

## § 19: Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Verbotsirrtum

### I. Die gesetzliche Regelung des Verbotsirrtums

Der Verbotsirrtum ist in § 17 StGB normiert. Er zeichnet sich dadurch aus, dass der Täter im Bewusstsein der „wahren“ Tatumstände nicht erfasst, dass er Unrecht begeht. Der Täter wähnt sich im Recht.

- Bsp. (nach LG Köln NJW 2012, 2128): *Arzt A beschneidet einen Jungen aus religiösen Gründen mit Einverständnis der Eltern. Er ging fest davon aus, als frommem Muslim und fachkundigem Arzt sei ihm die Beschneidung des Knaben auf Wunsch der Eltern aus religiösen Gründen gestattet.* (Hinweis: Mittlerweile ist die Rechtslage durch § 1631d BGB geklärt.)

Der Verbotsirrtum ist im Falle seiner Unvermeidbarkeit ein Schuldtauschließungsgrund, im Falle der Vermeidbarkeit obliegt es dem Richter, die Möglichkeiten einer Strafmilderung anhand der Umstände, die den Täter zum Handeln bewogen haben, zu prüfen.

### II. Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins

Das Unrechtsbewusstsein bezeichnet das Wissen des Täters darüber, dass sein Handeln rechtlich nicht erlaubt ist. Hierbei ist nach h.M. nicht das Bewusstsein der Strafbarkeit des Handelns erforderlich, schließlich

müsse bereits die Kenntnis des Verbots für den Täter auf jeden Fall genügen, um diesen zu rechtstreuem Verhalten zu motivieren.

Im Falle einer Handlung, die mehrere Tatbestände erfüllt, vgl. § 52 StGB, ist es denkbar, dass dem Straftäter das Unrechtsbewusstsein bezüglich eines Tatbestandes, den er mit dieser Handlung verwirklicht, fehlt, wohingegen er das Bewusstsein bezüglich eines anderen Tatbestandes besitzt. Etwas schwieriger ist es, sich bewusst zu machen, dass auch innerhalb eines Tatbestandes das Unrechtsbewusstsein bezüglich der unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale divergieren kann.

So eindeutig diese Definition des Unrechtsbewusstseins im ersten Zugriff erscheint, so kompliziert erweist sich die Formel in der konkreten Anwendung. Zu Recht wird darauf verwiesen, dass der Bürger zwar einzelne Rechtsprinzipien und Rechtsregeln kennen wird, jene aber meist nicht schrankenlos gelten, sondern bei Konfliktsituationen mit anderen Rechtsprinzipien ihrerseits eine Einschränkung erfahren. Somit ist die Kenntnis eines generellen Rechtsgrundsatzes nur schwerlich bereits mit dem Unrechtsbewusstsein gleichzusetzen.

- Bsp.: *Totschlag ist gem. § 212 StGB verboten, kann in einer Notwehrsituation aber erlaubt sein.*

Keine Bedeutung für das Unrechtsbewusstsein kommt einer sittlichen Wertung zu, da sittliche Wertungen nicht mit rechtlichen Verboten übereinstimmen müssen. Demgemäß genügt die Kenntnis der Sittenwidrigkeit einer Handlung nicht für das Unrechtsbewusstsein.

- Bsp.: Man mag sich darüber bewusst sein, dass eine offensichtliche Täuschung über einen Kaufgegenstand einen Betrug, § 263 StGB, begründen kann. Wenn der Verkäufer dem Käufer mitteilt, es handele sich um einen wertvollen Goldring, obwohl es sich um ein Goldimitat handelt, ist offensicht-

lich, dass wir es hier mit einer Betrugshandlung zu tun haben. Wie verhält es sich aber im folgenden Fall: *A ist als Gebrauchtwagenhändler tätig. Er zeichnet einen alten Golf mit € 7.000 aus und sagt der bezüglich PKW ahnungslosen Interessentin, sie könne sich glücklich schätzen, falls sie den PKW zu diesem Preis erwerbe. Hier erklärt der Verkäufer mittels der Preisauszeichnung allerdings nicht, dass der PKW diesen Preis wert ist, sondern nur, dass er ihn zu diesem Preis verkaufen möchte.* Falls der PKW hier in Wirklichkeit nur € 200 wert ist und die Interessentin ihn zu diesem Preis kauft, ist dies keine Täuschung und somit auch kein Betrug, obgleich das Handeln des Verkäufers unsittlich erscheint.

