

Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht*

A) Einleitung

„Errare humanum est“ – Irren ist menschlich; und weil mit der Strafe nicht bloß ein Übel – Geld- oder Freiheitsentzug – verbunden ist, sondern in ihrem Ausspruch¹ wie Vollzug zugleich eine sozialetische Missbilligung des abgeurteilten Verhaltens zum Ausdruck kommt², ist in Deutschland allgemein anerkannt, dass diese Sanktion Schuld im Sinne persönlicher Vorwerfbarkeit voraussetzt. Daher hat das BVerfG in seinem Urteil vom 30. Juni 2009 zum Vertrag von Lissabon auch das Schuldprinzip als das von Verfassungen wegen höchste Prinzip einer – zumindest der deutschen – Strafrechtsordnung angesehen³.

Dem tragen seit dem 1. Januar 1975 die Irrtumsregelungen Rechnung. Während der Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB den Vorsatz entfallen lässt, lässt § 17 StGB aufgrund eines Verbotsirrtums ausnahmsweise – bei Unvermeidbarkeit – die Schuld entfallen; ist der Verbotsirrtum vermeidbar (und damit dem Täter vorzuwerfen), kann die Strafe gemildert werden.

Diese ausdrückliche Regelung eines Verbotsirrtums wurde für das Kernstrafrecht erst mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969⁴ in Gesetzesform gegossen, doch war dieser schon seit Jahrzehnten im Nebenstrafrecht

* Erstabdruck in: *Arndt Sinn* (Hrsg.), *Menschenrechte und Strafrecht. Beiträge zur 4. Sitzung des International Forum of Crime and Criminal Law in the Global Era* (IFCCLGE). Osnabrück 2015, S. 77 ff.

1 Zur Normbestätigung und sozialetischen Missbilligung als Sprechakten i.S. der Sprechakttheorie von Searle vgl. *Hamel*, *Strafen als Sprechakt*, 2009, S. 73 ff.

2 Vgl. nur *Kühl*, FS Eser, 2005, S. 149 ff.; *Jescheck / Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl. 1996, S. 65.

3 BVerfGE 123, 267.

4 Dazu *Scheffler*, in: *Vormbaum / Welp*, *Das Strafgesetzbuch, Supplementband 1*, 2004, 174, 217 ff.

anerkannt und galt seit dem Grundsatzbeschluss des Großen Senats des BGH vom 18. März 1952 *praeter legem* auch im Kernstrafrecht⁵.

B) Der Rechtsirrtum

I. Der Tatumstands- und Rechtsirrtum im (R)StGB

Demgegenüber enthielt das (R)StGB seit 1871 in § 59 a.F. bis 1974 lediglich eine dem heutigen § 16 StGB weitgehend entsprechende Regelung über den Tatumstandsirrtum:

(1) Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

(2) Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntniß selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

Dass § 59 Abs. 1 RStGB nicht – wie heute § 16 Abs. 1 S. 1 StGB – von einem Wegfall des Vorsatzes spricht, ändert inhaltlich nichts, denn aus § 59 Abs. 2 RStGB ergab sich ja – wie heute aus § 16 Abs. 1 S. 2 StGB – die fortbestehende Möglichkeit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, so dass der Tatumstandsirrtum damals wie heute stets nur die Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdeliktes ausschließen kann. Dazu kommt, dass es im RStGB keine dem heutigen § 15 StGB vergleichbare Norm zur Strafbarkeit wegen Vorsatzes im Allgemeinen Teil gegeben hat, so dass in den jeweiligen Straftatbeständen entweder ausdrücklich Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit erwähnt worden sind oder durch Auslegung ermittelt werden musste, was der Gesetzgeber gemeint hatte. § 59 Abs. 1 RStGB schloss danach begrifflich die subjektive Zurechnung als Vorsatzdelikt aus.

Ein Verbots- oder Rechtsirrtum war im (R)StGB bis 1974 nicht explizit geregelt, was unmittelbar zur Folge haben musste, dass ein solcher jedenfalls nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers nicht Grund für einen Ausschluss oder eine Milderung der Strafbarkeit sein sollte. Dahinter stand die aus dem gemeinen Recht überkommene Vorstellung, dass man als Rechtsunterworfener sich nicht auf Rechtsunkenntnis berufen können sollte; es gelte vielmehr „*error iuris nocet*“, der Rechtsirrtum schadet (dem Täter, weil er eben nicht zu dem strafrechtlichen Zurechnungsausschluss des § 59 Abs. 1 RStGB führen kann).

5 BGHSt 2, 194.

II. Die gemeinrechtliche Formel „error iuris nocet“

Dass die lateinische Formel in ihrer Grundform keinen expliziten Bezug zum Strafrecht aufwies, lag nicht etwa darin begründet, dass man stillschweigend „dem Straftäter“ hinzugedacht hat.

1. Der Rechtsirrtum im gemeinen Zivilrecht

Vielmehr galt die auf rezipierten Regeln des römischen Rechts beruhende Differenzierung zwischen beachtlichem Tatsachen- und unbeachtlichem Rechtsirrtum auch im Zivilrecht etwa für die Frage der Gutgläubigkeit („bona fides“) des Erwerbers hinsichtlich seines Erwerbsgrundes („iustus titulus“) bei der Ersitzung einer Sache⁶; gemeinrechtlich galt insoweit: „nunquam in usucapionibus iuris error prodest, iuris error nullis prodest“ (Dig. 41.3.31 pr.)⁷ – weder bei der Ersitzung noch sonst kann ein Rechtsirrtum dem Irrenden nutzen (vgl. auch Dig. 22.6.9)⁸. Tatsachenirrtümer sollten danach der Gutgläubigkeit nicht entgegenstehen können, wohl aber ein Rechtsirrtum, wenn der Irrende in Kenntnis der wahren Sachlage ihm günstige falsche Rechtsfolgerungen zog.

2. Der Rechtsirrtum im gemeinen Strafrecht

Und weil ein Rechtsirrtum dem Straftäter nach dieser allgemeinen Prämisse innerhalb der Rechtsordnung jedenfalls nichts nutzen können sollte⁹, galt im gemeinrechtlichen Strafrecht: „error iuris nocet“, ein Rechtsirrtum schadet dem Täter und führt damit zu dessen Strafbarkeit. Dahinter stand die Untertei-

6 Entgegen dem heutigen § 932 BGB kannte das römisch-gemeine Zivilrecht nicht die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten im irrigen Glauben an dessen Eigentümerstellung, sondern nur deren – teilweise freilich recht kurzfristige – Ersitzung aufgrund von Gutgläubigkeit bzw. Treu und Glauben („bona fides“). Vgl. dazu allg. Hinz, Die Entwicklung des gutgläubigen Fahrnisserwerbs in der Epoche des usus modernus und des Naturrechts, 1991; Ders., ZEuP 1995, 398 ff.; Wächter, Die Bona Fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums, 1871.

7 Vgl. Wächter, Die Bona Fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums, 1871, S. 111.

8 Bemüht wurde diese Unterscheidung auch z.B. für Irrtumsfragen im Schuldrecht im Zusammenhang mit einer *condictio indebiti*; vgl. Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 869.

9 Huchthausen, Gnomon 59 (1987), 757, sieht in der Rezension von Winkel, Error iuris nocet, 1985, eine Kernthese dieser Arbeit: „Nicht *error iuris nocet* – ‘Rechtsirrtum bzw. Rechtsunkenntnis schadet’ –, sondern *error iuris prodesse non debet* – ‘Rechtsirrtum darf keinen Vorteil bringen’ – sollte man die Quintessenz aus Digesten 22.6 formulieren“.

lung möglicher Fehlvorstellungen in Irrtümer über Tatsachen („error facti“) und Rechte („error iuris“). Weil die Kenntnis der Tatumstände Grundvoraussetzung für den Tatvorsatz war (vgl. heute §§ 15, 16 StGB)¹⁰, handelte derjenige nicht mit Tatvorsatz, der sich in Bezug auf einen tatsächlichen Tatumstand irrte; es galt: „error facti non nocet“.

