

[Strafgesetzbuch: StGB](#)

mit Nebengesetzen

Bearbeitet von
Erläutert von Prof. Dr. Thomas Fischer, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D.

66. Auflage 2019. Buch. LXVII, 2745 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72436 7

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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 **eingeschränkte Schuldtheorie** (vgl. zur Terminologie Roxin AT I 14/64; Hruschka, Roxin-FS [2001] 441; Schuster [oben 1 a] 57 ff.; zu überwiegend terminologisch unterschiedlichen Varianten Grünwald, Noll-GedS [1984] 183, 186; H.-J. Hirsch, Schroeder-FS [2006] 223 ff.; ausf. dazu auch 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 ersten 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** ebenfalls zur Straflosigkeit auch bösgläubiger Teilnehmer (vgl. etwa SK-Hoyer 37 zu § 26; MK-Joecks 136; B/Weber/Mitsch AT 21/31; 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 abwägungsfähig 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 Straflosigkeit 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 Rechtfertigungsgrundes (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; Mandla StV 12, 334, 336; Rotsch ZJS 12, 109; Voigt/Hoffmann-Holland NStZ 12, 382; StV 14, 347). Diese Lösung hat den „Vorteil“, 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; B/Weber/Mitsch AT 16/66 f.; Jescheck/Weigend AT § 31 IV 2; W/Beulke AT 279; Otto AT 5/30; *ders.*, Geerds-FS [1995] 603, 620; Frisch, Lackner-FS [1987] 113, 138 f.; Streng, Otto-FS [2007] 469, 473; einschränkend jetzt Gropp, Kühl-FS [2014] 247 ff., zum „Nudelholzfall“ Spendels [Frau schlägt Einbrecher mit Nudelholz in der irrigen Annahme, es handle sich um ihren Ehe-

mann] 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 ff.); 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 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-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 verkennt (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 vorwerfbarer 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 Strafausschließungs- 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 Rauschat 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 Bedingungen 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*, Gewissens-taten und Strafrecht, Schroeder-FS (2006) 11; *ders.*, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, GA 06, 273; *Gropp*, Abschied vom „Doppelirrtum“, ZIS 16, 601; *Groteguth*, 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; *Jescheck* 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 Enthauptung 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 (29015) 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 „zivilem 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; *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; *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); auch die Vorstellung, Beihilfe zu leisten (NStZ 84, 329) oder eine Ordnungswidrigkeit zu begehen (Celle NJW 87, 78; aA AG Göttingen NJW 83, 1210; differenzierend Stuttgart NStZ 93, 345; vgl. NK-Neumann 27; LK-Vögel 13 ff.). **Nicht ausreichend** ist die bloße Kenntnis der äußeren Umstände eines rechtswidrigen Verhaltens ohne entsprechende Wertung (vgl. etwa Bay NZV 03, 430 [Verständnis eines Verkehrsschild]). 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; NJW 63, 1931; *Otto*, K. Meyer-GedS 602; *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]).
- 3a **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 Beschuldigter *demonstrativ*, weil er sie im Hinblick auf *übergeordnete* Motive und Ziele *bestreiten* will; die eigene „Kriminalisierung“ ist also als *Legitimitäts*-Argument eingeleant.
- 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 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 strafehöhende 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; *Bürger* 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 feh-** 6 **len;** 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 sozioethischen 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; Bay GA 76, 26; vgl. aber Rengier ZStW 101, 884; zur Differenzierung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum in diesem Fall vgl. 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.). Beruht das Fehlen der Einsicht auf einer der **Eingangsvoraussetzungen des § 20**, so ist diese Vorschrift anzuwenden (zur **Abgrenzung** vgl. 3f. zu § 21). Die Annahme, sich mit zweideutigen, „konkudent“ 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; Zaczek 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 *Vörverschuldens* (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. Ru-

§ 17

AT Zweiter Abschnitt. Erster Titel

dolphi 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 Eingangsmerkmals 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 Unrechtserkenntnis 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 **Erkundungspflicht**. 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 zufrieden geben (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 Erkundungspflicht 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 Kenntnisnahme einschlägiger Rspr. bemüht (MK-Joecks 52 ff.; vgl. auch wistra 07, 17, 18 [Erkundigungspflicht nach Amtsträger-Stellung]). Eine Auskunftsperson muss so ausgewählt werden, dass sie die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet (BGH 40, 264; Kudlich/Wittig ZWH 13, 253, 256 f. [zu **Compliance-Beratung**]). Auf die Entscheidung eines **Gerichts**, die nicht überholt, aufgehoben oder auch für den Laien offensichtlich unzutreffend ist, kann sich das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit idR stützen.

