

Strafgesetzbuch: StGB

Fischer

70. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-79239-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ist das ein **Subsumtionsirrtum**, der den Vorsatz nicht ausschließt (VRS 65, 128; NStZ 2010, 337 (Arbeitgeber-Stellung); LK-StGB/Vogel Rn. 108), aber zu einem Verbotsirrtum (§ 17) führen kann (BGH 7, 265; 9, 347; 13, 138; OLG Bremen StV 1985, 283; KG NJW 1990, 783; vgl. Neumann JuS 1993, 797; Herzberg/Hartung JuS 1999, 1073 f.; vgl. dazu auch NJW 2006, 522 (528 f.) (in BGH 50, 331 insoweit nicht abgedr.; Fall Mannesmann, Anm. Rönnau NStZ 2006, 218 (221); Vogel/Hocke JZ 2006, 568 (571); Krause StV 2006, 307; Hanft Jura 2007, 58)). Ein Subsumtionsirrtum liegt **zB** vor, wenn ein Anwalt trotz Kenntnis aller maßgeblichen Umstände den Begriff „dieselbe Rechtssache“ in § 356 irrig verneint (BGH 7, 22; 9, 347; vgl. aber BGH 15, 338); wenn ein Importeur die Einfuhr nur als Durchfuhr ansieht (NJW 1994, 62 (mAnm Puppe NStZ 1993, 594); zum Vorsatz vgl. StV 2003, 281). Bei der Steuerhinterziehung durch Nicht- oder Falscherklären setzt der Vorsatz nicht voraus, dass der Täter sich Vorstellungen über die korrekte steuerrechtliche Einordnung des Sachverhalts macht, wenn er die Erklärungspflicht selbst erkennt (1 StR 347/18 = wistra 2019, 374 (375) („**Steueranspruchstheorie**“; Anm. Pflaum wistra 2019, 377)).

Im Fall des **umgekehrten Subsumtionsirrtums** (zB RA glaubt rechtsirrig, es handle sich um dieselbe Rechtssache iSv § 356) ist ein bloßes **Wahndelikt** gegeben (BGH 8, 263; 14, 350; → § 356 Rn. 5; str.; differenzierend Engisch FS Heinitz, 1987, 185). **13a**

Ein **Doppelirrtum** durch **Kombination** von Tatbestandsirrtum (Täter des § 242 hält eine fremde Sache für eine eigene) und umgekehrtem Verbotsirrtum (Wahndelikt; Täter hält Wegnahme eigener Sachen für nach § 242 strafbar) führt zwar *im Ergebnis* scheinbar zur vorsätzlichen **Verwirklichung** des objektiv gegebenen Tatbestands; jedoch „passen“ die Teile nicht zusammen; die Kombination zweier zur Straffreiheit führender Fehlannahmen kann nicht zur Vorsatzstrafbarkeit führen („**Mauswieselfälle**“; dazu Plaschke Jura 2001, 235; Gropp ZIS 2016, 601 ff.; → § 17 Rn. 18; → § 292 Rn. 15; vgl. auch Fakhouri Gómez GA 2010, 259 f.). **13b**

II. Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Eine Ausnahme gilt, wenn es bei **normativen Tatbestandsmerkmalen** (→ Rn. 4) oder bei **Blankett-Tatbeständen** (zum Vorsatz im Allgemeinen vgl. Frister StrafR AT 11/38 f.) zur Kenntnis des Sachverhalts und damit zum Vorsatz gehört, dass der Täter ein Merkmal in seiner *sozialen Sinnbedeutung* kennt und daher zwar vielleicht nicht rechtlich genau, aber in der Laiensphäre parallel richtig wertet (BGH 3, 248; 4, 347; NJW 1957, 389; vgl. NK-StGB/Puppe Rn. 45 ff.; MüKoStGB/Joedicke/Kulhanek Rn. 71 f.; Jescheck/Weigend StrafR § 29 II 3; Arth. Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; Arth. Kaufmann FS Lackner, 1987, 190; Otto GS Meyer, 587; Gropp FS Weber, 2004, 127 (134 ff.); Roxin StrafR AT I 12/101; hiergegen Kindhäuser GA 1990, 417; Herzberg JZ 1993, 1018; J. Schulz FS Bemmman, 1997, 245; Koriath Jura 1996, 125; Otto FS Roxin, 2001, 483 (494 ff.); Papathanasiou FS Roxin, 2011, 467 ff.; zur Abgrenzung vgl. Bülte NStZ 2013, 65 ff.; Kühlen 1987 (→ Rn. 1a)). Als „Tendenz“ kann hier angenommen werden, dass bei Blankett-Tatbeständen eher Verbotsirrtümer, bei normativen Tatbestandsmerkmalen eher Tatbestandsirrtümer angenommen werden (Kudlich/Wittig ZWH 2013, 253 (255)). **14**