III. Zur grundsätzlichen Fortgeltung der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums ab 1871

Die Fortgeltung des Grundsatzes „error iuris nocet“ unter Geltung des RStGB ab 1871 zeigte sich etwa in einer Entscheidung des Preußischen Obertribunals von 1874¹¹:

„Zur Erfüllung seiner Aufgabe, das Gemeinwesen gegen rechtswidrige Angriffe ausreichend zu schützen, stellt der Staat als durchgreifende Regel auf, daß Kenntniß der von ihm erlassenen Strafgesetze mit deren Verkündung ohne Weiteres vorausgesetzt wird. Diese Anforderung beschränkt sich nicht bloß auf die Wissenschaft von dem Dasein des Strafgesetzes, als solchen, begreift vielmehr auch der Natur der Sache nach die Kenntniß vom Inhalte der Strafnorm und deren Bedeutung für bestimmte einzelne Handlungen. Daraus folgt von selbst die strafrechtliche Wirkungslosigkeit der Berufung eines Angeklagten auf seinen Glauben, daß das – in Wirklichkeit zutreffende – Strafgesetz seine konkrete That nicht beherrsche und zwar auch für solche strafbaren Handlungen, zu deren Begriff an sich Dolus erforderlich ist.“

IV. Ansätze zur Beachtlichkeit eines Rechtsirrtums

Volkes Stimme ist sich daher bis heute sicher: „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“¹²; und mag angesichts von Freisprüchen „im Namen des Volkes“

10 Vgl. nur *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6 ff.

11 Zit. nach *Naucke*, FS Roxin, 2001, S. 503, 506 f.

12 Diese Formulierung wird bei *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1996, S. 329, verwandt als straffrechtsbezogene Variante des allgemeineren Rechtsspruchwortes: „Unwissenheit hilft nicht, denn jeder muß sein Recht wissen“. – Andererseits galt in der deutschen Rechtsgeschichte auch: „Unwissen sündigt nicht“, womit freilich nur gemeint war, dass „Kinder, Geistesgestörte etc., die kein Verständnis für Recht oder Unrecht haben und damit nicht zurechnungsfähig sind“, wegen Gesetzesverstößen nicht belangt werden können (a.a.O., S. 328).

wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums – wie etwa erstinstanzlich im Mannesmann-Prozess¹³ – ins Grübeln kommen.

Allerdings ist nicht jeder in den gesetzlichen Straftatbeständen enthaltene äußere Tatumstand zugleich auch eine Tatsache; vielmehr gibt es nicht erst heute auch sog. normative Tatbestandsmerkmale, d.h. rechtlich aufgeladene Tatumstände. So macht sich wegen Diebstahls gem. § 242 (R)StGB seit 1871¹⁴ strafbar, wer eine *fremde* bewegliche Sache wegnimmt. Während der strafrechtliche Sachbegriff – jedenfalls heutzutage – losgelöst von dem des Zivilrechts (§ 90 BGB) ist und deswegen z.B. – trotz § 90a BGB – auch Tiere als Diebstahlsubjekt einbeziehen kann¹⁵, bestimmt sich die Fremdheit der Sache seit jeher nach der zivilrechtlichen Eigentumslage¹⁶. Dementsprechend kann die irrige Verneinung der Fremdheit der Sache einerseits beruhen auf fehlerhaften Erwägungen auf faktischer Ebene – ich verwechsle z.B. einen fremden Schirm im Schirmständer mit meinem eigenen (Tatsachenirrtum) und verkenne deshalb, eine fremde Sache wegzunehmen – oder auf einer fehlerhaften rechtlichen Würdigung, etwa wenn ich (zivilrechts-)irrig eine fremde Sache für meine eigene halte, weil ich davon ausgehe, das Eigentum bereits mit Abschluss des obligatorischen Vertrags über den Erwerb der Sache (und nicht wegen des Abstraktionsprinzips erst mit dinglicher Einigung) erlangt zu haben (Rechtsirrtum).

Daher nahm das Reichsgericht eine weitere Trennung der Rechtsirrtümer in strafrechtliche und außerstrafrechtliche vor. Nur für den strafrechtlichen Irrtum sollte noch gelten: „error iuris criminalis nocet“; der Irrtum über außerstrafrechtliche Rechtsbegriffe wurde dagegen als Tatumstandsirrtum gem. § 59 RStGB – und damit wie ein Tatsachenirrtum – behandelt und führte so zur Verneinung des Tatbestandsvorsatzes und damit zum Ausschluss einer Vorsatzstrafbarkeit. Relevanz hatte dies vor allem für zivil- und verwaltungsrechtsakzessorische Straftatbestände oder Blanketttatbestände, wenn und soweit der Täter sich über die zugrunde liegende Zivil- oder Verwaltungsrechtslage bzw. die in das Blankett aufzunehmende außerstrafrechtliche Regelung irrte. Ein solcher außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum führte ebenso

13 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275; aufgehoben von BGHSt 50, 331. Schließlich kam es zu einer Einstellung gem. § 153a StPO nach Zahlung sehr hoher Geldauflagen (dazu krit. *Saliger / Sinner*, ZIS 2007, 476 ff.).

14 Zur Geschichte vgl. nur *Prinz*, Diebstahl – §§ 242 ff. StGB, 2002 (dazu *Heger*, GA 2004, 425 ff.).

15 Vgl. BayObLG NJW 1993, 2760.

16 BGH NStZ-RR 2000, 234.

wie ein Tatsachenirrtum zur Verneinung des Vorsatzes und damit der Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdeliktes.

Kannte dagegen ein Täter alle Tatumstände und nahm bloß irrig an, zu seinem Verhalten durch einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund befugt zu sein (heute sog. Erlaubnisirrtum), handelte es sich – ebenso wie bei Unkenntnis des Straftatbestandes selbst (Strafbarkeitsirrtum) bzw. des generellen Verbotenseins seines Tuns (heute sog. Verbotsirrtum) – um einen strafrechtlichen Rechtsirrtum, welcher für Schuld und Strafe nach der Rspr. des Reichsgerichts ohne Belang war.

Die Abgrenzung zwischen dem strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum war in der damaligen Rechtspraxis allerdings im Einzelfall überaus kompliziert, teilweise sogar willkürlich. Dazu kam, dass es für den Täter keine „Rettung“ aus der Strafbarkeit, ja nicht einmal eine gesetzlich vertyppte Strafmilderung geben konnte, falls ihm das Verbotensein seines Tuns – auch aus noch so verständlichen Gründen – im Einzelfall nicht geläufig gewesen war. Dies war Ende des 19. Jahrhunderts – in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des RStGB – nicht so problematisch, denn die dem Kernbestand der Straftaten zugrunde liegenden primären Verbotsnormen waren zumindest aus Sicht von Gesetzgeber und Strafjustiz regelmäßig allen Rechtsunterworfenen bekannt und es gab damals so gut wie keine Strafbestimmungen außerhalb des Strafgesetzbuches (zu einer Expansion des Nebenstrafrechts vor allem auf dem Gebiet des [Kriegs-]Wirtschaftsrechts sollte es erst im Ersten Weltkrieg kommen). Dass jemand ein Verhalten für von Rechts wegen erlaubt angesehen hatte, das in Wirklichkeit bei Strafe verboten war, war schon deswegen in den Anfangsjahrzehnten des RStGB eher ein Ausnahmefall, weil – wie der BGH Anfang der 1950er Jahre konstatierte – zu dieser Zeit die Vorstellungen von Recht und Unrecht innerhalb der Gesellschaft sicherlich homogener waren als etwa in der NS- und Nachkriegszeit, insbesondere aber auch als heute in einer „multikulturellen Gesellschaft“. Gleichwohl bleibt zu konstatieren, dass im Einzelfall auch entschuldbare Unkenntnis hinsichtlich des Verbotenseins eines Verhaltens nichts an dessen Strafbarkeit ändern konnte.

Problematisch wurde diese Situation vor allem mit der massiven Expansion des Strafrechts insbesondere während des Ersten Weltkriegs. Angesichts immer neuer, im Verordnungswege erlassener nebenstrafrechtlicher Tatbestände vor allem auf dem Gebiet des Kriegswirtschaftsrechts war es plötzlich sehr wohl vorstellbar, dass auch ein beflissener Rechtsunterworfener den Überblick über das bereits Verbotene – z.B. bestimmte ungenehmigte Warenverkäufe etc. – verlieren konnte und deshalb mit seinem Verhalten in gutem

Glauben gegen die bereits in der Verbotsverordnung aufgenommenen Strafnormen verstoßen konnte. In diesen Fällen erkannte das Reichsgericht erstmals die Möglichkeit eines entschuldigenden Verbotsirrtums wegen nicht vorwerfbarer Unkenntnis aktuellster Verbotsnormen an, statuierte aber bereits damals relativ strenge Voraussetzungen für die Annahme von Schuld- und Strafflosigkeit, weil etwa ein Kaufmann für verpflichtet gehalten wurde, sich auf dem aktuellsten Stand der Gesetzgebung zu seinem Metier zu halten.

Für das Kernstrafrecht hielt das Reichsgericht aber weiterhin an der oben beschriebenen Abgrenzung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum fest und verneinte jedwede Strafflosigkeit bei einem Verbotsirrtum. In der Wissenschaft entspannte sich dagegen zeitgleich eine hitzige Diskussion über die angemessene Behandlung eines Verbotsirrtums bzw. – dem zugrunde liegend – das Fehlen von Unrechtsbewusstsein. Während die Vertreter der sog. Vorsatztheorie in diesem Fall den Vorsatz – damals mit der „klassischen Lehre“ freilich noch verortet als Teil der Schuld – entfallen lassen wollten, favorisierten die Vertreter der sog. Schuldtheorie ein Entfallen bloß der Schuld, und das auch nur dann, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Dem naheliegenden Einwand gegen die Vorsatztheorie, dass die Verneinung eines Vorsatzes losgelöst von der Vorwerfbarkeit des (Verbots-)Irrtums einerseits Schutzbehauptungen Tür und Tor öffnete und andererseits – wegen des Verbleibens allein der Fahrlässigkeitstatbestände, die nur für einen Bruchteil der Vorsatzdelikte galten – große Strafbarkeitslücken entstünden, begegnete man zwar dadurch, dass man einen allgemeinen Tatbestand der Rechtsfahrlässigkeit forderte. Trotzdem setzte sich schließlich in der Rechtspraxis – zunächst in der Rechtsprechung und diese später kodifizierend in § 17 StGB – die Schuldtheorie durch¹⁷.