b) Auf die Auskunft eines Rechtsanwalts, den er als kompetent angesehen hat, darf sich ein rechtsunkundiger Täter idR verlassen, wenn sich nicht die Unzulässigkeit des Handelns entgegen der Auskunft ohne weiteres erkennen lässt (Braunschweig StV 98, 492; Frankfurt NSTZ-RR 03, 263; Stuttgart NJW 06, 2422, 2423; and. Frankfurt JR 96, 250 [Anm. Foth]) oder wenn dem Nachfragenden ein **Interessenkonflikt** bekannt ist; letzteres kann namentlich bei der Befragung vom Täter wirtschaftlich *abhängiger* Personen der Fall sein. Ggf. ist weiterer Rat einzuholen (Stuttgart NJW 77, 1408; KG JR 77, 379; Hamm NJW 82, 659). Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte **Gefälligkeits-, Gutachten** von Rechtsanwälten oder Rechtslehrern scheiden als Grundlage glaubhafter Verbotsirrtümer aus (vgl. dazu Dahn, Strauda-FS [2006] 99 ff.; 1 StR 213/10 [= ZWH 13, 193 m. Anm. Rübenstahl]; ebenso NSTZ 13, 461; vgl. auch 2 StR 616/12 [Abofalle]). Unzutreffende Auskünfte unzuständiger **Behörden** können zur Unvermeidbarkeit des Irrtums führen, wenn sich für den Täter die fehlende Zuständigkeit und Beurteilungskompetenz nicht aufdrängt (vgl. NSTZ 00, 364). Es führt nicht schon zur Vermeidbarkeit, wenn der Täter sich darüber hat beraten lassen, wie er sein – möglicherweise auch *moralisch* verwerfliches – Ziel *ohne* Gesetzesverletzung erreichen könne; die Suche nach Gesetzes-„Lücken“ kann dem Täter nicht vorgeworfen werden, wenn er bei der Tat annahm, im erlaubten Bereich zu handeln.

Hat der Täter einer **Erkundigungspflicht nicht genügt**, so setzt die Feststellung von Vermeidbarkeit voraus, dass die Erkundigung zu einer *richtigen* Auskunft geführt hätte (BGH 37, 55, 67; NJW 96, 1606; NSTZ 16, 460; Braunschweig StV 98, 492; Bay NJW 89, 1745; Hamburg NSTZ 96, 102; **aA** BGH 21, 21; Puppe, Rudolphi-FS [2004] 231, 237; vgl. dazu NK-Neumann 81). Zur Feststellung mangelnden Unrechtsbewusstseins vgl. auch NJW 06, 522, 529 (gegen Vorinstanz LG Düsseldorf NJW 04, 3275, 3285 [Fall Mannesmann/Vodafone, in BGH 50, 331 nicht abgedr.] m. Bespr. Kort NJW 05, 333; krit. Anm. Jakobs NSTZ 05, 276).

c) Kenntnis davon, dass eine Rechtsfrage *umstritten* oder die Rspr. hierzu kontrovers ist, kann im Einzelfall zu **bedingtem Unrechtsbewusstsein** führen (vgl. BGH 4, 1, 4; 27, 196, 201 f.; SK-Rudolphi 40; krit. Neumann JuS 93, 798 u. NK 72; Puppe, Rudolphi-FS [2004] 231, 233 ff.). Ein Irrtum ist jedenfalls vermeidbar, wenn der Täter nur *hofft*, das ihm bekannte Strafgesetz greife nicht (3 StR 82/85).

5) Bei umgekehrtem Irrtum, wenn also der Täter sein rechtmäßiges Handeln für rechtswidrig hält (vgl. Düsseldorf MDR 85, 866 [irrige Annahme, auch Handeln in Notwehr sei Unrecht]), ist ein strafloses **Wahndelikt** gegeben (vgl. zur Abgrenzung Schuster [oben 1 a] 77 ff., 121 ff.).

6) Die Unterscheidung zwischen **Tatbestands- und Verbotsirrtum** ist vielfach schwierig, wird in der Praxis bisweilen eher *intuitiv* gehandhabt und ist auch dogmatisch umstritten (vgl. schon BGH 3, 357, 400; 4, 80, 105, 347; 5, 284, 301; 6, 193; 9, 358; Bay NJW 03, 2253 [Verkehrszeichen]). Schwierigkeiten ergeben sich oftmals im Bereich des **Wirtschaftsstrafrechts** (vgl. dazu Bulte NSTZ 13, 65 ff.) sowie im Bereich der **Fahrlässigkeitsdelikte** (dazu Arzt ZStW 91, 857; Herzberg, Otto-FS [2007] 265 ff.; Übersicht bei Roxin, AT 1, 24/103 ff.; vgl. auch SK-Rudolphi 19; MK-Joecks 85 ff.; NK-Neumann 86 ff.; Jescheck/Weigend § 57 I 2).

Fälle des sog. **Doppelirrtums** (zB gleichzeitiger Irrtum über Voraussetzungen und Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes) werden idR als § 17 unterfallender Erlaubnisirrtum behandelt (vgl. *Gropp ZIS 16*, 601, 606; 13a zu § 16).

