁷ *People vs. Kimura*, Defense Sentencing Report, 13–14.

rerer Jahren in den USA wohnte, nicht in die US-amerikanische Gesellschaft integriert war.²²⁸

In der oben genannten Untersuchung von *Melton et al.* wurde in den 563 analysierten Fällen kognitive Steuerungsunfähigkeit als alleinige Verteidigung in 43 % der Fälle akzeptiert und in 48 % der Fälle im Zusammenspiel mit der willentlichen Steuerungsunfähigkeit angewandt.²²⁹

Wenn *insanity* als willentlich oder kognitiv klassifiziert wurde, folgt anschließend die Überprüfung gemäß den geltenden Maßstäben, die von Bundesstaat zu Bundesstaat unterschiedlich sind.

2. Maßstäbe zur Überprüfung

a) Die M’Naghten Rules

Die M’Naghten-Regeln²³⁰ wurden 1843 nach dem englischen Fall *M’Naghten*²³¹ etabliert und finden heute noch Anwendung:

„Nach M’Naghten ist der Angeklagte strafrechtlich nicht verantwortlich, wenn er zu der Zeit der Tatbegehung unter einem Mangel an Vernunft aufgrund einer Geistesstörung gehandelt hat, sodass er die Art und Natur seiner Handlung nicht erkannt hat, oder er nicht wusste, was er tat, oder nicht wusste, dass seine Handlung rechtswidrig war.“²³²

Danach ist der Angeklagte nicht strafrechtlich verantwortlich, wenn er im Moment der Tat wegen einer seelischen Krankheit mit einem Mangel an Verstand gehandelt hat und deswegen Art und Natur²³³ seiner Tat oder seine Handlung nicht als verwerflich erkennen konnte.²³⁴ Ursprung der M’Naghten-Regeln war eine gerichtliche Entscheidung. Der Fall, in dem *Daniel M’Naghten* auf *Edward Drummond*, den Privatsekretär von Sir *Robert Peel*, schoss und ihn tötete, erlangte traurige Berühmtheit. M’Naghten war davon überzeugt, dass Peel eine Verschwörung gegen ihn geplant hatte und ihn töten wollte. Deswegen wollte M’Naghten Peel als

²²⁸ Siehe *Renteln*, in: Friedman Ramirez (Hrsg.), *Cultural Issues in Criminal Defense*, S. 428 f.

²²⁹ *Melton/Petrila/Poythress* u.a., *Psychological Evaluations*, S. 248.

²³⁰ Auch bezeichnet als *right-wrong test* oder *Irresistible Impulse Test*. So *LaFave*, *Criminal Law*, S. 495.

²³¹ 8 Eng. Rep. 718 (1843).

²³² “Under *M’Naghten*, an accused is not criminally responsible if, at the time of committing the act, he was laboring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing, or if he did know it that he did not know he was doing what was wrong”, *La Fave*, *Criminal Law*, S. 495.

²³³ Die Originalbezeichnung ist „nature and quality of the act“. Man kann in der Übersetzung das Wort „Qualität“ als Äquivalent von „quality“ anwenden, aber „Qualität“ bezeichnet einen Standard und nicht eine Kategorie oder Bedeutung einer Handlung, weswegen „Art und Natur“ als Äquivalent besser passt.

²³⁴ *LaFave*, *Criminal Law*, S. 495 f.

präventive Maßnahme töten, erschoss aber irrtümlich Drummond. Vor Gericht erklärte M’Naghten, dass Wahnvorstellungen (*delusions*) seine Handlung verursacht hätten, sodass er ohne volle geistige Fähigkeiten gehandelt habe.²³⁵

Die *M’Naghten Rules* finden in den meisten US-Bundesstaaten als Prüfungsmaßstab Anwendung, einige lehnen diese Regeln jedoch ab und nehmen stattdessen eine Prüfung nach dem *Model Penal Code* vor.²³⁶

Die *M’Naghten Rules* sehen folgende Voraussetzungen vor:

a) eine Behinderung aufgrund einer geistigen Krankheit, wegen der der Angeklagte einen Mangel an Verstand hatte.²³⁷ Das Problem ist, dass es bisher keine Klarheit darüber gibt, welche Krankheiten hierzu gehören. Die *M’Naghten Rules* legen fest, dass eine geistige Krankheit oder ein Mangel vorliegen muss (*mental disease or defect*).²³⁸ Teile der Lehre und die Rechtsprechung sind der Ansicht, dass hier nur manche Arten der oben genannten Psychose zählen. Allerdings kann festgelegt werden, dass jede geistige Abnormität (z.B. Psychose, Neurose, hirnorganische Störungen oder angeborene geistige Behinderung bzw. niedriger IQ oder Schwachsinn) der *M’Naghten Rule* genügen würde.²³⁹ Extremfälle bleiben unklar und umstritten, bspw. die Posttraumatische Belastungsstörung,²⁴⁰ Homophobie,²⁴¹ das *Battered woman syndrome* etc.

b) dass der Angeklagte im Moment der Tat den rechtswidrigen Charakter seiner Handlung nicht erkennen konnte. Besonders problematisch im Bereich des M’Naghten-Tests ist die Bedeutung des Worts *know* (wissen) und die Bedeutung von *wrong* (verwerflich),²⁴² weil *wrong* inhaltlich sowohl eine rechtliche als auch eine moralische Bedeutung haben kann.²⁴³ Ständig kritisiert wird, dass der M’Naghten-Test das Wort *know* im Sinne eines intellektuellen Bewusstseins (*intellectual awareness*) versteht. Wenn es nur wenige Personen gibt, die ein inexistentes oder niedriges Bewusstsein haben, dann wäre diese Anforderung zu restriktiv.²⁴⁴

²³⁵ LaFave, Criminal Law, S. 495 f.

²³⁶ LaFave, Criminal Law, S. 495.

²³⁷ Das amerikanische Schrifttum bezeichnet diese Voraussetzung als *disease of the mind*. So LaFave, Criminal Law, S. 497.

²³⁸ Fradella, From Insanity, S. 20.

²³⁹ LaFave, Criminal Law, S. 497; Fradella, From Insanity, S. 20 f.

²⁴⁰ *United States vs. Denny-Shaffer*, 2 F.3d 999 (10th Cir. 1993).

²⁴¹ *People vs. Parisie*, 5 Ill. App.3d 1009, 287 N.E.2d 310 (1972); *State vs. Thornton*, 532 S.W.2d 37 (Mo. App. 1975).

²⁴² LaFave, Criminal Law, S. 506.

²⁴³ Im ALI-Test wird der Unterschied sprachlich zum Ausdruck gebracht: „Criminality“ steht für *wrong* im rechtlichen Sinne und „wrongfulness“ wird für das moralische *wrong* verwendet. Siehe *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women’s Stud. 437 (1993), Fn. 73.

²⁴⁴ Dressler Understanding, S. 346; LaFave, Criminal Law, S. 503 f.; Fradella, From Insanity, S. 20 f.

Für einen anderen Teil der Lehre besteht das Problem darin, dass *knowledge* in diesem Sinne einen affektiven und emotionalen Inhalt enthält, obwohl die Anwendbarkeit des M’Naghten-Tests in der Praxis auf intellektuelles Bewusstsein begrenzt ist. Die Bedeutung des Worts *know* bleibt normalerweise offen und wird von der Jury von Fall zu Fall ausgefüllt.²⁴⁵

c) Die oben genannten Ergebnisse wurden verursacht, weil der Angeklagte entweder:

aa) nicht um Art und Natur seiner Tat wusste. Diese Voraussetzung wird in vielen Bundesstaaten als die Fähigkeit des Angeklagten verstanden, zwischen richtig und falsch unterscheiden zu können. Nach dem Verständnis vieler Bundesstaaten bedeutet Kenntnis der „Art und Natur der Tat“, dass der Täter die Rechtswidrigkeit seiner Tat erkannt hatte.²⁴⁶ Der M’Naghten-Test wurde in vielen Bundesstaaten lediglich etabliert, um die Fähigkeit des Angeklagten zu bestimmen, zwischen richtig und falsch zu unterscheiden. Das Wissen um die „Art und Natur der Tat“ wird weder als Bestandteil des Tests bezeichnet noch gibt es Richtlinien dazu.²⁴⁷ Was in den meisten Fällen gefordert wird, ist das Wissen um die Tat im Sinne ihrer Folgen und Wirkungen auf die Außenwelt. Diese Auslegung wird kritisch betrachtet, weil ein Individuum die Folgen seiner Handlung in der Außenwelt zwar sehr wohl verstehen, aber trotzdem unfähig sein kann zu begreifen, dass eine solche Handlung verboten ist.²⁴⁸

bb) oder nicht um die Vorwerfbarkeit der Tat wusste.

Diese Voraussetzung ist teilweise selbstverständlich, weil der Angeklagte, der Art und Natur seiner Tat nicht kannte, mit hoher Wahrscheinlichkeit ebenso wenig weiß, dass seine Tat rechtswidrig ist. Diskutiert wird der Fall, wenn der Angeklagte wusste, dass seine Tat moralwidrig war, aber ihre Rechtswidrigkeit nicht kannte. Hier kann der Angeklagte exkulpiert werden, auch wenn er *mens rea* hatte.²⁴⁹

Das US-amerikanische Schrifttum ist jedoch trotz der allgemeinen Anwendung noch nicht zufrieden mit dem M’Naghten-Test, da dieser nur ein kognitiver Test sei und den willentlichen Aspekt beim Täter nicht enthalte.²⁵⁰ Außerdem wurde er stark kritisiert, weil der Standard von falsch und richtig ein moralisches Urteil erfordert.²⁵¹ Demzufolge wurden neue Tests entwickelt, die im Folgenden dargestellt werden.

²⁴⁵ *LaFave*, Criminal Law, S. 504; *Fradella*, From Insanity, S. 20 f.

²⁴⁶ *LaFave*, Criminal Law, S. 505.

²⁴⁷ *Montgomery vs. State*, 151 S.W. 813 (Tex. Crim. App. 1912); *La Fave*, Criminal Law, S. 505.

²⁴⁸ *People vs. Sherwood*, 3 N.E.2d 581 (N.Y. 1936).

²⁴⁹ *Fradella*, From Insanity, S. 22 f.

²⁵⁰ *Dressler*, Understanding, S. 349.

²⁵¹ *Dressler*, Understanding, S. 347; *Fradella*, From Insanity, S. 24.

b) Der Irresistible Impulse Test

Der M’Naghten-Test wurde durch den sogenannten *Irresistible Impulse Test* ergänzt. Ausschlaggebend ist danach, dass die Person eine geistige Krankheit hatte, die die Kontrolle ihrer Handlungen verhinderte. Der Test wurde in den USA vom Schrifttum stark kritisiert, weil er zu restriktiv sei, da er nur impulsive Handlungen decke.²⁵² Die Laienjury bekomme keine Instruktion, die zeige, wie und inwieweit der unwiderstehliche Impuls einen Beweis von plötzlicher ungeplanter Handlung erfordere.²⁵³ Ein anderer Teil des Schrifttums vertritt die Meinung, dass der *Irresistible Impulse Test* eigentlich die *insanity*-Verteidigung erweitere.²⁵⁴ Der Grund dafür sei, dass Abschreckung ein wichtiger Zweck des Strafrechts sei und ein solches Ziel nicht erreicht werden könne, wenn Personen – selbst wenn der Grund dafür eine seelische Krankheit sei – ihre Impulse gegen rechtswidrige Handlungen nicht kontrollieren können.²⁵⁵

c) Die Durham Rules

Unzufrieden mit dem M’Naghten-Test und seiner Ergänzung hat der *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* im Jahr 1954 einen neuen Test entwickelt. Dieser wurde im Fall *Durham vs. United States*²⁵⁶ etabliert. Danach konnte der Angeklagte nicht als schuldig betrachtet werden, wenn seine rechtswidrige Tat Ergebnis (*product*) einer geistigen Krankheit oder eines geistigen Mangels war.²⁵⁷ Der Durham-Test war sehr effektiv in dem Sinne, dass er die Einwände gegen den M’Naghten-Test, d.h. das Erfordernis eines moralischen Urteils, überwunden hatte. Allerdings richtet sich dieser Test nach einem einen unhaltbaren Maßstab (*unworkable standard*),²⁵⁸ weil er eigentlich nur der Schlussfolgerung der Gutachter entspricht, sodass die Rolle der Laienjury nur eine Nebenrolle ist, die auf die Bestätigung der Tatsachen begrenzt wird.²⁵⁹ Außerdem kam es mit dem Durham-Test zu einer zunehmenden Anerkennung der *insanity defense*, weil er nicht nur die echten seelischen Krankheiten berücksichtigt, sondern auch jede mögliche körperliche Krankheit, gleichgültig, in welchem Grad eine Person geistig behindert war. Au-

²⁵² LaFave, Criminal Law, S. 516.

²⁵³ LaFave, Criminal Law, S. 516.

²⁵⁴ LaFave, Criminal Law, S. 516.

²⁵⁵ LaFave, Criminal Law, S. 516.

²⁵⁶ 214 F.2d 862 (D.C. Cir. 1954).

²⁵⁷ So hat der U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit entschieden: “an accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect”. *Durham vs. United States*, 214 F.2d 862, 874–875 (D.C. Cir. 1954).

²⁵⁸ Fradella, From Insanity, S. 24.

²⁵⁹ Fradella, From Insanity, S. 24; LaFave, Criminal Law, S. 521.

Berdem wurde die Bestimmung des Wortes „Ergebnis“ (*product*) stark problematisiert. Letztlich kann man aber sagen, dass Ergebnis (*product*) der angemessenen Schlussfolgerung aus der Tat des Angeklagten bedeutet, dass der Angeklagte die Tat ohne eine solche Krankheit nie begangen hätte.²⁶⁰

Schließlich wurden die *Durham Rules* aufgehoben, nachdem der *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* im Jahr 1972 im Fall *United States vs. Brawner*²⁶¹ eine *insanity*-Entscheidung nicht in Anlehnung an die *Durham Rules* traf, sondern gemäß den Maßstäben des American Law Institute (ALI), die im MPC entwickelt worden sind²⁶² und im Folgenden dargestellt werden.

d) ALI/MPC Rules

Das American Law Institute entwickelte im Model Penal Code eine Neuformulierung der *insanity defense*, die eine neue Version des M’Naghten-Tests und des *Irresistible Impulse Test* sein soll.²⁶³

Der ALI-Test legt nicht fest, was eine geistige Krankheit oder ein Mangel ist. Somit wurde die reine Unfähigkeit des Angeklagten, seine Handlungen zu kontrollieren, schon als *insanity*-Kriterium verstanden. Deshalb wird auch häufig kritisiert, dass der ALI-Test den *Irresistible Impulse Test* inkorporiert, demzufolge eine Handlung als Verbrechen betrachtet werden kann, weil die Handlung tatsächlich vonseiten des Täters nicht unwiderstehlich war. Außerdem führt dieser Test zum Problem der Abgrenzung zwischen dem, was unwiderstehlich (*irresistible*) ist, und dem, dem nicht widerstanden (*not resisted*) wird. Trotzdem wird die ALI/MPC Rule von vielen US-Staaten anstatt der *M’Naghten Rule* oder der *Durham Rule* angewandt. Grund dafür ist, dass der ALI/MPC-Test auch den willentlichen Aspekt der Bewertung von *insanity* in Kauf nimmt,²⁶⁴ obwohl dieser Maßstab von einem Expertenbefund abhängig ist.²⁶⁵ Die ALI/MPC Rule wurde auch wegen des Wortes „wahrnehmen“ (*appreciate*) kontrovers diskutiert, weil seine Bedeutung nicht eindeutig ist und deswegen inhaltlich unklar bleibt. Die Kritik an diesem Test bezieht sich auch darauf, dass sein zweiter Teil etabliert wurde, um psychopathische Persönlichkeiten (*psychopathic personality*) davon auszuschließen.

²⁶⁰ Fradella, From Insanity, S. 24; LaFave, Criminal Law, S. 521.

²⁶¹ 471 F.2d 969 (D.C. Cir. 1972).

²⁶² Fradella, From Insanity, S. 25; LaFave, Criminal Law, S. 520 f.

²⁶³ Vgl. Safferling, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Insanity and Intoxication, S. 660.

²⁶⁴ Fradella, From Insanity, S. 28; Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 377.

