§ 16 StGB Irrtum über Tatumstände

- (1) ¹Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. ²Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.
- (2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden.

Literaturauswahl: *Bülte*, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSz 2013, 65; *ders.*, Blankette und normative Tatbestandsmerkmale: Zur Bedeutung von Verweisungen in Strafgesetzen, JuS 2015, 769; *Christoph*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Falllösung, JA 2016, 32; *Enderle*, Blankettstrafgesetze: Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstrafbeständen, 2000; *Fakhouri Gómez*, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie, GA 2010, 259; *Gaede*, Auf dem Weg zum potenziellen Vorsatz?, ZStW 121 (2009), 239; *Gössel*, Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, GA 2006, 279; *Heinrich u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, 2011; *Kirch-Heiml/Sanson*, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81; *Küper*, § 16 II StGB. Eine Irrtumsregelung „im Schatten“ der allgemeinen Strafrechtslehre, Jura 2007, 260; *Maiwald*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *Paeffgen* (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145; *Ransiek*, Anerkennungsprämien und Untreue – das „Mannesmann“-Urteil des BGH, NJW 2006, 814; *Schünemann/Greco*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem – Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?, GA 2006; *Schuster* Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten: Eine Untersuchung zum Allgemeinen Teil im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2012; *Sieber* (Hrsg.), Festschrift für Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2008; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *Wedler*, Der Rechtsirrtum im Steuerstrafrecht – zugleich Anmerkung zu AG Köln, Urt. v. 10.1.2013 – 585 Ds 124/12, NZWiSt 2015, 99; *Weidemann*, Ist der Steuerhinterziehungstatbestand ein Blankettgesetz?, wistra 2006, 132.

A. Allgemeines	1	2. Die sog „Parallelwertung in der Laien-	
I. Reichweite	4	sphäre“	19
II. Sonderproblem: Erlaubnistatbestandsirrtum ...	9	3. Rechtsprechung	26
B. Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbots-		II. Gesamttatbewertende Merkmale	27
irrtum	11	III. Blankettnormen	28
I. Der Subsumtionsirrtum als Abgrenzungspro-		IV. Irrtümer über Genehmigungserfordernisse	36
blem	11	C. Abs. 2, Irrtum über privilegierende Umstände	37
1. Der für den Vorsatz relevante Gegenstand			
des Täterbewusstseins	15		

A. Allgemeines

- Die Norm behandelt Irrtümer auf Tatbestandsebene, sie regelt genauer gesagt negative Abweichungen des subjektiven vom objektiven Tatbestand aufgrund eines Defizits beim Wissenselement des Vorsatzes. Hat der Täter keine Kenntnis über das Vorliegen eines Umstands, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, entfällt der Vorsatz. Das wird oft als **Tatbestandsirrtum** bezeichnet. Da die Unkenntnis des gesetzlichen Tatbestands als solchem aber nicht nach § 16, sondern als **Verbotsirrtum** nach § 17 zu behandeln ist, wird diese Bezeichnung von manchen kritisiert und der Begriff **Tatumstandsirrtum** bevorzugt.¹ Anzuwenden ist § 16 auf die **Tatbestände des StGB** sowie gem. Art. 1 EGGStGB auch auf solche des **Nebenstrafrechts**. Im **Ordnungswidrigkeitenrecht** gilt mit gleichem Regelungsgehalt § 11 Abs. 1 OWiG.
- Die Norm stellt klar, dass der Vorsatz die tatsächlich vorliegende **Kenntnis** der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale verlangt. Die erforderliche Kenntnis liegt nicht nur bei sicherem Wissen vor. Für die intellektuelle Komponente des Vorsatzes genügt es, wenn der Täter die Möglichkeit erkannt hat, durch sein Verhalten den objektiven Tatbestand zu erfüllen.²
- Der **nur potenzielle Vorsatz**³ genügt dagegen de lege lata eindeutig nicht. Auch die **grob fahrlässige Unkenntnis** über Umstände des gesetzlichen Tatbestands lässt nach der klaren gesetzgeberischen Entscheidung den Vorsatz entfallen.⁴ Denn wie der systematische Vergleich zu § 17 e contrario ergibt, kommt es im Rahmen von § 16 auf die **Vermeidbarkeit des Irrtums** gerade nicht an. Ein **Tatbestandsirrtum**, mag er auch noch so abstrus erscheinen oder sogar vorsätzlich herbeigeführt worden sein,⁵ kann lediglich im Rahmen einer explizit unter Strafe gestellten **fahrlässigen Begehung** zur Strafbarkeit führen, wie Abs. 1 Satz 2 klarstellt.⁶