C) Der Verbotsirrtum

I. Frühe Kodifizierungen eines Verbotsirrtums

Während des Ersten Weltkrieges wurde der Bereich des Strafbaren vor allem mit Blick auf eine effektive Durchsetzung des Kriegswirtschaftsrechts mittels Verordnungen außerhalb des Kernstrafrechts des StGB immer weiter ausgedehnt. Diese Zeit gilt deshalb heute als Ausgangspunkt für eine – teilweise bis heute anhaltende – Expansion des (Kriminal-)Strafrechts im Interesse einer sozialen Funktionalisierung. Weil schon die den Strafnormen zugrunde liegen-

17 Vgl. BVerfGE 41, 122; Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 453.

den Bewirtschaftungsge- und verbote vielfach ethisch farblos und für einen halbwegs sorgfältigen Rechtsunterworfenen nicht immer unschwer erkennbar waren, aber auch weil angesichts der Mannigfaltigkeit der ihnen zugrunde liegenden Verwaltungsanordnungen etc. eine Abgrenzung von außerstrafrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsirrtümern geradezu willkürlich erscheinen musste¹⁸, erging am 18. Januar 1917 eine Irrtums-Verordnung, die für den Bereich des Kriegswirtschaftsstrafrechts – und damit das Nebenstrafrecht – die Figur eines ausnahmsweise entschuldigenden Verbotsirrtums einführte¹⁹; dessen Voraussetzungen ähnelten bereits denen des heutigen § 17 StGB²⁰.

II. Der Plenarbeschluss des BGH

Am 18. März 1952 erging ein Beschluss des Großen Senats des BGH in Strafsachen, in dem dieser sich grundsätzlich mit der Behandlung eines Verbotsirrtums auseinandersetzte und dabei in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 59 StGB a.F. – der Schuldtheorie folgend – fehlendes Unrechtsbewusstsein nicht als vorsatzausschließend, sondern nur ausnahmsweise als entschuldigend ansah. Das Reichsgericht sei mit seiner Differenzierung zwar „meist zu befriedigenden Ergebnissen“ gelangt, doch sei „dies vor allem dem Umstand zu verdanken, dass die logische Undurchführbarkeit jener Unterscheidung gestattete, die Entscheidung nach dem Rechtsgefühl zu treffen“²¹. An Grenzen musste eine Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum stoßen, wenn für das Verhalten des Täters keine Normen außerhalb des Strafrechts maßgeblich waren; bei Verbotsirrtümern über strafrechtliche Fragen war daher eine Strafbarkeit ohne Schuld denkbar. Deswegen markiert dieser Beschluss einen wichtigen Schritt in Richtung auf die endgültige Durchsetzung des Schuldprinzips im Strafrecht.

Heutzutage wird an der Entscheidung von 1952 – nicht einmal sieben Jahre nach dem Ende des zweiten Weltkrieges – allerdings immer wieder kritisiert, dass außerhalb der dem Beschluss zugrunde liegenden Nötigungsstrafbarkeit ein entschuldigender oder strafmildernd wirkender Verbotsirrtum in Form eines zuvor unbeachtlichen Strafrechtsirrtums vor allem bei den Prozessen wegen NS-Verbrechen in Betracht kam. So wäre der Irrtum eines NS-Täters, der Befehl Hitlers zur Tötung Geisteskranker sei gültiges Recht, mangels

18 Vgl. nur die Beispiele aus der RG-Rspr. bei *Goldschmidt*, JW 1917, 183, 184.

19 RGBl. 1917, S. 58 (dazu *Goldschmidt*, JW 1917, 183 ff.; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 4).

20 *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 153.

21 BGHSt 2, 194, 203.

außerstrafrechtlicher Komponente bis zu dieser Grundsatzentscheidung (BGHSt 2, S. 194) nur ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum gewesen.

Von *Joachim Vogel*²² wurde die These aufgestellt, dass der Beschluss des Großen Senats eigentlich den Boden bereiten sollte, dass auch bei Angeklagten, die in Erfüllung der Gesetze des Nationalsozialismus strafbares Unrecht begangen haben, eine Straflosigkeit wegen Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums zu prüfen sein sollte:

Das anhand eines unpolitischen Falles mit unpolitisch-prinzipiellen Erwägungen entwickelte Ergebnis, der unvermeidbare Verbotsirrtum schließe die Schuld aus und der vermeidbare könne sie mindern sowie zur Strafrahmenermäßigung führen, war mit Blick auf den von nahezu allen nationalsozialistischen Beschuldigten geltend gemachten Verbotsirrtum von eminenter politischer und in diesen Fällen – und fast nur in diesen – auch von praktischer Bedeutung.²³

Dass diese Pilotfunktion von BGHSt 2, 194 als unverfänglicher leading case oder „trojanisches Pferd“ für die Etablierung einer auch zugunsten von NS-Tätern zu nutzenden Rechtsfigur nicht aus der Luft gegriffen scheint, zeigt ein Urteil vom 28. November 1952²⁴, wonach zu prüfen war, ob Ärzte, die 1941 an der staatlich angeordneten Massentötung von Geisteskranken mitgewirkt hatten, möglicherweise wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums freizusprechen seien, weil sie davon ausgegangen waren, im Rahmen ihrer Mitwirkung möglichst viele Menschenleben zu retten. Wollte der BGH auch in solchen Fällen den Weg für eine Einzelfallprüfung der Schuld und damit der Strafbarkeit des jeweiligen (auch NS-)Täters öffnen, ohne in weitem Umfang Strafbarkeitslücken in Kauf zu nehmen, konnte die Entscheidung für den zumindest im Einzelfall entschuldigenden Verbotsirrtum der „Königsweg“ gewesen sein: Die vor allem für das Nebenstrafrecht und die Blanketttatbestände im Ergebnis akzeptable, wenngleich unzureichend begründete Rechtsprechung des Reichsgerichts konnte dogmatisch auf ein neues Gerüst gestellt werden, das zugleich eine Übertragung der Begründung einer Straflosigkeit auch auf das Kernstrafrecht gestattete.

Das soll nicht heißen, dass der Plenarbeschluss des BGH vor allem von dem Bestreben getragen war, NS-Tätern eine „goldene Brücke“ aus der Strafbarkeit zu bauen; vielmehr steht inhaltlich die Durchsetzung des Schuldgrundsatzes und damit der Ausschluss einer Strafbarkeit trotz fehlender Schuld im Mittelpunkt.

22 *Vogel*, ZStW 115 (2003), 638, 653, und *Ders.*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, S. 69.

23 *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, S. 69.

Allerdings betont der BGH auch, dass die herkömmliche Unterscheidung des Reichsgerichts aus Sicht des historischen Gesetzgebers des RStGB von 1871 gerade nicht auf eine Bestrafung Schuldloser hinauslaufen sollte, weil man davon ausgegangen sei, „dass ein Irrtum über das Strafgesetz dem Täter stets zur Schuld zuzurechnen sei“²⁵. Dies habe – so der BGH weiter –

in den politisch und sozial ausgeglichenen Zeiten der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einige Berechtigung gehabt. In Zeiten dagegen, in denen das Gefüge des staatlichen und sozialen Lebens in seinen Grundfesten erschüttert oder geradezu umgestaltet wird, trifft dies nicht zu. Hier werden oft die richtungsgebenden Werte durch das Erlebnis der Vergänglichkeit der auf ihnen beruhenden Ordnungen und durch die Ansprüche der um die Macht ringenden Gewalten verdunkelt. Was Recht und Unrecht ist, ist nicht mehr selbstverständlich. Damit eröffnet sich die Möglichkeit des Verbotsirrtums, und zwar auch des unverschuldeten.²⁶

Im Ergebnis sind die Auswirkungen der Schuldtheorie für die Strafbarkeit je nach Tatbestand höchst unterschiedlich. Ermöglichte die Anerkennung eines unter Umständen entschuldigenden Verbotsirrtums im Kernstrafrecht einen Freispruch oder eine Strafmilderung auch bei Vorliegen eines strafrechtlichen Rechtsirrtums, bewirkte umgekehrt die Beschränkung einer Straffreiheit auf die Unvermeidbarkeit dieses Irrtums, dass zuvor straflose Fälle eines außerstrafrechtlichen, wenngleich vermeidbaren Irrtums einer Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tatbegehung nicht länger entgegenstehen sollten.

III. Fortentwicklung

1954 bis 1959 tagte in Deutschland die Große Strafrechtskommission und befasste sich dabei intensiv auch mit den Irrtumsregelungen des zu reformierenden StGB²⁷. Dabei kreuzten auch die Protagonisten im sogenannten „Schuldenstreit“ – Edmund Mezger als Vertreter der Vorsatztheorie und Hans Welzel als Vertreter der Schuldtheorie – „die Klingen“. In § 21 des resultierenden Regierungsentwurfs (E 62) wurde dann der Verbotsirrtum erstmals für das Kernstrafrecht zu kodifizieren versucht, und zwar grundsätzlich im Sinne der Schuldtheorie:

Wer bei Begehung der Tat irrig annimmt, kein Unrecht zu tun, handelt ohne Schuld, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so kann die Strafe [...] gemildert werden.