Ein **Irrtum** schließt im letzteren Fall den Vorsatz aus, ein **umgekehrter Irrtum** führt zum strafbaren untauglichen Versuch (NStZ 2008, 214). Dies gilt **zB** für Begriffe wie „fremd“ in § 242 (BGH 3, 123) und „Beschlagnahme“ in § 136 II (BGH 2, 197); ebenso für die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in §§ 253, 263. Den Begriff der „Urkunde“ hat der BGH zunächst als normatives Tatbestandsmerkmal gewertet und bei umgekehrtem Irrtum untauglichen Versuch angenommen (BGH 7, 53), in späteren Entscheidungen aber ein Wahndelikt (BGH 13, 235). Die **Zuständigkeit** in §§ 154, 156 ist ein Tatbestandsmerkmal (BGH 3, 253). **14a**

Nach hM ist auch der **Steueranspruch** iSv § 70 AO normatives Tatbestandsmerkmal (vgl. BGH 5, 90; wistra 1989, 263; 1 StR 347/18 = NZWiSt 2019, 261 mAnm Gehm ebd. 265; 1 StR 296/19 = NZWiSt 2021, 183 mAnm Linke; vgl. **14b**

auch BGH 37, 266 (281); wistra 2011, 465; krit. *Weidemann* wistra 2006, 132; *Weidemann* FS Herzberg, 2008, 299 (303 ff.)). Der Vorsatz der Steuerhinterziehung setzt voraus, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält. Absicht oder direkter Vorsatz sind nicht erforderlich; für den Eventualvorsatz ist eine sichere Kenntnis des Steueranspruchs nicht erforderlich (wistra 2011, 465 (Anm. *Adick* ZWH 2012, 155); NZWiSt 2019, 261 (263)).

- 15 Muss der Täter, um eine zutreffende Vorstellung vom sozialen Bedeutungsgehalt seines Handelns zu haben, eine dem Merkmal innewohnende **rechtliche Wertung** mitvollzogen haben, so handelt er, wenn dies nicht der Fall ist, grds. im Tatbestandsirrtum und nicht nur im Rechtsirrtum (*Roxin* StrafR AT I, 12/96; vgl. etwa BGH 5, 90 (92); NJW 1980, 1005 f.; wistra 1986, 174; 1989, 263 f. (Bestehen einer Steuerschuld; vgl. dazu *Maiwald*, Unrechtskenntnis u. Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984); BayObLG 92, 1 (14); NJW 1997, 1320; OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 175 (Anm. *Brede* NStZ 1999, 137); NStZ 1993, 594; NStZ-RR 2003, 55 (56) (Genehmigungserfordernis); OLG Jena NStZ-RR 1997, 315 (zum Irrtum über das Vorliegen einer Erlaubnispflicht; dazu *Otto* FS Roxin, 2001, 483 (491 ff.)); vgl. auch → § 17 Rn. 11). Die **Rechtswidrigkeit der Bereicherung** (§§ 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 (mAnm *Kühl* NStZ 2004, 387; Gewalttames Durchsetzen von Forderung aus Drogengeschäft); wistra 2003, 383 („Selbsthilfebetrug“); 4 StR 318/03; → § 253 Rn. 21).
- 16 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. OLG Celle NJW 2004, 3790 (Erlaubnis nach RBerG); OLG Frankfurt a. M. StV 2006, 191 (Erlaubnis nach dem WaffG); OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2006, 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 1993, 594 (595); NStZ-RR 2003, 55 (56); StraFo 2006, 461 (462) (§ 34 IV AWG; Embargoverstoß); → § 17 Rn. 11a; zu Fällen des „doppelten Irrtums“ vgl. *Haft* JuS 1980, 430 (588); *Puppe* GA 1990, 156; Schönke/Schröder/Schuster § 17 Rn. 11; NK-StGB/Puppe Rn. 39; krit. *Fakhouri Gómez* GA 2010, 259 (263 ff.)). Daher führt **zB** die irrige 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 (BayObLG NStZ-RR 2000, 122); wird nur die *Rechtswirkung* der bekannten Tatsachen verkannt, so dürfte ein Verbotsirrtum vorliegen (offen gelassen von BayObLG aaO). Entgegen OLG Oldenburg wistra 2014, 114 hat 2 StR 146/16 = NJW 2018, 3467 entschieden, dass ein Irrtum über die Genehmigungspflichtigkeit von Bankgeschäften (§ 54 I Nr. 2 KWG) nicht § 16 I, sondern § 17 unterfällt (zust. *Lenk* ZWH 2020, 131). Unkenntnis des Inhalts oder der Reichweite einer Ausfüllungsnorm des **Blankett-Tatbestands** § 34 IV AWG begründet keinen Tatbestands-, sondern einen Verbotsirrtum (wistra 2013, 153; *Frister* StrafR AT 11/38). Für die **Arbeitsbereitschaft** iSv § 266a hat 1 StR 331/17 = NStZ 2019, 146 (Anm. von *Galen/Dawodiwicz*) erwogen, die früher differenzierende Rspr. aus NStZ 2012, 160 f. aufzugeben und stets einen Tatbestandsirrtum anzunehmen.
- 16a Für das Merkmal der **Pflichtwidrigkeit** einer Treubruchshandlung iSv § 266 I hat NJW 2006, 522 (531) (*Fall Mannesmann/Vodafone* (insoweit in BGH 50, 331 nicht abgedr.)); Anm. *Rönnau* NStZ 2006, 218 (221); *Vogel/Hocke* JZ 2006, 568 (571); *Krause* StV 2006, 307; *Hanft* Jura 2007, 58) darauf hingewiesen, die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum könne sich nicht auf „einfache Formeln“ stützen; vielmehr seien hier „wertende Kriterien und differenzierte Beur-

