

# Strafgesetzbuch: StGB

Fischer

68. Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-75424-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(§§ 253, 263) oder der Zueignung (§§ 242, 249) ist Tatbestandsmerkmal; die irrtümliche Annahme des Täters, es bestehe ein fälliger, von der Rechtsordnung anerkannter Anspruch auf die Leistung, lässt daher den Vorsatz entfallen (vgl. BGH 48, 322 [m. Anm. *Kühl* NStZ 04, 387; Gewaltsames Durchsetzen von Forderung aus Drogengeschäft]; wistra 03, 383 [„Selbsthilfebetrug“]; 4 StR 318/03; 21 zu § 253).

Beim Irrtum über das Bestehen des Erfordernisses einer **Genehmigung** oder **Erlaubnis** unterscheidet die Rspr. danach, ob das Tatunrecht sich *allein* aus dem Fehlen einer Genehmigung ergibt (= **präventive Verbote** mit Erlaubnisvorbehalt; **zB** Fahrerlaubnis); in diesem Fall ist ein **Tatbestandsirrtum** gegeben (vgl. Celle NJW 04, 3790 [Erlaubnis nach RBERG]; Frankfurt StV 06, 191 [Erlaubnis nach dem WaffG]; Frankfurt NStZ-RR 06, 353 [Erlaubnis nach WaffG]); oder ob ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten im Einzelfall erlaubt wird (= **repressive Verbote** mit Erlaubnisvorbehalt); in diesem Fall ist ein **Verbotsirrtum** gegeben (vgl. NStZ 93, 594, 595; NStZ-RR 03, 55, 56; StraFo 06, 461, 462 [§ 34 IV AWG; Embargoverstoß]; 11a zu § 17; zu Fällen des „doppelten Irrtums“ vgl. *Haft* JuS 80, 430, 588; *Puppe* GA 90, 156; *S/S-Schuster* 11 zu § 17; *NK-Puppe* 39; krit. *Fakhouri Gómez* GA 10, 259, 263 ff.). Daher führt **zB** die irrtümliche Annahme, die Anordnung eines Fahrverbots sei (noch) nicht *rechtskräftig*, zum Vorsatzausschluss hinsichtlich § 21 I StVG, wenn dem Täter nicht alle zur Rechtskraft der Entscheidung führenden Tatsachen bekannt sind (Bay NStZ-RR 00, 122); wird nur die *Rechtswirkung* der bekannten Tatsachen verkannt, so dürfte ein Verbotsirrtum vorliegen (offen gelassen von Bay aaO). Entgegen Oldenburg wistra 14, 114 hat 2 StR 146/16 = NJW 18, 3467 entschieden, dass ein Irrtum über die Genehmigungspflichtigkeit von Bankgeschäften (§ 54 I Nr. 2 KWG) nicht § 16 I, sondern § 17 unterfällt (zust. *Lenk* ZWH 20, 131). Unkenntnis des Inhalts oder der Reichweite einer Ausfüllungsnorm des **Blankett-Tatbestands** § 34 IV AWG begründet keinen Tatbestands-, sondern einen Verbotsirrtum (wistra 13, 153; *Frister* AT 11/38). Für die **Arbeitgebereigenschaft** iS von § 266a hat 1 StR 331/17 = NStZ 19, 146 (Anm. von *Galen/Dawodowicz*) erwogen, die früher differenzierende Rspr aus NStZ 12, 160 f. aufzugeben und stets einen Tatbestandsirrtum anzunehmen.

Für das Merkmal der **Pflichtwidrigkeit** einer Treubruchshandlung iS von § 266 I hat NJW 06, 522, 531 (*Fall Mannesmann/Vodafone* [insoweit in BGH 50, 331 nicht abgedr.]; Anm. *Rönnau* NStZ 06, 218, 221; *Vogel/Hocke* JZ 06, 568, 571; *Krause* StV 06, 307; *Haft* Jura 07, 58) darauf hingewiesen, die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum könne sich nicht auf „einfache Formeln“ stützen; vielmehr seien hier „wertende Kriterien und differenzierte Beurteilungen“ erforderlich (vgl. 171 zu § 266; krit. dazu *Lüderssen*, Richter II-FS [2006] 373 ff.). Leider hat der 3. StS offengelassen, *welche* das im konkreten Fall sein könnten. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechenschaftspflicht gem. § 23 IV PartG 1994 war nach BGH 51, 100, 119 (= NJW 07, 1760 [*Fall Kanther/Weyrauch*; Bespr. *Bernsmann* GA 07, 219; *Ransiek* NJW 07, 172; *Saliger* NStZ 07, 545]) Tatbestandsirrtum.

Die irrtümliche Annahme, eine formell *fehlende* Genehmigung oder Erlaubnis müsse materiellrechtlich erteilt werden, ist für § 16 nicht relevant. **16b**

**6)** Für **unechte Unterlassungsdelikte** hat der GrSen (BGH 16, 155) entschieden, dass nur die Umstände, welche die Rechtspflicht begründen (Garantenstellung), zum Tatbestand gehören, nicht die daraus erwachsende Rechtspflicht (Garantenpflicht), so dass nur der Irrtum über jene den Vorsatz ausschließt, der Irrtum über diese aber Gebotsirrtum (BGH 19, 295) bzw. Verbotsirrtum (§ 17) ist (anders für das Steuerrecht Bremen StV 85, 284; vgl. 11 zu § 17). Auch die Umstände, aus denen sich die Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung ergibt, gehören zum Tatbestand (vgl. 44f. zu § 13). Bei den **echten Unterlassungsdelikten** ist die Rechtspflicht als solche kein Tatbestandsmerkmal (BGH 19, 295; 46, 373). Zum Vorsatz des Unterlassungsdelikts gehört die Kenntnis der **Möglichkeit** pflichtgemäßen Handelns (BGH 46, 373), nicht aber die der *Sicherheit* der Erfolgsverhinderung (unzut. 5 StR 20/16 = BGH 62, 223; vgl. 31b zu § 22).