24 BGH NJW 1953, 513.

25 BGHSt 2, 194, 202.

26 BGHSt 2, 194, 202 f.

27 Dazu ausführlich *Rosenbaum*, Die Arbeit der Großen Strafrechtskommission zum Allgemeinen Teil, 2004, S. 51 ff.

Diese Formulierung wurde 1966 auch in § 20 des Alternativentwurfs (AE) einer Gruppe jüngerer Strafrechtsprofessoren aus Deutschland und der Schweiz unter der Leitung von Jürgen Baumann übernommen. Es verwundert daher und wegen der Rechtsprechung seit 1952²⁸ nicht, dass der 1969 verabschiedete § 17 StGB diesen beiden Entwürfen weitgehend entspricht; nach dem Wortlaut von § 17 StGB kommt es seither zwar auf die „Vermeidbarkeit“ und nicht – wie nach dem Wortlaut von § 21 E 62 – auf die „Vorwerfbarkeit“ des Irrtums an, doch entsprach dies inhaltlich dem Willen der Verfasser des E 62²⁹.

D) Heutige Diskussionsfelder

I. Ausgangsposition

Die grundsätzliche Möglichkeit eines entschuldigenden Verbotsirrtums wird heute für das deutsche Strafrecht allgemein anerkannt³⁰ und deren Fehlen für das Völkerstrafrecht kritisiert³¹. Die gesetzliche Ausgestaltung von § 17 StGB und damit die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Schuldtheorie wurde vom Bundesverfassungsgericht gebilligt³². Die strengen Anforderungen des BGH an die Annahme einer Unvermeidbarkeit sind aber immer wieder Gegenstand von Kritik³³ – sogar des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die „Mauerschützen“³⁴. Daher wird vor allem mit Blick auf das Nebenstrafrecht gelegentlich eine Rückkehr zu der Differenzierung des Reichsgerichts favorisiert.

Gilt die Anerkennung eines im Einzelfall entschuldigenden Verbotsirrtums durch den BGH vielen als Durchbruch des Schuldprinzips im deutschen Strafrecht, so erkennen einzelne in der Kodifizierung des § 17 StGB zugleich einen Ausdruck vorkonstitutionellen Sicherheitsstaatsdenkens³⁵.

28 Dazu *Herdegen*, in: 25 Jahre BGH, 1975, S. 195 ff.

29 *Rosenbaum*, Die Arbeit der Großen Strafrechtskommission zum Allgemeinen Teil, 2004, S. 239.

30 Zu aktuellen dogmatischen Problemen *Zabel*, GA 2008, 33 ff.

31 Vgl. *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 822 ff.

32 BVerfGE 41, 121; dazu kritisch *Schmidhäuser*, JZ 1979, 361 ff.

33 Vgl. z.B. *Löw*, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, 2002.

34 BVerfGE 95, 96, 142.

35 So *Naucke*, FS Roxin, 2001, S. 503, 518.

Seit dem Grundsatzbeschluss des BGH von 1952 kann ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zur Straflosigkeit führen; weil bereits der Große Senat aber gesehen hat, dass die Nichtkenntnis des der Strafnorm zugrunde liegenden Verbots in vielen Fällen vom Angeklagten nur vorgeschoben sein dürfte, es aber umgekehrt für die für einen Schuldspruch erforderliche persönliche Vorwerfbarkeit des angeklagten Verhaltens auch nicht darauf ankommt, dass der Täter positiv weiß, dass sein Verhalten von Rechtswegen missbilligt ist, es ihm vielmehr schon dann persönlich zum Vorwurf gereichen kann – wie bei einem Fahrlässigkeitsvorwurf –, wenn er das Verbot hätte kennen können, schützt bis heute Unwissenheit normalerweise vor Strafe nicht.

II. Aktuelle Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung

Gleichwohl kam es in den letzten Jahren in Deutschland zu spektakulären Strafprozessen, in denen Angeklagte wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums freigesprochen worden sind. Zu erinnern ist an das Urteil des Landgerichts Düsseldorf im Fall „Mannesmann“³⁶, an das Urteil des Landgerichts Fulda, in welchem die ihre im Wachkoma liegende Mutter durch Durchschneiden der Magensonde tötende Tochter freigesprochen worden ist, weil sie sich angesichts anwaltlichen Rats dazu berechtigt geglaubt hat, sowie an das Urteil des Landgerichts Köln, das den einen muslimischen Jungen beschneidenden Arzt „nur“ wegen seines unvermeidbaren Verbotsirrtums freigesprochen hat³⁷.

Der BGH erscheint bei der Zubilligung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums zurückhaltender als die Instanzgerichte. Im Fall „Mannesmann“ hielt er einen möglichen Verbotsirrtum jedenfalls nicht für unvermeidbar, während er im „Fuldaer Fall“ durch die Annahme des Behandlungsabbruchs als Form zulässiger Sterbehilfe das Verhalten der Tochter gar nicht als strafbares Unrecht einstufte, so dass es auf einen Verbotsirrtum nicht ankommen konnte. Der Kölner Beschneidungsfall ging nicht in Revision. Der damalige Schwebezustand zeigt aber ein gesellschaftliches Risiko im Umfeld einer Entschuldigung wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums. Sobald der erste Täter „nur“ deswegen freigesprochen worden ist, dürfte sich kaum ein Nachahmer auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen können, weshalb mit Blick auf das „Kölner Urteil“ sogleich befürchtet worden ist, dass viele Ärzte von religiös motivierten Beschneidungen die Finger lassen werden, solange nicht

36 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275.

37 LG Köln NJW 2012, 2128.

durch den Gesetzgeber oder den BGH festgestellt ist, dass es sich dabei nicht um Unrecht handelt (inzwischen geregelt in § 1631d BGB).

In den „Mauerschützen“-Urteilen hatte der BGH den Irrtum der auf Flüchtlinge schießenden Grenzsoldaten, sie hätten im Lichte der Rechtsordnung der DDR rechtmäßig gehandelt, durchweg als nur einen vermeidbaren Verbotsirrtum eingestuft. Das Bundesverfassungsgericht billigte zwar im Ergebnis eine Strafbarkeit der Mauerschützen, merkte jedoch kritisch an³⁸:

Zwar könnten sich Bedenken gegen eine Erkennbarkeit des Strafrechtsverstoßes jenseits aller Zweifel aus dem Umstand ergeben, dass die Staatsführung der DDR den Rechtfertigungsgrund, der das Verhalten der Grenzsoldaten decken sollte, mit staatlicher Autorität ausgeweitet und den Soldaten so vermittelt hat. Dann ist es nicht selbstverständlich, dass sich dem durchschnittlichen Soldaten die richtige Grenze strafbaren Verhaltens zweifelsfrei erschließt, und es wäre unter dem Schuldgrundsatz unhaltbar, die Offensichtlichkeit des Strafrechtsverstoßes für den Soldaten allein mit dem – objektiven – Vorliegen eines schweren Menschenrechtsverstoßes zu begründen; dann muss nämlich näher dargelegt werden, warum der einzelne Soldat angesichts seiner Erziehung, der Indoktrination und der sonstigen Umstände in der Lage war, den Strafrechtsverstoß zweifelsfrei zu erkennen. Unter diesen Umständen haben die Strafgerichte den Sachverhalt im Ausgangsverfahren nicht erörtert. Sie haben jedoch dargelegt, die Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings durch Dauerfeuer sei ein derart schreckliches und jeder möglichen Rechtfertigung entzogenes Tun gewesen, dass der Verstoß gegen Verhältnismäßigkeit und elementares Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig und damit offensichtlich war.

Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums der Mauerschützen, die auf die Rechtfertigungswirkung des Grenzgesetzes der DDR vertrauten, wird damit vom Bundesverfassungsgericht für den Fall eines Exzesses bejaht und ist in dieser Konstellation nicht umstritten³⁹; ob auch der mit bedingtem Tötungsvorsatz abgefeuerte Schuss eines Grenzsoldaten per se nur als vermeidbarer Verbotsirrtum anzusehen sein soll, bleibt damit offen.

III. Die Schuldtheorie de lege ferenda

Die Entscheidung des Großen Senats für die Schuldtheorie war – wie oben ausgeführt – nicht nur vom Wunsch nach einer Durchsetzung des Schuldgrundsatzes begründet, sondern ermöglichte zugleich auch eine zeitgebundene Antwort auf die strafrechtliche Bewältigung des NS-Unrechts. Weitere kriminalpolitische Implikationen des Plenarbeschlusses betont *Gunther Arzt*, wenn er die Entscheidung für die Schuldtheorie als erstes Beispiel für die „Beweis-

38 BVerfGE 95, 96, 142.

39 *Lackner / Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 2 Rn. 16a.

not als Motor materiell-rechtlicher Innovation(en)“ in der Rechtsprechung nennt⁴⁰; der BGH selbst nennt als wesentliches Argument gegen die Vorsatztheorie die daraus folgende „kriminalpolitisch höchst unerwünschte und sachlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der Strafbarkeit“, sofern Fahrlässigkeitstatbestände fehlen⁴¹.