1 S. die Nachweise bei Matt/Renzikowski/Gaede Rn. 3.

2 Vgl. Kaspar AT Rn. 204 ff.

3 Dazu näher Gaede ZStW 121 (2009), 239 ff.

4 BGH 8.1.2014 – 3 StR 416/13, NSz-RR 2014, 108 (109).

5 Zu letzterem s. Lackner/Kühl/Heger/Kübl § 16 Rn. 8.

6 Zur Kritik am „milden“ § 16 Abs. 1 S. 1 s. nur Walter S. 408 ff.; dazu auch Gaede ZStW 121 (2009), 239 (241).

I. Reichweite

Tatbestandsirrtümer sind Irrtümer in Bezug auf Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Umfasst ist damit auch der Irrtum über den Kausalverlauf (s. auch → § 15 Rn. 16),⁷ einschließlich des Falles, dass der Erfolg bei einem anderen als dem anvisierten Tatobjekt eintritt (sog. *aberratio ictus*).⁸ Dagegen ist die falsche Vorstellung über die Identität des Tatobjekts (*error in persona vel obiecto*) bei Gleichwertigkeit der Objekte kein relevanter Tatbestandsirrtum, sondern lässt den Vorsatz unberührt.⁹ Relevant ist ein solcher Irrtum nur, wenn die Tatobjekte nicht gleichwertig sind, der Täter also zB glaubt, auf ein Tier zu schießen und dabei in Wahrheit einen Menschen tötet. Hier gelangt man zwanglos durch die Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 zum Vorsatzausschluss.

Neben der Kausalität ist auch die (von der hL als Element des objektiven Tatbestandes anerkannte) objektive Zurechnung (s. näher → Vor § 15 Rn. 12 ff.) möglicher Gegenstand eines Tatbestandsirrtums.¹⁰ Das ist allerdings vor dem Hintergrund der gesetzlichen Systematik der Irrtumsregeln in §§ 16, 17 nur dann der Fall, wenn es dabei nicht allein um eine fehlerhafte rechtliche Wertung des Handelnden (etwa über das Vorliegen eines „erlaubten Risikos“ oder einer „eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“ geht), sondern um eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände, bei deren Vorliegen die objektive Zurechnung ausgeschlossen wäre. Genauerer Klärung bedürfte dabei allerdings noch die Frage, inwiefern nach den Grundsätzen der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ (s. dazu → Rn. 19 ff.) auch die fehlerhafte Bewertung zutreffend erfasster tatsächlicher Umstände den Vorsatz ausschließen kann. Versteht man die Zurechnung als (ungeschriebenes) objektives Tatbestandsmerkmal, wäre das nur konsequent.

Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Deliktsmerkmal ist kein Gegenstand eines Tatbestandsirrtums; Fehlvorstellungen über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens sind vielmehr als Verbotsirrtum nach § 17 bzw. nach den besonderen Regeln des Erlaubnistatbestandsirrtums (s. → Rn. 9 f.) zu behandeln. Anders ist dies nur, wenn das Merkmal „rechtswidrig“ ausnahmsweise als echtes Tatbestandsmerkmal ausgestaltet ist. Das betrifft etwa die Erpressung, bei der ein „rechtswidriger“ Vermögensnachteil angestrebt werden muss. Stellt der Täter sich irrig vor, er habe einen rechtlichen Anspruch auf die erpresste Summe, befindet er sich in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum.¹¹

Kein vorsatzausschließender Irrtum gem. § 16 Abs. 1 sind Fehlvorstellungen über objektive Bedingungen der Strafbarkeit sowie über sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit wie das Erfordernis eines Strafantrags oder die fehlende Verjährung.¹²

Auch bei Tatbegehung durch Unterlassen ist § 16 Abs. 1 anwendbar. Dabei ist zu differenzieren: Irrt der Täter über die tatsächlichen Umstände, die eine konkrete aus seiner Garantenstellung folgende Handlungspflicht begründen, befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum.¹³ Gleiches gilt, wenn der Täter die Möglichkeit¹⁴ oder Zumutbarkeit (str.)¹⁵ des Eingreifens verkennt. Keinem Tatbestandsirrtum, sondern einem Gebotsirrtum (§ 17) unterliegt, wer sich in Kenntnis der seine Garantenstellung begründenden Umstände jener dennoch nicht bewusst ist oder in Kenntnis seiner Garantenstellung über die Reichweite der daraus erwachsenden Handlungspflichten irrt.¹⁶

Nach der Rspr. soll dem Unterlassenden der Vorsatz bzgl. der Möglichkeit pflichtgemäßen Handelns fehlen, wenn er die entsprechende rechtliche Verpflichtung (im konkreten Fall: zum Führen eines Baubuchs gem. § 6 GSB) nicht kannte.¹⁷ Ob das wirklich eine Frage der „Möglichkeit“ des Handelns ist, lässt sich bezweifeln;¹⁸ im Ergebnis kann der Entscheidung aber beigespflichtet werden, wenn man sie so interpretiert, dass gerade im Nebenstrafrecht die Kenntnis des gesetzlichen Gebots erforderlich sein kann, um dem Täter (zumindest im Wege der „Parallelwertung in der Laiensphäre“) die ausreichende Kenntnis seines rechtlichen Einstehenmüssens zu vermitteln, ihm in den Worten von *Volk* einen „Anlass zum Tätigwerden“¹⁹ zu liefern (s. dazu auch unten Rn. 19 ff.).