- 18 7) **Subjektive Tatbestandselemente** sind vom Vorsatz zu unterscheiden, weil sie keine Entsprechung in äußeren Merkmalen haben; so insb. die **Motivationen** (zB § 33: Verwirrung usw.; § 283a Nr. 1: Gewinnsucht; § 211: Mordlust, Habgier, niedrige Beweggründe), die man heute zu den sog. Gesinnungsmerkmalen rechnet, bei denen es str. ist, ob sie Unrechts- (so BGH 1, 370) oder Schuldelemente darstellen (Schmidhäuser BT 2/13 ff.; vgl. *Otto* Jura 94, 143; dazu *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007); weiterhin die über den Tatbestand hinausreichenden **Absichten** (zB Bereicherungsabsicht beim Betrug; Delikte mit sog. überschießender Innentendenz; Gewerbsmäßigkeit). In beiden Fällen kann die eigene Beurteilung des Täters höchstens zu einem Subsumtionsirrtum führen.
- 19 8) Keine Tatbestandsmerkmale sind **Täterbewertungsmerkmale**. Hierzu gehört vor allem die **Schuldunfähigkeit**: Es nützt dem gesunden Täter nichts, wenn er sich für schuldunfähig hält, und es schadet dem Schuldunfähigen nicht, wenn er sich für geistig gesund hält. Auch für die Feststellung des Vorsatzes kommt es auf Gesichtspunkte der Schuldunfähigkeit (insb. Einsichtsfähigkeit) nur mittelbar an (vgl. 2 StR 166/03). Dasselbe gilt für **Gesinnungsbewertungen** (*Jescheck/Weigend* § 42 II 3; *Roxin* AT I 10/78; NK-*Puppe* 58) wie zB „böswillig“ (§ 90a I Nr. 1); „grausam“; „Niedrigkeit“ der Beweggründe (§ 211 II); „roh“ (§ 225); „rücksichtslos“ (§ 315c I Nr. 2). In welchem Umfang sich der Täter der Umstände bewusst sein muss, die das Bewertungsurteil tragen, ist je nach Tatbestand unterschiedl. zu beantworten; die Bewertung selbst braucht er nicht mitzuvollziehen. Das gilt auch für Merkmale wie **Gewohnheitsmäßigkeit** (BGH 15, 377) oder für die Beurteilung des Täters als **Rädelführer** oder **Hintermann** (§§ 84; 85; 88; 129a II).
- 20 9) Die Behandlung des **Irrtums über Merkmale von Rechtfertigungsgründen** ist umstritten.
- 20a A. Bei **irriger Annahme eines Rechtfertigungsgrunds** unterschied das **RG** zwischen Tatsachen- und außertrafrechtlichem Rechtsirrtum einerseits und Strafrechtsirrtum andererseits. So sollte der Irrtum über das *Bestehen* eines außerhalb des StGB geregelten Rechtfertigungsgrundes unbeachtlich (RG 61, 258), der über die *Grenzen* eines solchen aber beachtlich sein. Die Lehre von den **negativen Tatbestandsmerkmalen** (vgl. *Lang-Hinrichsen* JR 52, 307; 356; JZ 52, 362; *Arth. Kaufmann* JZ 54, 653; ZStW 76, 543; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale, 1959; vgl. auch *Puppe*, *Stree/Wessels-FS* 187 u. NK 12) versteht die Rechtfertigungsumstände als („negative“) Merkmale eines Gesamt-Tatbestands (46 vor § 13). Das verkennt aber wohl die verschiedenartige Funktion von Tatbestand als Typisierung des Unrechts und Rechtfertigungsgrund als Wegfall der Rechtswidrigkeit in einer Ausnahmesituation (vgl. zu diesem Argument *Streng*, *Otto-FS* [2007] 469, 477 f.) und ist daher mit dem Gesetz (vgl. §§ 32, 34, 228, 142 II Nr. 2) kaum vereinbar (and. zB LK-*Rönnau* 12 vor § 32). Eine noch von *Spendel* vertretene „**objektive Rechtfertigungstheorie**“ (LK<sup>11</sup>-*Spendel* 138 ff. zu § 32), die das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements ganz ablehnte, wird heute nicht mehr vertreten (vgl. aber *Gropp*, *Kühl-FS* [2014] 247 ff.).
- 21 Nach der **Vorsatztheorie** fehlt dem Täter mit dem Unrechtsbewusstsein auch der *Vorsatz*, wenn er (1) irrig einen nicht bestehenden Rechtfertigungsgrund annimmt oder (2) die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zu weit zieht oder (3) irrig das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes annimmt (*D. Geerds* Jura 90, 428; *Koriath* Jura 96, 114); damit entfällt bei fehlendem Unrechtsvorsatz des Haupttäters auch die Strafbarkeit von *Teilnehmern*. Mit der ausdrücklichen Zuordnung des Verbotsirrtums zum Bereich der *Schuld* durch § 17 ist diese Lehre nicht vereinbar.
- 22 Nach der **Schuldtheorie** ist in den beiden ersten Fällen nur *Verbotsirrtum* gegeben; der dritte Fall ist streitig:
- 22a Nach der **strengen Schuldtheorie** (*Welzel* AT [1969] 168 f.; *Arm. Kaufmann* JZ 55, 37; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, 331, 336; *ders.* ZStW 94 [1982], 239, 265; *Gössel*, *Triffterer-FS* [1996] 93, 96 ff.; *Heuchemer* [oben 1 a]; NK-*Puppe* 127; NK-*Paeffgen/Zabel* 108 ff. vor § 32; LK-*Schroeder* 49, 52)

ist stets *Verbotsirrtum* anzunehmen. Das führt bei (zumeist) vermeidbarem Irrtum (§ 17 II) zur Bestrafung wegen vollendeten Vorsatzdelikts.