teilungen“ erforderlich (vgl. → § 266 Rn. 171; krit. dazu *Lüderssen* FS Richter II, 2006, 373 ff.). Leider hat der 3. StS offengelassen, *welche* das im konkreten Fall sein konnten. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechenschaftspflicht gem. § 23 IV PartG 1994 war nach BGH 51, 100 (119) = NJW 2007, 1760 (*Fall Kanther/Weyrauch*; Bspr. *Bernsmann* GA 2007, 219; *Ransiek* NJW 2007, 172; *Saliger* NStZ 2007, 545) Tatbestandsirrtum.

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

F. Unechte Unterlassungsdelikte. 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 OLG Bremen StV 1985, 284; vgl. → § 17 Rn. 11). Auch die Umstände, aus denen sich die Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung ergibt, gehören zum Tatbestand (vgl. → § 13 Rn. 44 f.). 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 (unzutr. 5 StR 20/16 = BGH 62, 223; vgl. → § 22 Rn. 31b). 17

G. Subjektive Tatbestandsmerkmale. 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 Schulselemente darstellen (*Schmidhäuser* StrafR BT 2/13 ff.; vgl. *Otto* Jura 1994, 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. 18

H. Täterbewertungsmerkmale. Keine Tatbestandsmerkmale sind Täterbewertungsmerkmale. Hierzu gehört vor allem die **Schuldfähigkeit**: 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 Schuldfähigkeit (insb. Einsichtsfähigkeit) nur mittelbar an (vgl. 2 StR 166/03). Dasselbe gilt für **Gesinnungsbewertungen** (*Jescheck/Weigend* StrafR § 42 II 3; *Roxin* StrafR AT I 10/78; NK-StGB/*Puppe* Rn. 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). 19

I. Irrtum über Merkmale von Rechtfertigungsgründen. Die Behandlung des Irrtums über Merkmale von Rechtfertigungsgründen ist umstritten. 20

I. Irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrunds. Bei irriger Annahme eines Rechtfertigungsgrunds unterschied das **RG** zwischen Tatsachen- und außerstrafrechtlichem 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 1952, 307; 356; JZ 1952, 362; *Arth. Kaufmann* JZ 1954, 20a