7 BGH 21.4.1955 – 4 StR 552/54, BGHSt 7, 325 (329); BGH 11.7.1991 – 1 StR 357/91, BGHSt 38, 32 (34).

8 Dazu näher *Kaspar* AT Rn. 624 ff.

9 *Kaspar* AT Rn. 620 ff.

10 Dazu auch *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 5.

11 BGH 16.7.2013 – 2 StR 163/13, StV 2014, 283.

12 Vgl. *GJW/Allgayer* Rn. 8 f.

13 S. dazu BGHGrS 29.5.1961 – GSSSt1/61, BGHSt 16, 155 sowie *Fischer* Rn. 17 mwN.

14 BGH 11.4.2001 – 3 StR 456/00, BGHSt 46, 373 (379).

15 Str., vgl. *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* § 16 Rn. 5.

16 S. dazu auch *Satzger* Jura 2011, 432.

17 BGH 11.4.2001 – 3 StR 456/00, BGHSt 46, 373, 379.

18 Vgl. *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 6.

19 *MAH WiStR/Volk* § 2 Rn. 74.

- 8 **Keinem Tatbestandsirrtum** im Sinne von § 16 Abs. 1 unterliegt, wer sich Umstände des gesetzlichen Tatbestands vorstellt, die in Wirklichkeit gar nicht vorliegen („**umgekehrter Tatbestandsirrtum**“).²⁰ Eine solche Abweichung des subjektiven vom objektiven Tatbestand liegt außerhalb des Anwendungsbereichs der Norm. In Betracht kommt hier ggf. ein strafbarer (untauglicher) Versuch.

II. Sonderproblem: Erlaubnistatbestandsirrtum

- 9 Als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet man die Fehlvorstellung des Täters über die Existenz von **tatsächlichen Umständen**, bei deren Vorliegen sein Verhalten **gerechtfertigt** wäre. Die Konstellation ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt und in ihren Rechtsfolgen sehr umstritten.²¹ Überholt ist die Ansicht der sog **Vorsatztheorie**, nach der man die Problematik durch direkte Anwendung des § 16 lösen könne. Denn durch die Schaffung des § 17 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass das Unrechtsbewusstsein kein Bestandteil des Vorsatzes ist. Auch die **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, die auf der Grundlage des zweistufigen Deliktbaus eine unmittelbare Anwendung von § 16 vorsieht,²² hat sich nicht durchgesetzt.
- 10 Die Problematik wird daher überwiegend außerhalb des Tatbestands und im Bereich der **Schuld** verortet. Dabei wird eine direkte Anwendung von § 17 (so die **strenge Schuldtheorie**) von der hM zurecht abgelehnt; denn jene Norm regelt unmittelbar die **Folgen einer fehlerhaften rechtlichen Wertung**, nicht die fehlerhafte Tatsachenvorstellung. Da sich der Täter wie beim Tatbestandsirrtum (auf der Grundlage einer Fehlvorstellung über Tatsachen) aus seiner Sicht „**rechtstreu**“ verhält, ist nach hM eine **analoge Anwendung** des § 16 vorzugswürdig (sog **eingeschränkte Schuldtheorie**). Nach der wohl herrschenden Variante dieser Ansicht wird § 16 allerdings nur in seiner **Rechtsfolge** herangezogen; das bedeutet, dass der Vorsatz als solcher bejaht wird und lediglich der **Vorsatzschuldvorwurf** entfällt.²³ Dem hat sich auch der BGH in seiner Hell's Angels-Entscheidung aus dem Jahre 2011 angeschlossen.²⁴ Der Hintergrund dieser Ansicht ist offensichtlich auch das Bestreben, durch die Bejahung einer vorsätzlichen Haupttat die Strafbarkeit von Teilnehmern zu ermöglichen.²⁵

B. Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum

I. Der Subsumtionsirrtum als Abgrenzungsproblem

- 11 Der klassische Tatbestandsirrtum ist eine Fehlvorstellung über **Tatsachen**, der klassische Verbotsirrtum die Unkenntnis des **gesetzlichen Verbots**. In ihrer Einordnung problematisch sind Irrtümer bei der Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter den gesetzlichen Tatbestand. Die Frage ist von großer praktischer Bedeutung, da der **Verbotsirrtum nur bei Unvermeidbarkeit zum Schuldausschluss und damit zur Straflosigkeit** führt (s. dazu näher → § 17 Rn. 15 ff.), der Tatbestandsirrtum aber wie gesehen ohne Weiteres die Vorsatzstrafbarkeit ausschließt.
- 12 Probleme bereitet dabei vor allem folgende Konstellation: Der Täter kennt die Verbotsnorm und nimmt alle tatbestandsrelevanten Tatsachen zutreffend wahr. Er kommt aber bei seiner Subsumtion zu einer anderen Bewertung als die herrschende juristische Meinung und geht zu Unrecht davon aus, den Tatbestand nicht zu erfüllen. Einem solchen sog **Subsumtionsirrtum** unterliegt etwa der Täter, der die Luft aus den Reifen eines ihm nicht gehörenden Autos herauslässt, wenn er in Kenntnis des gesetzlichen Verbots der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) davon ausgeht, dass er jenem nicht zuwiderhandle, da er ja die Sache nicht in ihrer Substanz verletze.²⁶ Objektiv hat er den Tatbestand des Beschädigens nach Ansicht der hL und Rspr. erfüllt; denn nach ihr ist auch die vorübergehende nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Sache ein „**Beschädigen**“ im Sinne der Norm.²⁷ Fraglich ist wie ein solcher Irrtum auf der konkretisierten mittleren Ebene (zwischen Verbotsnorm und rein tatsächlichen Umständen) zu behandeln ist.
- 13 Teilweise wird das Problem nur im Zusammenhang mit sog **normativen Tatbestandsmerkmalen** diskutiert. Als normative Tatbestandsmerkmale werden – in Abgrenzung von unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren rein **deskriptiven Tatbestandsmerkmalen** – solche bezeichnet, die eine Wertung erforderlich machen.²⁸ Teils wird dabei an bestehende rechtliche Kategorien angeknüpft (ob eine Sache iSd § 242 „fremd“ ist entschei-

20 BGH 17.10.1996 – 4 StR 389/96, BGHSt 42, 268 (272); Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 7.

21 Vgl. nur Roxin AT I § 14 Rn. 52 ff.; Kaspar AT Rn. 649 ff. mwN; s. aus jüngerer Zeit den Überblick bei Christoph JA 2016, 32.

22 S. dazu nur *Schünemann/Greco* GA 2006, 777 sowie Roxin AT I § 10 Rn. 13 ff.; Kaspar AT Rn. 80.

23 Vgl. WBS AT Rn. 708 f.; s. auch Heinrich AT Rn. 1134 (fehlender Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit als Schuldmerkmal).

24 Vgl. BGH 2.11.2011 – 2 StR 375/11, BGH NStZ 2012, 272; s. auch BGH 21.8.2013 – 1 StR 449/13, NStZ 2014, 30.

25 Zum Ganzen s. Kaspar AT Rn. 649 ff.; Fischer Rn. 20 ff.

26 Roxin AT I § 12 Rn. 101 nach BGH 14.7.1959 – 1 StR 296/59, BGHSt 13, 207.

27 BGH 14.7.1959 – 1 StR 296/59, BGHSt 13, 207.

28 Roxin AT I § 10 Rn. 58; MüKoStGB/Joelckes Rn. 69: „sinnhaltige Umstände, die sich dem Täter nur durch einen Akt geistigen Verstehens erschließen“.

det sich nach der zivilrechtlich zu bestimmenden Eigentumslage), teils ist die Wertung tatbestandsimmanent vorzunehmen („Beleidigung“, § 185).

Die damit vorausgesetzte kategoriale Unterscheidung zweier Arten von Tatbestandsmerkmalen ist allerdings durchaus **problematisch**,²⁹ was schon bei der nicht einheitlichen Verwendung des Begriffs „normativ“ beginnt.³⁰ Die Subsumtion eines Sachverhalts unter ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal kann selten ohne jede Wertung erfolgen. Selbst auf den ersten Blick eindeutige Begriffe wie „Mensch“, „Sache“ oder „Gebäude“, die oft paradigmatisch für deskriptive Merkmale angeführt werden,³¹ weisen Unschärfen auf,³² die dann von Rspr. und Literatur nur im Wege einer Wertung (und teilweise sogar je nach Delikt in unterschiedlicher Weise!) aufgelöst werden.³³ Das Kriterium einer im Einzelfall notwendigen Wertung erlaubt somit keine klare Differenzierung; unterscheiden ließe sich allenfalls je nach Komplexität der im jeweiligen Kontext erforderlichen Wertung, Teilweise wird vorgeschlagen, eher von „normativ geprägten Tatbestandsmerkmalen“ zu sprechen.³⁴ Festzuhalten ist jedenfalls, dass vor diesem Hintergrund **jedes Tatbestandsmerkmal** prinzipiell Objekt eines Subsumtionsirrtums sein kann.³⁵

1. Der für den Vorsatz relevante Gegenstand des Täterbewusstseins. Die schwierige Frage ist nun, wie der oben beschriebene Subsumtionsirrtum einzuordnen ist, insbesondere, ob es sich dabei um einen (für den Täter im Vergleich zu § 17 günstigeren) Tatbestandsirrtum gem. § 16 handeln kann. Das hängt auch davon ab, welche Anforderungen an den Gedankeninhalt des Täters für die Bejahung des Vorsatzes gestellt werden; *Puppe* spricht insofern von der „dunklen Frage des Vorsatzwissens“.³⁶ Das (theoretisch denkbare) Spektrum zur Bestimmung des für den Vorsatz erforderlichen **Bezugsgegenstands** reicht von der bloßen Kenntnis der für die Tatbestandsmäßigkeit relevanten **Tatsachengrundlage** am einen Ende bis hin zu einer in Übereinstimmung mit der Rspr. Vorgenommenen **Subsumtion** am anderen Ende.