²⁶⁵ Safferling, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Insanity and Intoxication, S. 660.

e) *Der Insanity Defense Reform Act*

Der Insanity Defense Reform Act hat seinen Ursprung genau wie die M'Naghten-Regeln in einer gerichtlichen Entscheidung. Im *Hinckley*-Fall geht es um *John Hinckley*, der Ende der 1970er Jahre die Schauspielerin *Jodie Foster* stark belästigte. Am 30. März 1981 versuchte er sogar, Präsident Ronald Reagan zu töten, nur um ihre Aufmerksamkeit zu bekommen. Vor Gericht plädierte Hinckley auf *insanity* gemäß den ALI/MPC Rules. In diesem Fall musste die Staatsanwaltschaft beweisen und jeden Zweifel darüber ausschließen, dass Hinckley steuerungsunfähig war. Die Laienjury befand Hinckley aufgrund seiner seelischen Störung für nicht schuldig. Diese Entscheidung löste eine Reform des Kongresses bezüglich der *insanity*-Regeln aus, den sogenannten Insanity Defense Reform Act von 1984 (IDRA). Nach § 17 ist *insanity*

„[...] eine positive Verteidigung gegen eine Strafverfolgung unter jedem Bundesstatut, dass im Zeitpunkt der Begehung der Tat der Angeklagte aufgrund eines schweren geistigen Defekts oder Mangels unfähig war, die Natur und Eigenschaft der Rechtswidrigkeit seiner Handlung wahrzunehmen. Ein geistiger Defekt oder Mangel konstituieren in keinem anderen Fall eine Verteidigung.“²⁶⁶

Mit dieser Reform hat der Kongress die *federal insanity defense* kodifiziert. Er legte u.a. einen begrenzten Einsatz von Experten fest, außerdem strengere Maßstäbe zur Feststellung von *insanity* und dass die Beweislast beim Angeklagten liegt: Dieser muss beweisen, dass er eine seelische Störung hat.²⁶⁷

Hintergrund der Reform war, die Entscheidung des Freispruchs wegen *insanity* strenger einzugrenzen. Der IDRA hielt dann folgende Voraussetzungen fest:

„1) Eine Person kann nicht verantwortlich für eine Straftat sein, wenn im Moment der Tat, die ein Verbrechen darstellt:

- 2) der Angeklagte eine schwere geistige Krankheit oder Mangel erleidet,
- 3) der Angeklagte nicht dazu in der Lage ist zu bewerten:
 - (a) die Natur und Art seiner Handlung; oder
 - (b) die Unrechtmäßigkeit seiner Tat oder Taten.“²⁶⁸

Neu am IDRA ist, dass es nicht genügt, nur eine seelische Störung zu erleiden, die seelische Störung muss auch schwer sein. Mit dieser Spezifizierung werden Psychosen und geistige Behinderungen erfasst; Neurosen, nicht-geistige Behinderungen (*disabilities*) sowie Persönlichkeitsstörungen u.a. sind ausgeschlossen.²⁶⁹

²⁶⁶ Codified at 18 USC § 17: It is an affirmative defense to a prosecution under any Federal statute that, at the time of the commission of the acts constituting the offense, the defendant, as a result of a severe mental disease or defect, was unable to appreciate the nature and quality or the wrongfulness of his acts. Mental disease or defect does not otherwise constitute a defense.

²⁶⁷ Hay, US-Amerikanisches Recht, § 7 Rn. 685; Safferling, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), *Insanity and Intoxication*, S. 660.

²⁶⁸ Fradella, *From Insanity*, S. 31.

²⁶⁹ Fradella, *From Insanity*, S. 31.

Obwohl die Reform zur Verbesserung der Maßstäbe zur Feststellung der *insanity defense* beitrug, haben nicht alle Bundesstaaten diese Regelungen angenommen. Einige sind bei den *M'Naghten Rules* (bspw. Alabama, California, Florida) und andere bei der ALI/MPC Rule (u.a. Arkansas, Connecticut, Delaware) geblieben. 12 Bundesstaaten ersetzten die *insanity defense* durch eine Entscheidung auf „schuldig, aber mit einer geistigen Krankheit“, die sogenannte *guilty, but mentally ill*-Lösung (bspw. Alaska, Georgia). Schließlich haben vier Bundesstaaten (Utah, Montana, Idaho und Kansas) die *insanity defense* komplett abgeschafft.²⁷⁰

3. Dogmatische Einordnung einer fehlenden Normbefolgungsunfähigkeit

a) Ausschluss von *culpability* bei der Unansprechbarkeit des Normadressaten und fehlende Verbindung mit dem *mistake of law*

Dreh- und Angelpunkt der *insanity*-Verteidigung ist, dass der Betroffene im Moment der Tat keine Willensfreiheit besitzt und deswegen nicht schuldig handeln kann.²⁷¹ Allerdings ist im US-amerikanischen Recht die Diskussion über die *insanity defense* nicht im Rahmen der Schuld (*culpability*) angesiedelt, sondern im Bereich der Diskussion von *mens rea*, wobei sie damit nicht genau identisch ist. *Mens rea* ist ein umfassenderer Begriff, der auch den Vorsatz erfasst und wie bereits festgestellt den gesamten subjektiven Teil des Tatbestands einschließt. So haben die Bundesstaaten, die die *insanity*-Verteidigung als geltende Rechtsfigur abgeschafft haben, *insanity* zwar innerhalb der *mens rea*-Anforderung eingeordnet, sie aber als Schuldabschluss verstanden.²⁷² Es soll im konkreten Fall bewiesen werden, dass der Betroffene mit fehlender *mens rea* aufgrund einer seelischen Störung gehandelt und somit seine Tat nicht schuldig begangen hat. Grund dafür ist, dass Verteidigungen, die auf fehlender *mens rea* und auf *insanity* basieren, von derselben Prämisse ausgehen: Beide setzen fehlende Willensfreiheit beim Täter voraus. Das Fehlen der Willensfreiheit in diesen Fällen wurde von keiner Literaturmeinung im Näheverhältnis mit der fehlenden Willensfreiheit beim Rechtsirrtum behandelt.

Eine *insanity*-Verteidigung bedarf jedoch einer anderen Verteidigungstechnik als *mens rea*, weil das Bestehen einer solchen geistigen Krankheit eine bestimmte Überprüfungsmethode erfordert (dazu unten D.3.). Es bleibt aber bislang auch im Schrifttum unklar, ob die Bewertung von *insanity* bei der Schuld oder bei der Strafzumessung gegeben sein soll.²⁷³ Jemand, der mit einem *insanity*-Befund han-

²⁷⁰ Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 385; Fradella, From Insanity, S. 33; 41.

²⁷¹ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1501.

²⁷² Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 385; Fradella, From Insanity, S. 41 f.

²⁷³ Mitchell, 32 J. Am. Acad. Psychiatry Law (2004), 66.

delt, handelt *per se* unschuldig, weil er keine freiverantwortliche Handlung begehen kann.²⁷⁴

Klargestellt ist aber, dass *insanity* eine Rechtsfigur ist, die der fehlenden Schuld des Täters entspricht und in Verbindung mit dem Verhältnis zwischen Verantwortlichkeit und Vorwerfbarkeit steht.²⁷⁵ Eine Tat kann vorwerfbar sein, ohne dass die Person, die eine solche Tat begeht, dafür verantwortlich ist. Bezüglich dieser Person würde die Strafe keinen Sinn ergeben, da, was Vergeltung, den Abschreckungseffekt der Strafe oder den Resozialisierungseffekt anbelangt, die Bestrafung in diesem Fall Sinn und Zweck verfehlen würde.²⁷⁶ Das Hauptziel der Strafe im Sinne der generalpräventiven Kriterien kann bei geistig Kranken nicht erreicht werden, da sie unmotivierbar (*undeterrable*) sind. Sie haben und fühlen im Wesentlichen keine gesetzliche oder moralische Schuld.²⁷⁷ Die *insanity defense* stellt einen Zusammenhang her zwischen *mens rea* (*guilty mind*) und Schuld (*culpability*)²⁷⁸ und entspricht der Verbindung zwischen Verantwortlichkeit und Vorwerfbarkeit.²⁷⁹

b) Zusammenhang mit dem (inexistenten) Schuldprinzip

Im US-amerikanischen Recht besteht das Problem – teilweise auch aufgrund des *case law* –, dass Grundprinzipien als Bezugspunkt des Strafrechts fehlen. Das trifft auch auf das Schuldprinzip zu.²⁸⁰ Das Schuldprinzip gilt insofern als strafprozessualer Maßstab als die Staatsanwaltschaft sowohl *actus reus* als auch *mens rea* und dabei die Schuld des Täters über einen berechtigten Zweifel hinaus (*beyond reasonable doubt*) beweisen muss. Deshalb lässt sich sagen, dass diese prozessuale Regel indirekt ein Hinweis auf das Schuldprinzip, aber keine materiellrechtliche Regel ist. So ist der Zusammenhang nur indirekt und folgt der Ansicht, dass im US-amerikanischen Recht eine Art Schuldprinzip vorliegt, die aber nicht auf der Gesetzes- oder Verfassungsebene anerkannt wurde.²⁸¹

Gemäß der oben beschriebenen amerikanischen Version des Schuldprinzips sollte theoretisch jemand mit einer seelischen oder einer partiellen Störung nicht zu einer Gefängnisstrafe verurteilt werden, sondern in eine psychiatrische Institution eingewiesen werden, weil diese Person nicht schuldig handeln kann oder zumindest eine besondere Behandlung im Vergleich zu geistig gesunden Gefangenen benötigt.

²⁷⁴ LaFave, Criminal Law, S. 485; Smith/Meyer, Law, Behavior and Mental Health, S. 384.

²⁷⁵ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1481.

²⁷⁶ Goldstein/Katz, 72 Yale L.J. 853 (1963), 856.

²⁷⁷ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1482.

²⁷⁸ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1481.

²⁷⁹ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1481.

²⁸⁰ Für mehr dazu siehe Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 111 f.

²⁸¹ Siehe Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 111.

Allerdings geschieht dies nur selten. Nach der gerichtlichen Feststellung von *insanity* gibt es zwei Möglichkeiten:

Die erste Möglichkeit ist die Unterbringung solcher Personen in einer psychiatrischen Institution, aber nur und insoweit das Individuum gefährlich ist. Problematisch ist, dass Personen, die in ein psychiatrisches Krankenhaus eingewiesen werden, dort sehr oft länger bleiben müssen als in einem normalen Gefängnis.²⁸² Sie bekommen keine Rehabilitationstherapie, sondern die Therapie spielt vielmehr eine punitive Rolle.²⁸³ Daher gibt es Stimmen im US-amerikanischen psychiatrischen Schrifttum, die diese Art von Einweisung als die „neue amerikanische Art von Sklaverei“ bezeichnen.²⁸⁴

Die zweite Möglichkeit besteht nur für diejenigen, deren *insanity*-Urteil nicht auf volle geistige Unfähigkeit lautet, d.h. die „guilty, but mentally ill (GMI)“ bzw. „schuldig, aber mit einer geistigen Krankheit“ sind. Dieser Zwischenstatus von *insanity* wurde erst 1975 in einem Urteil in Michigan begründet.²⁸⁵ Ein GMI-Urteil ist *per se* problematisch, weil es eigentlich widersprüchlich ist. Das Gericht hat zwar bereits anerkannt, dass der Betroffene geistig krank ist, er kann aber dennoch als schuldig betrachtet werden. Dies bedeutet, dass der Angeklagte zugleich schuldig und unschuldig ist, aber mehr schuldig als krank.²⁸⁶ Diese Personen werden nicht in eine psychiatrische Einrichtung eingewiesen, sondern verbüßen eine Gefängnisstrafe. Das Problem ist, dass die Gefangenen, die wegen eines GMI-Urteils im Gefängnis sind, keine therapeutische Behandlung bekommen, da ein Gefängnis nun einmal kein Krankenhaus ist.²⁸⁷ Solche Gefangenen werden wie alle anderen Gefangenen behandelt und bekommen nicht unbedingt eine psychiatrisch geeignete Therapie.²⁸⁸ Dieses Urteil, das einen Zwischenstatus von *insanity* und Schuldfähigkeit bezeichnet, ist gemäß dem Schuldprinzip problematisch, aber nicht nur wegen der Ungerechtigkeit, die eine solche Entscheidung darstellt; es besteht auch ein

²⁸² Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 384; Dressler, Understanding, S. 354; Davoli, 31 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 3, 5–7 (2005), 4; Fradella, From Insanity, S. 43; Woodmansee, 10 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 341 (1996), 344.

²⁸³ Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1490.

²⁸⁴ “America’s newest form of slavery”, Robitscher/Haynes, 31 Emory L.J. 9, 35 (1982), 40 f.; vgl. Davoli, 31 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 3, 5–7 (2005), 4 ff.

²⁸⁵ Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 382; Fradella, From Insanity, S. 34. Einen ähnlichen Vorschlag macht Grachek, 81 Ind. L. J. 1479 (2006), 1491.

²⁸⁶ Melville/Naimark, Punishing the Insane, S. 554.

²⁸⁷ “Prisons are simply not designed to provide psychiatric care and treatment to mentally ill individuals”, Davoli, 31 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 3, 5–7 (2005), 11 f.

²⁸⁸ Borum/Fulero, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 384; Woodmansee, 10 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 341 (1996), 354.

moralisches bzw. humanitäres Dilemma.²⁸⁹ Der Angeklagte wurde verurteilt, als ob er schuldig gewesen wäre.²⁹⁰ Es gibt keine echte Bestätigung für seine Schuld und er muss eine Haftstrafe verbüßen, obwohl er normativ zumindest teilweise unansprechbar war.

Wegen des Bestehens solcher problematischer Rechtsfiguren wie dem GMI-Urteil sowie des fehlenden Konsenses im Hinblick auf die Überprüfung von *insanity* und der fehlenden effektiven institutionellen psychiatrischen Behandlungen wird von Teilen der Lehre behauptet, dass *insanity* als Rechtsfigur abgelehnt werden muss.²⁹¹ Stattdessen soll *insanity* entweder als Unterfall der *mens rea*-Anforderung überprüft werden oder eine Neuformulierung der gesetzlichen Definition von *insanity* in dem Sinn erfolgen, dass mindestens eine Übereinstimmung darüber herbeigeführt werden soll, was unter seelischer Krankheit zu verstehen ist.

Bisher wurden die allgemeinen Richtlinien, Erscheinungsformen und das Verhältnis der Normbefolgungsunfähigkeit und der Schuld erläutert. Darüber hinaus ist es für eine angemessene Analyse von *insanity* erforderlich, die Voraussetzungen zur Bestätigung einer *insanity defense* im US-amerikanischen Recht darzulegen.

D. Berücksichtigung einer cultural defense im Rahmen von insanity

1. Fehlendes Krankheitsbild

Die Festlegung der Verteidigung eines Täters mit einer kulturell abweichenden Wertvorstellung auf eine seelische Störung bereitet mehrere Schwierigkeiten, insbesondere aber, dass die abweichenden kulturellen Wertvorstellungen als Krankheitsbild nicht existieren. Die rein kulturelle Prägung des Täters kann keine *insanity defense* begründen, da die „biologische Voraussetzung“ für *insanity* fehlt. Die Kultur impliziert *per se* keinen Intelligenzmangel, und eine solche Betrachtung wäre m.E. mindestens rassistisch und xenophob.²⁹²

Also fehlt die Grundlage der *insanity defense*. Schwierigkeiten treten auch auf, wenn die Steuerungsunfähigkeit bzw. *insanity* gemäß dem M’Naghten Test, den

²⁸⁹ *Woodmansee*, 10 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 341 (1996), 344. Außerdem stellt das Urteil ein Problem gemäß der *due process rule* dar. So *Borum/Fulero*, 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999), 385.

²⁹⁰ *Woodmansee*, 10 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 341 (1996), 344.

²⁹¹ Der U.S. Supreme Court hat diesbezüglich festgestellt, dass es in den USA kein Recht auf eine *insanity*-Verteidigung gibt. *Insanity* ist kein verfassungsrechtlicher Anspruch. So *Clark vs. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006).

²⁹² So etwa *Coleman*, wenn sie ihre Schlussbetrachtungen darstellt, S. Atlantic Q. 981–1004 (2001), 999.

die meisten US-Bundesstaaten anwenden, überprüft werden soll.²⁹³ Grund dafür ist, dass gemäß diesem Test entscheidend ist, ob der Täter verstanden hat (*knew*), dass seine Handlung unrichtig (*wrong*) war. Problematisch ist dann zu bestimmen, wie die „Unrichtigkeit“ der Handlung verstanden werden soll. Im US-amerikanischen Recht ist nicht festgelegt, ob die Unrichtigkeit im rechtlichen Sinn bzw. als rechtswidrig oder im moralischen Sinn bzw. als moralwidrig verstanden werden soll.²⁹⁴ Dieser moralische Inhalt ist für den fremdkulturellen Täter schwer zu verstehen, da er sich extrem subjektiv gestaltet und von der Mehrheitskultur determiniert wird. Allerdings kann mit Bestimmtheit gesagt werden, dass, wenn der Betroffene hätte wissen können, dass die Handlung moralwidrig war, aber nicht wusste, dass sie rechtswidrig war, er sich in einem Rechtsirrtum befand und keine seelische Störung (*insanity defense*) vorliegt.²⁹⁵ Wenn der Betroffene hätte wissen können, dass seine Handlung rechtswidrig ist, er sie aber als moralisch richtige Handlung ansieht, kann er eine solche Auffassung nur geltend machen, wenn er die Befolgung eines heiligen Gottesgebotes als Grund seiner Handlung angibt.²⁹⁶ Dies erweist sich als besonders schwierig für den kulturell geprägten Täter, weil erneut die „Verständnis-Möglichkeiten“ kulturell abweichender Täter ins Spiel kommen und zudem dieselben Schwierigkeiten wie beim Verbotsirrtum vorliegen.

Außerdem gestaltet sich die Verteidigung eines kulturell geprägten Täters wegen seelischer Störung gemäß der M’Naghten-Regeln problematisch, weil nur eine Verteidigung wegen kognitiv seelischer Störung (*cognitive insanity defense*) möglich ist,²⁹⁷ wie sie beim *Kimura*-Fall vorliegt,²⁹⁸ und nicht wegen willentlich seelischer Störung. Allerdings kann eine Verteidigung wegen willentlich seelischer Störung (*volitional insanity defense*) nur dargelegt werden, wo mit dem *Irresistible Impulse Test* gearbeitet wird.²⁹⁹ Diese Überprüfungsmethode soll angewandt werden, wenn der Betroffene eine psychische Störung hat, die ihn von der Kontrolle seiner Handlungen abhält.³⁰⁰ Diese Art von Verteidigung – eine willentliche Steuerungsunfähigkeit – wäre m.E. die einzige Möglichkeit für Täter mit abweichenden kulturellen Wertvorstellungen, die aber aufgrund ihrer begrenzten Anwendung auch keine realistische Lösung darstellt.

²⁹³ Siehe dazu oben Teil 2, II.C.2.a).

²⁹⁴ Siehe *LaFave*, Criminal Law, S. 506.

²⁹⁵ Vgl. *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women’s Stud. 437 (1993), 458.