Im Schrifttum wird immer wieder die Forderung laut, dass angesichts der hohen Anforderungen an die Vermeidbarkeit und der zu restriktiven Behandlung außerstrafrechtlicher Verbotsirrtümer de lege ferenda eine Umkehr zur Vorsatztheorie oder sogar eine Rückkehr zu einer Differenzierung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum erwogen werden könnte⁴². Dazu passen rechtsvergleichende Untersuchungen in anderen EU-Staaten, die an der gemeinrechtlichen Differenzierung festgehalten haben⁴³.

Als Akt nationaler Kriminalpolitik wäre die Entscheidung für die Schuldtheorie grundsätzlich nicht unumkehrbar; insbesondere Impulse auf europäischer oder internationaler Ebene konnten daher den Gesetzgeber zu einer Abkehr von der Regelung des § 17 StGB veranlassen. Dieser Weg wäre heute im Lichte des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts⁴⁴ aber nicht mehr gangbar, weil das hinter § 17 StGB stehende Schuldprinzip nicht angetastet werden darf.

IV. Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtümern

Nicht unumstritten ist aber immer noch – wie früher mit Blick auf einen Rechts- oder Tatsachenirrtum – die Abgrenzung von Verbotsirrtum und Tatbestandsirrtum, denn bei normativen Tatbestandsmerkmalen kann ein Rechtsirrtum bereits den Vorsatz entfallen lassen. Geht etwa ein Franzose angesichts des in seiner Zivilrechtsordnung für den Eigentumsübergang herrschenden Konsensprinzips aus deutscher Sicht irrtümlich davon aus, er habe bereits mit Abschluss des Kaufvertrags Eigentum an der gekauften Sache erlangt, fehlt ihm danach der Vorsatz bezüglich der Fremdheit einer Sache.

Da bei der Untreue die Vermögensbetreuungspflicht Tatbestandsmerkmal ist, sieht *Günther Jakobs* in der irrigen Verneinung einer Pflichtwidrigkeit der Angeklagten im „Mannesmann“-Prozess nach Aktienrecht einen Tatbe-

40 *Arzt*, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2000, S. 755 ff.

41 BGHSt 2, 194, 207.

42 Vgl. *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, S. 411, 429 f.

43 *Ambo*s, Maastricht Journal of European and Comparative Law 12 (2005), S. 173 ff.

44 BVerfGE 123, 267.

standsirrtum⁴⁵. Dagegen lässt das Landgericht Düsseldorf unter Billigung des BGH – wie bei der Unterscheidung von Garantenstellung und Garantenpflicht im Rahmen von § 13 StGB – die Kenntnis und das Bewusstsein der die Pflichtwidrigkeit begründenden Tatsachen und Umstände für die Bejahung des Untreue-Vorsatzes ausreichen und sieht folglich den Irrtum über die daraus resultierende Pflicht als Verbotsirrtum an⁴⁶.

Unstreitig einen Verbotsirrtum begründet ein Irrtum über gesamtatbewehrte Merkmale wie etwa die Verwerflichkeit einer Nötigung (§ 240 Abs. 2 StGB), so dass nur Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Umstände, welche die Verwerflichkeit begründen, nach § 16 StGB zu einem Vorsatzausschluss führen. Ein Verbotsirrtum liegt daher auch in der fehlerhaften Bewertung einer Körperverletzung als nicht „sittenwidrig“ i.S. von § 228 StGB⁴⁷.

Abgrenzungsprobleme stellen sich schließlich, wenn – wie im deutschen Umweltstrafrecht (§§ 324 ff. StGB) – aufgrund von dessen Abhängigkeit zum Umweltverwaltungsrecht (sog. Verwaltungsakzessorietät) strafbares Unrecht einen Verstoß gegen ein Genehmigungserfordernis voraussetzt, das dem Täter nicht bekannt ist. Der BGH differenziert je nach Ausgestaltung des Tatbestandes: Dient die Genehmigung der Kontrolle sozialadäquaten Verhaltens, führt die Verkenntung der Genehmigungspflicht zu einem Tatbestandsirrtum; handelt es sich dagegen um grundsätzlich wertwidriges Verhalten, das nur im Einzelfall durch die Genehmigung erlaubt ist, liegt ein Verbotsirrtum vor⁴⁸.

V. Kontroversen zum Verbotsirrtum

I. Der Strafbarkeitsirrtum

Rund drei Jahrzehnte nach der Anerkennung der Schuldtheorie durch den Großen Senat galt die von Feuerbach aufgestellte Forderung, das Unrechtsbewusstsein fordere ein Bewusstsein des Täters von der Strafbarkeit seines Tuns, als historisch überholt. Nach ihrer Wiederentdeckung durch *Friedrich-Christian Schroeder*⁴⁹ gewinnt sie – losgelöst von der unstreitig überholten psychologischen Zwangstheorie *Feuerbachs* – wieder Anhänger im Schrift-

45 *Jakobs*, NStZ 2005, 276, 277 f.

46 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3285.

47 BGHSt 49, 166, 176.

48 BGH NStZ 1993, 594; NStZ-RR 2003, 55, 56.

49 *Schroeder*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl. 1980, § 17 Rn. 7.

tum⁵⁰, wobei umstritten ist, ob es auf die Kenntnis der Strafbarkeit im formellen oder materiellen Sinne ankommt.

Die herrschende Meinung lässt allerdings für die Bejahung des Unrechtsbewusstseins genügen, dass der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Tuns erkannt hat, unabhängig davon, ob der Verstoß gegen eine Norm des Zivil- oder Strafrechts gerichtet war⁵¹. Dahinter steht der Gedanke, dass der Täter mit seinem Verhalten gegen die verbindliche materiale Werteordnung des Rechts verstoßen haben muss. Ein Verbotsirrtum ist danach nur anzunehmen, wenn der Täter trotz Kenntnis einer seinem Verhalten entgegenstehenden Verbotsnorm die vom verwirklichten Straftatbestand umfasste spezifische Rechtsgutsverletzung nicht als Unrecht erkannt hat⁵².

Für diese Lesart von § 17 StGB sprechen auch Wortlaut und Entstehungsgeschichte, denn „Unrecht“ heißt eben nicht nur strafbares Unrecht⁵³; und angesichts der zur Zeit der Kodifizierung des § 17 StGB gefestigten Rechtsprechung sowie der damals einhelligen Auffassung im Schrifttum, dass ein Strafbarkeitsirrtum nicht als Verbotsirrtum anzusehen sein sollte, wollte der Gesetzgeber die Strafbarkeit nicht von der Kenntnis des Strafunrechts abhängig machen. Auch wenn der gesetzgeberische Wille inzwischen an Gewicht verloren haben könnte und kritische Stimmen in der Literatur eine Einschränkung zugunsten des an bloßes Zivilunrecht glaubenden Täters fordern, ist doch festzuhalten, dass „Unrecht“ in § 17 StGB in Abgrenzung zur „Unmoral“ zu verstehen ist. Wer nur die Moral- oder Sozialwidrigkeit seines Verhaltens erkennt, nicht aber auch dessen Rechtswidrigkeit, befindet sich in einem Verbotsirrtum; insbesondere die Kenntnis der Sozialwidrigkeit kann jedoch für eine Vermeidbarkeit dieses Irrtums sprechen.

Dafür streitet schließlich das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung. Dann spricht viel dafür, nur denjenigen mit strafrechtlicher Nachsicht zu beglücken, der irrig davon ausgegangen ist, überhaupt kein Unrecht zu begehen.

50 Neben *Schroeder*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 1994, § 17 Rn. 7 auch *Neumann*, in: NomosKommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 17 Rn. 21; *Joecks*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Aufl. 2011, § 17 Rn. 14 f.; *Laubenthal / Baier*, GA 2000, 205, 207 f.

51 BGHSt 11, 263, 266; *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 454.

52 Vgl. BGH NStZ 1996, 236; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 60, 61.

53 *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 453.

2. Der Qualifikationsirrtum

Konsequenz einer Orientierung am materialen Unrecht ist nicht nur die Ausscheidung bloßer Strafbarkeitsirrtümer aus dem Bereich möglicher Verbotsirrtümer. Kein Verbotsirrtum liegt auch vor, wenn dem Täter nur das Unrecht des Grundtatbestandes bekannt ist, das einer Qualifikation hingegen nicht, denn mit der Kenntnis der Unrechtmäßigkeit des vom Grundtatbestand erfassten Verhaltens ist notwendig auch eine Kenntnis der Unrechtmäßigkeit des von der Qualifikation erfassten Verhaltens verbunden⁵⁴.