Bei ersterer Herangehensweise würde ein Subsumtionsirrtum im oben genannten Sinn den Vorsatz nie entfallen lassen, da der Täter ja alle relevanten Tatsachen kennt. Hier immer einen Vorsatzvorwurf zu erheben könnte aber dann unangebracht sein, wenn dem Täter die Bedeutung der Tatsachen im Hinblick auf das Unrecht der Tat völlig unklar geblieben ist und er daher von der **Warn- und Appellfunktion der Erfüllung des Tatbestands** gar nicht erreicht wurde.³⁷ Legte man die zweite Ansicht zugrunde, wäre jeder Subsumtionsfehler vorsatzausschließend. Freilich würde man dabei die Anforderungen an den Vorsatz offensichtlich überspannen; denn eine exakte Subsumtion ist jedenfalls von juristischen Laien offensichtlich nicht zu erwarten, und das Strafrecht müsste sich in der Konsequenz auf die Sanktionierung seiner Gelehrten konzentrieren.

Der Weg zu § 16 ist in den genannten Fällen nach dem Wortlaut der Norm nur dann eröffnet, wenn die fehlerhafte Wertung des Täters dazu führt, dass er einen „**Umstand**“ nicht kennt, der zum **gesetzlichen Tatbestand** gehört. Das bezieht sich richtigerweise nicht allein auf die Tatsachen, die explizit im Strafgesetz als Voraussetzungen der objektiven Tatbestandsmäßigkeit genannt sind. Vielmehr ist im Zusammenspiel von Gesetzgeber und Rspr. eine **ergänzende Definitionsmacht** der Rspr. anzuerkennen, was den relevanten Vorsatzgegenstand eines Straftatbestands betrifft: Die Rspr. entscheidet im Rahmen der ihr zustehenden Auslegung der Tatbestandsmerkmale mit darüber, welche Umstände iSd § 16 Abs. 1 Satz 1 für die Ausfüllung der oft abstrakten Begrifflichkeiten des gesetzlichen Tatbestands heranzuziehen sind. Anders gewendet: Sie bestimmt mit, welche Bedeutung den einzelnen Tatbestandsmerkmalen zukommt und durch welche tatsächlichen Umstände sie näher gekennzeichnet sind, so dass auch diese Bezugsgegenstand des Tätersvorsatzes sind.

Beispielhaft: Die (im Hinblick auf die nach Art. 103 Abs. 2 GG zu berücksichtigende Wortlautgrenze vertretbare) Entscheidung der Rspr., dass auch die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit einer Sache ein „Beschädigen“ darstellt, führt dazu, dass genau diese Tatsachen als Grundlage eines „Beschädigungsvorsatzes“ in Betracht kommen. Weiß der Täter also, dass er (wie beim Luft-aus-den-Reifen-Lassen) die Brauchbarkeit der Sache in erheblicher Weise beeinträchtigt, hat er **Kenntnis der relevanten Tat-**

29 Ablehnend LK/Walter Vor § 13 ff. Rn. 42; Zweifelnd auch Fischer Rn. 4; Gössel GA 2006, 279 (281); LK/Vogel Rn. 22, 28. S. auch B. Heinrich, Roxin-FS, S. 453 mit Fn. 19, der von der „Fragwürdigkeit bzw. Undurchführbarkeit“ der Abgrenzung spricht.

30 S. dazu (differenzierend) Engländer (Hrsg.), Strafverteidigung – Grundlagen und Stolpersteine, 2012, S. 85 ff.

31 Roxin AT I § 10 Rn. 58.

32 Vgl. LK/Vogel Rn. 22.

33 So stellt ein bis auf Türen und Fenster fertiggestellter Neubau wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke zwar ein Gebäude iSd § 306 Abs. 1 Nr. 1, aber keines iSd § 243 Abs. 1 Nr. 1 dar, vgl. MüKoStGB/Radtke § 306 Rn. 23; BGH 30.3.1954 – 1 StR 494/53, BGHSt 6, 107 (108).

34 Vgl. nur Papatthanasiou, Roxin-FS, S. 468 m. Fn. 1.

35 Vgl. Matt/Renzikowski/Gaede Rn. 21.

36 Puppe GA 1990, 145.

37 Vgl. dazu nur Roxin, Tiedemann-FS, 2008, S. 375.

sachen; wenn er diese Handlung aber dennoch nicht für ein „Beschädigen“ im Sinne von § 303 StGB hält, ist das grundsätzlich (zur je nach Fallgestaltung nach hM zusätzlich erforderlichen „Parallelwertung in der Laiensphäre s. aber sogleich → Rn. 19 ff.) für den Vorsatz irrelevant und lediglich als Verbotsirrtum gem. § 17 zu behandeln.