²⁹⁶ *People vs. Schmidt*, 110 N.E. 945, 949 (N.Y. 1915).

²⁹⁷ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women’s Stud. 437 (1993), 461.

²⁹⁸ *Renteln*, in: Friedman Ramírez (Hrsg.), Cultural Issues in Criminal Defense, S. 423 ff.

²⁹⁹ Siehe dazu *LaFave*, Criminal Law, S. 513 ff.

³⁰⁰ Siehe *LaFave*, Criminal Law, S. 513.

2. Die unhaltbare Anwendung von Maßregeln zur Besserung und Sicherung

Die Verteidigung wegen seelischer Störung in kulturell begründeten Fällen wird jedoch kritisiert. Zum einen ist sie ungeeignet, weil jemand mit einer abweichenden Kulturalität gemäß seiner und normalerweise auch nach der Mehrheitskultur gesund ist. Zum anderen würde diese Person, falls sie für geisteskrank befunden würde, in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht, um sie von ihrer abweichenden Kulturalität zu heilen. Dies ist, in den Worten *Renteln*, „kultureller Genozid“ und zumindest für Minderheiten beleidigend.³⁰¹ Es entspricht außerdem einer ethnozentrischen Bewertung, weil die Annahme einer Verteidigung wegen seelischer Störung die Behauptung enthält, dass die Logik einer kulturellen Gruppe besser sei als die Logik bzw. fehlende oder irrende Logik einer anderen.³⁰² Gemäß der verminderten Schuldfähigkeit kann eine *cultural defense* als Verteidigung nach dem *mens rea*-Ansatz geltend gemacht werden. Neben dem möglichen Alkohol- und Drogenkonsum besteht die einzige Verteidigungsmöglichkeit nach der Kritik der Zusammenschau von *cultural defense* und *insanity* oder *diminished capacity* darin, dass der Täter aufgrund seines kulturellen Hintergrunds an einem kulturgebundenen Syndrom (*culture-bound syndrome*) leidet. *Scil.* der Täter hat somatische Symptome, die nur auf einen bestimmten Kulturkreis beschränkt sind, und daher kann dieser ein geistiges Problem entwickeln, das unter *insanity* oder *diminished capacity* eingeordnet werden kann.³⁰³ Ein Beispiel dafür ist das Amok-Syndrom: Dieses wird als eine akute Aufwallung von unbeherrschter Gewalt bezeichnet, die zur Tötung einer Person führen kann. Vor dem Angriff ist der Täter grüblerisch, auf den Angriff folgt ein amnestisches und erschöpftes Gefühl.³⁰⁴

3. Fehlende mens rea als gemeinsamer Faktor von Steuerungsunfähigkeit aufgrund eines biologischen Defizits und eines kulturellen Hindernisses

Nicht nur die Regelungen sowie die Überprüfungsmethode der Steuerungsunfähigkeit aus biologischen Gründen im US-amerikanischen Recht sind umstritten, sondern es ist auch unklar, welche Funktion *insanity* hat. Die Lehre hat auch dazu eher eine pragmatische als eine dogmatische Ansicht. Danach ist Ziel der *insanity defense* die Neutralisierung des Täters. Im Grunde genommen ist das Ziel einer *defense* – in jedem anderen Fall – der Freispruch des Angeklagten. Hingegen kann

³⁰¹ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 461.

³⁰² *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 461.

³⁰³ Der Begriff *culture-bound syndrome* wurde durch das amerikanische Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV) geprägt. Siehe dazu *Hughes*, in: ders./Simons (Hrsg.), *The Culture-Bound Syndromes*, S. 3 ff.; *Sumathipala/Siribaddana/Bhugra*, *The British Journal of Psychiatry* (2004), 200–209.

³⁰⁴ *Carr*, in: *Hughes/Simons (Hrsg.), The Culture-Bound Syndromes*, S. 199.

aus einer *insanity defense* die Einweisung des Angeklagten in ein psychiatrisches Krankenhaus erfolgen.³⁰⁵ Eine andere mögliche Erklärung zur Funktion der *insanity defense* ist auch eine praktische Begründung der Funktion, nämlich die Genehmigung für den Staat, Personen festzuhalten, denen eines der zwei Elemente des Verbrechens fehlt bzw. *mens rea*.³⁰⁶ Beide Funktionserklärungen können teilweise richtig sein. Die Annahme einer *insanity defense* impliziert tatsächlich das Fehlen von *mens rea* – wie oben dargelegt nach dem Verständnis, dass *mens rea* die subjektive Seite des Verbrechens enthält, inklusive der Schuld als personaler Zurechnung des Täters –, und gleichzeitig möglicherweise die Einweisung des Angeklagten in ein psychiatrisches Krankenhaus. Dogmatisch gesehen jedoch bedeutet die schwere psychische Krankheit eines Täters, dass ihm die Einsichtsfähigkeit fehlt. Der Täter ist aufgrund seines biologischen Zustands unfähig, das Unrecht der Tat zu erkennen. Ebenso ist der kulturell geprägte Täter unfähig, seinen Rechtsverstoß zu erkennen. Dieses Unvermögen beruht aber auf seiner kulturellen Herkunft und nicht auf einem biologischen Defizit (außer in den zwei oben genannten möglichen Fallkonstellationen). Dies postuliert auch *Coleman*, wenn sie erklärt, dass fehlende *mens rea* bei *insanity* und fehlende *mens rea* bei *cultural defense* nicht gleichgesetzt werden können. Sie fragt, ob die Verteidiger durch die Einordnung von *cultural defense* als Unterfall von *insanity* oder ihrer gemilderten Version, *diminished mental capacity*, „insanity“ und „Kultur“ verwechseln, sodass sie grundsätzlich unlogisch und gleichzeitig rassistisch sind. Wollen sie die Existenz und Relevanz von Willensfreiheit bestreiten in einem Kontext, der keinen echten Fall von seelischer Krankheit, Störung oder Defekt einbezieht?³⁰⁷ Das Problem der Einsichtsunfähigkeit des Täters und demnach der fehlenden Willensfreiheit des Täters ist im US-amerikanischen Recht ein *mens rea*-Problem. Der Ursprung der fehlenden *mens rea* ist tatsächlich relevant.

4. Zusammenfassung

Die Einordnung des kulturell abweichenden Täters als Unterfall der *insanity defense* ist von Anfang an schwierig, da dem Täter eine Voraussetzung für eine solche Einordnung fehlt, nämlich die medizinische Diagnose. Diese Einordnung wäre

³⁰⁵ *Goldstein/Katz*, 72 Yale L.J. 853 (1963), 858. Faculty Scholarship Series. Paper 2453 S. 864. Im selben Sinne *LaFave*, Criminal Law, S. 486 f.

³⁰⁶ *Goldstein* und *Katz* bezeichnen dies als die „echte Funktion“ der *insanity defense*. *Goldstein/Katz*, 72 Yale L.J. 853 (1963), 864. Faculty Scholarship Series. Paper 2453 S. 864. Im selben Sinne *LaFave*, Criminal Law, S. 487.

³⁰⁷ “Do they confuse ‘culture’ with ‘insanity’ or some lesser version of diminished mental capacity, so that they are inherently illogical and, at the same time, racist? Do they seek to deny the existence and relevance of free will in a context that does not involve a true case of mental disease, disorder, or defect?” *Coleman*, bei Darstellung ihrer Schlussbetrachtungen, S. Atlantic Q. 981–1004 (2001), 999.

nur möglich, a) wenn aufgrund von Alkohol- oder Drogenkonsum *insanity* begründet wird oder b) wenn der Täter ein kulturgebundenes Syndrom hat, das eigentlich als eine Art Psychose betrachtet werden kann. Jeder andere Fall, in dem *insanity* lediglich aufgrund des kulturellen Ursprungs des Täters begründet wird, wäre unhaltbar und wie *Renteln* richtigerweise behauptet „cultural genocide“.³⁰⁸

³⁰⁸ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 461.

Vierter Teil

Gesamtergebnis und rechtspolitische Konsequenzen

Im Folgenden werden das Gesamtergebnis der Analyse der bisherigen Ansätze erörtert sowie die Gründe dafür, weshalb diese Ansätze nicht anwendbar sind. Dafür ist zunächst zu klären, welche Ursachen zur Ablehnung einer Subsumption der *cultural defense* im geltenden Recht führen (I.). Danach werden die rechtspolitischen Konsequenzen im deutschen und US-amerikanischen Recht dargestellt. Dies dient als Ausgangspunkt für den abschließenden rechtspolitischen Vorschlag bezüglich der Schaffung einer unabhängigen *cultural defense* als Entschuldigungsgrund (II.).

I. Defizite der bisherigen Ansätze

A. Verbotsirrtum und mistake of law

1. Fehlendes Unrechtsbewusstsein

Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht hat der Täter, der im Verbotsirrtum/*mistake of law* handelt, kein Unrechtsbewusstsein, da ihm die rechtlichen Informationen fehlen. Weitgehend unumstritten ist im deutschen Recht, dass das Unrechtsbewusstsein ein unabhängiges Schulselement ist.¹

Im US-amerikanischen Recht herrscht Einigkeit darüber, dass das rechtliche Informationsdefizit dem Fehlen von *mens rea* entspricht. Damit bildet es ein funktionales Äquivalent zum deutschen Unrechtsbewusstsein. Die komplizierte Feststellung, ob es ein Schuld- oder Vorsatzproblem – oder beides – ist, scheint für die Lehre von geringer Bedeutung, da beide von *mens rea* als Kategorie des Verbrechenaufbaus im Sinne der „subjektiven Seite des Verbrechens“ erfasst werden.² Wie aufgezeigt, kann die dogmatische Kategorienordnung des *mistake of law* im US-amerikanischen Recht wie folgt zusammengefasst werden: *mistake of law* entspricht der Nichterfüllung einer Vorsatzanforderung (bzw. wenn der im Tatbestand

¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 405 ff.; Lackner/Kühl, 17 Rn. 1; NK-Neumann, § 17 Rn. 11 ff.; Roxin, AT I, § 21 Rn. 8; Rudolphi, SK-StGB, 17 Rn. 3 ff.; Tiedemann, ZStW 81 (1969), 869. A.A. Schmidhäuser, AT, § 7 Rn. 87 ff., der für die Vorsatztheorie steht.

² Keedy, 22 Harv. L. Rev. (1908), 89.

beschriebene *specific criminal intent* nicht *willfully* oder *knowingly* getroffen wird) mit Schuldausschluss als Folge.

Damit ist zugleich der markanteste Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen benannt: Im geltenden US-amerikanischen Recht ist der Verbotsirrtum als Verteidigung nur dann möglich, wenn der Tatbestand eine spezielle subjektive Voraussetzung erfordert (*specific criminal intent*), wohingegen im deutschen Recht gemäß § 17 StGB immer ein Verbotsirrtum vorliegt, wenn dem Täter die Einsicht, Unrecht zu tun, fehlt, und zwar unabhängig von der Tatbestandsbeschreibung.

Beide Rechtsordnungen konvergieren in dem Sinne, dass dem Täter mit einer fremdkulturellen Rechtskonzeption – genauso wie dem Täter, der mit fehlender Normkenntnis handelt – tatsächlich das Unrechtsbewusstsein fehlt, weil diese kulturellen Besonderheiten die Willensfreiheit (*free will*) des Täters beeinflussen können. Es ist also im Ansatz nicht falsch, eine *cultural defense* sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht als einen Verbotsirrtumsfall zu behandeln. Allerdings geht die Problematik der *cultural defense* über das reine Unrechtsbewusstsein hinaus.

Das fehlende Unrechtsbewusstsein des Täters bei abweichenden kulturellen Wertvorstellungen ist ein tieferes Defizit als die reine mangelnde rechtliche Information, wie es beim Verbotsirrtum konzipiert ist. Dies betrifft zum einen die bereits mehrmals thematisierte Internalisierung, die eine Stufe weiter als die reine Kenntnis geht, und zum anderen die Berücksichtigung der Rechtsgüterlehre, weil die Bewertung und Wahrnehmung der Rechtsgüter von der Mehrheitskultur abhängig sind (wie bspw. die Ehre, die in Deutschland ein personales Rechtsgut ist, während sie in manchen südamerikanischen Ländern ein kollektives Rechtsgut ist). Bei der Problematik hinsichtlich abweichender Wertvorstellungen geht es um das divergierende Verständnis von gesellschaftlichen Werten bzw. deren Verinnerlichung.³

Die divergierenden kulturellen Wertvorstellungen können mithin zwar ein fehlendes Unrechtsbewusstsein verursachen, der Verbotsirrtum ist als Rechtsfigur allerdings insbesondere deshalb ungeeignet, weil beim fremdkulturellen Täter eine andere Bewertung des Kenntnisgrades zur Bestimmung des Unrechtsbewusstseins erforderlich ist, nämlich die Internalisierung, die weder im deutschen noch im US-amerikanischen Recht als festes Kriterium der Vermeidbarkeit bzw. Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums *de lege lata* festgelegt ist.

2. Unvermeidbarkeit

Die Unvermeidbarkeit als Voraussetzung zur Annahme eines Verbotsirrtums ist entscheidend, wenn die *cultural defense* unter dieser Rechtsfigur eingeordnet wer-

³ Bustos, FS für Tiedemann, S. 351 f.

den soll. Sie ist nicht nur für die *cultural defense*, sondern auch für den Verbotsirrtum insgesamt relevant und sollte m.E. grundsätzlich umformuliert bzw. verbessert werden. Im Folgenden werden aber nur die spezifischen Probleme der Unvermeidbarkeit bezüglich der *cultural defense* bzw. die Gründe dargelegt, warum die Einordnung einer *cultural defense* im Rahmen des Verbotsirrtums und als Teil der Unvermeidbarkeitsprüfung abzulehnen ist.

Erstens ist hier nochmals auf das Problem der Internalisierung hinzuweisen. Obwohl die *cultural defense* auch Unkenntnis oder irrende Kenntnis bzw. falsches Verständnis des Rechts beinhaltet, gilt bei ihr die Internalisierung als Maßstab, und die ist als essentieller einzustufen als der reine Kenntnisgrad über eine bestimmte geltende Norm. Fehlende Internalisierung bedeutet allumfassende irrige Konzeption der Rechtsordnung. Im oberflächlichen Überblick kann die irrende Wertvorstellung zwar einen Verbotsirrtum bedeuten, die Begründung und die Umstände der kulturellen Verteidigung sind aber anders. Darüber hinaus ist höchstwahrscheinlich bei diesen Normadressaten ein sprachliches Problem gegeben, falls sie Ausländer oder ethnische Minderheiten sind. Also liegt nicht nur eine abweichende Konzeption von Gut und Böse sowie von Recht und Unrecht vor, sondern auch eine Sprachbarriere. Demzufolge sollten diese Normadressaten anders betrachtet und anderen Überprüfungsmethoden als beim normalen Verbotsirrtum unterzogen werden, um zu bestimmen, ob sie im konkreten Fall schuldfähig waren.

Zweitens gibt es bei der Vermeidbarkeitsprüfung in beiden Rechtsordnungen ein grundlegendes Problem: im deutschen Recht die schwierige Handhabbarkeit ihrer Voraussetzungen und im US-amerikanischen Recht die fehlenden Voraussetzungen. Das deutsche Rechtssystem weist zwar eine normative Anerkennung des Verbotsirrtums und gut ausgearbeitete dogmatische Anforderungen zu seiner Überprüfung sowie unterschiedliche Arten von Verbotsirrtümern auf, bereitet in der Anwendung jedoch auch große Schwierigkeiten: Die Kriterien zur Überprüfung des Verbotsirrtums sind extrem abstrakt und dogmatisch, sodass es faktisch so gut wie unmöglich ist, ihn in der Praxis anzuwenden. So können z.B. das sachgedankliche Mitbewusstsein oder die Gewissensanspannung und die Parallelwertung in der Laiensphäre eine umfangreiche dogmatische und philosophische Diskussion anregen, sind aber weit von der Realität entfernt.

Es steht außer Frage, dass die Dogmatik, die Kriminalpolitik und das Strafprozessrecht jeweils unterschiedliche Disziplinen sind und unterschiedliche Sachverhalte behandeln. Die Dogmatik verliert aber Wert und Wirkung, wenn sie den Kontakt zur gesellschaftlichen rechtlichen Realität verliert. Ein Verbotsirrtum im deutschen Recht muss anhand der Vermeidbarkeitskriterien überprüft werden. Diese Kriterien sind gesetzlich bzw. normativ nicht geregelt, sondern sind von der Lehre entwickelt worden und werden von der Rechtsprechung angewandt. Sie erfordern nicht nur eine Neuformulierung im Sinne der Verbindung zwischen dogmatischem und praktischem Strafrecht, sondern auch dahingehend, dass sie unabhängig von moralischen Gesichtspunkten gefasst werden sollten. So sollte die

Moralwidrigkeit kein Indiz für die Vermeidbarkeit sein. Zu beachten ist die deutsche gesellschaftliche Realität, wobei Maßstäbe wie die Gewissensanspannung in der Laiensphäre abgeschafft werden sollten. Dies zum einen, weil die Bestimmung des Laienhorizonts von einer juristischen Elite vorgenommen wird, sodass die Laienansicht eigentlich die Expertenansicht ist. Und zum anderen, weil diese juristische Elite weit von der praktisch denkenden einfachen Bevölkerung entfernt ist und in einer pluralistischen gesellschaftlichen Realität keine transversale allumfassende kulturelle bzw. gesellschaftliche Ansicht haben kann.