- 19 **A.** § 17 ist bei *unbewusster* Fahrlässigkeit anwendbar, wenn der Verbotsirrtum auf dem Fehlen der *Regel*-Kenntnis beruht (MK-*Joecks 86*; NK-*Neumann 87*; SK-*Rudolphi 20*; **aA** *Arzt ZStW 91*, 857, 880; dazu *Roxin AT 1*, 24/105). Bei *bewusster* Fahrlässigkeit ist § 17 anwendbar, wenn der Täter die Rechtswidrigkeit einer als solcher erkannten Rechtsgutsgefährdung verkennt (NK-*Neumann 89*). Ein Rechtsirrtum unterfällt nach hM § 16, wenn der Täter den „sozial-normativen Bedeutungsgehalt“ eines (normativen) Tatbestandsmerkmals nicht erkannt hat (sog. „**Parallelwertung in der Laiensphäre**“); dagegen unterfällt ein Irrtum über die Reichweite eines (als solches zutreffend erkannten) Verbots § 17. Zur Anwendung von § 17 im Nebenstrafrecht, insb. bei **Blanketttatbeständen**, vgl. *Tiedemann ZStW 81*, 869; *Lüderssen wistra 83*, 223; *Puppe GA 90*, 166; *Kindhäuser GA 90*, 420; *Otto, Roxin-FS (2001)* 483, 491 ff.; *S/S-Sternberg-Lieben 99* zu § 15; *L/Kühl 22M*; krit. *Bülte NSTZ 13*, 65, 69 ff.; zum **Steuerstrafrecht** vgl. *KG NSTZ 82*, 74; *Bremen StV 85*, 284; *Bay 92*, 78; *Schlüchter wistra 85*, 43; 94; *Reiß wistra 86*, 194; *87*, 161; *Meyer NSTZ 86*, 443; *Bilsdorfer NJW 89*, 1591
- 20 **B.** Das Wort „unbefugt“ kann in einzelnen Tatbeständen je nach dem Sinngehalt der Vorschrift die Bedeutung eines Tatbestandsausschlusses (§ 132) haben oder nur den Hinweis auf in diesem Bereich häufige Rechtfertigungsgründe enthalten (§ 203). Bezieht sich das Wort „rechtswidrig“ in der Tatbestandsbeschreibung nicht auf die Handlung (wie zB in § 240; vgl. dazu *BGH 2*, 194), sondern auf ein einzelnes Merkmal, so bezeichnet es ebenfalls ein Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz erstrecken muss (vgl. zB 193 zu § 263).
- 21 In Fällen der Unkenntnis eines **Genehmigungserfordernisses** ist die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum mit Blick auf den jeweiligen Tatbestand zu treffen (*NStZ 93*, 594; *BGHR § 17 Unrechtsbewusstsein 2*; vgl. *SSW-Momsen 19f.*). Nach der Rspr. des BGH liegt ein **Tatbestandsirrtum** vor, wenn die Genehmigung nur der Kontrolle eines im allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens dient und die Tat ihren Unwert erst aus dem Fehlen einer Genehmigung herleitet. Verbotsirrtum ist dagegen gegeben, wenn es sich um ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten handelt, das im Einzelfall aufgrund der Genehmigung erlaubt ist (= repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; vgl. *NStZ-RR 03*, 55, 56; *StraFo 06*, 461, 462; 1 *StR 581/09* [Ausfuhr von BtM]; *S/S-Sternberg-Lieben 12a*; 15 zu § 16).
- 22 Die Unkenntnis der **Erlaubnispflichtwidrigkeit** eines Verhaltens ist Tatbestandsirrtum; dagegen ist ein Irrtum über die Reichweite einer bestehenden Erlaubnis Verbotsirrtum (*Bay NStZ-RR 01*, 281f. [Geltungsbereich ausländischer waffenrechtlicher Erlaubnis]).
- 23 **C.** Die **irrig** Annahme eines **Rechtfertigungsgrunds** wird von der *strengen Schuldtheorie* als Fall des Verbotsirrtums angesehen und nach § 17 behandelt (vgl. dazu 22 zu § 16). Diese Lehre wird von Rspr. und hM in der Literatur ganz überwiegend abgelehnt; die auch von der Rspr. angewandte, in verschiedenen Varianten vertretene *eingeschränkte Schuldtheorie* gelangt in diesen Fällen zur Anwendung von § 16 (vgl. i. e. 22 zu § 16).
- 24 **7) Unvermeidbarkeit** des Verbotsirrtums führt zum **Ausschluss der Schuld**. Bei Vermeidbarkeit kann die Strafe nach § 49 I gemildert werden. Das Urteil muss erkennen lassen, dass das Gericht die Milderungsmöglichkeit geprüft hat (*StV 98*, 186).

Schwerere Strafe bei besonderen Tatfolgen

18 Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.