Die **ingeschränkte Schuldtheorie** (zur Terminologie *Roxin* AT I 14/64; **22b** *Hruschka*, *Roxin-FS* [2001] 441; *Schuster* [oben 1 a] 57 ff.; zu überwiegend terminologisch unterschiedlichen Varianten *Grünwald*, *Noll-GedS* [1984] 183, 186; *Hirsch*, *Schroeder-FS* [2006] 223 ff.; *Schünemann/Greco* GA **06**, 777), der auch die **Rspr.** folgt, unterscheidet zwischen **Tatsachenirrtum** und **Verbotsirrtum** (vgl. etwa *BGH* **3**, 105; 194; 272; **31**, 264; **45**, 378); nur im ersteren Fall entfällt der Vorsatz (*BGH* **2**, 236; **3**, 12; **3**, 105, 107; **3**, 194, 196; **3**, 357, 367; **17**, 91; **31**, 264, 286; **35**, 347, 350; **45**, 378, 384; *NStZ* **01**, 530; **02**, 143, 144; ebenso *Roxin* AT I 14/64; krit. *Herdegen*, *BGH-FS* [2000] 206; *L/Kühl* 11 zu § 17; *MR-Gaede* 34). Bei analoger Anwendung von § 16 gelangt sie mangels **vorsätzlicher Haupttat** zur Strafflosigkeit auch bösgläubiger Teilnehmer (vgl. etwa *SK-Hoyer* 37 zu § 26; *MK-Joelck* 136; zur geringen praktischen Bedeutung *Roxin* AT I, 14/75 f.; vgl. 21 zu § 27).

Ob **irrationale Vorstellungen** über das Gegebenseins der tatsächlichen Voraussetzungen eines RFG diese Rechtsfolge auslösen können, ist str. *BGH* **35**, 346 („*Katzenkönig-Fall*“) ist (nur) deshalb zu einem (vermeidbaren) Verbotsirrtum gelangt, weil die vom Täter irrtümlich angenommene Lage (der „*Katzenkönig*“ verlange die Ermordung eines Menschen, andernfalls werde er die ganze Menschheit vernichten) wegen mangelnder Quantifizierbarkeit des Rechtsguts nicht abwägenfähig iS von § 34 gewesen sei. Hieraus kann geschlossen werden, dass der *BGH* jedenfalls die *Möglichkeit* eines auf Aberglauben gestützten Rechtfertigungstatbestandsirrtums bejaht (vgl. auch *Kudlich* *JZ* **04**, 72; *Roxin* AT I, 14/52, Fn. 69). Die **Gegenansicht** (*Herzberg* *Jura* **90**, 16; *Schumann* *NStZ* **99**, 32; *Kretschmer* *JR* **04**, 444; *Frister* AT 14/35 Fn. 53) leitet aus der Strafflosigkeit des „abergläubischen Versuchs“ (vgl. 9 zu § 23) eine „umgekehrte“ Strafbarkeit des abergläubischen Rechtfertigungsirrtums ab. Das lässt sich aus § 16 I aber nicht ableiten (wie hier *Roxin* aaO).

Dagegen bleibt in der Variante der sog. **rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie** (vgl. *Jescheck/Weigend* § 41 IV 1d; krit. *Schünemann/Greco* GA **07**, 777, 778 f.; *Frister* AT 14/34) beim Irrtum über den Erlaubnistatbestand eines Rechtfertigungsgrunds (Erlaubnistatbestandsirrtum), der auch normative Merkmale umfassen kann, der Vorsatz als *Tatbestands-Vorsatz* unberührt; der Vorsatz als *Schuldform* ist aber ausgeschlossen (*NK-Puppe* 133; *Frisch* [oben 1 a] 249 ff.; *Streng*, *Otto-FS* [2007] 469, 479 f.), so dass im Fall der **Vorwerfbarkeit** des Irrtums nur Bestrafung wegen **Fahrlässigkeit** möglich ist (vgl. auch 2 StR 375/11 [= *NStZ* **12**, 272; „*Hell's Angel-Fall*“; Anm. *Engländer* *NStZ* **12**, 274; *Erb* *JR* **12**, 207; *ders.*, *Rengier-FS* [2018] 15 ff.; *Mandla* *StV* **12**, 334, 336; *Rotsch* *ZJS* **12**, 109; *Voigt/Hoffmann-Holland* *NStZ* **12**, 382; *StV* **14**, 347). Diese Lösung führt dazu, dass der Versuch der Tat und die **Teilnahme** eines nicht irrenden Beteiligten strafbar bleiben (abl. *Roxin* AT 14/73 ff., 78 [and. wohl *TuT* 554]; *Schmidhäuser* *JZ* **79**, 366; *ders.*, *Lackner-FS* 84; *Grünwald*, *Noll-GedS* [1984] 183, 195; *Schünemann*, *R. Schmitt-FS* [1992] 132; *ders.* GA **85**, 350).