- 19 2. Die sog „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Die Annahme, dass grundsätzlich die Kenntnis der relevanten Tatsachen für den Vorsatz genügt, soll nach hM in ihrer für den Täter ungünstigen Wirkung begrenzt werden, indem darüber hinaus zumindest bei normativen Tatbestandsmerkmalen verlangt wird, dass der Täter zugleich deren „sozialen Sinn“³⁸ in Bezug auf das strafrechtliche Verbot nachvollzieht (sog „Parallelwertung in der Laiensphäre“).³⁹
- 20 Das Bemühen um eine sachgerechte Beschränkung der Vorsatzstrafbarkeit ist anzuerkennen; auch leuchtet der oben bereits erwähnte Gedanke ein, dass ein Vorsatzvorwurf nur dann angebracht ist, wenn der Täter durch die Kenntnis der relevanten tatsächlichen Umstände von der Appellfunktion des Tatbestands erreicht wird.⁴⁰ Gerade bei komplexen und wertungsbedürftigen Merkmalen kann dies schwierig sein, insbesondere in Bereichen außerhalb des Kernstrafrechts. Dort finden sich viele „delicta mere prohibita“, deren Unrechtsgehalt nicht auf den ersten Blick einleuchtet und daher auch nicht als bekannt vorausgesetzt werden kann, sondern erst durch das gesetzliche Verbot fixiert wird.⁴¹ Damit gewinnt die Problematik der „Parallelwertung“ bzw. der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum vor allem auch im Wirtschaftsstrafrecht an Bedeutung (zur Sonderproblematik der Blankettnormen s. → Rn. 28 ff.).
- 21 Nicht zu übersehen sind aber auch die Probleme dieser Einschränkung. Sie ist schon in ihren Voraussetzungen alles andere als klar,⁴² was sich auch an den zur Beschreibung verwendeten unterschiedlichen und recht vagen Begrifflichkeiten zeigt. Teilweise wird auf eine „rudimentäre Kenntnis der Rechtslage“⁴³ abgestellt, bei anderen Autoren wird nicht auf eine Wertung, sondern eher einen kognitiven „Akt des Verstehens“⁴⁴ abgestellt, was auch anklingt, wenn von der „Bedeutungskennntnis“ die Rede ist.⁴⁵ Auch wird die klassische Formel der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ zunehmend als unklar und für den Nachvollzug einer juristischen Wertung auch unpassend kritisiert.⁴⁶
- 22 Ein weiterer Einwand könnte lauten, dass auf diese Weise die Gefahr besteht, dass (zumindest auf einzelne Tatbestandsmerkmale bezogen) die Frage der Unrechtseinsicht auf der Vorsatzebene behandelt wird. Dies könnte der in den §§ 16, 17 zum Ausdruck gebrachten Grundentscheidung des Gesetzgebers gegen die Vorsatztheorie und für die Schuldtheorie zuwiderlaufen, wonach das Unrechtsbewusstsein gerade kein Teil des Vorsatzes, sondern allein Bestandteil der Schuld ist.⁴⁷ Schließlich wird argumentiert, dass bei Anerkennung eines Vorsatzausschlusses im Falle der fehlenden Parallelwertung konsequenterweise der umgekehrte Fall (also einer fehlerhaften rechtlichen Wertung des Handelnden zu seinen Ungunsten) strafbar sein müsste; das an sich straflose Wahndelikt müsse dann als untauglicher Versuch gewertet werden.⁴⁸
- 23 Diese Bedenken sind gewichtig, aber kein zwingender Grund, von der (strafbarkeitseinschränkenden) zusätzlichen Prüfung der „Parallelwertung“ vollständig abzusehen. § 17 lässt sich auch anhand seiner Entstehungsgeschichte so interpretieren, dass er sich nur auf den Umstand des Verbotenseins der gesamten Handlung bezieht, dass es damit aber nicht ausgeschlossen ist, fehlerhafte Bewertungen von tatsächlichen Umständen als Vorsatzproblem zu betrachten. Die Bedeutung des einzelnen Merkmals im Hinblick auf seine Unrechtsrelevanz wäre nach dieser Vorstellung dann ein „Umstand“ der im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 zum „gesetzlichen Tatbestand“ gehören kann. Mit dem Wortlaut und der Systematik der §§ 16, 17 ist ein solches Verständnis vereinbar. Insbesondere die These, wonach fehlerhafte „rechtliche Bewertungen“ stets eine Frage der Schuld seien, lässt sich dem Wortlaut von § 17 StGB so nicht entnehmen;⁴⁹ sie erinnert an die

38 Roxin AT I § 12 Rn. 100 ff.

39 S. statt vieler nur Roxin AT I § 12 Rn. 101; Fischer Rn. 14; BMW AT § 21 Rn. 4 ff.; BeckOK StGB/Kudlich Rn. 15; MüKoStGB/Joels Rn. 71; krit. etwa B. Heinrich, Roxin-FS, S. 485.