653; ZStW 76, 543; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959; vgl. auch *Puppe* FS Stree/Wessels, 1993, 187 u. NK-StGB/*Puppe* Rn. 12) versteht die Rechtfertigungsumstände als („negative“) Merkmale eines Gesamt-Tatbestands (→ Vor § 13 Rn. 46). 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* FS Otto, 2007, 469 (477 f.)) und ist daher mit dem Gesetz (vgl. §§ 32, 34, 228, 142 II Nr. 2) kaum vereinbar (and. zB LK-StGB/*Rönnau* Vor § 32 Rn. 12). Eine noch von *Spendel* vertretene „**objektive Rechtfertigungstheorie**“ (LK-StGB/*Spendel*, 11. Aufl., § 32 Rn. 138 ff.), die das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements ganz ablehnt, wird heute nicht mehr vertreten (vgl. aber *Gropp* FS Kühn, 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 Rechtfertigungsgrunds zu weit zieht oder (3) irrig das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrunds annimmt (*D. Geerds* Jura 1990, 428; *Koriath* Jura 1996, 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* StrafR. AT, 1969, 168 f.; *Arm. Kaufmann* JZ 1955, 37; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, 331 (336); *Hirsch* ZStW 94 (1982), 239 (265); *Gössel* FS Triffterer, 1996, 93 (96 ff.); *Heuchemer* (→ Rn. 1a); NK-StGB/*Puppe* Rn. 127; NK-StGB/*Paeffgen/Zabel* Vor § 32 Rn. 108 ff.; LK-StGB/*Schroeder* Rn. 49, 52) ist stets *Verbotsirrtum* anzunehmen. Das führt bei (zumeist) vermeidbarem Irrtum (§ 17 II) zur Bestrafung wegen vollendeten Vorsatzdelikts.
- 22b Die **eingeschränkte Schuldtheorie** (zur Terminologie *Roxin* StrafR. AT I 14/64; *Hruschka* FS Roxin, 2001, 441; *Schuster* (→ Rn. 1a) 57 ff.; zu überwiegend terminologisch unterschiedlichen Varianten *Grünwald* GS Noll, 1984, 183 (186); *Hirsch* FS Schroeder, 2006, 223 ff.; *Schünemann/Greco* GA 2006, 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 2001, 530; 2002, 143 (144); ebenso *Roxin* StrafR. AT I 14/64; krit. *Herdegen* FS 50 Jahre BGH, 2000, 206; *Lackner/Kühl* § 17 Rn. 11; *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 34). Bei analoger Anwendung von § 16 gelangt sie mangels **vorsätzlicher Haupttat** zur Straflosigkeit auch bösgläubiger Teilnehmer (vgl. etwa SK-StGB/*Hoyer* § 26 Rn. 37; MüKoStGB/*Joelckes/Kulhanek* Rn. 136; zur geringen praktischen Bedeutung *Roxin* StrafR. AT I, 14/75 f.; vgl. → § 27 Rn. 21).
- 22c 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 irr tümlich angenommene Lage (der „*Katzenkönig*“ verlange die Ermordung eines Menschen, andernfalls werde er die ganze Menschheit vernichten) wegen mangelnder Quantifizierbarkeit des Rechtsguts nicht abwägungsfähig iSv § 34 gewesen sei. Hieraus kann geschlossen werden, dass der BGH jedenfalls die *Möglichkeit* eines auf Aberglauben gestützten Rechtfertigungstatbestandsirrtums bejaht (vgl. auch *Kudlich* JZ 2004, 72; *Roxin* StrafR. AT I, 14/52, Fn. 69). Die **Gegenansicht** (*Herzberg* Jura 1990, 16; *Schumann* NStZ 1999, 32; *Kretschmer* JR 2004, 444; *Frister* StrafR. AT 14/35 Fn. 53) leitet aus der Straflosigkeit des „abergläubischen Versuchs“ (vgl. → § 23 Rn. 9) eine „umgekehrte“ Strafbarkeit des abergläubischen Rechtfertigungsirrtums ab. Das lässt sich aus § 16 I aber nicht ableiten (wie hier *Roxin* StrafR. AT I 14/52).