Auch der Bewertung einer Handlung als sozialschädlich kommt lediglich indizielle Bedeutung zu. Die alleinige Kenntnis der Sozialschädlichkeit ist somit nicht ausreichend für ein Unrechtsbewusstsein. Der Grund ist darin zu sehen, dass das Recht zwar sozialschädliche Handlungen i.d.R. verbietet, hierzu jedoch nicht verpflichtet ist. So gibt es diverse erlaubte sozialschädliche Handlungen.

- Bsp.: *Der Betrieb einer Anlage, die zu Luftverunreinigungen führt, als gewerbliche Produktionsstätte.* Soweit der Betreiber über eine Genehmigung gem. § 4 BImSchG verfügt, handelt es sich zwar um eine sozialschädliche, aber erlaubte Handlung.

Umstritten ist, ob auch das Bewusstsein genügt, im zivilrechtlichen Sinne etwas Verbotenes zu tun (vgl. *Joeks Studienkommentar § 17 Rn. 4 ff.*).

### III. Die Erscheinungsformen des Unrechtsbewusstseins

#### 1. Der Irrtum über die Existenz eines Verbots

- Bsp.: A sieht einen Leichenzug. Der verstorbene B ist sein Erzfeind. A gönnt ihm den Leichenzug nicht und behindert diesen erheblich, dabei weiß er nicht, dass diese Handlung gem. § 167a StGB verboten ist. Hier unterliegt A einem Verbotsirrtum.

#### 2. Der Irrtum über Existenz oder Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes

Der Irrtum über die Existenz oder die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes wird als sog. indirekter Verbot-irrtum (= Erlaubnisirrtum bzw. Erlaubnisgrenzirrtum) bezeichnet.

- Bsp. für einen Erlaubnisirrtum: *Eine Mutter geht davon aus, es bestehe ein rechtfertigendes Züchtigungsrecht ihren Kindern gegenüber.*

Anmerkung: In dem Zusammenhang ist der § 1631 II BGB bedeutsam. Die Norm verbietet generell körperliche Bestrafungen; aber: „Keine Bestrafungen liegen in der Anwendung von körperlichen Zwang, um das Kind vor einem ihm drohenden Schaden zu bewahren (z.B. Zurückreißen von der Fahrbahn oder vom Herd)“ (Palandt/*Diederichsen* § 1631 BGB Rn. 7).

- Bsp. für Erlaubnisgrenzirrtum: *A erschießt B, weil dieser ihn beleidigt hat. Er glaubt, er dürfte dies, weil er gehört hatte, dass im Rahmen der Notwehr Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.*

### 3. Der Subsumtionsirrtum

Der Subsumtionsirrtum ist als Auslegungsirrtum zu verstehen. Er ist nicht zwingend ein Verbotsirrtum (vgl. § 10 KK 153 f.). Ob er als Verbotsirrtum zu qualifizieren ist, ist davon abhängig, ob es um die Auslegung komplizierter normativer Tatbestandsmerkmale geht. Bei diesen muss der Täter in einer selbstständigen Wertung grob eine Auslegung vornehmen und die Erlaubtheit oder Verbotenheit seines Tuns erfassen. Soweit er in dem Zusammenhang einem Irrtum unterliegt, handelt es sich um einen Verbotsirrtum.

Dazu ein Fall (in Anlehnung an *Roxin AT I § 21 Rn. 23*): *A radiert einen Strich auf dem Bierfilz weg, durch den der Kellner die Anzahl der getrunkenen Biere beweisen möchte, um seine Kosten zu senken*; Varianten:

- A kennt die Beweisbedeutung des Striches = Vorsatz bezüglich einer Urkundenfälschung, § 267 StGB.
- A glaubt, nur richtige Schriftstücke seien Urkunden und genießen den Schutz der Rechtsordnung = vermeidbarer Verbotsirrtum.
- A hält die Beweisverfälschung zwar als solche für verboten, aber für nicht strafbar = unbeachtlicher Strafbarkeitsirrtum.