**B. Beim umgekehrten Irrtum**, dh in Fällen, in denen die objektiven Umstände eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind, der Täter sie aber nicht kennt oder positiv annimmt, dass sie fehlen, verwirklicht der Täter das typische Unrecht des **Versuchs**; eine Bestrafung wegen Vollendung scheidet aus, „denn das Ergebnis kann vor dem Gesetz bestehen“ (so die **hM**; *BGH* **38**, 144, 155 f.; in der Lit. zB *S/S-Sternberg-Lieben* 15 vor 32; *MK-Duttge* 202 zu § 15; *SK-Günther* 92 vor § 32; *Jakobs* AT 11/34; *Jescheck/Weigend* AT § 31 IV 2; *Otto*, *Geerds-FS* [1995] 603, 620; *Frisch*, *Lackner-FS* [1987] 113, 138 f.; *Streng*, *Otto-FS* [2007] 469, 473; einschränkend *Gropp*, *Kühl-FS* [2014] 247 ff., zum „*Nudelholzfall*“ *Spendels* [Frau schlägt Einbrecher mit Nudelholz in der irrigen Annahme, es handle sich um ihren Ehemann] unter dem Gesichtspunkt der **personalen Unrechtslehre**; vgl. auch 27 zu § 32). Nach **hM** kommen die Versuchsregeln zumindest entsprechend zur Anwendung (vgl. *S/S-Sternberg-Lieben* 15 vor § 32; *L/Kühl* 16 zu § 22; *MK-Duttge*

202 zu § 15). Teile der Literatur nehmen mit der früheren Rspr. **Vollendung** der Tat an (BGH 2, 111, 114 f.; NK-Paeffgen/Zabel 128 vor § 32; Gössel, Trifflerer-FS [1996] 93, 99; Köhler AT 323 f.). Dem widerspricht freilich, dass es der Tat am Erfolgsunrecht fehlt. Eine **Sonderregelung** enthält § 22 I S. 2 WStG (Anh. 16).

- 24 C. Für Fälle des **Zweifels** über das Vorliegen rechtfertigender Umstände gehen die vorgeschlagenen Lösungen auseinander (vgl. dazu Rath [1 a] 153 ff.; Reip [1 a] 133 ff.; Warda, Lange-FS [1976] 119 ff.; Schroth, Arth. Kaufmann-FS [1993], 604 ff.; Roxin AT I 14/87 ff.; Jakobs AT 11/28 f.; Frister, Rudolphi-FS [2004] 45 ff.; Schüler [oben 1 a]). Der **BGH** hat in VRS 40 (1971), 104 eine den Vorsatz ausschließende Putativnotwehr für den Fall angenommen, dass der Täter es für *möglich* hält, angegriffen zu sein (vgl. auch MDR/H 78, 108; so wohl auch SK-Günther 90 vor § 32; krit. Roxin AT I, 14/90). Nach in der **Literatur** verbreiteter Ansicht ist wegen vorsätzlichen Delikts zu bestrafen, wenn bei Ungewissheit über die Rechtfertigungslage der Täter die Möglichkeit in Kauf nimmt, dass ein Rechtfertigungsgrund nicht vorliegt (vgl. etwa NK-Paeffgen/Zabel 101 vor § 32). Nach **aA** ist zwischen dem Zweifel über das Vorliegen der Voraussetzungen von Notwehr oder Defensivnotstand einerseits (in diesem Fall grds. Bestrafung wegen bedingt vorsätzlichen Handelns; ggf. Entschuldigung möglich) und Zweifeln über das Vorliegen eines auf Interessenabwägung beruhenden Rechtfertigungsgrunds andererseits (Aggressivnotstand) zu **unterscheiden** (in diesem Fall Erlaubnistatbestandsirrtum möglich; vgl. zB MK-Joecks 137 ff.; Roxin AT I 14/88 ff.; Otto AT 18/55 f.; Jakobs AT 11/28 f.; krit. dazu Frister, Rudolphi-FS [2004] 45, 48 f.). Neuerdings wird eine von dieser Unterscheidung gelöste Abwägung vorgeschlagen, welche den durch die Fehlentscheidung jeweils verursachten materiellen Unwert miteinander vergleicht (Frister, Rudolphi-FS 45, 52 f.); dabei ist der dem Rechtfertigungsgrund zugrunde liegende Abwägungsmaßstab zu berücksichtigen. Das kommt im Ergebnis der vorgenannten differenzierenden Lösung nahe.
- 25 10) Beim **Irrtum über Merkmale von Schuldausschlussgründen** sind nur solche Schuldausschlussgründe von Bedeutung, deren Umstände der Täter irrig annehmen kann, so dass zB die Fälle des § 33 und des Verbotsirrtums ausscheiden, der selbst schon einen Irrtumssachverhalt darstellt. Auch die Schuldfähigkeit scheidet aus (LK-Vogel 128). Der Irrtum über eine entschuldigende Notstandslage ist seit dem 2. StrRG ausdrücklich in § 35 II geregelt (vgl. dort). In Betracht kommen noch § 5 I WStG und ähnliche Fälle des Nebenrechts (§ 7 II UZwG; § 30 III ZDG). Zwar enthält § 5 I WStG insoweit eine eigene Irrtumsregelung, als der Untergebene die Natur der von ihm auf Befehl begangenen Handlung verkennet (vgl. BGH 53, 145 [= NJW 09, 1360; Anm. Dau NSTZ 09, 292]; NZWehrr 09, 78 [1 StR 554/08, Rn. 63 ff.; Misshandlung von Rekruten]). Es fehlt aber eine Regelung für den Fall, dass der Untergebene irrtümlich einen Befehl annimmt, obwohl es daran fehlt. In diesen Fällen wird man ebenso wie beim Irrtum über Rechtfertigungsmerkmale annehmen müssen, dass zwar Tatbestandsvorsatz gegeben ist, aber Bestrafung (nur wegen Fahrlässigkeitsschuld) lediglich bei vorwerfbarem Irrtum in Betracht kommt. Beim umgekehrten Irrtum, wenn also zB die objektiven Voraussetzungen des § 5 I WStG gegeben sind, ohne dass der Täter sie kennt, fehlt es an der psychischen Drucksituation, die zur Entschuldigung führt. Der Täter ist daher wegen vollendeter Tat strafbar.
- 26 11) Ein Irrtum über die **Rechtswidrigkeit** der Tat im Sinne fehlender Einsicht, Unrecht zu tun, ist ein **Verbotsirrtum** (§ 17).
- 27 12) Ein Irrtum über **persönliche Strafausschluss- und Aufhebungsgründe** (dazu 17 vor § 32) schadet und nützt dem Täter grundsätzlich nicht, kann aber Quelle eines Verbotsirrtums sein. Dasselbe gilt für **objektive Bedingungen der Strafbarkeit**, die Unrecht und Schuld nicht mitbegründen (zB Rauschtat bei § 323a; Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gem. § 283 VI). Sie gehören nicht zum gesetzlichen Tatbestand und brauchen nicht vom Vorsatz umfasst zu sein (vgl. zur Rechtsnatur Roxin AT 1, 23/21 ff.; Geisler, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingun-