Dagegen bleibt in der Variante der sog. **rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie** (vgl. *Jescheck/Wéigend* StrafR § 41 IV 1d; krit. *Schünemann/Greco* GA 2007, 777 (778 f.); *Frister* StrafR 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-StGB/*Puppe* Rn. 133; *Frisch* (→ Rn. 1a) 249 ff.; *Streng* FS Otto, 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 2012, 272; „*Hell's Angel-Fall*“; Anm. *Engländer* NSTZ 2012, 274; *Erb* JR 2012, 207; *Erb* FS Rengier, 2018, 15 ff.; *Mandla* StV 2012, 334 (336); *Roisch* ZJS 2012, 109; *Voigt/Hoffmann-Holland* NSTZ 2012, 382; StV 2014, 347. Diese Lösung führt dazu, dass der Versuch der Tat und die **Teilnahme** eines nicht irrenden Beteiligten strafbar bleiben (abl. *Roxin* StrafR I AT 14/73 ff., 78 (and. wohl Täterschaft 554); *Schmidhäuser* JZ 1979, 366; *Schmidhäuser* FS Lackner, 1987, 84; *Grünwald* GS Noll, 1984, 183 (195); *Schünemann* FS R. Schmitt, 1992, 132; *Schünemann* GA 1985, 350).

II. Umgekehrter Irrtum. 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 *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 15; MüKoStGB/*Duttge* § 15 Rn. 202; SK-StGB/*Günther* Vor § 32 Rn. 92; *Jakobs* StrafR AT 11/34; *Jescheck/Wéigend* StrafR § 31 IV 2; *Otto* FS Geerds, 1995, 603 (620); *Frisch* FS Lackner, 1987, 113 (138 f.); *Streng* FS Otto, 2007, 469 (473); einschränkend *Gropp* FS Kühl, 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 → § 32 Rn. 27). Nach **hM** kommen die Versuchsregeln zumindest entsprechend zur Anwendung (vgl. *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 15; *Lackner/Kühl* § 22 Rn. 16; MüKoStGB/*Duttge* § 15 Rn. 202). Teile der Literatur nehmen mit der früheren Rspr. **Vollendung** der Tat an (BGH 2, 111 (114 f.); NK-StGB/*Paeffgen/Zabel* Vor § 32 Rn. 128; *Gössel* FS Triffterer, 1996, 93 (99); *Köhler* StrafR AT 323 f.). Dem widerspricht freilich, dass es der Tat am Erfolgsunrecht fehlt. Eine **Sonderregelung** enthält § 22 I S. 2 WStG (Anh. 15).

III. Zweifel. Für Fälle des Zweifels über das Vorliegen rechtfertigender Umstände gehen die vorgeschlagenen Lösungen auseinander (vgl. dazu *Rath* (→ Rn. 1a) 153 ff.; *Reip* (→ Rn. 1a) 133 ff.; *Warda* FS Lange, 1976, 119 ff.; *Schroth* FS Kaufmann, 1993, 604 ff.; *Roxin* StrafR AT I 14/87 ff.; *Jakobs* StrafR AT 11/28 f.; *Frister* FS Rudolphi, 2004, 45 ff.; *Schüler* (→ Rn. 1a)). 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 *Holtz* MDR 1978, 108 – RsprÜ; so wohl auch SK-StGB/*Günther* Vor § 32 Rn. 90; krit. *Roxin* StrafR 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-StGB/*Paeffgen/Zabel* Vor § 32 Rn. 101). 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 MüKoStGB/*Joeks/Kulhanek* Rn. 137 ff.; *Roxin* StrafR AT I 14/88 ff.; *Otto* StrafR AT 18/55 f.; *Jakobs* StrafR AT 11/28 f.; krit. dazu *Frister* FS Rudolphi, 2004, 45 (48 f.)). Neuerdings wird eine von dieser Unterscheidung gelöste Abwägung vorgeschlagen, welche den durch die Fehlent-

scheidung jeweils verursachten materiellen Unwert miteinander vergleicht (Frister FS Rudolphi, 2004, 45 (52 ff.)); dabei ist der dem Rechtfertigungsgrund zugrunde liegende Abwägungsmaßstab zu berücksichtigen. Das kommt im Ergebnis der vorgenannten differenzierenden Lösung nahe.