#### **4. Die Bewusstseinsformen des Verbotsirrtums**

Hiermit ist die Frage angesprochen, wie das Unrechtsbewusstsein beschaffen sein muss. Konkret: Muss sich der Täter bei Begehung der Tat über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens insoweit bewusst sein, dass er sich im Moment der schädigenden Handlung die Rechtswidrigkeit noch einmal bewusst macht? Nach h.M. ist es nicht Voraussetzung, dass der Täter erst in einen Gewissensstreit bezüglich der Rechtswidrigkeit der Handlung eintritt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Täter, der in dem Kulturkreis aufgewachsen ist, dessen Strafgewalt ihn im konkreten Fall erfassen soll, sich implizit der Ge- und Verbote bewusst ist.

#### **5. Das bedingte Unrechtsbewusstsein**

Es ist denkbar, dass sich der Täter nicht sicher darüber ist, ob die Rechtsordnung ein Verhalten verbietet oder erlaubt. Die Rechtsprechung sieht in einem solchen Fall keine Möglichkeit für den Handelnden, sich auf einen Verbotsirrtum zu berufen. Die Begründung: Wer eine Vorstellung davon hat, möglicherweise Unrecht zu tun, und ernsthaft an der Erlaubtheit seines Tuns zweifle, verfüge über ein hinreichendes Maß an Unrechtsbewusstsein (BGH JR 1952, 285, BGH NSTz 1996, 338 ff.).

Diese Ansicht wird für den Fall in Zweifel gezogen, dass der Täter über keine Möglichkeit verfüge, die Ungewissheit über die Erlaubtheit seiner Handlung auszuräumen; konkret: Selbst der anwaltliche Rat bietet keine sichere Aufklärung über die Rechtslage.

Für den Fall, dass sich der Täter zwei Handlungsmöglichkeiten gegenüber sieht und er nur eine der Handlungen für strafbar hält,

- Tun = strafbar aus der Sicht des Täters
- Unterlassen = straflos aus der Sicht des Täters

tendieren die Rechtsprechung und die h.L. dahin, vom Zweifelnden zu verlangen, von der für strafwürdig erachteten Handlung Abstand zu nehmen (vgl. *Roxin* AT I § 21 Rn. 32). Die Tragfähigkeit dieses Ansatzes wird von *Roxin* für den Fall bestritten, dass der Täter auf die Richtigkeit einer herrschenden Rechtsansicht vertraute:

- Tun = nicht strafbar nach h.M., Handelnder verlässt sich hierauf.
- Tun = strafbar nach Mindermeinung
- Unterlassen = nach allen Ansichten nicht strafbar

Für diese Fallgestaltung soll dem Täter kein Vorwurf gemacht werden können; Begründung: „Denn wenn der Täter ohne weiteres auf die herrschende Rechtsansicht vertraut und die Mindermeinung nicht zur Kenntnis genommen hätte, befände er sich in einem mindestens strafmildernden Verbotsirrtum. Warum soll ihm jede Strafmilderung versagt werden, wenn er sorgfältiger in der Sichtung der Meinungen war und sogar die Möglichkeit einer anderen Rechtsansicht in Erwägung gezogen hat? [...] Hier spricht sich eine vordringende Ansicht für die analoge Anwendung des § 17 StGB aus.“ (*Roxin* AT I § 21 Rn. 32, 34)

In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des OLG Stuttgart NJW 2008, 243 interessant, die im Ergebnis eine Frage des bedingten Unrechtsbewusstseins (allerdings nicht unter diesem Begriff) behandelt. Der erste Leitsatz lautet:

„Ein Verbotsirrtum kann unvermeidbar sein, wenn gleichrangige Obergerichte eine Unrechtsfrage unterschiedlich entschieden haben, und es für den Angeklagten nicht zumutbar ist, das möglicherweise verbotene Verhalten bis zur Klärung der Rechtsfrage zu unterlassen.“