gen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998; *ders.* GA 00, 166). Fehlt die Bedingung, so bleibt die Tat, auch für den Teilnehmer, straflos.

### Verbotsirrtum

**17** 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.

1) **Die Vorschrift**, in Anlehnung an § 21 E 1962 und § 20 AE durch das 2. StrRG eingefügt, behandelt das vorher nur durch die Rspr. (GrSenBGH 2, 194) gelöste Problem des **Verbotsirrtums**. § 17, der auch in seinem S. 2 nicht gegen das GG verstößt (BVerfGE 41, 121), entspricht § 11 II OWiG; in § 5 WStG (vgl. auch § 7 II UZwG; § 30 III ZDG) hat der Verbotsirrtum eine Sonderregelung (vgl. BGH 53, 145 [m. Anm. Dau NSTZ 09, 292]). Einen Sonderfall des Verbotsirrtums behandelt auch § 20.

**Literatur (Auswahl):** *Arzt* ZStW 91, 857; *Bülte*, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ 13, 65; *Dahs*, Der gekaufte Verbotsirrtum, Strauda-FS (2006) 99; *Fakhouri Gómez*, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie. Zum Umgang mit der Irrtumsproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen, GA 10, 259; *Frisch*, Gewissenstun und Strafrecht, Schroeder-FS (2006) 11; *ders.*, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, GA 06, 273; *ders.*, Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem dogmatischen Problem aus der Perspektive der Normen und der Strafrechtstheorie, Eisenberg-80-FS (2019) 617; *Gropp*, Abschied vom „Doppelirrtum“, ZIS 16, 601; *Grotguth*, Norm- u. Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB, 1993; *Herzberg* GA 93, 439; *ders.* JZ 93, 1017; *ders.*, Fahrlässigkeit, Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum, Otto-FS (2007) 265; *Horn*, Verbotsirrtum u. Vorwerfbarkeit, 1969; *Jakobs* ZStW 101, 533; *Jeschek* ZStW 93, 32; *Kindhäuser* GA 90, 407; *ders.*, Versuch und Wahn. Zum Irrtum über Rechtstatsachen, Streng-FS (2017) 325; *Kirchheim/Samson*, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 08, 81; *Kudlich/Wittig*, Strafrechtliche Enthaffung durch juristische Präventionsberatung?, ZWH 13, 253; *Lange*, Zum Bewertungsirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, 1994 (Bespr. Otto GA 95, 578 u. Mitsch ZStW 110, 166); *Laubenthal/Baier*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer u. die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 00, 205; *Loew*, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, 2002 (Diss. Frankfurt 1999); *Lüderssen*, Irrtum u. Prävention, Roxin-FS 457; *Manso Porto*, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, 2010 (Diss. Bonn 2009); *Meier*, Illegaler Download: Alltagshandeln ohne Unrechtsbewusstsein, Ostendorf-FS (2015) 615; *Naucke*, Staatstheorie u. Verbotsirrtum, Roxin-FS 503; *Neumann*, Der Verbotsirrtum, JuS 93, 793; *ders.*, Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“, Müller-Dietz-FS 589; *Otto* Jura 90, 645 u. K. Meyer-Geds 597; *ders.*, Mittelbare Täterschaft u. Verbotsirrtum, Roxin-FS 483; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 90, 145; *dies.*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Rudolphi-FS (2004) 231; *dies.*, Vorsatz und Rechtsirrtum, Herzberg-FS (2008) 275; *Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilen Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 00, 19; *ders.*, Ziviler Ungehorsam – Rechtsphilosophische Grundlagen und strafrechtliche Bedeutung, in: *Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus* (Hrsg.), Strafrecht in der Zeitenwende, 2010, 73; *Renzikowski*, Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins, Yamanaka-FS (2017) 185; *Rönnau/Faust/Fehling*, Der Irrtum und seine Rechtsfolgen, JuS 04, 667; *Roxin*, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, Tiedemann-FS (2008) 375; *ders.*, Die strafrechtliche Beurteilung unbehebbarer Unrechtszweifel, GA 18, 495; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *ders.*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein (usw.), 1982; *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012 (Habil. Mainz); *Streng*, Das „Wahndelikt“ – ein Wahn? Überlegungen zum umgekehrten Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, GA 09, 529; *Toepel*, Schuld- oder Vorsatztheorie im Vertragsrecht, Beulke-FS (2018) 125; *Valerius*, Das globale Unrechtsbewusstsein, NSTZ 03, 341; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006; *Zabel*, Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB, GA 07, 33.

2) **Die Einsicht, Unrecht zu tun**, dh das verstehende Erkennen der Rechtswidrigkeit der Tat, ist nach der gesetzgeberischen Entscheidung in § 17 weder irrelevant (so früher das RG; zB 63, 218) noch ein Bestandteil des Vorsatzes (so die sog.