Kann er den Unrechtscharakter erkennen, ist es seine Aufgabe sich zu vergewissern, dass er sich mit seinem Verhalten nicht strafbar macht. Kennt etwa ein Täter das Verbot des Betäubungsmittelhandels, kommt es – wenn er dabei eine Schusswaffe mit sich führt – weder darauf an, ob ihm auch die Qualifikation des Betäubungsmittelhandels mit Waffen bekannt ist, noch ob der Täter vom waffenrechtlichen Verbot des Schusswaffentragens wusste⁵⁵. Selbst wenn er gedacht hat, das Beisichführen einer Schusswaffe sei ohne Waffenschein erlaubt, würde das nur zu einer Verneinung des Unrechtsbewusstseins in Bezug auf § 52 Waffengesetz führen; da das Rechtsgut des § 30a Betäubungsmittelgesetz (BtMG) aber die Volksgesundheit ist, ist bei Kenntnis des Verbots des Drogenhandels ein Verbotsirrtum für keinen der Tatbestände des BtMG anzunehmen.

3. Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins

Für die Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins bleibt Raum, wenn der Täter tateinheitlich mehrere Straftatbestände mit unterschiedlicher Schutzrichtung verletzt und sich dabei nur über den Unrechtscharakter einer Rechtsgutsverletzung bewusst ist.

Aber auch wenn ein zusätzlicher Umstand nicht bloß das dem Täter bekannte Grunddelikt qualifiziert, sondern in Addition damit völlig neues Unrecht schafft, kann ein Verbotsirrtum anzunehmen sein. Hält etwa jemand zwar eine Körperverletzung, nicht jedoch – seit 1997 entgegen § 177 StGB – auch die gewaltsame Erzwingung des ehelichen Geschlechtsverkehrs für Unrecht, fehlt ihm bei der Erzwingung des Sexualkontakts und damit hinsichtlich der Vergewaltigung das Unrechtsbewusstsein, nicht aber hinsichtlich der als Nötigungsmittel eingesetzten Körperverletzung.

54 BGHSt 8, 321, 324; 10, 35, 42; 15, 377, 383; 42, 123, 130.

55 BGHSt 42, 123, 130.

4. Globales Unrechtsbewusstsein

Unter dem Stichwort eines globalen Unrechtsbewusstseins werden Konstellationen diskutiert, in denen der Täter zwar das Unrecht seines Verhaltens im Lichte der deutschen Rechtsordnung hätte erkennen können, ihm aber nicht bewusst war, dass der konkrete Fall überhaupt einen Bezug zur deutschen Rechtsordnung aufweist. Erkennt der Täter, dass sein im Ausland begangenes Verhalten im Inland eine Rechtsgutsverletzung darstellt, befindet er sich im Hinblick auf die verletzte Strafnorm überhaupt nicht in einem Verbotsirrtum. Zu Recht hat der BGH daher im Fall „Schneider“ die Strafbarkeit von Ausländern, die aus dem Ausland dem Ehepaar Schneider – das wegen Betrugs gesucht wurde – zur Flucht verhalfen, wegen Strafvereitelung bejaht, weil diesen bewusst war, dass sie die deutsche Strafrechtspflege schädigen⁵⁶.

Ist dagegen – wie häufig bei Kundgabe-Delikten im Internet – dem Täter gar nicht bewusst, an welchen Rechtsordnungen seine Äußerungen zu messen sein könnten, bedarf es für die Verneinung eines Verbotsirrtums konkreter Unrechtszweifel; der Täter muss wie beim bedingten Vorsatz eine Rechtsgutsverletzung auch im Inland billigend in Kauf genommen haben. War ihm die Verletzung deutscher Rechtsgüter nicht bewusst, handelte er im Verbotsirrtum. Strafflos ist er freilich dann auch nur, wenn dieser Verbotsirrtum für ihn vermeidbar gewesen ist.

5. Bedingtes Unrechtsbewusstsein

In letzter Zeit zunehmend eine Rolle spielt die Frage nach dem Vorliegen eines Verbotsirrtums in Fällen einer „rechtlichen Grauzone“, in welcher der Täter es für möglich hält, dass sein Tun rechtswidrig ist, zugleich aber für ebenso wahrscheinlich ansieht, dass dasselbe Verhalten sich noch im Einklang mit den Regeln der Rechtsordnung bewegt.

Dem BGH genügt für die Bejahung von Unrechtsbewusstsein, wenn der Täter – wie bei bedingtem Vorsatz⁵⁷ – „mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt“⁵⁸, und damit das Bewusstsein des Täters, seine Handlung „verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen“⁵⁹. Die Folgerung, das sei bei Ausnutzen einer rechtlichen Grauzone gegeben, weil dies eine Auseinander-

56 BGHSt 45, 97, 101.

57 Vgl. nur *Lackner / Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 17 Rn. 4.

58 U.a. BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 202; 52, 307, 313.

59 BGHSt 11, 263, 266.

setzung mit den Grenzen strafbaren Verhaltens voraussetze und – zumindest bis zum Vorliegen klärender Entscheidungen – die Möglichkeit einschließe, sich bei einer Fehlinterpretation der Gesetzeslage strafbar zu machen, sollte dagegen meines Erachtens überdacht werden. Zwar erkennt der Täter bei Unrechtszweifeln, dass er möglicherweise Unrecht begeht; allerdings sollte dann auch die voluntative Komponente des bedingten Vorsatzes mitbedacht werden⁶⁰, so dass bei einem ernsthaften Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Verhaltens – trotz Kenntnis der Möglichkeit der Unrechtmäßigkeit – immer noch ein Verbotsirrtum angenommen werden kann⁶¹.

Bejaht man in jeder „rechtlichen Grauzone“ (bedingtes) Unrechtsbewusstsein und verneint damit das Vorliegen eines Verbotsirrtums, verstrickt sich der Täter selbst dann in Schuld und Strafe, wenn er innerhalb dieser Grauzone die strengen Anforderungen an die Unvermeidbarkeit eigentlich erfüllt hätte, indem er – im Bewusstsein der Grauzone – unabhängigen und fundierten Rechtsrat eingeholt hat⁶². Bis zur höchstrichterlichen Klärung der Grenzen des Zulässigen müsste er von allen Handlungen innerhalb des Graubereichs die Finger lassen, will er nicht mit ungeminderter Vorsatzstrafe rechnen.

Diese „Grauzonen“-Rechtsprechung ist zum Arznei- und Betäubungsmittelstrafrecht entwickelt worden und hat hier angesichts des Rechtsguts der Volksgesundheit auch ihre Berechtigung. Wer in Kenntnis der Möglichkeit des Verbotenseins Drogen oder Arzneimittel abgibt, der riskiert, dass durch möglicherweise verbotene Substanzen Menschen gefährdet werden; deren bewusste Gefährdung in Kenntnis der Möglichkeit, rechtswidrig zu handeln, spricht für ein „Billigen“ des für möglich gehaltenen Unrechts. Jüngst wurde diese „Grauzonen“-Rechtsprechung aber auch auf das Wettbewerbsstrafrecht übertragen.

Dies erscheint bedenklich, weil hier nicht höchstpersönliche und irreversible Rechtsgüter betroffen sind. Gerade beim Wettbewerbsstrafrecht geht es vielmehr um die Grenzen zulässigen Verhaltens auf Märkten⁶³. Zwingt man unter Strafdrohung potenzielle Marktteilnehmer, bestimmte Produkte nicht anzubie-

60 Dagegen aber z.B. *Neumann*, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, 4. Aufl. 2013, § 17 Rn. 33; dazu wiederum kritisch *Zabel*, GA 2008, 33, 46 Fn. 93.

61 Vgl. dazu *Vogel*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Aufl. 2007, § 17 Rn. 27 f. mit weiteren Nachweisen.

62 So verlangt Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 37, dass der Bürger bei Unrechtszweifeln vor Inanspruchnahme seiner Handlungsfreiheit diese Zweifel durch Rechtserforschung zu beheben versuchen muss.

63 *Heger*, JZ 2011, 958 ff. – Zum „Strafschutz der Wettbewerbswirtschaft“ vgl. nur *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2011, § 5.

ten, müssen diese aus Gründen des Selbstschutzes alle Geschäfte innerhalb der Grauzone unterlassen, bis es zur höchstrichterlichen Klärung kommt⁶⁴. Bis dahin ist ein Markteintritt mit möglicherweise inkriminierten Produkten faktisch ausgeschlossen⁶⁵.

Die grundsätzliche Bejahung eines Verbotsirrtums in „Grauzone-Fällen“ bedeutet ja noch nicht die Verneinung jedweder Strafbarkeit; vielmehr käme es zu einer Straflosigkeit nur im Ausnahmefall der Unvermeidbarkeit der Fehlvorstellung⁶⁶.

VI. Anforderungen an die Vermeidbarkeit

Umstritten ist schließlich der Maßstab, der an die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums anzulegen ist. Im Plenarbeschluss stellt der BGH als Abgrenzungskriterium auf die Gewissensanspannung des Täters ab⁶⁷; später präzisiert er, ein Verbotsirrtum sei vermeidbar, wenn der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten⁶⁸ unter Einsatz all seiner Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen zur Unrechtseinsicht hätte kommen können⁶⁹.