#### **IV. Vermeidbarkeit und Rechtsfolgen bei Verbotsirrtum**

##### **1. Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**

###### **a) Allgemeines**

Die ausdifferenzierte Regelung des § 17 StGB folgt den allgemeinen Prinzipien der Schuld; s. § 20 StGB: Wer schon keine Möglichkeit hat, das Unrecht der Tat einzusehen, handelt ohne Schuld. Diesen Gedanken greift die Regelung des § 17 S.1 StGB bezüglich des unvermeidbaren Verbotsirrtums auf. Beim vermeidbaren Verbotsirrtum jedoch hat der Täter grundsätzlich die Möglichkeit, sich Kenntnis über das Unrechtsurteil seiner Handlung zu verschaffen. In diesem Zusammenhang ist der Schuldvorwurf angezeigt. Die flexible Möglichkeit, die Strafe nach § 49 I StGB zu mildern, ermöglicht es, dem jeweiligen Schuldgrad gerecht zu werden.

## **b) Die Mittel zur Vermeidung eines Verbotsirrtums**

Soweit für den Handelnden Anlass besteht, an der Erlaubtheit seiner Handlung zu zweifeln, ist er gehalten, diese mittels Erkundigungen auszuräumen. Die Vermeidbarkeit ist von drei aufeinander aufbauenden Voraussetzungen abhängig:

- Der Täter hatte einen Hinweis auf die mögliche Rechtswidrigkeit seines Verhaltens.
- Der Täter unternahm daraufhin keine oder nur unzulängliche Vergewisserungsbemühungen.
- Der Täter hatte die grundsätzliche Möglichkeit, durch eigene Bemühungen zur Erkenntnis des Unrechts zu gelangen.

### **aa) Anlass zur Vergewisserung**

- Der Täter hat selbst konkrete Zweifel.
- Der Täter hat keine konkreten Zweifel, weiß jedoch, dass er sich auf einem Gebiet bewegt, das einzelne Sonderregelungen umfasst. Hier darf der Handelnde nicht untätig bleiben, sondern muss sich der Sonderregelungen vergewissern.
- Der Täter weiß, dass sein Verhalten Einzelnen oder der Allgemeinheit Schaden zufügt. Hier muss der Handelnde die betroffenen Interessen zum Anlass nehmen, sein Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit zu überprüfen.

## bb) Umfang der Vergewisserungsbemühungen

- Die Einholung eines anwaltlichen Rates ist i.d.R. ausreichend, außer der Anwalt äußert selbst Zweifel an der Güte seiner Rechtsberatung. Der Ratsuchende darf allerdings nicht blind auf ein anwaltliches Rechtsgutachten vertrauen: Vordergründig erkennbar mangelhafte Auskünfte oder bloße Gefälligkeitgutachten können die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht begründen (BGH NSTZ 2013, 461).
- Die Erkundigung bei der zuständigen Behörde ist ausreichend. Teilweise wird vertreten, dass selbst die Duldung des Verhaltens durch die zuständige Behörde ausreichend sei.
- Die Sichtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ausreichend; vgl. in diesem Zusammenhang nochmals die Entscheidung des OLG Stuttgart NJW 2008, 243 zu der Frage der Erkundigungspflicht bei unklarer Rechtslage.
- Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Erkundigung wegen unklarer Rechtslage zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hätte, liegt ebenfalls Unvermeidbarkeit vor (LG Köln NJW 2012, 2128; MüKo/Joecks § 17 Rn. 67; Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster § 17 Rn. 22).

### cc) Grundsätzliche Möglichkeit, sich zu vergewissern

Im Sinne der Kausalität der unterlassenen Vergewisserungsbemühungen wird gefordert, dass grundsätzlich die Möglichkeit bestand, den Rechtszweifel auszuräumen. Soweit das nicht der Fall ist, wird man dem Täter keine Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums vorwerfen können.

### dd) Überkommene Rechtsprechung: Gewissensanspannung

Die ursprüngliche Formel des BGH, die in der Rechtsprechung weiterhin verwendet wird, bietet in dem Zusammenhang wenig Aufschluss: „Vorliegend kann sich die Vorwerfbarkeit und damit Vermeidbarkeit des Irrtums nicht auf eine nicht **ausreichende Gewissensanspannung** oder eine mangelnde Ausschöpfung vorhandener Erkenntnisquellen stützen“. (OLG Stuttgart NJW 2008, 243)

- ⊖ Das Gewissen stellt keine sinnvolle Referenz für Rechtsfragen dar (vgl. zu dieser Kritik *Roxin* AT I § 21 Rn. 46).