Vorsatztheorie; vgl. dazu BGH [GrSen] 2, 194; 21 zu § 16), sondern ein Element der Schuld, dessen Fehlen bei Unvermeidbarkeit des Irrtums die Schuld ausschließt (zur Entwicklung vgl. *Schuster* [oben 1a] 57 ff.). Wegen des Kriteriums der *Vermeidbarkeit* ist beim Irrtum über normative Merkmale (zB „Unbefugtheit“; „Pflichtwidrigkeit“) die Zuordnung zum Tatbestands- oder Verbotsirrtum von besonderer Bedeutung und vielfach umstritten (vgl. 15 zu § 16; 171 zu § 266).

- 3 A. Nach stRspr. muss der Täter nicht die *Strafbarkeit* seines Handelns kennen. Es reicht das **Bewusstsein, Unrecht zu tun** (BGH 15, 377, 383; BGH 52, 227, 239 f; wistra 86, 218; NStZ 96, 236, 237; NJW 08, 1827, Rn 34; 11, 1236, 1239). Das Bewusstsein moralischer Verwerflichkeit (vgl. BGH 2, 202; GA 69, 61) oder Sozialwidrigkeit reicht nicht aus; es genügt aber das Bewusstsein eines Verstoßes gegen die rechtliche Ordnung, ohne dass es der Kenntnis der verletzten Norm bedarf (BGH [GrSen] 11, 266). **Nicht ausreichend** ist die bloße Kenntnis der äußeren Umstände eines rechtswidrigen Verhaltens ohne entsprechende Wertung (vgl. etwa Bay NZV 03, 430 [Verständnis eines Verkehrsschildes]). Wer sämtliche tatsächlichen Umstände kennt, die eine Erlaubnispflichtigkeit seines Handelns begründen, dieses aber gleichwohl für rechtmäßig hält, befindet sich nicht im Tatbestands-, sondern im Verbotsirrtum (2 StR 416/16 = NJW 18, 3467 [Sal. Oppenheim; Bespr. Papathanasiou JR 19, 369]).
- 3a Unrechtsbewusstsein ist somit die Einsicht, dass das Tun oder Unterlassen gegen die durch verbindliches Recht erkennbare Wertordnung verstößt (vgl. BGH 2, 201; 10, 35, 41; 15, 377, 383; 45, 97; Roxin AT I 21/13; krit. zur Bestimmung dieses Bezugspunkts *Naucke*, Roxin-FS 503, 509 ff.). Ohne Bedeutung ist, ob der Täter glaubt, gegen straf-, öffentlich- oder zivilrechtliche Normen zu verstoßen (BGH 52, 227, 239 f. [= NStZ 09, 275; Anm. Dornis GRUR 08, 742; Lagodny JR 09, 36; Brammsen NStZ 09, 279]). Zur Anwendbarkeit von § 17 bei **Unrechtszweifeln** vgl. *Roxin* GA 18, 494 und unten 12.
- 3b B. Weiß der Täter, dass er ein Gesetz verletzt, so hat er das Unrechtsbewusstsein auch dann, wenn er die Verbindlichkeit der Norm für sich ablehnt (vgl. BGH 4, 3); etwa weil er sich als **Überzeugungstäter** (vgl. auch 29 zu § 46) bewusst gegen die Wert- und Rechtsordnung der Gemeinschaft auflehnt (vgl. MDR/D 73, 901; *Rudolphi*, Welzel-FS 632; *Radtke* GA 00, 19; NK-*Neumann* 12; krit. *Frisch*, Schroeder-FS [2006] 11, 16 ff.). Hier ist zu bedenken, dass solche Handlungen ihre rechtspolitische Bedeutung oft dadurch gewinnen, dass sie aus Sicht des Täters nur **Mittel zum Zweck** (beliebiger) weitergehender Ziele sind. Der Täter übernimmt die Rolle als Beschuldiger *demonstrativ*, weil er sie im Hinblick auf *übergeordnete* Motive und Ziele *bestreiten* will; die eigene „Kriminalisierung“ ist also als *Legitimitäts*-Argument eingeplant.
- 4 C. Die Unrechtseinsicht muss sich auf die **spezifische Rechtsgutsverletzung** des in Betracht kommenden Tatbestandes beziehen, kann also bei Tateinheit „teilbar“ sein (so BGH 10, 35; 15, 377; 22, 318; wistra 95, 306; NStZ 96, 237; *Neumann* JuS 93, 796; krit. *Laubenthal/Baier* GA 00, 205, 207). Für das Unrechtsbewusstsein genügt es, wenn der Täter die von dem in Betracht kommenden Tatbestand umfasste Rechtsgutsverletzung als Unrecht erkennt, er kann nicht die Anwendung eines Qualifikationsstatbestandes mit der Behauptung von sich abwenden, dass ihm das Bewusstsein der Verwirklichung schwereren Unrechts gefehlt habe (BGH 15, 383); das gilt insbesondere dann, wenn der straf erhöhende Umstand (zB Schusswaffengebrauch) für sich Unrecht bedeutet und der Täter davon ersichtlich Kenntnis hatte (BGH 42, 130). Weiß ein im Ausland handelnder Täter, dass er ein am **inländischen Erfolgsort** seiner Tat strafrechtlich geschütztes Rechtsgut verletzt hat, so handelt er auch dann nicht im Verbotsirrtum, wenn er von der Erlaubtheit seines Tuns am **Handlungsort** ausgeht (BGH 45, 97 [Anwendung von § 258 iVm § 9 I auf im Ausland handelnden Täter; Anm. *Neumann* StV 00, 425; *Börger* NStZ 00, 31; *Döllinger* JR 00, 397; vgl. auch *Valerius* NStZ 03, 341 ff.]; zu **Internet**-Straftaten vgl. BGH 46, 212; dazu 8 ff. zu § 9). Hält der Täter seine rechtswidrige Handlung aus einem unzutreffenden Grund für rechtswidrig, so hat er Unrechtsbewusstsein (Bay NJW 63, 310).