Das Problem im US-amerikanischen Recht ist genau das Gegenteil vom deutschen Recht, die Vermeidbarkeitsprüfung ist aber genauso kompliziert. Es gibt wenig dogmatische Entwicklung und wegen des *case law*-Systems stehen strafprozessuale Kriterien im Mittelpunkt der Diskussion, die zwar eine praktische Ansicht ermöglichen, aber ohne dogmatische Begründung bleiben. Hauptproblem ist dann, dass, obwohl die normative Anerkennung des *mistake of law* und ihre jeweiligen Ausnahmekonstellationen im MPC festgelegt sind, in der amerikanischen Lehre fast ausschließlich das Prinzip *error iuris nocet* gilt. Nach der Auslegung der Anforderung an die speziellen subjektiven Voraussetzungen versuchen Lehre sowie Rechtsprechung die Ausnahmefälle des *mistake of law* in das US-Recht einzuordnen. Eine solche Interpretation ermöglicht ein Verständnis dafür, dass die Anforderung für die Bejahung eines *mistake of law* eine Vorsatz-Voraussetzung ist, wobei die Lehre aber bestätigt, dass der *mistake of law* die *culpability* ausschließt. Dies ist die eigentliche Problematik, dass nämlich die US-amerikanische Literatur die Voraussetzungen des Vorsatzes und die der Schuld verwechselt. Sie fasst beide unter dem Dach der *mens rea* zusammen.

Drittens besteht in beiden Rechtsordnungen – mehr im US-amerikanischen Recht – das Problem, dass bei der Bestimmung der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums auf moralische Kriterien verwiesen wird sowie auf in der Praxis schwer anwendbare scheinbar „objektive Kriterien“. Im deutschen Recht gilt die Moralität, speziell die Moralwidrigkeit, als Indiz der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, d.h. es reicht, dass der Täter seine Handlung für moralwidrig gehalten hat, um eine Unvermeidbarkeit abzulehnen. Obwohl die Moralwidrigkeit und die Gesetzeswidrigkeit nicht gleichzusetzen sind, gibt es trotzdem eine Verbindung und eine juristische Wirkung der reinen moralischen Vorstellung des Normadressaten.

Im US-Recht ist die Bezugnahme auf die Moralität noch gravierender. Hier beschreiben die sogenannten *mala in se*-Verbrechen *per se* vorwerfbare Handlungen, d.h. Handlungen, die aus sich heraus rechtswidrig sind, obwohl es sich dabei eigentlich „nur“ um moralwidrige Handlungen handelt, die grundsätzlich keinen Verbotsirrtum erlauben. Die *mala in se*-Verbrechen sind am Ende auch rechtlich vorwerfbare Handlungen, deren Ursprung jedoch nicht in einem Rechtsverstoß, sondern vielmehr in ihrer Moralwidrigkeit liegt. Dies ist für ein modernes Strafrechtssystem unhaltbar. Eine solche Auslegung führt unvermeidbar zur Verletzung des Schuldprinzips, weil das Strafrecht ein Rechtsgebiet ist, in dem Vermutungen

und Selbstverständlichkeiten ausgeschlossen sind. Darüber hinaus gibt es im US-Recht keine dogmatisch vollendete Skizzierung der Voraussetzungen der Maßstäbe zur Überprüfung eines Irrtums. In einem Punkt herrscht aber Klarheit, und zwar darüber, dass der Hinweis auf die durchschnittlichen Maßstäbe angewendet werden soll, bspw. die *objective reasonable person* als Bezugspunkt der „Objektivität“. Dies ist einer der Aspekte der Überprüfungsmethode der Normbefolgungsunfähigkeit, die sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht eine Neuformulierung erfordern. Solche Begriffe sind außerrechtliche Begriffe, die zu willkürlichen Entscheidungen führen, insbesondere, wenn die Definition eines durchschnittlichen Menschen in der heutigen pluralistischen Gesellschaft praktisch unmöglich ist. Gleichzeitig muss im deutschen Recht die Potenzialität des Unrechtsbewusstseins bzw. die Möglichkeit der Unrechtseinsicht als Maßstab abgeschafft werden, weil sie ein extrem abstraktes Kriterium ist, das auf einem hypothetischen Kausalverlauf aufbaut. Das Strafrecht darf sich nicht auf der Ebene des Sollens bewegen, sondern muss auf der Ebene des Seins bleiben.⁴ Deshalb ist auch in Anbetracht des Schuldprinzips die Potenzialität als schwierig zu rechtfertigen. Wie kann jemand aufgrund seiner potenziellen Unrechtskenntnis, aufgrund seiner abstrakten und bloß hypothetisch möglichen Kenntnis tatsächlich bestraft werden? Wie kann so eine Bestrafung nach der Tatschuld und nicht der Täterschuld gerechtfertigt werden? Die Antwort darauf ist aus meiner Sicht: gar nicht.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Ausgangspunkt der Frage nach der Normbefolgungsunfähigkeit die strenge Beachtung des Schuldprinzips ist. Gemeinsamkeit der drei unterschiedlichen Normbefolgungsfähigkeitsarten ist, dass der Täter, der aus einem Informationsdefizit, aus einem biologischen Grund oder aus kulturellen Gründen heraus unfähig ist, nicht schuldhaft handelt, weil ihm die Willensfreiheit fehlt. Voraussetzung und Grenze der Strafe ist das Vorliegen von Schuld. Schuld kann nur bejaht werden, wenn die Person sich für das Recht und gegen das Unrecht entscheiden kann, sonst muss die Schuld ausgeschlossen werden.

B. Steuerungsunfähigkeit und insanity

1. Krankheitsbilder

Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht erfordert die Bejahung der Steuerungsunfähigkeit/*insanity* das Vorliegen einer Krankheit. Obwohl das US-amerikanische Rechtssystem durchaus Raum für die Inkorporation neuer Krankheiten lässt, ist die medizinische Diagnose *conditio sine qua non* der Steuerungsunfähigkeit. Wie oben bereits mehrmals betont und geklärt wurde, kann allein

⁴ Schieman, ZJS 2012, 774.

die abweichende Kulturalität einer Person keine Krankheit sein, außer in dem Fall des kulturgebundenen Syndroms. Also fehlt im Fall der *cultural defense* das Hauptelement der Steuerungsunfähigkeit: das Vorliegen einer Krankheit. Trotzdem bleibt gemeinsames Merkmal der Steuerungsunfähigkeit und der *cultural defense* die fehlende Einsichtsfähigkeit des Täters.

2. Steuerungsunfähigkeit

Wie bereits dargestellt, ist, obwohl dem kulturell abweichenden Täter genauso wie dem Täter mit einer Steuerungsunfähigkeit die Einsichtsfähigkeit fehlt, der Ursprung solchen Fehlens ein anderer.⁵ In einem Fall beruht die Unfähigkeit auf einer biologischen Ursache, in dem anderen Fall hat sie einen kulturellen Ursprung. Darüber hinaus fehlt die Überprüfungsmethode, weil die Kulturalität keine medizinische Diagnose begründen kann. Die Überprüfung der Steuerungsunfähigkeit ist im deutschen Recht ziemlich unproblematisch; sie besteht aus zwei Ebenen, und zwar der Bestimmung des Krankheitsbildes und dessen tatbezogener Analyse. Bei der *cultural defense* wird die erste Ebene von Anfang an weggelassen. Im Vergleich zum deutschen Recht koexistieren im US-amerikanischen Recht fünf unterschiedliche Überprüfungsmethoden der *insanity*. Hierbei bietet im Prinzip nur der *irresistible impulse test* die Möglichkeit, eine *cultural defense* im Sinne von *insanity* einzuordnen, weil er eine willentliche Steuerungsunfähigkeit ermöglicht. Allerdings soll diese Möglichkeit abgelehnt werden, weil der *irresistible impulse test* eine begrenzte Anwendung hat,⁶ und er die Kulturalität, obwohl er keine kognitive Diagnose, sondern eine willentliche Diagnose bietet, trotzdem als eine Krankheit betrachtet. Die *cultural defense* steht dem soziologischen Problem von unerwünschtem sozialem Verhalten näher als einem gesundheitlichen Problem. Unabhängig davon, ob die Unfähigkeit willentlich oder kognitiv ist, ist die *insanity* eine Schlussfolgerung, die die Menschen als unfähige Menschen betrachtet, wie im Folgenden dargestellt wird.

3. Rechtsfolge

Eine Einordnung der *cultural defense* als Unterfall von seelischen Störungen ist nicht möglich, weil es keinen medizinischen Befund gibt und weil Kultur weder Grund für ein kognitives noch für ein willentliches Defizit ist. Darüber hinaus ist die Anwendung einer Maßnahme zur Besserung und Sicherung unhaltbar. Diese Auslegung, nach der kulturelle Minderheiten mangelndes Einsichtsvermögen haben, würde auch bedeuten, dass die eine Kultur richtig und die andere falsch ist; sowie, dass die Mitglieder der „falschen Kultur“ durch die Anwendung einer Maß-

⁵ Köhler, AT, S. 437.

⁶ La Fave, Criminal Law, S. 513 ff.

regel der Besserung und Sicherung akkulturiert bzw. neutralisiert und geheilt werden können. Die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung in diesen Fällen ist ein direkter Verstoß gegen den oben genannten Art. 3 Nr. 1 und Art. 8 Nr. 1 ILO 169 und wäre unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten inakzeptabel (z.B. Art. 2, 14, 24, 26 und 27 ICCPR;⁷ Art. 2, 5 und 6 ICERD⁸). In diesem Zusammenhang ist die Aussage von *Alison Dundes Renteln* völlig zutreffend: „Die Pathologisierung kultureller Minderheiten ist ein kultureller Genozid.“⁹

C. Ergebnis de lege lata

Die Einordnung der *cultural defense* unter den Verbotsirrtum sowie unter die Steuerungsunfähigkeit muss *de lege lata* abgelehnt werden. Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht ist zwar im Ansatz eine Behandlung als Unterfall des Verbotsirrtums denkbar, dies würde allerdings eine Neufassung der kompletten Vermeidbarkeitsprüfung erfordern. Das ist der Fall, weil für solche Normadressaten alles fremd und unbekannt ist und sie in gewissem Maße bei ihren Handlungen immer Zweifel haben. Demzufolge ist diese Rechtsfigur ungenügend, um die Kulturalität als Schuldaußschließungsgrund zu bestimmen.

Weiterhin stellt die kulturell bedingte Wertvorstellung des Betroffenen kein biologisches Merkmal dar und ist *per se* keine seelische Abartigkeit, wie die vorherrschende Meinung in der deutschen Literatur vorschlägt. Sie entspricht vielmehr der fehlenden normativen Motivation des Täters, weil er andere wertorientierte Musterbeispiele verinnerlicht hat. Dies ist nicht mit Rechtsfeindlichkeit zu verwechseln, scil. dem Täter, der versteht und internalisiert, was erlaubt und was verboten ist, aber trotzdem den rechtlichen Normen nicht folgen will, weil er mit dem bestehenden Rechtssystem nicht einverstanden ist. Dies ist ein anderer Fall, auf den die kulturelle Prägung des Täters höchstwahrscheinlich wenig Einfluss hat. Demzufolge wäre hier eine *cultural defense* eher unmöglich.

Darüber hinaus sind die Folgen einer Steuerungsunfähigkeit/*insanity* bzw. die Maßregeln der Besserung und Sicherung medizinischer Art keine angemessene Maßnahme für Täter mit kultureller Abweichung. Sie wäre nicht nur demütigend, sondern auch unmenschlich.

Schließlich muss betont werden, dass *de lege lata* der Weg zur Anerkennung der Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im geltenden Recht (entweder unter Verbotsirrtum oder Steuerungsunfähigkeit) sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht auf großen Widerstand trifft. Eines der Argumente ge

⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte.

⁸ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.

⁹ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 461.

gen eine kulturelle Argumentation bzw. die Argumentation mit kulturellen Wertvorstellungen, das in der Lehre vorgebracht wird, ist der mögliche Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Dann wäre die kulturelle Verteidigung als Ausländerprivileg oder Privileg kultureller Minderheiten eine Art positive Diskriminierung.

II. Rechtspolitische Konsequenzen

A. Anerkennung der *cultural defense*

Ein starkes Argument für die Berücksichtigung des kulturellen Hintergrunds des Täters ist die Toleranz. In jedem liberalen und modernen Staat gibt es ein Toleranzgebot für jede kultur-relativistische Erwägung. Hintergrund dessen ist, dass ein intersubjektiver und interkultureller Maßstab fehlt und die Erwägungen nur bezüglich der gerade herrschenden deutschen und US-amerikanischen Wertvorstellungen ethnozentrisch sind.

Gegen die Anerkennung einer *cultural defense* wird argumentiert, dass damit der Abschreckungseffekt des Strafrechts verloren ginge. Darüber hinaus wird behauptet, dass Frauen und Kinder am meisten darunter leiden würden, u.a. wenn weibliche Beschneidung sowie Gewalt gegen Frauen vom Strafjustizsystem akzeptierte Handlungen bzw. entschuldigte Handlungen würden. Gleichzeitig befürchten die Gegner der *cultural defense*, dass mit ihrer förmlichen Anerkennung in Zukunft vielfältige Strafjustizsysteme bzw. Anarchie in einer Gesellschaft koexistieren werden.

Als Antwort auf die Gegner der *cultural defense* ist insbesondere Folgendes zu sagen:

- a) Die förmliche Annahme einer *cultural defense* würde eine gesellschaftliche Realität anerkennen, und zwar die Pluralisierung der Gesellschaft. Dies sollte mehr Ordnung als Chaos bringen.
- b) Die förmliche bzw. gesetzliche Anerkennung einer *cultural defense* bedeutet nicht, dass sie immer, wenn sie erhoben wird, auch angenommen würde. Ihr Vorliegen müsste anhand konkreter Überprüfungsmethoden von Fall zu Fall festgestellt werden (siehe B.1.).
- c) Die Auswirkung der Anerkennung der *cultural defense* wäre begrenzt, weil sie nicht für jedes Verbrechen gelten würde.

Weil der Pluralismus aufgrund von zunehmender Migration, der Zahl von Flüchtlingen und der Mobilität der Menschen eine Realität ist, sollten multikulturelle Gesellschaften wie Deutschland und die USA die normative Anerkennung einer *cultural defense* als Entschuldigungsgrund an der gleichen Stelle wie den

Verbotsirrtum regeln. Die Schaffung einer Norm, wie der oben genannte Fall des § 1631 d BGB für die Beschneidung, ist nur eine Lösung für einen bestimmten Fall, in dem es kulturelle Konflikte gab. Das Problem der Kollision zwischen Rechts- und Kulturnormen ist grundsätzlicher und erfordert eine Maßnahme, die gesetzliche Anerkennung hat, und die breit genug ist, um alle Grenzfälle zu erfassen (dazu mehr unter B.). Nur dann werden die drei Arten der Normbefolgungsunfähigkeit kategoriale Klarheit erreichen.

Außerdem besteht das Problem, dass der Maßstab der Rechtskenntnis im Fall eines fremdkulturellen Normadressaten nicht im Verständnis der Norm liegen soll, sondern, wie bereits gesagt, in der Internalisierung. Die Überprüfung der Normbefolgungsunfähigkeit aus biologischem Grund fehlt ebenfalls, weil der erste Schritt der Überprüfung, nämlich die Bestätigung eines medizinischen Befunds, auf einer anderen Ebene als die Kulturalität steht.

Die förmliche Anerkennung einer *cultural defense* erfordert als Ausgangspunkt eine Revision und sogar die Umformulierung der aktuellen Rechtsgüterlehre, nicht nur bezüglich der *cultural defense*, sondern auch der normalen Irrtumslehre. Voraussetzungen wie z.B. das Unrechtsbewusstsein erfordern nicht die Kenntnis des Täters hinsichtlich der formellen Rechtswidrigkeit, d.h. Kenntnis bezüglich eines bestimmten Gesetzes, sondern hängen vielmehr davon ab, ob der Täter Kenntnis hinsichtlich materieller Rechtswidrigkeit im Sinne von geschützten rechtlichen Werten besitzt. Was gefordert wird, ist dann das Verständnis der materiellen Bedeutung von Rechtsgütern, d.h. nicht, ob das Leben durch § 211 StGB geschützt wird oder ob jemand zu bestrafen ist, weil er aus Habgier gehandelt hat, sondern dass es im materiellen oder natürlichen Sinne vorwerfbar ist, ein Leben zu nehmen. Dies ist in dem Beispiel, in dem es um das Leben eines Menschen geht, eindeutig. Komplizierter wird es dann, wenn nicht jeder gesetzliche Befehl mit der Rechtsgüterlehre begründet werden kann. Beispiele dafür sind die von der deutschen Literatur immer wieder herangezogenen Tatbestände von Inzest und Bigamie.

Darüber hinaus funktioniert die Rechtsgüterlehre beim Kernstrafrecht gut, fehlt aber im Nebenstrafrecht, weil hier die Rechtsbereiche zu spezifisch und nicht mehr „selbstverständlich“ für den normalen Bürger sind, und birgt dort zahlreiche Schwierigkeiten, wo Rechtsgüter aufgrund fortschreitender technologischer Entwicklung (z.B. Computerkriminalität) oder durch das Auftreten neuer gesellschaftlicher Probleme, die strafrechtlichen Schutz erfordern (Umweltstrafrecht), im Wandel sind. Diese neuen Bereiche des Strafrechts entsprechen den am weitesten entwickelten Gesellschaften und sind für wenig entwickelte Länder bzw. Bürger als Schutzinteresse fremd und unbekannt. Phishing oder digitale Piraterie sowie Umweltschutz bleiben hinter der organisierten Kriminalität, dem Frauenmörder, der Kinderprostitution oder anderen üblichen Verbrechen zurück. Das Fehlen der Rechtsgüterlehre bei der Begründung mancher strafrechtlicher Vorgaben (bspw. Inzest, Bigamie etc.) und die ständige Dynamik im Strafrecht bei der Festlegung neuer wertender Schutzbereiche zeigen, dass das Strafrecht kulturelle Identitäten

oder Wertkonzeptionen schützt. Eine Neufassung und letztlich die Anerkennung, dass ein Objekt aus seiner kulturellen Identität heraus geschützt ist, wären der wesentliche Ansatzpunkt zur kulturellen Verteidigung. Dies würde keine Öffnung des Strafrechts für die Berücksichtigung moralischer Wertvorstellungen bedeuten. Vielmehr würde es zeigen, dass Recht und Kultur in bestimmten Punkten übereinstimmen, und dass das Rechtssystem koexistierende kulturelle Ansätze der Minderheiten durch die Gesetzgebung berücksichtigen will, zumal die Schaffung der EU unterschiedliche Kulturen durch eine gemeinsame Währung, Freizügigkeit etc. zusammengebracht hat. Wenn das Strafrecht die Verbindung zur Kultur verliert und die schutzwürdigen Wertvorstellungen unter den Begriff „Rechtsgut“ und nicht unter den der kulturellen Identitäten stellt, werden die Rechtskonzeptionen für die gesellschaftlichen Konzeptionen ein fremder Begriff.