### c) Vorverschulden

Mit dem Begriff des Vorverschuldens ist der Aspekt angesprochen, dass sich der Vorwurf der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht notwendig auf die konkrete Tatsituation beziehen muss. So ist die Fallgestaltung denkbar, dass es der Täter – trotz Anlass – zu einem früheren Zeitpunkt versäumt hat, sich über die Rechtslage ins Bild zu setzen. Diese früheren Versäumnisse können also in die Bewertung der Vermeidbarkeit mit einbezogen werden. In diesem Zusammenhang ist aber bedeutsam, nicht auf allgemeine Charaktereigenschaften des Täters abzustellen – Verbot der Lebensführungsschuld –, sondern konkrete Sorgfaltswidrigkeiten herauszuarbeiten. Dem Täter muss sich ein Anlass geboten haben (akute Unrechtszweifel), sich über die Rechtslage zu informieren.

Bsp.:

- Apotheker haben die Pflicht, sich über die Berufsausübung betreffenden Vorschriften – z.B. die Arzneiabgabeverordnung – zu informieren.
- Ausländer sind verpflichtet, sich vor Beginn ihres Deutschlandaufenthaltes jedenfalls mit den Kernvorschriften des Strafrechts vertraut zu machen.

Die konkrete Reichweite dieser Informationspflicht hängt von der Schwierigkeit und Frequenz der Änderungen der Materie sowie persönlichen Faktoren, wie z.B. der Betriebsgröße, ab.

## 2. Die Rechtsfolgen des Verbotsirrtums

Die Rechtsfolge des vermeidbaren Verbotsirrtums ist die Möglichkeit, den Strafraumen zu mildern. Die Mildermöglichkeit ist in das Ermessen des Gerichts gestellt („kann“). Bei der Ausübung des Ermessens hat das Gericht die Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters zu berücksichtigen. In der Regel ist aufgrund des verminderten Schuldgehalts eine Strafmilderung angezeigt.

Die Rechtsfolge des unvermeidbaren Verbotsirrtums ist, dass der Täter freizusprechen ist, da er ohne Schuld handelte.

## 3. Der sog. Doppelirrtum

Vom Doppelirrtum wird gesprochen, wenn der Täter im Rahmen eines Erlaubnistatbestandsirrtums sein vermeintliches Recht aufgrund einer fehlerhaften rechtlichen Bewertung überschreitet.

*Bsp.: A meint, einen Dieb in seinem Garten zu erkennen. Er ist besorgt und feuert einen tödlichen Schuss auf die Person ab. Er glaubt, hierzu zum Schutze seines Heims berechtigt zu sein. Bei dem vermeintlichen Dieb handelte es sich aber um seinen Sohn, der nach einer langen Zechtour erst in der Frühe nach Hause kam.*

Hier hat A die Sachumstände falsch bewertet. Daneben ist er aber einer rechtlichen Fehlwertung unterlegen, da er der Auffassung war, zu einem tödlichen Schuss berechtigt gewesen zu sein. Dies war vorliegend aber mangels Erforderlichkeit nicht der Fall.

In solchen Fallgestaltungen wird die Vorstellung des Täters zur Basis der Prüfung des Verbotsirrtums genommen. Der Erlaubnisirrtum („*zum Schutze seines Heims berechtigt*“) wird dann auf seine Vermeidbarkeit überprüft.

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum („*vermeintlichen Dieb*“) liegt nicht vor, weil dieser voraussetzt, dass sich der Täter innerhalb der Rechtsordnung bewegt und lediglich einer irrtümlichen Bewertung der Tatsachen unterliegt.

### **Literatur:**

*Roxin* AT I § 21

*Kühl* AT § 13 Rn. 49-62

*Joecks* Studienkommentar § 17

*Rengier* AT § 31

*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 684 ff.

BGHSt 3, 105

### **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. CD-Datenkauf durch einen Mitarbeiter des Landes: Wäre ein unvermeidbarer Verbotsirrtum hinsichtlich der strafbaren Teilnahme an § 17 UWG denkbar?
- II. Kann ein Vorverschulden bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums herangezogen werden oder verstößt dies gegen das Koinzidenzprinzip?