**D. Unrechtseinsicht** liegt bereits dann vor, wenn der Täter mit der **Möglichkeit** 5 rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (BGH 4, 4; 52, 307, 313; NJW 09, 3173; NStZ-RR 09, 13; NJW 11, 1236, 1239; vgl. auch BGH 45, 97 [Strafvereitelung durch im Ausland handelnden Ausländer; Anm. Böger NStZ 00, 31; Dölling JR 00, 379; Neumann StV 00, 425; dazu auch Laubenthal/Baier GA 00, 205, 213; Neumann, Müller-Dietz-FS 589, 592 ff.]; NStZ 16, 460; aA NK-Neumann 33).

**3) Bei Begehung der Tat** (§ 8) muss dem Täter die **Unrechtseinsicht fehlen**; 6 nicht erforderlich ist, dass er *positiv* annimmt, kein Unrecht zu tun (Ber. 9; Bay MDR 63, 334). Welchen Grund das Fehlen der Unrechtseinsicht hat, ist grds. gleichgültig. Es kann auf einer sozialetischen Fehleinschätzung (vgl. BGH 2, 208), einer falschen Rechtsauffassung (vgl. etwa wistra 86, 219 [dazu Reiß wistra 87, 161]), auf der irrigen Annahme der Wirksamkeit einer Genehmigung (Hamm NJW 75, 1042), auf der Unkenntnis von der Notwendigkeit einer **Genehmigung** (NStZ 93, 594 [m. Anm. Puppe]; NJW 96, 1605; 2 StR 416/16 [Bespr. Lenk ZWH 20, 131; zur Differenzierung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum NStZ 93, 594; NStZ-RR 03, 55, 56) beruhen; auf einem Subsumtionsirrtum (13 zu § 16), einem Irrtum über eine Bedingung der Strafbarkeit (27 zu § 16; NK-Neumann 50), auf dem Glauben an die bindende Wirkung eines Befehls (BGH 22, 223; vgl. aber NStZ 84, 128; 1 StR 554/08 Rn. 62 ff.).

Beruhet das Fehlen der Einsicht auf einer der **Eingangsvoraussetzungen des** 6a § 20, so ist diese Vorschrift anzuwenden (zur **Abgrenzung** vgl. 3f. zu § 21). Die Annahme, sich mit zweideutigen, „konkludent“ oder „zwischen den Zeilen“ volksverhetzenden Äußerungen noch in einem durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Bereich „formal“ zulässiger Äußerungen zu bewegen, kann nach 4 StR 283/05 einen Verbotsirrtum begründen. Das erscheint zw. denn wer meint, für *Eingeweihte* etwas zu äußern, was *strafbar* ist, befindet sich hierüber nicht deshalb im Irrtum, weil er glaubt, man könne ihm dies nicht *nachweisen*.

**4) Vermeidbar** ist ein Verbotsirrtum, wenn dem Täter zum Zeitpunkt der Tat- 7 handlung (LK-Vögel 43) sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und wenn er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre (1 StR 217/85; NStZ 16, 460; Bay NJW 89, 1745 [m. Anm. Rudolphi JR 89, 387; Zaczyk JuS 90, 889]; Köln NJW 96, 473). Er irrt vermeidbar, wenn er sich nicht informiert (9) oder sich am Recht überhaupt desinteressiert zeigt, es sei denn, er habe hierfür nicht einzustehen (Timpe GA 84, 51, 69). Nach Lage des Einzelfalls objektiv fern liegende Fehlvorstellungen sind idR vermeidbar (vgl. auch Bamberg NJW 07, 3081, 3083). Die Vermeidbarkeit wird von Rspr. und hM im Wesentlichen als *empirische Frage* behandelt, ist aber im Kern eher ein Anwendungsfall des *Vorverschuldens* (vgl. dazu auch Roxin AT I 21/48 ff.; Puppe, Rudolphi-FS [2004] 231, 238 ff.).

**A.** Die Rspr. verlangt, dass der Täter sein **Gewissen anspanne** (GrSenBGH 2, 8 194) und „alle seine Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen“ einsetze, und zwar auf der Grundlage der Vorstellungen seiner Rechtsgemeinschaft (BGH 4, 1, 5); danach sind nach Ansicht der Rspr. insoweit höhere Anforderungen zu stellen als an die Vermeidung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs (BGH 4, 237; 21, 20; VRS 14, 31; NJW 96, 1606 [hierzu Sonnen JA 96, 744]; Frankfurt NStZ-RR 03, 263). Angesichts der weit auseinander strebenden Vorstellungen der pluralistischen Gesellschaft kann die Forderung nach „Gewissensanspannung“ freilich nur noch im *Kernbereich* strafrechtlicher Verbote ausreichen (zutr. Stuttgart NJW 06, 2422, 2423). Es kommt auf die jeweils **konkreten Umstände** sowie auf die Verhältnisse und die Persönlichkeit des Täters an; daher sind **zB** Bildungsstand, Erfahrung, berufliche Stellung, sprachliche Kenntnisse, Dauer des Aufenthalts in Deutschland usw. zu berücksichtigen (vgl. BGH 2, 201; 3, 108; 4, 86; 9, 347), konkret bezogen auf Art, Gewicht und Ausführung der Tat (vgl. Bay NJW 89, 1745 m. Anm. Rudolphi JZ 89, 387; Zaczyk JuS 90, 889; zusf. Otto Jura 90, 648; Roxin AT I 21/55 ff.).