40 S. nur LK/Vogel Rn. 31. Vgl. zur Bedeutung dieses Arguments im Rahmen der Auseinandersetzung zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie nur Fakhouri-Gomez: GA 2010, 259 (261).

41 Vgl. nur Papanthasiou, Roxin-FS, 2011, S. 473.

42 S. nur B. Heinrich, Roxin-FS, S. 458.

43 Maiwald S. 19 f.

44 Roxin AT I § 12 Rn. 101 Fn. 187 mwN.

45 BGH 27.11.2009 – 2 StR 104/09, BGH NJW 2010, 784 (787); Wittig WiStR § 6 Rn. 168; GJW/Allgayer Rn. 20. Vgl. auch Roxin, Tiedemann-FS, 2008, S. 384.

46 Siehe etwa Roxin, Tiedemann-FS, 2008, S. 378 ff., der daher in Anlehnung an Welzel den Begriff der „Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein“ bevorzugt (S. 384).

47 Zur Verankerung der Schuldtheorie durch das 2. StrRG eingehend Schuster, S. 58 ff.

48 Vgl. B. Heinrich, Roxin-FS, S. 462 f.

49 S. nur Puppe GA 1990, 145 (168).

früher vom Reichsgericht vertretene, heute aber zu Recht von der hM abgelehnte kategoriale Trennung von Tatsachen- und Rechtsirrtümern.⁵⁰

Auch ist das erwähnte „Umkehrungsargument“ nicht durchgreifend: Es gibt keinen zwingenden Grund, 24 Fehlvorstellungen des Täters zu seinen Ungunsten und zu seinen Gunsten jeweils spiegelbildlich rechtlich zu würdigen. Es wäre also durchaus vertretbar, trotz Erweiterung der Möglichkeiten des Vorsatzausschlusses gem. § 16 Abs. 1 im umgekehrten Fall bei der Strafflosigkeit als Wahndelikt zu bleiben.⁵¹

Dennoch sollte der geäußerten Kritik Rechnung getragen werden. Das bedeutet vor allem, dass weiter nach 25 präziseren Kriterien gesucht werden sollte. Weiterführend könnte hier der von *Papathanasiou* entwickelte Ansatz sein, wonach sich die „gesetzgeberische Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters“⁵² widergespiegelt haben muss. Auch dieses Kriterium wird aber nicht alle Abgrenzungsfragen beseitigen können; letztlich wird die Frage je nach Art des Delikts einzelfallbezogen zu beantworten sein,⁵³ so dass auch deshalb an dieser Stelle auf die spezielle Kommentierung der jeweiligen Vorschriften verwiesen werden muss.

Im Wirtschaftsstrafrecht gelten die zuvor genannten Grundsätze an sich ohne Einschränkung; auch der im Wirtschaftsleben Tätige kann sich faktisch in einem Irrtum befinden, bei dem er die erforderliche „Parallelwertung“ verfehlt und der an sich nach § 16 zu behandeln wäre. Dass er in einem beruflichen Kontext mit der Behauptung eines solchen Irrtums vor Gericht regelmäßig nicht durchdringen wird, sondern dies als „Schutzbehauptung“ verworfen wird,⁵⁴ ist eine Frage der prozessualen Beweiswürdigung – am Ergebnis eines de facto strengeren Maßstabs mit der Folge eines erhöhten Strafbarkeitsrisikos ändert das freilich nichts.

3. **Rechtsprechung.** Der BGH verfolgt keine klare Linie bei der Frage der Einordnung des Subsumtionsirrtums; ein solcher wird zT als Tatbestandsirrtum, zT als Verbotsirrtum gewertet. Die Unterscheidung wird nach *Fischer* „bisweilen eher intuitiv gehandhabt“,⁵⁵ *Momsen* spricht von einer „ergebnisgeleitete(n)“ Rspr.⁵⁶ Jedenfalls besteht in diesem Bereich eine uneinheitliche Kasuistik.⁵⁷ Paradigmatisch hierfür ist die **Mannesmann-Entscheidung** des BGH⁵⁸ zur Untreue (§ 266), insbesondere zum Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Pflicht, die Vermögensinteressen wahrzunehmen. Der BGH wendet sich (jeweils ohne Begründung) sowohl gegen die Ansicht, dass die fehlerhafte Wertung, nicht pflichtwidrig zu handeln, stets zum Vorsatzausschluss führt, als auch gegen die Ansicht, dass allein die Kenntnis der tatsächlichen Umstände genügt.⁵⁹ Eine sachgerechte Lösung ließe sich, so der BGH, nicht durch „eine schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen“ erreichen – allerdings werden dabei jene wertenden Kriterien leider nicht benannt,⁶⁰ so dass die Frage weiterhin als in Rspr. und Literatur noch nicht ausreichend geklärt gelten kann.