- 25 **J. Irrtum über Merkmale von Schuldausschließungsgründen.** Beim Irrtum über Merkmale von Schuldausschließungsgründen sind nur solche Schuldausschließungsgründe 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-StGB/Vogel Rn. 128). Der Irrtum über eine entschuldigende Notstandslage ist seit dem 2. StrRG ausdrücklich in § 35 II geregelt (vgl. → § 35 Rn. 1 ff.). 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 verkennt (vgl. BGH 53, 145 = NJW 2009, 1360; Anm. Dau NStZ 2009, 292; NZWehr 2009, 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 **K. Verbotsirrtum.** Ein Irrtum über die **Rechtswidrigkeit** der Tat im Sinne fehlender Einsicht, Unrecht zu tun, ist ein Verbotsirrtum (§ 17).
- 27 **L. Andere Irrtümer.** Ein Irrtum über **persönliche Strafausschließungs- und Aufhebungsgründe** (dazu → Vor § 32 Rn. 17) 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 StrafR AT 1, 23/21 ff.; Geisler, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998; Geisler GA 2000, 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.

Übersicht

| | |
|---|----|
| A. Allgemeines | 1 |
| B. Voraussetzungen | 2 |
| I. Unrechtsbewusstsein | 3 |
| II. Überzeugungstäter | 3b |
| III. Spezifisches Unrechtsbewusstsein | 4 |
| IV. (Un-)Bewusste Fahrlässigkeit | 5a |
| C. Zeitpunkt des Irrtums | 6 |
| D. Vermeidbarkeit | 7 |
| I. Anforderungen | 8 |
| II. Erkundigungspflicht | 12 |
| E. Wahndelikt | 17 |

| | |
|---|----|
| F. Abgrenzung | 18 |
| I. Unbefugtheit | 19 |
| II. Irrtum über Rechtfertigungsgründe | 22 |
| G. Rechtsfolge | 23 |

A. Allgemeines. Die Vorschrift, in Anlehnung an § 21 E 1962 und § 20 AE 1 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 (mAnm *Dau* NSTz 2009, 292)). Einen Sonderfall des Verbotsirrtums behandelt auch § 20.

Literatur (Auswahl): *Arzt* ZStW 91, 857; *Bülte*, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTz 2013, 65; *Dahs*, Der gekaufte Verbotsirrtum, FS Strauda, 2006, 99; *Fakhouri Gómez*, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie. Zum Umgang mit der Irrtumsproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen, GA 2010, 259; *Frisch*, Gewissenstaten und Strafrecht, FS Schroeder, 2006, 11; *Frisch*, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, GA 2006, 273; *Frisch*, Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem dogmatischen Problem aus der Perspektive der Normen und der Straftheorie, FS Eisenberg, 2019, 617; *Gropp*, Abschied vom „Doppelirrtum“, ZIS 2016, 601; *Groteguth*, Norm- u. Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB, 1993; *Herzberg* GA 1993, 439; *Herzberg* JZ 1993, 1017; *Herzberg* Fahrlässigkeit, Unrechtseinsicht und Verbotsirrtum, FS Otto, 2007, 265; *Horn*, Verbotsirrtum u. Vorverfbarkeit, 1969; *Jakobs* ZStW 101, 533; *Jescheck* ZStW 93, 32; *Kindhäuser* GA 1990, 407; *Kindhäuser* Versuch und Wahn. Zum Irrtum über Rechtsatsachen, FS Streng, 2017, 325; *Kirchheim/Samson*, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81; *Kudlich/Wittig*, Strafrechtliche Enthaltung durch juristische Präventionsberatung?, ZWH 2013, 253; *Lange*, Zum Bewertungsirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, 1994 (Bspr. *Otto* GA 1995, 578 u. *Mitsch* ZStW 110, 166); *Laubenthal/Baier*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer u. die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 2000, 205; *Loew*, Die Erkundungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, 2002 (Diss. Frankfurt a. M. 1999); *Lüderssen*, Irrtum u. Prävention, FS Roxin, 2001, 457; *Manso Porto*, Normunkennntnis aus belastenden Gründen, 2010 (Diss. Bonn 2009); *Meier*, Illegaler Download: Alltagshandeln ohne Unrechtsbewusstsein, FS Ostendorf, 2015, (29015) 615; *Naucke*, Staatstheorie u. Verbotsirrtum, FS Roxin, 2001, 503; *Neumann*, Der Verbotsirrtum, JuS 1993, 793; *Neumann*, Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“, FS Müller-Dietz, 2001, 589; *Otto* Jura 1990, 645 u. K. *Otto* GS Meyer, 597; *Otto*, Mittelbare Täterschaft u. Verbotsirrtum, FS Roxin, 2001, 483; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145; *Puppe*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, FS Rudolphi, 2004, 231; *Puppe*, Vorsatz und Rechtsirrtum, FS Herzberg, 2008, 275; *Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis v. „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19; *Radtke*, Ziviler Ungehorsam – Rechtsphilosophische Grundlagen und strafrechtliche Bedeutung, in: Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus (Hrsg.), Strafrecht in der Zeitenwende, 2010, 73; *Renzikowski*, Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins, FS Yamanaka, 2017, 185; *Rönnau/Faust/Fehling*, Der Irrtum und seine Rechtsfolgen, JuS 2004, 667; *Roxin*, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, FS Tiedemann, 2008, 375; *Roxin*, Die strafrechtliche Beurteilung unbehebbarer Unrechtszweifel, GA 2018, 495; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *Rudolphi*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein (usw.), 1982; *Schuster*, Das Verhältnis v. Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012 (Habil. Mainz); *Streng*, Das „Wahndelikt“ – ein Wahn? Überlegungen zum umgekehrten Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, GA 2009, 529; *Toepel*, Schuld- oder Vorsatztheorie im Vertragsrecht, FS Beulke, 2015, (2018) 125; *Valerius*, Das globale Unrechtsbewusstsein, NSTz 2003, 341; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006; *Zabel*, Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB, GA 2007, 33.