- 9 Die persönlichen Voraussetzungen des Täters sind im Hinblick auf die **konkrete** Verbotsnorm zu bewerten (vgl. Bay NJW **03**, 2253 [Häufung von Verkehrszeichen]). Der Täter muss sich bemühen, Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Handelns zu klären; er darf nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und die Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen (Köln NJW **96**, 473). **Unvermeidbarer** Verbotsirrtum ist **zB** in Einzelfällen des Veranstaltens oder Vermitteln von Glücksspielen ausländischer Anbieter von *Sportwetten* aufgrund der Rechtslage vor dem 1.1.2008 angenommen worden (vgl. NJW **07**, 3078; Stuttgart NJW **06**, 2422; LG Frankfurt NStZ-RR **07**, 201; vgl. dazu i. e. 16 f. zu § 284); bei unterschiedlicher Entscheidung gleichrangiger Obergerichte über eine Rechtsfrage (Stuttgart NJW **08**, 243 [Gebrauch von EU-Fahrerlaubnis während deutscher Sperrfrist; vgl. 7 zu § 69 b]).
- 10 Persönliche Einschränkungen der **Erkenntnisfähigkeit**, etwa bei Vorliegen eines Eingangsmerkmal des § 20, sind zu berücksichtigen; auch wenn eine (bloße) erhebliche Verminderung der *Einsichtsfähigkeit* für die Schuldfähigkeitsbeurteilung grds. ohne Bedeutung ist (vgl. 4 zu § 20; 3 zu § 21), können ihre tatsächlichen Voraussetzungen bei *Fehlen* der Einsicht die Unvermeidbarkeit des Irrtums begründen. Bei **Unterlassungsdelikten** kann die Unrechterkenntnis schwieriger sein (BGH **16**, 160). Bedeutung kann die Verwurzelung des Täters in einem **fremden Kulturkreis** haben; bei aus dem **Ausland** stammenden Personen auch Rechts- und Sprachkenntnis (vgl. dazu *Laubenthal/Baier* GA **00**, 205; *Kraus*, IntKonfl. **7** 49). Zu **Gewissenstaten** von Kriegsdienst- und Totalverweigerern vgl. BVerfGE **23**, 127 ff.; Frankfurt StV **89**, 107 f.; 29 zu § 46; LK-Rönnau 360 ff. vor § 32; S/S-Sternberg-Lieben 7 f.
- 11 Besondere Probleme ergeben sich in Fällen sog. „**gesetzlichen Unrechts**“, in welchen sich die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des eigenen Handelns für den Täter nicht aus positiven Normen des eigenen Staats, sondern aus deren wertender Überprüfung an Maßstäben internationalen oder gar *überpositiven* Rechts ergeben soll. Nach der Rspr. des BGH handelte ein „**Mauerschütze**“ der DDR-Grenztruppen, der sich für berechtigt hielt, auf einen unbewaffneten Flüchtling Dauerfeuer zu eröffnen, grds. im **vermeidbaren** Verbotsirrtum (BGH **39**, 35 [krit. *Amelung* JuS **93**, 642; *Arnold/Kühl* JuS **92**, 996]; **39**, 188; **40**, 251 [m. krit. Bespr. *Amelung* NStZ **95**, 30]; NStZ-RR **96**, 324; vgl. dazu BVerfGE **95**, 192 [dazu u. a. *Amelung* NStZ **95**, 30; GA **96**, 57; *Dreier* JZ **97**, 430; *Gropp* NJ **96**, 397]; 40 vor § 3; dazu ausf. *Roos*, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rspr., 2000, 245 ff.; vgl. auch *Naucke*, Roxin-FS 503, 510 ff. mit überzeugender Abgrenzung von *Rechtsgeltung* und *Rechtskenntnis*). Dagegen war der Verbotsirrtum von MfS-Angehörigen, die weisungsgemäß RAF-Aussteiger, die in die DDR aufgenommen worden waren, strafrechtlich nicht verfolgt und unterstützt haben, nach BGH **44**, 60 (m. Anm. *Schroeder* JR **98**, 428) unvermeidbar.
- 12 **B.** Bleiben **Zweifel** oder handelt es sich um Delikte, die für einen **bestimmten Berufskreis** bedeutsam sind, so trifft den Täter eine **Erkundigungspflicht**. So muss sich etwa, wer geschäftlich tätig ist, idR über die insoweit geltenden Vorschriften informieren (BGH **4**, 242; **5** 289; **21**, 18; *wistra* **84**, 178 [m. Anm. *Otto* StV **84**, 462]; Bay **71**, 24; **81**, 198) und ggf. Auskünfte einholen (*Zweibrücken* StV **92**, 119; vgl. auch Bay NStZ **03**, 270 [Verkauf BtM-haltiger „Raumlufverbesserer“ im *Umfeld* des BtM-Handels]). Ein Rechtsanwalt darf sich nicht mit als zw. erkannten eigenen Erkenntnissen zufriedengeben (vgl. BGH **18**, 197; aber auch BGH **15**, 341; NJW **62**, 1832); Mandanteninformationen hat er ggf. nachzuprüfen (Karlsruhe Die Justiz **81**, 213). Bei fortdauernder Geschäftstätigkeit bezieht sich die Erkundigungspflicht auch auf mögliche Änderungen der Rechtslage (NStZ **96**, 237; *Roxin* AT I, 21/57).
- 13 **a)** Verlangt werden kann je nach Lage des Falles, dass der Täter die **Auskunft** einer Behörde einholt (vgl. Bay NJW **65**, 1924; GA **66**, 182; Frankfurt VRS **28**, 423), sich von einem **Rechtsanwalt** (vgl. BGH **20**, 372; **21**, 21) oder einer sonst fachkundigen Person (BGH **40**, 264) beraten lässt oder sich um Kenntnisaufnahme ein-