Die Problematik bezüglich der Rechtsgutslehre ist in Deutschland schwierig, im US-amerikanischen Recht dagegen bisher unbekannt, soll aber als dogmatischer Begriff inkorporiert werden, da das aktuelle funktionale Äquivalent der Rechtsgüterlehre im US-amerikanischen Recht extrem moralisch geprägt ist. Richtlinie für die Begründung einer Strafe und der Strafbarkeit im US-amerikanischen Recht ist – abgesehen von den anderen geltenden Prinzipien – das von *John Stuart Mill* entwickelte *harm principle* (Schädigungsprinzip). Dieses Prinzip stellt die Moralität als Grenze menschlichen Verhaltens dar, weil es die allgemeine „Selbstverständlichkeit“ von Schädigung als Kriterium festlegt. Also wurde das *harm principle* durch den sittlichen Bezugspunkt der Mehrheit bestimmt, aber ohne klare objektiv normierte Orientierungsmaßstäbe.¹⁰ Es ist dem sehr ähnlich, wie es bei den *mala in se*- und *mala prohibita*-Verbrechen der Fall ist: Die *mala in se*-Verbrechen entsprechen der moralischen und nicht der gesetzlichen Vorwerfbarkeit. Damit hat das Schädigungsprinzip moralische zu juristischen Verstößen gemacht. Ursprünglich half es zu bestimmen, welches Verhalten als juristisch irrelevantes Verhalten betrachtet werden sollte, nicht aber bei der Bestimmung, welches als juristisch relevant gelten sollte. Ein solches Prinzip ist bzw. sollte gemäß dem heute geltenden Strafrecht unhaltbar sein, weil es einen nicht rechtsverbindlichen moralischen Inhalt auf eine rechtsverbindliche juristische Ebene bringt und damit zu Rechtsunsicherheit führt.

Das Schädigungsprinzip gilt als abgrenzendes Kriterium zwischen rechtlich relevanten und sozial relevanten Verhaltensweisen. Dieses Kriterium sollte objektiv sein, moralische Empfindlichkeiten des Einzelnen sollten also nicht berücksichtigt werden. Wenn in einer Rechtsordnung z.B. Pornografie verboten ist, weil sie gegen die moralischen Wertkonzeptionen der Gesellschaft verstößt, liegt in einem solchen Verbot kein rechtlich relevanter Verstoß. Das Schädigungsprinzip missachtet mit dieser moralischen Auslegung die moderne Auffassung des Strafrechts, dass es nur als *ultima ratio* zu verstehen ist. Außerdem ist diese moralische Konzeption der

¹⁰ *Raz*, *The Morality of Freedom*, S. 414 ff.

Strafbarkeit als Grundsatz des Schädigungsprinzips unhaltbar, weil moralische Prinzipien unbestimmt sind. Sie können nicht objektiviert werden bzw. sie sind nur insoweit objektivierbar, wie das Gesetz dies vorsieht.

Für Deutschland wäre also eine Umformulierung der Rechtsgutslehre erforderlich, in den USA müsste das Schädigungsprinzip überarbeitet werden. Das Schädigungsprinzip erfordert eine objektive Komponente. Die „allgemeine Moralität“ ist reine Willkür, solange sie nicht gesetzlich bzw. normativ anerkannt ist. Das Schädigungsprinzip sieht zu intuitiv und subjektiv aus, um so folgenschwere rechtliche Auswirkungen zu haben. Darüber hinaus und wie in dieser Arbeit mehrmals betont, sollte die Selbstverständlichkeit der Schutzwürdigkeit im Strafrecht aufgrund der Geltung des Schuldprinzips abgelehnt werden.¹¹ Deutschland muss mit einem saubereren und sozusagen ehrlicheren Ansatz als dem der Rechtsgüter arbeiten. In einem so raffinierten Strafrechtssystem kann es keine Lücke in der Begründung von Straftaten geben. Wenn manche Vorgaben keinem Rechtsgut entsprechen, dann fehlt entweder die geltende Begründung für Straftaten (Rechtsgut) oder diese Straftaten sollten aufgehoben werden. In Deutschland ist nicht klargestellt, dass mit solchen Vorgaben die eigene moralische Konzeption geschützt wird. Deswegen würde z.B. die Annahme der Auffassung, dass das Strafrecht kulturelle Identitäten schützt, mehr Sinn ergeben als die heute geltende Konzeption von Rechtsgütern als rationalem Bezugspunkt der Schutzwürdigung im Strafrecht.

Im US-amerikanischen Strafrecht ist das Gegenteil erforderlich. Das Schädigungsprinzip, wie es aktuell verstanden wird, benötigt mehr Rationalität und weniger Moralität, damit es als bindendes strafrechtliches Prinzip funktionieren kann. Der Hinweis auf die kulturelle Identität des Schutzobjekts würde nicht unbedingt den moralischen, subjektiven Kriterien auf der strafrechtlichen Ebene entsprechen. Dies bedeutet nicht, dass eine kritische Einschätzung der Rechtsgüter erfolgt, sondern nur, dass die Abstraktheit der Rechtsgüterlehre sowie die extrem moralische Konzeption des Schädigungsprinzips in eine Verbindung mit der gesellschaftlichen Realität gebracht werden. Dies wäre eine Aktualisierung der Grundlagen der Strafbarkeit.

Mit der Umformulierung oder Revision der Rechtsgüterlehre muss m.E. eine *cultural defense* förmlich anerkannt werden, und zwar im Sinne eines Entschuldigungsgrundes, wie im Folgenden dargestellt wird.

¹¹ Siehe *Arzt*, in: ders. (Hrsg.), Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 57.

B. Dogmatische Einordnung und Rechtsfolge

1. Cultural defense als Entschuldigungsgrund

Die kulturelle Verteidigung sollte m.E. *de lege ferenda* eine unabhängige Rechtsfigur sein, da dem fremdkulturellen Täter die Internalisierung von Normen fehlt und er deshalb ohne Willensfreiheit handelt. Die fehlende Internalisierung schließt die Schuld aus. Genauso wie beim Verbotsirrtum und bei der Steuerungsunfähigkeit fehlt dem Täter die Einsicht, Unrecht zu tun. So, wie die Kehrseite des Verbotsirrtums das fehlende Unrechtsbewusstsein ist, kann behauptet werden, dass bei der *cultural defense* die Kehrseite das fehlende „Internalisierungsbewusstsein“ ist. Dieser Entschuldigungsgrund sollte genauso wie bei der Steuerungsunfähigkeit und beim Verbotsirrtum entweder ein partieller Entschuldigungsgrund (*partial excuse*) sein, der nur die Strafe mildern kann, oder sogar ein absoluter (*absolute excuse*), der die vollständige Strafe ausschließen oder nur mildern kann. D.h. mit der *cultural defense* könnte die Strafe ausgeschlossen oder gemildert werden. Eine Milde rung wäre nur möglich, wenn eine der Voraussetzungen zur Überprüfung der *cultural defense* fehlt oder nicht festgestellt wurde.

Die Methode zur Überprüfung einer *cultural defense* kann als Ausgangspunkt den in der US-amerikanischen Lehre entwickelten Leitlinien folgen, sollte aber um eine Internalisierungsprüfung ergänzt werden. Für eine *cultural defense* müssen die folgenden allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Wichtigste Voraussetzung einer *cultural defense* ist die Existenz einer Mehrheitskultur, die die Festlegung des Inhalts des Strafrechts bestimmt. Der Täter mit anderem kulturellem Hintergrund muss sich in dieser Mehrheitskultur für eine längere Zeit aufhalten bzw. dort wohnen. Dies bedeutet nicht, dass die *cultural defense* nicht auch bspw. für Touristen erhoben werden könnte. Hauptsache ist, dass diese Person aus der Mehrheitskultur stammt und dass sie nicht isoliert ihre eigenen Wertvorstellungen durchsetzen möchte. Ein Beispiel sind hier die Türken, die Anfang der 1960er Jahre als Arbeitsmigranten nach Deutschland kamen, die aber mit der deutschen kulturellen Gesellschaft (Mehrheitskultur) als Parallele koexistieren.
- b) Darüber hinaus ist *conditio sine qua non* für eine *cultural defense* die Existenz einer Minderheitskultur, die bezüglich der Mehrheitskultur (a) eine abweichende kulturelle Identität hat. Minderheitskultur bedeutet nicht unbedingt Ausländer, sondern nur, dass diese Minderheit eine abweichende kulturelle Identität besitzt. Gemäß dem vorerwähnten Beispiel wäre die türkische Gesellschaft hinsichtlich der deutschen Kultur die Minderheitskultur. Hauptsache ist hier, dass diese kulturellen Gruppen Gemeinsamkeiten teilen, die sie verbinden und ihnen das Gefühl der Gruppenzugehörigkeit vermitteln.
- c) Dritte Voraussetzung einer *cultural defense* ist der kulturell bedingte Täter, d.h. er muss eine abweichende kulturelle Identität (b), eine kulturelle Ver-

schiedenheit (a) haben. Seine Tat muss mit seiner kulturell abweichenden Wertvorstellung zusammenhängen. Er kann das Musterbeispiel der Mehrheitskultur gar nicht erkennen, da er durch seinen kulturellen Hintergrund geistig gefangen ist.

- d) Weitere Vorbedingung einer *cultural defense* ist das Vorliegen einer kulturell motivierten oder kulturell determinierten Straftat. Einer Handlung also, die aus Sicht der Mehrheitskultur (a) strafbar ist, z.B. das Exorzismus-Ritual, weil sie Körperverletzungen verursachen kann, in manchen Kulturen aber als religiöses Ritual benutzt wird, um jemand von Dämonen zu befreien. Aus Sicht der Minderheitskultur (b) wird sie damit als nötig, üblich oder mindestens toleriert angesehen.
- e) Ursache muss auch mangelnde Integration des Täters (c) in der Mehrheitskultur (a) sein. Daher ist die Überprüfung des Integrationsniveaus der Person zentral um festzustellen, inwieweit diese Person von ihrer Kultur her an die abweichenden Wertvorstellungen gebunden ist. Es kann auch sein, dass der fremdkulturelle Täter seit Langem in der Mehrheitskultur lebt, mit ihr aber wenig bis gar nicht in Kontakt steht.¹²
- f) Schließlich ist für die Erhebung einer *cultural defense* die fehlende Internalisierung vonseiten des Täters nötig. Dies bedeutet, dass der Täter (c) das Unrecht seiner Handlung sowie die kulturellen Wertvorstellungen der Mehrheitsgesellschaft (b) nicht verinnerlichen kann.

Diese Überprüfungsmethode ist detaillierter als die Vermeidbarkeitsprüfung beim Normbewertungsirrtum und unterscheidet sich komplett von der Prüfung der Steuerungsunfähigkeit. Sie ist eine tiefgehende Analyse der Umstände des Betroffenen. Bei fremdkulturellen Tätern beginnt die Überprüfung nicht mit der Annahme eines Defizits aufseiten des Täters, wie im Fall der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, oder mit der Annahme von Zweifeln aufseiten des Täters, weil, wie aufgezeigt, bezüglich der Angehörigen einer kulturellen Minderheit oder bei Ausländern das Vorliegen von Zweifeln im Prinzip immer bejaht werden kann. Es ist auch keine Prüfung hinsichtlich der Kenntnis von Normen, sondern eine Überprüfung der Internalisierung von sozialen bzw. kulturellen mit juristischer Bedeutung versehenen Wertvorstellungen. Es wird auch gründlich geprüft, ob der Täter in der Mehrheitskultur integriert ist oder immer noch in seiner abweichenden Wertvorstellung verhaftet. Dafür bedarf es einer interdisziplinären Analyse, die über die reine Betrachtung der Zeitdauer hinausgeht, die die Person bereits in dem für sie fremden Land verbracht hat, sondern ihr Augenmerk allein auf deren tatsächliche Integration richtet.¹³ Es ist auch zu prüfen, ob die Tat kulturell motiviert oder zumindest determiniert ist. Dafür bedarf es einer tieferen Untersuchung der Kultur

¹² Z.B. AG Grevenbroich NJW 1983, 529 ff.

¹³ Siehe dazu AG Grevenbroich NJW 1983, 529.

des Täters. Wie gezeigt, soll diese nicht nur auf den formellen Regeln beruhen, sondern auf den kulturellen Regeln der Gruppe, aus der der Täter kommt.

2. Reichweite der Regelung

Die *cultural defense* als Entschuldigungsgrund kann für jede Person erhoben werden, deren Handlung auf einer abweichenden Wertvorstellung basiert, und ist nicht auf Ausländer begrenzt. Darüber hinaus gilt sie sowohl für das Kern- als auch für das Nebenstrafrecht und muss nicht im Voraus abgelehnt werden, weil die Werte mancher Rechtsgüter „allgemein bekannt“ und daher selbstverständlich sind.

Die Hauptvertreterin der *cultural defense* im US-amerikanischen Recht, *Alison Dundes Renteln*, schlägt vor, dass die *cultural defense* nicht zu weit sein und in zweierlei Hinsicht begrenzt werden sollte: Zum einen sollte sie nur als partieller Entschuldigungsgrund betrachtet werden (*partial excuse*).¹⁴ Zum anderen sollte sie eine strenge Grenze haben, und zwar die unumkehrbaren Schädigungen (*irreparable harm*).¹⁵ Die weibliche Beschneidung ist ein Beispiel für eine psychisch und körperlich unumkehrbare Schädigung, weil die körperliche Verletzung, in diesem Fall die teilweise oder vollständige Entfernung der äußeren weiblichen Geschlechtsorgane, durch medizinische Behandlungen nicht rückgängig gemacht werden kann, und überdies die psychische traumatische Erfahrung nicht zum Moment vor der traumatischen Episode zurückgeführt werden kann.

M.E. muss die *cultural defense* als voller Entschuldigungsgrund anerkannt werden, und zwar als Grund, der nicht nur eine Strafmilderung nach sich zieht, sondern den vollen Ausschluss der Strafe. Der Vorschlag *Renteln*s, die *cultural defense* von vornherein als nur partiellen Entschuldigungsgrund, d.h. als Entschuldigungsgrund, der nur die Strafmilderung ermöglicht, zu berücksichtigen, ist abzulehnen, da dies die Möglichkeit eines vollen Entschuldigungsgrundes im Voraus ausschließt. Nach dieser Ansicht soll der aus kulturellen Gründen unschuldige Täter trotzdem als halbschuldig betrachtet werden, weil der Gesetzgeber eben keine andere Möglichkeit vorgesehen hat. Man sollte aber nicht als halbschuldig beurteilt werden, wenn auch die Möglichkeit besteht, dass man als gar nicht schuldig angesehen wird. Dort, wo eine partielle Entschuldigung gegeben ist, muss auch die Möglichkeit für eine absolute Entschuldigung bestehen. Der Gesetzgeber sollte deshalb die Möglichkeit für einen vollen Entschuldigungsgrund offenlassen, sodass der Richter im konkreten Fall eine Entscheidung treffen kann.

Auch die zweite vorgeschlagene Einschränkung einer *cultural defense* ist abzulehnen, weil sie die Anwendung einer *cultural defense* praktisch unmöglich macht. Es ist schwierig, sich eine Handlung auszudenken, die keine unumkehrbare Schä-

¹⁴ *Renteln*, 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437 (1993), 438 f.

¹⁵ *Renteln*, 20 Canadian Journal of Law and Society, Nr. 1 (2005), 50.

digung bedeutet. Man kann zwar auch psychische Schädigungen therapeutisch behandeln und zu einer Heilung kommen, die Schädigung wird dadurch aber auf keinen Fall rückwirkend geheilt bzw. aufgehoben. Eine *cultural defense* kann m.E. auch in dem Fall der oben angeführten weiblichen Beschneidung erhoben werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine *cultural defense* als Entschuldigungsgrund erfolgreich sein muss, sondern nur, dass sie erhoben werden kann bzw. darf, und sie eventuell keinen vollständigen Schuldausschlussgrund begründet, aber vielleicht stattdessen zu einer Strafmilderung führt. Wichtig ist, dass, sobald die oben genannten Kriterien zutreffen, die *cultural defense* immer als mögliche Verteidigung bleiben und nicht von Anfang an begrenzt werden sollte.

C. Spezifische Rechtsfolge

Eine Person, die erfolgreich eine *cultural defense* erhebt und als unschuldig betrachtet wird, soll nicht bestraft werden. Sie ist tatsächlich nicht schuldig. Dies schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, Maßregeln zur Besserung und Sicherung anzuwenden, wenn auch nicht in ihrem traditionellen Sinne bzw. als Integrationshilfe in der Mehrheitskultur.