Bewusst sind dabei an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums höhere Anforderungen als an die persönliche Vorwerfbarkeit einer Sorgfaltspflichtverletzung bei Fahrlässigkeitsdelikten gestellt worden. Diese „Sonderbehandlung“ des Verbotsirrtums gegenüber Tatbestandsirrtümern, bei denen § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zulässt, führt zu einem faktischen Regel-Ausnahme-Verhältnis von Vermeidbarkeit und Unvermeidbarkeit, das

64 Ähnliche Erwägungen finden sich bei *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl. 1996, S. 71, doch erscheint mir für den Bereich der strafrechtlichen Produkthaftung – d.h. insbesondere einer Körperverletzungsstrafbarkeit wegen fehlerhafter Produkte – ein Rückzug des Strafrechts angesichts der gefährdeten Rechtsgüter zweifelhaft (vgl. dazu *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 111 ff.).

65 Vgl. *Vogel*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 72. Aufl. 2007, § 17 Rn. 28, der – wie schon *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2007, § 21 Rn. 30 ff. – einen Verbotsirrtum ausschließt, wenn dem Täter ein Zuwarten bis zur Klärung der Rechtslage zumutbar ist, einen solchen aber bei „unbehebaren“ Unrechtszweifeln annehmen will; letzteres ist m.E. bis zur höchstrichterlichen Klärung gegeben.

66 So nahm das OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251 zur damals durch § 6c UWG a.F. pönalisierten progressiven Kundenwerbung (sog. „Schneeballsystem“) einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an, weil von der Betreibergesellschaft angestellte Rechtsanwälte das Vertriebsmodell als nicht strafbar eingeschätzt hatten.

67 BGHSt 2, 194, 208 f.

68 BGHSt 3, 357, 367.

69 BGHSt 4, 1.

zu Präsumtionen einer Vermeidbarkeit einlädt. So durfte bei genügender Gewissensanspannung nahezu jeder zur Unrechtseinsicht gelangen oder wenigstens das Erfordernis einer Rechtsauskunft erkennen, die ihm dann das Unrecht vor Augen geführt hätte. Eine Vermutung der Vermeidbarkeit des Irrtums öffnet die Tür für eine Strafbarkeit aufgrund vermuteten Verschuldens, obwohl der Ausschluss schuldloser Strafen eigentlich das Hauptanliegen der Schuldtheorie war.

Daher sollte man die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums als Ausgangsfall ansehen und prüfen, ob – ähnlich einem Fahrlässigkeitsschuldvorwurf – dem Täter persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann, dass er seinen Irrtum nicht vermieden hat. Diese Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses wurde mit Blick auf das globale Unrechtsbewusstsein für Straftaten im Internet erwogen, wenn der Täter bei seinem Tun keine Verbindung zu einer spezifischen Rechtsordnung herzustellen weiß⁷⁰; der Gedanke lässt sich auf andere Formen transnationaler Kriminalität übertragen, doch sollte man sich auch für den klassischen Fall einer im Inland „spielenden“ Unkenntnis der Rechtsgutsverletzung bewusst sein, dass eine – durch überspannte Anforderungen kassierte – Vermutung der Vermeidbarkeit gerade in den Fällen Geltung beansprucht, in denen sich nicht aufklären lässt, zu welchen Ergebnissen der Täter bei der geforderten Gewissensanspannung gelangt wäre.

Problematisch erscheint es daher, wenn die Rechtsprechung dem Täter auch nach Einholung von Rechtsrat bei einem Rechtsanwalt zusätzlich eine kritische Überprüfung abverlangt, ob die Auskunft aufgrund eingehender sorgfältiger Prüfung erfolgt und von der notwendigen Sachkunde getragen ist⁷¹. Umgekehrt sollte nur dann an der Rechtsauskunft eines Rechtskundigen gezweifelt werden, wenn deren Inhalt zu Zweifeln Anlass gibt; eine enge geschäftliche Beziehung eines Rechtsanwalts zum Täter als dessen „Hausjurist“ begründet keine solchen Zweifel, denn vor Tatbegehung dürfte der Täter ein Interesse an richtiger Rechtsauskunft haben.

Zutreffend ist es daher, wenn die Rechtsprechung bei unrichtigen Auskünften nicht offensichtlich unzuständiger Behörden eine Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums bejaht⁷². Sieht sich der Täter in seiner (Fehl-)Einschätzung durch die Auskunft eines Fachmannes bestätigt, hat er normalerweise keinen

70 *Valerius*, NStZ 2003, 341, 345.

71 (Zu) streng wohl BGH NStZ 2000, 307, 309; vgl. auch BGH, NStZ 2013, 461. – Großzügiger OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 263.

72 BGH NStZ 2000, 364.

Anlass zu Zweifeln an der Rechtslage. Die Einholung weiteren Rechtsrats ist dann jedenfalls unzumutbar⁷³.

Zweifel an einer Rechtsauskunft sind hingegen angebracht, wenn sich der Rechtsanwalt nicht festlegen möchte oder auf ernstzunehmende Gegenstimmen verweist, die das beabsichtigte Tun für unrechtmäßig halten, sowie wenn Inhalt und Gestaltung der Auskunft erkennen lassen, dass sich der Anwalt nicht mit dem zutreffenden Sachverhalt oder ohne nötige Sachkunde mit dem Vorgang beschäftigt hat. Bei einem „Hausjuristen“ sind Zweifel angebracht, wenn ihm der Täter das Ergebnis der Beratung vorzugeben sucht oder um eine Korrektur der Auskunft bittet.

Das gilt erst recht, wenn die vom Täter gestellte Frage nicht den Unrechtskern seines Verhaltens betrifft. Fragt – wie im Fall „Schneider“ – dessen Genfer Rechtsanwalt nach der rechtlichen Beurteilung seines Verhaltens nach Schweizer Recht, kann eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Rechtsanwalts nicht auch für die deutsche Rechtslage Geltung beanspruchen⁷⁴. Aber auch wenn der Täter einen Genfer Advokaten nach der deutschen Rechtslage befragt, wird man die Auskunft kritisch hinterfragen müssen, weil es sich nicht von selbst versteht, dass ein im Ausland tätiger Jurist auch die Rechtslage im Inland gleichermaßen gut kennt.

Unvermeidbarkeit ist dagegen anzunehmen, wenn die Nichteinholung eines Rechtsrats nicht kausal für die Vermeidbarkeit des Irrtums gewesen wäre, weil auch der Rechtskundige den Irrtum nicht aufgeklärt hätte. Nach der *conditio sine qua non*-Formel kann in diesem Fall der (falsche) Rechtsrat hinweggedacht werden, ohne dass dies Einfluss auf den Irrtum des Täters gehabt hätte. Deshalb vertrat das Oberlandesgericht Karlsruhe, ein Verbotsirrtum über den Umfang seiner Fahrerlaubnis und damit eine Strafbarkeit nach § 21 Straßenverkehrsgesetz sei für den Angeklagten unvermeidbar gewesen, weil angesichts des Fehlens obergerichtlicher Entscheidungen zur streitigen Rechtsfrage eine verlässliche Beurteilung der Rechtslage durch Fachbehörden nicht zu erlangen gewesen sei⁷⁵. Diese Entscheidung entspannte zwar die überspannten Gewissensanforderungen, ging aber zu weit: Die primäre Frage, ob der Täter das Unrechtmäßige seines Verhaltens hätte erkennen können, tritt hinter die Feststellung zurück, dass es hierzu an Leitentscheidungen mangle. Ein Verbotsirrtum könnte damit bei neuen auslegungsbedürftigen Gesetzen erst dann vermeidbar sein, wenn es eine gefestigte Rechtsprechung gäbe.

73 Vgl. *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl. 2002, § 17 Rn. 30 ff.

74 Vgl. BGHSt 45, 97.

75 OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061, 1062.

Gleichwohl hat das Landgericht Düsseldorf im „Mannesmann“-Urteil den Gedanken aufgegriffen und einen Verbotsirrtum als unvermeidbar eingestuft: Hätten die Angeklagten vor der objektiv pflichtwidrigen Zubilligung einer kompensationslosen Anerkennungsprämie an den früheren Vorstandsvorsitzenden Rechtsrat eingeholt, hätten sie – weil es zu diesem Zeitpunkt dazu noch keine obergerichtliche Rechtsprechung und keine abschließende Auseinandersetzung in der Fachliteratur gegeben hat – die Auskunft erhalten, diese Prämie sei zulässig⁷⁶. Dies wies der BGH freilich überzeugend zurück.

VII. Renaissance des kernstrafrechtlichen Verbotsirrtums

Im Kriegswirtschaftsstrafrecht und damit im Nebenstrafrecht wurde die Idee eines ausnahmsweise entschuldigenden Verbotsirrtums – wie gesagt – bereits 1917 kodifiziert. Nach der dogmatischen Kontroverse zwischen Vertretern der Vorsatz- und der Schuldtheorie hat sich der BGH dann für das Kernstrafrecht für letztere entschieden. Danach war die Figur eines unvermeidbaren Verbotsirrtums über Jahrzehnte eine Domäne des Nebenstrafrechts. Die vor allem bei Blanketttatbeständen im Wirtschaftsstrafrecht nicht immer einfache Klärung, ob das in einem Straftatbestand durch Verweisung auf eine zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Norm gemeinte Verhalten rechtlich verboten sein sollte, erleichterte die Annahme eines Verbotsirrtums und führte bei mit der fraglichen Rechtsmaterie nicht vertrauten Personen immer wieder zur Annahme von Unvermeidbarkeit.