B. Voraussetzungen. Die Einsicht, Unrecht zu tun, dh das verstehende 2 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; → § 16 Rn. 21), sondern ein Element der Schuld, dessen Fehlen bei Unvermeidbarkeit des Irrtums die Schuld ausschließt (zur Entwicklung vgl. *Schuster* (→ Rn. 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. → § 16 Rn. 15; → § 266 Rn. 171).

- 3 **I. Unrechtsbewusstsein.** 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 1986, 218; NStZ 1996, 236 (237); NJW 2008, 1827, Rn. 34; 2011, 1236 (1239); 2 StR 246/20). Das Bewusstsein moralischer Verwerflichkeit (vgl. BGH 2, 202; GA 1969, 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 BayObLG NZV 2003, 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 2018, 3467 (*Sal. Oppenheim*; Bspr. *Papathanasiou* JR 2019, 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* StrafR AT I 21/13; krit. zur Bestimmung dieses Bezugspunkts *Naucke* FS *Roxin*, 2001, 503 (509 ff.)). Ohne Bedeutung ist, ob der Täter glaubt, gegen straf-, öffentlich- oder zivilrechtliche Normen zu verstoßen (BGH 52, 227 (239 f.) = NStZ 2009, 275; Anm. *Dornis* GRUR 2008, 742; *Lagodny* JR 2009, 36; *Brammsen* NStZ 2009, 279). Zur Anwendbarkeit von § 17 bei **Unrechtszweifeln** vgl. *Roxin* GA 2018, 494 und → Rn. 12.
- 3b **II. Überzeugungstäter.** 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. → § 46 Rn. 29) bewusst gegen die Wert- und Rechtsordnung der Gemeinschaft auflehnt (vgl. *Dallinger* MDR 1973, 901 – RsprÜ; *Rudolphi* FS *Welzel*, 1974, 632; *Radtke* GA 2000, 19; NK-StGB/*Neumann* Rn. 12; krit. *Frisch* FS *Schroeder*, 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 Beschuldigter *demonstrativ*, weil er sie im Hinblick auf *übergeordnete* Motive und Ziele *bestreiten* will; die eigene „Kriminalisierung“ ist also als *Legitimitäts*-Argument eingeplant.
- 4 **III. Spezifisches Unrechtsbewusstsein.** 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 1995, 306; NStZ 1996, 237; *Neumann* JuS 1993, 796; krit. *Laubenthal/Baier* GA 2000, 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 Qualifikationstatbestandes 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 **Handlungs-ort** ausgeht (BGH 45, 97 (Anwendung von § 258 iVm § 9 I auf im Ausland handelnden Täter; Anm. *Neumann* StV 2000, 425; *Börger* NStZ 2000, 31; *Döllinger* JR 2000, 397; vgl. auch *Valerius* NStZ 2003, 341 ff.); zu **Internet**-Straftaten vgl. BGH 46, 212; dazu → § 9 Rn. 8 ff.). Hält der Täter seine rechtswidrige Handlung aus einem unzutreffenden Grund für rechtswidrig, so hat er Unrechtsbewusstsein (BayObLG NJW 1963, 310).