Die Anwendung einer Maßregel wird von der Lehre oft kritisiert, da sie als eine Art Zwangsrecht „gegen den ‚natürlichen Willen‘ Unvernünftiger“ verstanden wird.¹⁶ Außerdem berücksichtigen sie nicht dieselben normativen Garantien der Strafe.¹⁷ In den USA werden seelisch Kranke nicht unbedingt in einer psychiatrischen Anstalt untergebracht, sondern können tatsächlich ins Gefängnis gehen und sogar länger dort bleiben, als wenn sie als normale Angeklagte eine Strafe bekommen hätten. Die Neutralisierung sowie spezialpräventive Kriterien sind immer ein Argument, sie dienen aber nur der Begründung für das Vorliegen einer Straftat, nicht für die Begründung zur Verhängung einer Strafe für schuldunfähige Personen. D.h., die Strafe sowie alles Ähnliche darf nur auf Personen anwendbar sein, die schuldfähig sind. Es kann nun gefragt werden, warum eine Maßregel nicht auch für die aufgrund eines Informationsdefizits oder einer abweichenden kulturellen Wertvorstellung normbefolgungsunfähigen Täter anzuwenden ist.

Die vorliegend berücksichtigten Gefahren und Voraussetzungen sind für die drei Hypothesen gleich: Jemand ist normativ unansprechbar und kann demzufolge gefährlich für die Gesellschaft sein, da er jederzeit einen Tatbestand verwirklichen kann ohne es zu merken. In diesem Fall soll die Schuld ausgeschlossen sein. Warum kann aber nicht eine Maßregel in Form eines Integrationskurses, eines Sprachkurses, der Teilnahme an juristischen Vorlesungen usw. in Betracht kommen? Eine Maßregel könnte eine Möglichkeit sein, insoweit sie keine allein freiheitsentzie-

¹⁶ Köhler, AT, S. 55.

¹⁷ Jakobs, AT, § 1 Rn. 56.

hende Maßregel ist, sondern wenn sie die Rehabilitation, Integration und Information der Person anstrebt und gleichzeitig kein medizinisches Ziel verfolgt. Der Freiheitsentziehung ähnliche Maßnahmen wie eine psychiatrische Unterbringung sind hier also nicht möglich. Allerdings muss beachtet werden, dass solch eine Maßregel bei einem aus kulturellem Grund normbefolgungsunfähigen Täters nicht der Akkulturation des Betroffenen entsprechen darf, sondern nur der Erleichterung seiner Integration in die *host society*. Im Fall des Täters, der aufgrund eines Informationsdefizits irrig handelt, kann solch eine Maßregel als Erfüllung einer staatlichen Informationspflicht betrachtet werden. Obwohl sie eine palliative Maßnahme ist, soll sie einen präventiven Charakter haben.

Die Schaffung der *cultural defense* auf der gesetzlichen Ebene bedeutet nicht, dass rechtswidriges Verhalten aus kulturellen Gründen toleriert wird. Es bedeutet auch nicht, dass die *cultural defense* ein Privileg für Minderheiten ist. Es geht nur darum, dass im Urteil die kulturellen Umstände des Täters sowie deren Einfluss auf seine Willensfreiheit Berücksichtigung finden müssen. Dies ist im heutigen Rechtssystem in der Praxis zwar Realität, es fehlen aber klare Leitlinien. Daraus ergeben sich die oben dargestellte Verwirrung der Kategorien und irrende Betrachtungen wie die Pathologisierung von Minderheiten oder die unangemessene Einordnung unter den Verbotsirrtum. Eine gesetzliche Anerkennung würde willkürliche Entscheidungen vermeiden und Klarheit und Rechtssicherheit für die primären Normadressaten (Individuen) und die sekundären Normadressaten (Richter)¹⁸ schaffen.

¹⁸ Siehe dazu *MacCormick*, H.L.A. Hart, S. 103.

Literaturverzeichnis

Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro/Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General. Buenos Aires 2003.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main 1986.

Alternativkommentare zum Strafgesetzbuch, Rudolf Wassermann (Hrsg.), Band 1. 3. Aufl. Neuwied 1990.

Ambos, Kai, Towards a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's *Grammar of Law*. 26 Cardozo L. Rev. 2647–2673 (2007).

Anonymus, The Cultural Defense in the Criminal Law. 99 Harv. L. Rev. 1293–1311 (1986).

Anwaltkommentar StGB, Klaus Leipold u.a. (Hrsg.). 2. Aufl. Heidelberg u.a. 2015.

Arenella, Peter, The Diminished Capacity and Diminished Responsibility Defenses: Two Children of a Doomed Marriage. 77 Colum. L. Rev. 827–865 (1977).

Arzt, Gunther, The Problem of Mistake of Law. 1986 BYU L. Rev. 711–732 (1986).

Arzt, Gunther/Roxin, Claus/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. 6. Aufl. Heidelberg u.a. 2013.

Ashworth, Andrew/Horder, Jeremy, Principles of Criminal Law. 7. Aufl. Oxford 2013.

Badar, Mohamed Elewa, The Concept of *Mens Rea* in International Criminal Law. Oxford 2013.

Bajo Fernández, Miguel/González, Carlos Suárez/Manzano, Mercedes Pérez, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos, Band II. 2. Aufl. Madrid 1993.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil. 11. Aufl. Bielefeld 2003.

Basile, Fabio, Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht: Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten. Münster 2015.

Beck'scher Kommentar, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Thomas Fischer (Hrsg.). München 2014.

Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Dritter Band: Der Irrtum. Leipzig 1918.

Bohnert, Joachim, Ordnungswidrigkeitenrecht. 4. Aufl. München 2010.

Bolgar, Vera, The Present of the Maxim Ignorantia Iuris Neminem Excusat – A Comparative Study. 52 Iowa L. Rev. 626–656 (1967).

Bonnie, Richard J./Coughlin, Anne, Criminal Law. Westbury NY 1997.

- Borum, Randy/Fulero, Solomon M.*, Empirical Research on the Insanity Defense and Attempted Reforms: Evidence Toward Informed Policy. 23 Law & Hum. Behav. 375–394 (1999).
- Böse, Martin*, Glaubens- und Gewissensfreiheit im Strafrecht. ZStW 113 (2001), 40–75.
- Brauer, Marcus*, Den Teufel im Leib?, Stuttgarter Nachrichten vom 9. Dezember 2015. Verfügbar unter: <http://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.exorzismus-fall-in-frankfurt-den-teufel-im-leib.c0642068-2c2d-4766-b8bd-c33b141ebd65.html> [Stand: 30.7.2016].
- Britz, Gabriele*, Kulturelle Rechte und Verfassung. Tübingen 2000.
- Bröckers, Boris*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit. Baden-Baden 2015.
- Bülte, Jens*, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht. NStZ 2013, 65–72.
- Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Verfügbar unter: <http://www.bamf.de> [Stand: 30.7.2016].
- Bundeskriminalamt (BKA), Presseinformation zu den Ergebnissen einer Bund-Länderabfrage zum Phänomen „Ehrenmorde in Deutschland“. Verfügbar unter: https://www.bka.de/nm_196810/sid_2029CB89054C9A08D91406757BC31994/SharedDocs/Downloads/DE/Presse/Pressearchiv/Presse_2006/pm060519_ehrenmorde.html?_nnn=true [Stand: 30.7.2016].
- Bustos Ramírez, Juan*, Kriminalpolitik und Strafrecht. In: Joan Joachim Hirsch u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann. Berlin, New York 1986, S. 69–86.
- Was ist Schuld? In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln, München 2008, S. 345–352.
- Carnevali, Raúl*, El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. Poli. Crim. n°3, 2007, 1–28.
- Carr, John E.*, Ethno-Behaviorism and the Culture-Bound Syndromes: The Case of Amok. In: Charles C. Hughes/Ronald C. Simons (Hrsg.), The Culture-Bound Syndromes. Folk Illness of Psychiatric and Anthropological Interest. Dordrecht u.a. 1985, S. 199–223.
- Cass, Ronald A.*, Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined. 17 Wm. & Mary L. Rev. 671–700 (1976).
- Chin, Gabriel J.*, Unjustified: The Practical Irrelevance of the Justification/Excuse Distinction. 43 U. Mich. J.L. Reform 79, (2009), 79–115.
- Clark, David S./Ansary, Tugrul* (Hrsg.), Introduction to the Law of the United States. 2. Aufl. The Hague u.a. 2002.
- Cohen, Morris, L./Olson, Kent C.*, Legal Research in a Nutshell. 12. Aufl. St. Paul, Minn. 2016.
- Coleman, Doriane Lambelet*, Culture, Cloaked in Mens Rea. South Atlantic Quarterly Fall 2001 100(4): 981–1004 oder 100 S. Atlantic Q. 981–1004 (2001).
- Conen, Stefan*, § 20, AnwaltKommentar zum Strafgesetzbuch, Klaus Leipold u.a. (Hrsg.). 2. Aufl. Heidelberg u.a. 2015 (zit. AKr-Conen).

- Davies, Sharon L.*, The Jurisprudence of Willfulness: An Evolving Theory of Excusable Ignorance. 48 Duke L.J. 341–428 (1998).
- Davoli, Joanmarie Ilaria*, Reconsidering the Consequences of an Insanity Acquittal. 31 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 3–14 (2005).
- Defensoría Penal Pública, Modelo de Defensa Especializada para Imputados Indígenas, 2008. Verfügbar unter: www.dpp.cl [Stand: 30.7.2016].
- De-Gruyter-Kommentar, Rudolf Brunner/Dieter Dölling (Hrsg.). 11. Aufl. Berlin, New York 2002.
- Denno, Deborah W.*, Who Is Andrea Yates? A Short Story about Insanity. 10 Duke J. Gender L. & Pol'y 1–140 (2003).
- Der Tagesspiegel vom 26.9.2012; Juden und Muslime loben Entwurf zur Beschneidung. Frankfurter Rundschau vom 5.10.2012.
- Dettmeyer, Reinhard/Madea, Burkhard*, Basiswissen Rechtsmedizin. Berlin, Heidelberg 2007.
- Dimakis, Alexandros*, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, eine Untersuchung zur Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins. Berlin 1992.
- Dokumentierte Ehrenmorde. Verfügbar unter: www.ehrenmord.de [Stand: 30.7.2016].
- Dölling, Dieter/Brunner, Rudolf*, Jugendgerichtsgesetz, De-Gruyter-Kommentar, Rudolf Brunner/Dieter Dölling (Hrsg.). 11. Aufl. Berlin, New York 2002 (zit. JGG-Dölling/Brunner).
- Donovan, James M./Garth, John Stuart*, Delimiting the Culture Defense, 26 Quinnipiac L. Rev. 109–146 (2007).
- Dreier, Horst*, Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen. In: Horst Dreier/ Eric Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. Akten der IVR-Tagung vom 28.–30. September 2006 in Würzburg. Baden-Baden 2008, S. 11–18.
- Dressler, Joshua*, Understanding Criminal Law. 7. Aufl. New Providence, NJ u.a. 2015.
- Dubber, Markus D.*, Einführung in das US-Amerikanische Strafrecht. München 2005.
- Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana*, Criminal Law. New York 2014.
- Dubber, Markus D./Robinson, Paul H.*, The American Model Penal Code: A Brief Overview. 10 New Crim. L. Rev. 319–341 (2007).
- Easterbrook, Frank H.*, Plea Bargaining as Compromise. 101 Yale L.J. 1969–1978 (1992)].
- Eidam, Lutz*, Auswirkungen und Stellenwert strafrechtlicher Expertengutachten auf die Anwendbarkeit von § 17 StGB in wirtschaftsstrafrechtlichen Fallkonstellationen. ZStW 127 (2015), 120–142.
- Engelhart, Marc*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. 2. Aufl. Berlin 2012.
- Erbil, Bahar*, Toleranz für Ehrenmörder? Soziokulturelle Motive unter besonderen Berücksichtigung des türkischen Ehrbegriffs. Berlin 2008.
- Eser, Albin*, Justification and Excuse. 24 Am. J. Comp. L. 621–637 (1976).

- Rechtfertigung und Entschuldigung: Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs. In: ders./George P. Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I. Freiburg i.Br. 1987, S. 301–317.

- Fakhouri, Yamila*, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático. Cizur Menor 2009.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Religiöse Rechtfertigung? RW Heft 2 2010, 115–142.
- Fikentscher, Wolfgang*, Law and Anthropology. 2. Aufl. München 2014.
- Fischer, Thomas* (Hrsg.), Beck'scher Kommentar. Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. 64. Aufl. München 2017 (zit. *BK-Fischer*).
- Fletcher, George P.*, Basic Concepts of Criminal Law. New York u.a. 1998.
- Rethinking Criminal Law. Oxford u.a. 2000.
- The Grammar of Criminal Law. Oxford u.a. 2007.
- Foblets, Marie-Claire/Renteln, Alison* (Hrsg.), Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspective on the Cultural Defense. Oxford u.a. 2009.
- Focus Online, Kabinett beschließt mehr Kontrolle bei Psychiatrische-Einweisung von Mittwoch 4. November 2015. Verfügbar unter: http://www.focus.de/politik/deutschland/justiz-reform-soll-lange-einweisung-in-die-psychiatrie-erschweren_id_5061096.html [Stand: 30.7.2016].
- Fradella, Henry F.*, Mental Illness and Criminal Excuse in Contemporary American Law. Bethesda 2007.
- Frischknecht, Tom*, Kultureller Rabatt, Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermäßigung bei kultureller Differenz. Bern 2009.
- Der Normbruch aus kultureller Verpflichtung- Zum Umgang des Strafrechts mit Gewissenstätern. In: Arno Pilgram u.a. (Hrsg.), Einheitliches Recht für die Vielfalt der Kulturen? Strafrecht und Kriminologie in Zeiten transkultureller Gesellschaften und transnationalen Rechts. Wien, Berlin 2012, S. 187–206.

- Geis, Gilbert*, Pathological Gambling and Insanity, Diminished Capacity, Dischargeability, and Downward Sentencing Departures. Gaming Law Review, Vol. 8, Nr. 6, 2004, 347–360.
- Gemballa, Gero*, Colonia Dignidad, ein deutsches Lager in Chile. Hamburg 1988.
- Glandien, Ralf*, Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht. Herdecke 2000.
- Goerlich, Helmut/Zabel, Benno*, Säkularer Staat und religiöses Recht. JZ 2012, 1058–1061.
- Golding, Martin P.*, The Cultural Defense. Ratio Juris. Vol. 15 No. 2 June 2002, 146–158.
- Goldstein, Joseph/Katz, Jay*, “Abolish the ‘Insanity Defense’—Why Not?” 72 Yale L.J. 853–876 (1963).

- Goldstein, Taryn F.*, Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A 'Cultural Defense'? 99 Dick. L. Rev. 141–168 (1994).
- Grachek, Julie E.*, The Insanity Defense in the Twenty-First Century: How Recent United States Supreme Court Case Law Can Improve the System. 81 Ind. L.J. 1479–1501 (2006).
- Gray, Richard L.*, Eliminating the (Absurd) Distinction Between Malum In Se and Malum Prohibitum Crimes. 73 Wash. U. L.Q. 1369–1398 (1995).
- Greco, Luis*, Ehrenmorde im deutschen Strafrecht. ZIS 2014, 309–319.
- Greenberg, Mark*, Explaining the Asymmetry Between Mistakes of Law and Mistakes of Fact, Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought, 6:1, 2015, S. 95–111.
- Greenwalt, Kent*, The Perplexing Borders of Justification and Excuse. 84 Colum. L. Rev. 1897–1927 (1984).
- Gropp, Walter*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Tübingen 1992.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Heidelberg, Berlin 2015.
- Groteguth, Thomas*, Norm und Verbots(un)kenntnis, § 17 Satz 2 StGB. Berlin 1993.
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Suhrkamp. 5. Aufl. Frankfurt am Main 1997.
- Hall, Jerome*, Ignorance and Mistake in Criminal Law. 33 Ind. L.J. 1–44 (1957).
- General Principles of Criminal Law. 2. Aufl. New York 1960.
- Hall, Livingston/Seligman, Selig J.*, Mistake of Law and Mens Rea. 8 U. Chi. L. Rev. 641–683 (1941).
- Harcourt, Bernard E.*, The Collapse of the Harm Principle. 90 J. Crim. L. & Criminology 109–194 (1999).
- The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in *United States v. Windsor*, John Stuart Mill's essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart's Modern Harm Principle, University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers, Working Paper No. 437, 2013, S. 1–23.
- Hassemer, Winfried*, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare. In: Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I. Freiburg i.Br. 1987.
- Interkulturelles Strafrecht. In: Reiner Zaczek u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Amadeus Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998. Berlin 1998, S. 101–123.
- Hay, Peter*, US-Amerikanisches Recht. 6. Aufl. München 2015.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Band 7. Frankfurt am Main 1979.
- Phänomenologie des Geistes, Werke 3. 6. Aufl. Baden-Baden 1998.
- Heger, Martin*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts. Tübingen 2009.

Heinrich, Bernd, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. In: Heinrich Manfred u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin, New York 2011, S. 449–466.

Hilgendorf, Eric, Religion, Recht und Staat. Zur Notwendigkeit einer Zähmung der Religionen durch das Recht. In: ders. (Hrsg.), Wissenschaft, Religion und Recht. Hans Albert zum 85. Geburtstag. Berlin 2006, S. 359–383.

– Strafrecht und Interkulturalität. JZ 2009, 139–144.

– Vor. § 185, LK. 12. Aufl. Berlin 2009.

– Punitivität und Rechtsgutslehre, Skeptische Anmerkung zu einigen Leitbegriffen der heutigen Strafrechtstheorie. NK 2010, 125–131.

Hirsch, Hans Joachim, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung. In: Albin Eser/Walter Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Freiburg i.Br. 1991, S. 27–54.

Holtz, Günter, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. MDR 1977, 807–811.