Allenfalls für „Ausländer“-Fälle erschien es auch im Kernstrafrecht noch denkbar, dass ein mit der deutschen Rechtsordnung nicht vertrauter Täter im Vertrauen auf die rechtlichen Bewertungen seiner Heimatrechtsordnung einem – unvermeidbaren – Verbotsirrtum unterliegen sollte. Das hat sich im letzten Jahrzehnt geändert. So wurde ein unvermeidbarer Verbotsirrtum angenommen mit Blick auf den Untreuetatbestand (im Fall „Mannesmann“), das Glücksspielstrafrecht sowie die Körperverletzungsdelikte (im „Beschneidungs“-Fall) und Tötungsdelikte (im „Mauerschützen“-Fall und im „Fuldaer Fall“).

VIII. Verbotsirrtum und Europäisierung des Strafrechts

Da die Harmonisierung des Strafrechts innerhalb der Europäischen Union angesichts der auf eine Annäherung von Tatbestandsmerkmalen und Sanktionen beschränkten Kompetenztitel (Art. 83 AEUV) nicht generell das Irrtums-

76 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3285.

recht betreffen kann, bleibt der Verbotsirrtum in seiner Ausgestaltung durch § 17 StGB unberührt. Das heißt aber nicht, dass der deutschen Regelung über einen Verbotsirrtum nicht auch in Fällen mit EU-Bezug Bedeutung zukommen kann.

Zwei Beispiele möchte ich hervorheben:

Erstens haben die deutschen Strafgerichte in den letzten Jahren angesichts der Unklarheit des Verhältnisses des deutschen Glücksspielstrafrechts zum Europarecht⁷⁷ in einem Rekurs auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Angeklagten einen Ausweg aus dem Dilemma gesucht, das bis heute fraglich ist, ob etwa die Dienstleistungsfreiheit den Anwendungsbereich von § 284 StGB begrenzt.

Zweitens wurde durch die Umsetzung der Umweltstrafrechts-Richtlinie 2008/99/EG mittels des 45. Strafrechtsänderungsgesetzes⁷⁸ das bislang nur im Nebenstrafrecht verbreitete Phänomen von Verweisungen innerhalb der Tatbestände auf EU-Richtlinien und -Verordnungen in das Kernstrafrecht überführt. Weil sich der Unrechtsgehalt der entsprechenden deutschen Umwelttatbestände nunmehr teilweise an sekundärem Europarecht bemisst, ist es denkbar, dass der Rechtsunterworfenen zwar die deutsche Umsetzungsnorm kennt, nicht aber weiß, welches Tatobjekt durch den Verweis auf die EU-Rechtsakte erfasst ist. Hält er deswegen sein Tun für rechtmäßig, unterliegt er einem „klassischen“ Verbotsirrtum. Im Unterschied zur Glücksspiel-Rechtsprechung wird man allerdings – jedenfalls bei statischen Verweisungen auf ganz bestimmte EU-Rechtsakte – regelmäßig von dessen Vermeidbarkeit ausgehen müssen, schon weil man von diesen Rechtsakten und damit auch dem jeweiligen Tatbestandsmerkmal (z.B. dem Tatobjekt) unschwer Kenntnis erlangen kann.

E) Schluss

Als vor allem kriminalpolitisch motivierte Entscheidung war der Plenarbeschluss des BGH von 1952 ein Kind seiner Zeit. Die darin getroffene grundlegende Entscheidung für die Schuldtheorie wurde später in § 17 StGB übernommen. Auch wenn sie mit Blick auf ausländische Rechtsordnungen hinterfragt werden könnte, ist spätestens seit dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts klar, dass der deutsche Gesetzgeber daran festhalten muss,

77 Dazu Heger, ZIS 2012, 396 ff.

78 Dazu Heger, HRRS 2012, 211 ff.

dass der in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum handelnde Täter straflos bleibt, ihn mithin nicht vorwerfbares Unwissen über das Unrechtmäßige seines Tuns vor Strafe schützt.

Die bereits im Plenarbeschluss des BGH von 1952 wie auch in der strafgerichtlichen Praxis seither vorzufindenden strengen Voraussetzungen zur Annahme eines Verbotsirrtums und an dessen Unvermeidbarkeit sollten kritisch überdacht werden. Sonst bekennt sich zwar das „law in the books“ in Gestalt von § 17 StGB zum Schuldprinzip; der zugrundeliegende Gedanke, dass strafrechtliche Schuld und damit Strafe persönliche Vorwerfbarkeit des unrechtmäßigen Handelns voraussetzen, geht aber weitgehend verloren, wenn das „law in action“ in Anwendung von § 17 StGB dessen Voraussetzungen nahezu stets verneint.

Nimmt man das Bundesverfassungsgericht ernst, muss die konkrete Schuld des Angeklagten im Einzelfall geprüft werden. Man sollte daher nicht vorschnell einen Verbotsirrtum verneinen, bloß weil der Täter nicht ausschließen konnte, dass sein Verhalten möglicherweise rechtswidrig gewesen ist, wenn er zugleich für mindestens ebenso wahrscheinlich gehalten hat, dass er rechtmäßig handelt.

Deshalb sollte man bei der Frage, ob ein Verbotsirrtum vorliegt, zwar mit der herrschenden Meinung daran festhalten, dass das Unrechtsbewusstsein schon dann gegeben ist, wenn der Täter nicht jedenfalls auch von der Rechtmäßigkeit seines Tuns im Lichte der Gesamtrechtsordnung ausgeht; hält er seine zweifelhafte Innovation für zivilrechtswidrig, aber nicht strafbar, so ist er nicht schutzwürdig. Andererseits sollte man in allen Fällen, in denen der Täter jedenfalls im Lichte der Gesamtrechtsordnung – und das heißt heute unter Einbeziehung europarechtlicher Vorgaben – sein Verhalten für möglicherweise rechtmäßig ansieht, einen Verbotsirrtum bejahen und damit den Weg zu den Rechtsfolgen des § 17 StGB ebnen.

Dass darin kein Freibrief für einen sorglosen und risikoffinen Täter liegt, ergibt sich schon daraus, dass Straflosigkeit für ihn – trotz Bejahung des Verbotsirrtums – nur in Betracht kommt, wenn dieser unvermeidbar ist; dies wird man bei solch einem Hasardeur regelmäßig verneinen können.

Ist aber der Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Handelns vermeidbar, statuiert § 17 Satz 2 StGB nur eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit i.S. von § 49 Abs. 1 StGB. Es ist zwar bislang anerkannt, dass trotz dieser Ermessensregelung angesichts des Fehlens von Unrechtsbewusstsein im Lichte des

Schuldgrundsatzes eine Strafmilderung regelmäßig angezeigt ist⁷⁹, sofern nicht das Fehlen des Unrechtsbewusstseins auf Rechtsblindheit oder Rechtsfeindschaft beruht⁸⁰. Ist man freilich bei der Annahme eines Verbotsirrtums in Fällen einer „rechtlichen Grauzone“ großzügiger als bisher, könnte man die vom Gesetzgeber gegebene Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung auch den Strafgerichten uneingeschränkt zusprechen. Das Gericht hätte dann die Wahl, ob es den Strafraum mildern will oder nicht; hat der Täter im Bewusstsein möglicher Überschreitung rechtlicher Grenzen ohne jede rechtliche Absicherung oder Gewissensanspannung agiert, spricht viel dafür, ihm eine Milderung zu versagen. Hat er sich dagegen – wenngleich unzureichend – vor seiner Handlung um eine Klärung der Rechtsfrage bemüht und dabei nur die ihm noch als rechtlich unproblematisch signalisierten Teilbereiche der „Grauzone“ ausgereizt, sollte man im Regelfall von der Milderungsmöglichkeit Gebrauch machen.

Davon unabhängig sollte man überlegen, die strengen Anforderungen an die Vermeidbarkeit in Richtung auf das Erfordernis bloßer Rechtsfahrlässigkeit abzumildern. Wer angesichts seiner Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Tuns Rechtsrat bei einem Rechtsanwalt oder einer Fachbehörde einholt, sollte sich auf deren Auskunft verlassen dürfen, es sei denn, er hat greifbare Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit (z.B. weil er den rechtskundigen Ratgeber nicht vollständig informiert hat). Einer kritischen Prüfung der Auskunft bedarf es daher im Regelfall nicht; die Einholung weiteren Rechtsrats ist auch unter Kosten- und Zeitgesichtspunkten nur ausnahmsweise zumutbar, führt sie doch in jedem Fall zu einer Verzögerung des – möglicherweise rechtmäßigen – Verhaltens. Gerade in einer auf Wettbewerb beruhenden Wirtschaftsordnung sollten daher auch die strafrechtlichen Regelungen so angewandt werden, dass dadurch nicht ein möglicher Wettbewerb faktisch ausgeschlossen ist.

79 *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 326; *Lackner / Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 17 Rn. 8.

80 *Lackner / Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 17 Rn. 8; kritisch *Hörnle*, Schünemann-Symposium, 2005, S. 105, 132.