Hönig, Richard M., Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches. Berlin 1965.

Horn, Eckard, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie. Berlin 1969.

Hörnle, Tatjana, Strafrechtliche Verbotsnormen zum Schutz von kulturellen Identitäten. In: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. Akten der IVR-Tagung vom 28.-30. September 2006 in Würzburg. Baden-Baden 2008, S. 315–338.

– Kultur, Religion, Strafrecht – neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Gutachten für den 70. Deutschen Juristentag. München 2014, Teil C.

– Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen. In: Roland Hefendehl u.a. (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014. Berlin, Boston 2014, S. 93–106.

– Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstat-sachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln, München 2008, S. 325–343.

– Rechtfertigungsgründe. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages. Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten. München 2014, S. C 62–69.

– Entschuldigungsgründe. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages. Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten. München 2014, S. C 70–79.

– Strafrechtliche Verbotsnormen: Ergänzen, Erweitern, Abschaffen? In: Ständige Deputa-tion des Deutschen Juristentages. Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten. München 2014, S. C 37–61.

– Strafzumessung. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages. Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten. München 2014, S. C 80–98.

Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? JZ 2013, 328–339.

- Horowitz, Donald L.*, Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law. 49 Law & Contemp. Probs. 109–1256 (1986).
- Hruschka, Joachim*, Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie“ „eingeschränkt“? In: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 Berlin, New York 2001, S. 441–456.
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II Grundrechte. 2. Aufl. München 2009.
- Hughes, Charles C.*, Culture-Bound or Construct-Bound? The Syndromes and DSM-III. In: ders./Ronald C. Simons (Hrsg.), The Culture-Bound Syndromes. Folk Illness of Psychiatric and Anthropological Interest. Dordrecht u.a. 1985, S. 3–24.
- Husak, Douglas*, The Philosophy of Criminal Law. Oxford u.a. 2010.
- Jähnke, Burkhard*, Leipziger Kommentar, § 21, Heinrich Wilhelm Laufhütte (Hrsg.). 11. Aufl. Berlin 2005 (zit. LK-Jähnke).
- Jakobs, Günther*, Schuld und Prävention. Tübingen 1976.
- Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin, New York 1993.
 - Die Schuld der Fremden. ZStW 118 (2006), 831–854.
- Jaramillo, Isabel*, Familia. In: Cristina Motta/Macarena Sáez (Hrsg.), La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana. Bogotá 2008, S. 267–353.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.
- § 13, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a. (Hrsg.). 11. Aufl. Berlin u.a. 2003 (zit. LK-Jescheck).
- Kaspar, Johannes*, § 20, Satzger, Schmitt, Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Helmut Satzger u.a. (Hrsg.). 2. Aufl. Köln 2014 (zit. SSW-StGB-Kaspar).
- Schuldfähigkeitsbeurteilung und strafrechtliche Sanktionen bei psychisch Gestörten. In: Manuela Dudeck u.a. (Hrsg.), Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie. Baden-Baden 2014, S. 103–134.
- Kasselt, Julia/Oberwittler, Dietrich*, Ehrenmorde in Deutschland 1996–2005. Köln 2011.
- Katz, Leo*, Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the Criminal Law. Chicago 1987.
- Kaufmann, Arthur*, Das Schuldprinzip. 2. Aufl. Heidelberg 1976.
- Die Parallelwertung in der Laiensphäre, ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre; vorgetragen am 15. Januar 1982. München 1982.
 - Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Aalen 1985.
 - Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik. In: ders./Winfried Hassemer/Ulfried Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 8. Aufl. Heidelberg u.a. 2011, S. 1–25.
- Keedy, Edwin R.*, Ignorance and Mistake of Law. 22 Harv. L. Rev. 75–96 (1908).

- Keiter, Mitchel*, Just Say No Excuse: The Rise and Fall of the Intoxication Defense. 87 J. Crim. L. & Criminology 482–520 (1997).
- Kelsen, Hans*, General Theory of Law and State. Clark, NJ 2009.
- Kim, Nancy S.*, The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis. 27 N.M. L. Rev. 101–140 (1997).
- Kindhäuser, Urs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Baden-Baden 2013.
- Strafrecht Besonderer Teil, Band I. 7. Aufl. Baden-Baden 2015.
- Köhler, Michael*, Mordmerkmal „aus niedrigen Beweggründen“ und Wertvorstellungen ausländischer Lebenskreise. JZ 1980, 238–241.
- Strafrecht Allgemeiner Teil. Berlin u.a. 1997.
- Kohlrausch, Eduard*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Berlin 1903.
- Koller, Matthias*, Ausländer und Migranten im Massregelvollzug – fremd in Therapie und Recht vom 8./9. Mai. MerzJ 2008, S. 18–34.
- Krey, Volker/Esser, Robert/Röhling, Nadja*, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Stuttgart 2012.
- Kühl, Kristian*, Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problem- aufriß. In: Heike Jung, u.a. (Hrsg.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung. Baden-Baden 1991, S. 139–176.
- Kühl, Kristian/Heger, Martin*, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 28. Aufl. München 2014 (zit. Lackner/Kühl).
- LaFave, Wayne R.*, Criminal Law. 6. Aufl. St. Paul, Minn. 2017.
- Rechtsgut, kulturelles Wert und individuelles Bedürfnis. In: Günther Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. Berlin u.a. 1974, S. 151–165.
- Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre. ZStW 118 (2006), 1–43.
- Lange, Richard*, Zum Denunziantenproblem. SJZ 1948, 302–311.
- Larrabee, Glenn J.*, Forensic Neuropsychology: A Scientific Approach. New York 2005.
- Laubenthal, Klaus/Baier, Helmut*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung. GA 2000, 205–223.
- Layton, Chad J.*, No More Excuses: Closing the Door on the Voluntary Intoxication Defense. 30 J. Marshall L. Rev. 535–566 (1997).
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Burkhard Jähnke u.a. (Hrsg.), Band 1. 11. Aufl. Berlin 2005.
- Leite, Alaor*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum. GA 2012, 688–703.
- Lewisch, Peter*, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung. Wien 1993.

- Libet, Benjamin*, Haben wir einen freien Willen? In: Christian Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuen Experimente*. Frankfurt am Main 2004, S. 268–290.
- Lippman, Matthew*, *Contemporary Criminal Law: Concepts, Cases, and Controversies*. 4. Aufl. Los Angeles u.a. 2016.
- Löw, Christine*, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*. Frankfurt am Main 2002.
- Luhmann, Niklas*, *Rechtssoziologie*. 4. Aufl. Wiesbaden 2008.
- Lyman, John C.*, Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking? 9 *Crim. Just. J.* 87–118 (1986).
- MacCormick, Neil*, H.L.A. Hart. Stanford 1981.
- Machleidt, W./Callies, I.T.*, Transkulturelle Aspekte psychischer Erkrankungen. In: Hans-Jürgen Möller/Gerd Laux/Hans-Peter Kapfhammer (Hrsg.), *Psychiatrie und Psychotherapie*. Heidelberg 2008, S. 319–343.
- Maier, Sylvia*, Honor Killings and the Cultural Defense in Germany. In Marie-Claire Foblets/Alison Dundes Renteln (Hrsg.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspective on the Cultural Defense*. Oxford 2009, S. 229–246.
- Maiwald, Manfred*, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*. Heidelberg 1984.
- Manso Porto, Teresa*, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*. Baden-Baden 2009.
- Mañalich, Juan Pablo*, Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos contra la Auto-determinación Sexual. Informe en Derecho N° 2, 2011, Julio, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública.
- El Delito como Injusto culpable. Sobre la conexión funcional del dolo y la conciencia de la Antijuridicidad en el Derecho Penal chileno. *Revista de Derecho* N° 16, 2012, 87–115.
- Marlie, Marcus*, Schuldstrafrecht und Willensfreiheit – Ein Überblick. *ZJS* 2008, 41–46.
- Matsumoto, Alison*, A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the *Kimura* Case. 4 *J. Int'l L. & Prac.* 507–538 (1995).
- Mauer, Sandra*, *Die Frau als besonderes Schutzobjekt strafrechtlicher Normen*. Berlin 2009.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I. 7. Aufl. Heidelberg 1987.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred*, *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. Aufl. Heidelberg 2009.
- Mayer, Max Ernst*, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. 2. Aufl. Darmstadt 1965.
- McGarry, Molly K.*, Crimes of Moral Turpitude. In: Linell E. Cady/Tracy Fessenden (Hrsg.), *Religion, the Secular and the Politics of Sexual Difference*. New York 2013, S. 175–194.
- Meese, Edwin/Larkin, Paul J.*, Reconsidering the Mistake of Law Defense. 102 *J. Crim. L. & Criminology* 725–784 (2012).

- Melton, Gary B./Petrila, John/Poythress, Norman G.* u.a., *Psychological Evaluations for the Courts. A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers.* 3. Aufl. New York 2007.
- Melville, John D./Naimark, David,* Punishing the Insane: The Verdict of Guilty but Mentally Ill. *J. Am. Acad. Psychiatry L.* 553–555 (2002).
- Merle, Jean-Christoph,* Cultural defense, Hate Crimes and Equality Before the Law. *Florianópolis, Vol. 5, No. 1, June 2006,* 7–19.
- Milhizer, Eugene R.,* Justification and Excuse: What They Were, What They Are, and What They Ought to Be. *78 St. John's L. Rev.* 725–896 (2004).
- Mill, John Stuart,* *On Liberty.* Rockville, Md. 2008.
- Mitchell, Edward W.,* Culpability for Inducing Mental States: The Insanity Defense of Dr. Jekyll. *32 J. Am. Acad. Psychiatry L.* 63–69 (2004). Verfügbar unter: www.jaapl.org [Stand: 30.7.2016].
- Mitsch, Wolfgang,* *Fallsammlung zum Ordnungswidrigkeitenrecht.* Heidelberg u.a. 2011.
- Moriarty, Jane Campbell,* *The Role of Mental Illness in Criminal Trials. The Insanity Defense,* Band 2. New York 2001.
- Morlock, Martin,* *Selbstverständnis als Rechtskriterium.* Tübingen 1993.
- Morse, Stephen J.,* Undiminished Confusion in Diminished Capacity. *75 J. Crim. L. & Criminology* 1–55 (1984).
- Mousourakis, George,* Justification and Excuse. *7 Tilburg Foreign L. Rev.* 35–64 (1998).
- Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.).* München 2003.
- Murmann, Uwe,* *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte.* 2. Aufl. München 2013.
- Neumann, Ulfrid,* § 17, Reihe Alternativkommentare zum Strafgesetzbuch, Band 1. Neuwied 1990 (zit. *AK-StGB-Neumann*).
- § 17, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, ders. u.a. (Hrsg.). 3. Aufl. Baden-Baden 2010.
 - Wahrheit statt Autorität. Möglichkeit und Grenzen, einer Legitimation durch Begründung im Recht. In: ders. (Hrsg.), *Recht als Struktur und Argumentation.* Baden-Baden 2008, S. 369–384.
 - § 17, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.). 3. Aufl. Baden-Baden 2010 (zit. *NK-Neumann*).
- Noak, Thorsten,* Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 1. *ZJS* 2012, 175–183.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.).* 3. Aufl. Baden-Baden 2010.
- Office of the Law Revision Counsel, United States Code. <http://uscode.house.gov/> [Stand: 30.7.2016].

O'Neill, Ann W., 2 Missionaries Guilty in Fatal Exorcism Case, Los Angeles Time, 17 April 1997. Verfügbar unter: http://articles.latimes.com/1997-04-17/local/me-49769_1_case-missionaries-guilty [Stand: 30.7.2016].

Oshima, Yumi, Die Struktur der Japanischen Gesellschaft nach Nakane. Bochum 2003.

Otto, Harro, Mittelbare Täterschaft und Verbotsirrtum. In: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin, New York 2001, S. 483–501.

– Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Straflehre. 7. Aufl. Berlin 2004.

Oyez. IIT Chicago-Kent College of Law. Verfügbar unter: <https://www.oyez.org/cases/1997/96-8422> [Stand: 30.7.2016].

Paeffgen, Hans-Ullrich, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.). 4. Aufl. Baden-Baden 2013 (zit. NK-Paeffgen).

Pawlik, Michael, Der rechtfertigende Notstand, zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Berlin u.a. 2002.

– „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?“ – Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht. In: Gerhard Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto. Köln u.a. 2007, S. 133–153.

– Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen 2012.

Perkins, Rollin M., Ignorance and Mistake in Criminal Law. 88 U. Pa. L. Rev. 35–45 (1939).

Perron, Walter, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im deutschen Strafrecht. In: Albin Eser/ders. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990. Freiburg i.Br. 1991, S. 79–116.

– § 20, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar. 28. Aufl. München 2010 (zit. Schönke/Schröder-Perron).

Petersdorf, Boris, Strafrecht und die Herausforderungen des Pluralismus. ZStW 118 (2006), 823–829.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II. 28. Aufl. Heidelberg u.a. 2012.

Platzgummer, Winfried, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage. Wien 1964.

Puppe, Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum. GA 1990, 145–182.

– Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, Band I. Baden-Baden 2002.

– Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit. In: Klaus Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag. Neuwied 2004, S. 231–241.

– Strafrechtsdogmatische Analysen. Göttingen 2006.

Putzke, Holm, Juristische Positionen zur religiöse Beschneidung. NJW 2008, 1568–1570.

Quintero, Gonzalo, Locos y Culpables. Pamplona 1999.

Radbruch, Gustav, Strafrecht II. Gesamtausgabe, Band 8. Heidelberg 1998.

Reinbacher, Tobias, Das Strafrechtssystem der USA. Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat. Berlin 2010.

Renteln, Alison Dundes, A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse. 2 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 437–526 (1993).

– The Cultural Defense. Oxford u.a. 2004.

– The Use and Abuse of the Cultural Defense. 20 Canadian J.L. & Soc'y 47–67 (2005).

– Raising Cultural Defenses. In: Linda Friedman Ramírez (Hrsg.), Cultural Issues in Criminal Defense. 2. Aufl. New York 2007, S. 769–814.

– Use and Abuse of the Cultural Defense. In: dies./Marie-Claire Foblets, Multicultural Jurisprudence. Oxford u.a. 2009, S. 61–84.

– Corporal Punishment and the Cultural Defense. 73 Law & Contemp. Probs. 253–280 (2010).

Robbins, Ira P., The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. 81 J. Crim. L. & Criminology 191–234 (1990).

Robinson, Paul H./Grall, Jane A., Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond. 35 Stan. L. Rev. 681–762 (1983).

Robitscher, Jonas/Haynes, Andrew Ky, In Defense of the Insanity Defense. 31 Emory L.J. 9–60 (1982).

Roxin, Claus, Das Schuldprinzip im Wandel. In: Fritjof Haft u.a. (Hrsg.), Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1993, S. 519–536.

– Über Tatbestands- und Verbotsirrtum. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln, München 2008, S. 375–390.

– Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I. 4. Aufl. München 2006.

Rudolphi, Hans-Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Göttingen 1969.

– Affekt und Schuld. In: ders. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel. Berlin u.a. 1974, S. 199–214.

– § 17 Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. 8. Aufl. Neuwied 2012 (zit. SK-Rudolphi).

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie. 8. Aufl. München 2015.

Sacco, Lisa N., Drug Enforcement in the United States: History, Policy, and Trends, Congressional Research Service, 7-5700. Verfügbar unter: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43749.pdf> [Stand: 24.11.2017].

Safferling, Christoph Johannes Maria, Vorsatz und Schuld. Tübingen 2008.

- Safferling, Christoph Johannes Maria*, *Insanity and Intoxication*. In: Markus Dubber/Tatjana Hörnle (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford 2014, S. 654–676.
- Saliger, Frank*, StV 2003. 23. Jahrgang. Köln 2003, S. 21–25.
- Saltman, Michael*, *The Demise of the ‘Reasonable Man’: A Cross-Cultural Study of a Legal Concept*. New Brunswick NJ 1991.
- Sams, Julia P.*, *The Availability of the “Cultural Defense” as an Excuse for Criminal Behavior*. 16 Ga. J. Int’l & Comp. L. 335–354 (1986).
- Schaefer, Torsten*, § 17, *AnwaltKommentar zum Strafgesetzbuch*, Klaus Leipold u.a. (Hrsg.). 2. Aufl. Heidelberg u.a. 2015 (zit. AK-StGB-*Schaefer*).
- Schiemann, Anja*, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen. Verstoß der § 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG*. Berlin 2012.
- *Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte?* ZJS 2012, 774.
- Schild, Wolfgang*, *Dimensionen der Schuldunfähigkeit. Eine alternative Kommentierung der § 20, 21 StGB aus 1990*. Hamburg 1990.
- §§ 20, 21, *Reihe Alternativkommentare zum Strafgesetzbuch*, Rudolf Wassermann u.a. (Hrsg.), Band 1. Neuwied 1990 (zit. AK-StGB-*Schild*).
 - § 20, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.). 3. Aufl. Baden-Baden 2010 (zit. NK-*Schild*).
- Schlüchter, Ellen*, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen 1983.
- Schmidhäuser, Eberhard*, *Über die Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*. In: Friederich Geerds/Wolfgang Naucke (Hrsg.), *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin 1966, S. 317–338.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tübingen 1982.
- Schnoor, Kathleen*, *Beurteilung der Schuldfähigkeit. Eine empirische Untersuchung zum Umgang der Justiz mit Sachverständigen*. Bonn 2009.
- Schöch, Heinz*, § 20, *Leipziger Kommentar StGB*, Band 1. Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.). 12. Aufl. Berlin 2006 (zit. LK-*Schöch*).
- *Schuldfähigkeitsbeurteilung und strafrechtliche Sanktionen bei psychisch Gestörten*. In: Manuela Dudeck u.a. (Hrsg.), *Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie*. Baden-Baden 2014, S. 11–38.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. Aufl. München 2010.
- Schroth, Ulrich*, *Strafe ohne nachweisbaren Vorwurf*. In: Heinrich Manfred u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin, New York 2011, S. 705–722.
- Schünemann, Bernd*, *Nulla poena sine lege, rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*. Berlin u.a. 1978.

- Scott, Robert E./Stuntz, William J., Plea Bargaining as Contract. 101 Yale L.J. 1909–1968 (1992).
- Segev, Re'em, Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law is No Excuse? It Might Be a Justification! 25 Law & Phil. 31–79 (2006).
- Shipley, Stacey L./Arrigo, Bruce A., Introduction to Forensic Psychology. 3. Aufl. London 2012.
- Sieber, Ulrich/Engelhart, Marc, Strafrechtskodifikation – Eine Analyse des Kodifikationskonzepts und seiner Umsetzung im deutschen Strafrecht. RW 2012, 364–405.
- Simons, Kenneth W., When Is Strict Criminal Liability Just? 87 J. Crim. L. & Criminology (1997).
- Ignorance and Mistake of Criminal Law, Noncriminal Law, and Fact. 9 Ohio St. J. Crim. L. 487 (2012), 487–543.
- Smith, A.T.H., Error and Mistake of Law. 14 Anglo-Am. L. Rev. 3–32 (1985).
- Smith, Steven R./Meyer, Robert, Law, Behavior and Mental Health: Policy and Practice. New York, London 1987.
- Spendel, Günter, § 32, Leipziger Kommentar StGB. 10. Aufl. Hans-Heinrich Jescheck/Wolfgang Ruß/Günther Willms (Hrsg.). Berlin, New York 1985 (zit. LK-Spendel).
- Stepanians, Markus, Paternalismus in der Rechtsphilosophie: Die Moralischen Grenzen des Strafrechts. In: Ludger Honnfelder/Dieter Sturma (Hrsg.), Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 14. Berlin 2009, S. 129–146.
- Stern, Steffen, Verteidigung in Mord und Totschlagsverfahren. Heidelberg u.a. 2013.
- Sternberg-Lieben, Detlev, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht. Tübingen 1997.
- Stratenwerth, Günter, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? ZStW 105 (1993), 679–696.
- Streng, Franz, § 20, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.). München 2003 (zit. MK-Streng).
- Sumathipala, Athula/Siribaddana, Sisira/Bhugra, Dinesh, Culture-Bound Syndromes: The Story of Dhat Syndrome. 184 Brit. J. Psychiatry 200–209 (2004).
- Swan, Rita, Children's Healthcare Is a Legal Duty. Inc.. Verfügbar unter: http://childrenshealthcare.org/wp-content/uploads/2014/04/1985-86_Winter-fnl.pdf [Stand: 30.7.2016].
- Sydow, Dorothee, Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des Bundesgerichtshofs. Frankfurt am Main u.a. 2002.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Jürgen Wolter (Hrsg.). 8. Aufl. Köln 2012.
- Tellenbach, Silvia, Zum neuen türkischen Strafgesetzbuch. KAS-Auslandsinformationen, 4/05, S. 76–93.
- Terre des Femmes, http://www.frauenrechte.de/tdf/pdf/EU-Studie_Ehrenmord.pdf [Stand: 30.7.2016].

Tiedemann, Klaus, Allgemeiner Teil des Wirtschaftsstrafrechts. 5. Aufl. Köln, München 2017.

- Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerrecht. ZStW 81 (1969), 869–885.
- Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts. Tübingen 1969.

Toepel, Friederich, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozeßrecht. Tübingen 2002.

Tofahrn, Sabine, Strafrecht Allgemeiner Teil. Unterlassungsdelikt, Versuch, Täterschaft und Teilnahme, Konkurrenzen. 3. Aufl. Heidelberg u.a. 2013.

Tomao, Sharon M., The Cultural Defense: Traditional or Formal? 10 Geo. Immigr. L.J. 241–256 (1996).

Torres, M. Elena, Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión. In: Luis Roca de Agapito/María Marta González, Delitos y Minorías en Países multiculturales. Barcelona 2014, S. 151–175.

Torry, William I., Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense. J. Legal Pluralism & Unofficial L., Vol. 31, Issue 44, 127–161 (1999).

Travers, Michael L., Mistake of Law in Mala Prohibita Crimes. 62 U. Chi. L. Rev. 1301–1331 (1995).

Uhlig, Anne C., Ethnographie der Gehörlosen. Bielefeld 2012.

Valerius, Brian, Der sogenannte Ehrenmord. Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe? JZ 2008, 912–919.

- Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Strafrecht. JA 2010, 481–486.
- Kultur und Strafrecht, die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Berlin 2011.

Van Broeck, Jeroen, Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). (2001) 9 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 1–32.

Van Verseveld, Annemieke, Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes. The Hague 2012.

Varela, Lorena, Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal. InDret, Revista para el análisis del Derecho 3/12, Barcelona, julio de 2012, 1–25.

Velten, Petra, Normkenntnis und Normverständnis. Baden-Baden 2002.

Vogel, Joachim, § 15, Leipziger Kommentar. StGB. 12. Aufl., ders. u.a. (Hrsg.). Berlin u.a. 2007 (zit. LK-Vogel).

- § 17, Leipziger Kommentar. StGB. 12. Aufl., ders. u.a. (Hrsg.). Berlin u.a. 2010 (zit. LK-Vogel).

Vogele, Scott, The Mistake of Law Defense in International Criminal Law. In: Sienho Yee (Hrsg.), International Crime and Punishment. Oxford 2003, S. 59–100.

Von Scherenberg, Carl-Friedrich, Die sozioethischen Einschränkungen der Notwehr. Frankfurt am Main 2009.

Walsh, David, Texanische Mutter ertränkt ihre Kinder: Andrea Yates und die „Familienwerte“. World Socialist Web Site vom 11. Juli 2001. Verfügbar unter: <https://www.wsws.org/de/articles/2001/07/yate-j11.html> [Stand: 30.7.2016].

Walter, Tonio, Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum. Tübingen 2006.

- Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative. JZ 2012, 1110–1117.

Warda, Heinz-Günter, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen. Berlin 1955.

- Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein. In: Günter Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. Berlin u.a. 1974, S. 499–532.

Welzel, Hans, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre. JuS 1966, 421–426.

- Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Berlin 1969.
- Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Berlin, New York 1975.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil. 38. Aufl. Heidelberg u.a. 2014.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Allgemeiner Teil. 45. Aufl. Heidelberg u.a. 2015.

Westen, Peter, Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law. *Crim. L. & Phil.*, Vol. 2, issue 2, 137–162 (2008).

Winkelman, Michael, Cultural Factors in Criminal Defense Proceedings. 55 *Hum. Org.* 154–159 (1996).

Woodmansee, Mark A., The Guilty but Mentally Ill Verdict: Political Expediency at the Expense of Moral Principle. 10 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y* 341–387 (1996).

Yaffe, Gideon, Excusing Mistakes of Law. 9 *Philosopher’s Imprint* 1–22 (2009).

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

Die zentralen Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht werden in Zusammenarbeit mit dem Verlag Duncker & Humblot in den folgenden sechs Unterreihen der „Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ vertrieben:

- „Strafrechtliche Forschungsberichte“
- „Kriminologische Forschungsberichte“
- „Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie“
- „Publications of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology“
- „Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group“
- „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung“

Diese Publikationen können direkt über das Max-Planck-Institut unter <www.mpicc.de> oder über den Verlag Duncker & Humblot unter <www.duncker-humblot.de> erworben werden. Darüber hinaus erscheinen in der Unterreihe „research in brief“ zusammenfassende Kurzbeschreibungen von Forschungsergebnissen und in der Unterreihe „Arbeitsberichte“ Veröffentlichungen vorläufiger Forschungsergebnisse. Diese Veröffentlichungen können über das Max-Planck-Institut bezogen werden.

Detaillierte Informationen zu den einzelnen Publikationen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sind unter <www.mpicc.de> abrufbar.

The main research activities of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law are published in the following six subseries of the “Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht” (Research Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law), which are distributed in cooperation with the publisher Duncker & Humblot:

- “Strafrechtliche Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminal Law)
- “Kriminologische Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminology)
- “Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie” (Reports on Interdisciplinary Research in Criminal Law and Criminology)
- “Publications of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology”
- “Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group”
- “Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung” (Collection of Foreign Criminal Laws in Translation)

These publications can be ordered from the Max Planck Institute at <www.mpicc.de> or from Duncker & Humblot at <www.duncker-humblot.de>. Two additional subseries are published: “research in brief” contains short reports on results of research activities, and “Arbeitsberichte” (working materials) present preliminary results of research projects. These publications are available at the Max Planck Institute.

Detailed information on all publications of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law can be found at <www.mpicc.de>.

Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 164 *Yukun Zong*
Beweisverbote im Strafverfahren
Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen,
US-amerikanischen und chinesischen Recht
2018 • 487 Seiten • ISBN 978-3-86113-779-5 € 44,00
- S 161 *Ulrich Sieber/Valsamis Mitsilegas/Christos Mylonopoulos/
Emmanouil Billis/Nandor Knust (eds.)*
Alternative Systems of Crime Control
National, Transnational, and International Dimensions
2018 • 343 Seiten • ISBN 978-3-86113-786-3 € 44,00
- S 160 *Mandy Vetter*
Verteidigerkonsultation im Ermittlungsverfahren
Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und
englischen Strafverfahrensrecht im Lichte der Europäischen
Menschenrechtskonvention
2018 • 760 Seiten • ISBN 978-3-86113-787-0 € 50,00
- S 159 *Johannes Schauble*
Strafverfahren und Prozessverantwortung
Neue prozessuale Obliegenheiten des Beschuldigten
in Deutschland im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht
2017 • 477 Seiten • ISBN 978-3-86113-791-7 € 44,00
- S 158 *Hannes Schrägle*
Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt
Eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechts-
vergleichende Untersuchung und die Entwicklung
eines Systems der Garantietypen
2017 • 339 Seiten • ISBN 978-3-86113-793-1 € 35,00
- S 156 *Ulrich Sieber / Nicolas von zur Mühlen (eds.)*
Access to Telecommunication Data in Criminal Justice
A Comparative Analysis of European Legal Orders
2016 • 771 Seiten • ISBN 978-3-86113-796-2 € 58,00
- S 155 *Jennifer Schuetze-Reymann*
International Criminal Justice on Trial
The ICTY and ICTR Case Referral Practice to National Courts
and Its Possible Relevance for the ICC
2016 • 232 Seiten • ISBN 978-3-86113-797-9 € 35,00
- S 154 *Carl-Wendelin Neubert*
**Der Einsatz tödlicher Waffengewalt
durch die deutsche auswärtige Gewalt**
2016 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-799-3 € 41,00

Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 1.1: Introduction to National Systems
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.1.4 Volume 1.4: Introduction to National Systems
2014 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-810-5 € 43,00
- S 128.1.5 Volume 1.5: Introduction to National Systems
2018 • 375 Seiten • ISBN 978-3-86113-785-6 € 43,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 2.1: General limitations on the application
of criminal law
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.2.2 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 2.2: General limitations on the application
of criminal law
2017 • 272 Seiten • ISBN 978-3-86113-798-6 € 35,00
- S 128.3.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 3.1: Defining criminal conduct
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 128.3.2 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 3.2: Defining criminal conduct
2017 • 370 Seiten • ISBN 978-3-86113-790-0 € 43,00
- S 128.4.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 4.1: Special forms of criminal liability
2015 • 401 Seiten • ISBN 978-3-86113-803-7 € 43,00

Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.5.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 5.1: Grounds for rejecting criminal liability
2016 • 410 Seiten • ISBN 978-3-86113-800-6 € 43,00
- G 126 **Strafgesetzbuch der Tschechischen Republik –
Trestní zákoník České republiky**
Deutsche Übersetzung von Susanne Altmann
Einführung von Helena Valková, Josef Kuchta, Petr Bohata
Zweisprachige Ausgabe
2017 • 430 Seiten • ISBN 978-3-86113-789-4 € 50,00
- G 125 **Die türkische Strafprozessordnung – Ceza Muhakemesi Kanunu**
Deutsche Übersetzung und Einführung von Mehmet Arslan
Zweisprachige Ausgabe
2017 • 289 Seiten • ISBN 978-3-86113-792-4 € 48,00
-

Auswahl aktueller Publikationen aus der kriminologischen Veröffentlichungs-
reihe:

- K 180 *Linn Katharina Döring*
Sozialarbeiter vor Gericht?
Grund und Grenzen einer Kriminalisierung unterlassener staatlicher Schutz-
maßnahmen in tödlichen Kinderschutzfällen in Deutschland und England
Berlin 2018 • 442 Seiten • ISBN 978-3-86113-268-4 € 42,00
- K 179 *Michael Kilchling*
Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts
Perspektiven zur Übertragung opferschützender Normen aus
dem Strafverfahrensrecht in andere Verfahrensordnungen
Berlin 2018 • 165 Seiten • ISBN 978-3-86113-267-7 € 32,00
- K 177 *Tillmann Bartsch, Martin Brandenstein, Volker Grundies,
Dieter Hermann, Jens Puschke, Matthias Rau* (Hrsg.)
**50 Jahre Südwestdeutsche und Schweizerische
Kriminologische Kolloquien**
Berlin 2017 • 312 Seiten • ISBN 978-3-86113-265-3 € 35,00
- K 174 *Min Kyung Han*
The Effectiveness of Electronic Monitoring in Korea
Berlin 2017 • 210 Seiten • ISBN 978-3-86113-261-5 € 35,00

Auswahl aktueller Publikationen aus der kriminologischen Veröffentlichungsreihe:

- K 173 *Jing Lin*
**Compliance and Money Laundering Control
by Banking Institutions in China**
Self-Control, Administrative Control, and Penal Control
Berlin 2016 • 222 Seiten • ISBN 978-3-86113-260-8 € 35,00
- K 172 *Julia Kassel*
Die Ehre im Spiegel der Justiz
Eine Untersuchung zur Praxis deutscher Schwurgerichte
im Umgang mit dem Phänomen der Ehrenmorde
Berlin 2016 • 495 Seiten • ISBN 978-3-86113-255-4 € 42,00
- K 171 *Rita Haverkamp, Harald Arnold* (Hrsg.)
Subjektive und objektivierte Bedingungen von (Un-)Sicherheit
Studien zum Barometer Sicherheit in Deutschland (BaSiD)
Berlin 2015 • 384 Seiten • ISBN 978-3-86113-254-7 € 38,00
- K 170 *Moritz Tauschwitz*
Die Dopingverfolgung in Deutschland und Spanien
Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung
Berlin 2015 • 332 Seiten • ISBN 978-3-86113-253-0 € 37,00
- K 169 *Andreas Schwedler, Gunda Wössner*
Elektronische Aufsicht bei vollzugsöffnenden Maßnahmen
Implementation, Akzeptanz und psychosoziale Effekte des baden-
württembergischen Modellprojekts
Berlin 2015 • 126 Seiten • ISBN 978-3-86113-252-3 € 25,00
- K 168 *Daniela Hunold*
Polizei im Revier
Polizeiliche Handlungspraxis gegenüber Jugendlichen
in der multiethnischen Stadt
Berlin 2015 • 288 Seiten • ISBN 978-3-86113-251-6 € 35,00
- K 167 *Christopher Murphy*
**“Come in Spinner” – Money Laundering in the Australian
Casino Industry**
Berlin 2014 • 152 Seiten • ISBN 978-3-86113-250-9 € 29,00

Auswahl aktueller Publikationen aus den kriminologischen und interdisziplinären Veröffentlichungsreihen:

- BC 2 *Sunčana Roksandić Vidlička*
Prosecuting Serious Economic Crimes as International Crimes
A New Mandate for the ICC?
Berlin 2017 • 530 Seiten • ISBN 978-3-86113-264-6 € 44,00
- BC 1 *Anna-Maria Getoš Kalac, Hans-Jörg Albrecht, Michael Kilchling (eds.)*
Mapping the Criminological Landscape of the Balkans
A Survey on Criminology and Crime
with an Expedition into the Criminal Landscape of the Balkans
Berlin 2014 • 540 Seiten • ISBN 978-3-86113-248-6 € 44,00
- I 25 *Chenguang Zhao*
The ICC and China
The Principle of Complementarity and the National
Implementation of International Criminal Law
Berlin 2017 • 245 Seiten • ISBN 978-3-86113-266-0 € 35,00
- I 24 *Ulrich Sieber (Hrsg.)*
Strafrecht in einer globalen Welt
Internationales Kolloquium zum Gedenken an
Professor Dr. Hans-Heinrich Jescheck vom 7. bis 8. Januar 2011
Berlin 2016 • 200 Seiten • ISBN 978-3-86113-259-2 € 30,00
- I 23 *Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.)*
Kriminalität, Kriminalitätskontrolle, Strafvollzug und Menschenrechte
Internationales Kolloquium zum Gedenken an
Professor Dr. Günther Kaiser am 23. Januar 2009
Berlin 2016 • 176 Seiten • ISBN 978-3-86113-258-5 € 30,00
- I 22 *Claudia Carolin Klüpfel*
**Die Vollzugspraxis des Umweltstraf- und Umweltordnungs-
widrigkeitenrechts**
Eine empirische Untersuchung zur aktuellen Anwendungspraxis
sowie Entwicklung des Fallspektrums und des Verfahrensgangs
seit den 1980er Jahren
Berlin 2016 • 278 Seiten • ISBN 978-3-86113-257-8 € 35,00
- I 21 *Tanja Leibold*
Der Deal im Steuerstrafrecht
Die Verständigung gemäß § 257c StPO in der Systematik
des formellen und materiellen Rechts
Berlin 2016 • 254 Seiten • ISBN 978-3-86113-256-1 € 35,00