II. Gesamttatbewertende Merkmale

Teilweise werden in besonderem Maße wertungsabhängige Merkmale wie „verwerflich“ iSd §§ 240 Abs. 2, 27 253 Abs. 2 unter dem Begriff des „gesamttatbewertenden Merkmals“ als Sonderproblematik diskutiert.⁶¹

Die hM geht davon aus, dass hier zu differenzieren ist. Irrt sich der Täter über tatsächliche Umstände, die der Bewertung (etwa als „verwerflich“) in relevanter Weise zugrunde liegen, ist von einem Tatbestandsirrtum auszugehen. Die fehlerhafte rechtliche Bewertung des zutreffend erkannten Sachverhalts ist dagegen richtigerweise (da auf das Unrecht der gesamten Tat bezogen) als Verbotsirrtum zu qualifizieren. Die Vorsatzstrafbarkeit kann, wie *Roxin* bemerkt, „nicht davon abhängen, ob der Täter sein Verhalten nach seiner subjektiven Bewertung (...) verwerflich findet“.⁶²

Dabei ist allerdings im Einzelnen umstritten, welche Merkmale als „gesamttatbewertend“ einzuordnen sind, etwa im Hinblick auf die „Pflichtwidrigkeit“ im Rahmen von § 266.⁶³

50 Vgl. *Bülte* NStZ 2013, 67. S. dazu auch Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 1.

51 Vgl. dazu NK-StGB/Puppe Rn. 144 ff. sowie dies. GA 1990, 145 (168); *Bülte* NStZ 2013, 71.

52 So *Papathanasiou*, *Roxin*-FS, S. 467; zust. *Bülte* NStZ 2013, 65 (71).

53 So auch *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 10; *Roxin*, *Tiedemann*-FS, 2008, S. 377.

54 S. MAH WiStR/Volk § 2 Rn. 60 ff.

55 *Fischer* § 17 Rn. 11; zustimmend *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 9.

56 S. (für den Bereich der Blankettnormen) SSW-StGB/Momsen, § 15, 16 Rn. 14.

57 Ausführlich *BeckOK StGB/Kudlich* Rn. 15.1 ff.

58 BGH 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (= BGHSt 50, 331).

59 BGH 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (531).

60 Vgl. *Fischer* Rn. 16 a mwN.

61 Vgl. *Tiedemann* WiStR AT § 7 Rn. 347; *LK/Vogel* Rn. 50 ff.

62 *Roxin*, *Tiedemann*-FS, 2008, S. 382.

63 S. dazu *LK/Vogel* Rn. 50; MAH WiStR/Volk § 2 Rn. 66 ff.

III. Blankettnormen

- 28 Schwierige Irrtumsfragen ergeben sich im Hinblick auf **Blankettnormen**, die auf andere Normen (oder Einzelfallregelungen wie Verwaltungsakte) verweisen und bei denen sich der genaue Inhalt des Verbots erst aus den in Bezug genommenen Ausfüllungsnormen ergibt.⁶⁴ Von einem **Blankett im engen Sinne** spricht man, wenn auf Akte einer anderen Instanz verwiesen wird, zB auf einen Verordnungsgeber.⁶⁵ Ein **Blankett im weiten Sinn** liegt vor, wenn auf Akte derselben Normsetzungsinstantz verwiesen wird, im Falle eines Strafgesetzes also auf ein vom Strafgesetzgeber selbst erlassenes formelles Gesetz. Dabei kann es sich (wie bei § 58 LFGB)⁶⁶ um die Verweisung auf Vorschriften innerhalb desselben Gesetzes oder um ein anderes Gesetz handeln.⁶⁷
- 29 Diese (im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht unproblematische)⁶⁸ Gesetzgebungstechnik ist für das Wirtschaftsstrafrecht typisch.⁶⁹ Anerkannte Beispiele finden sich va im Nebenstrafrecht (vgl. neben dem bereits erwähnten § 58 LFGB auch § 48 Abs. 1 WeinG). Im Übrigen ist aber bei vielen Normen **umstritten**, ob überhaupt ein Blankett vorliegt, was die Diskussion zusätzlich erschwert.⁷⁰ Beispielsweise wird die Bezugnahme auf die Eigentumsvorschriften des BGB durch das Merkmal „fremd“ in §§ 242, 246 nicht als Blankettverweisung, sondern als **normatives Tatbestandsmerkmal** verstanden.⁷¹ Das gilt nach überwiegender Ansicht auch für die Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Untreue § 266.⁷² Dagegen nimmt die wohl hM an, dass der strafbare Verstoß gegen die gesetzliche Pflicht zur Führung von Handelsbüchern in § 283 Abs. 1 Nr. 5 als Blankettnorm ausgestaltet ist.⁷³ Sehr umstritten ist, ob bei § 370 AO die Steuerverkürzung als **normatives Tatbestandsmerkmal** anzusehen ist oder der Tatbestand ein Blankett darstellt, das letztlich das gesamte Steuerrecht inkorporiert.⁷⁴
- 30 Die sich im Bereich der Blankettnormen ergebenden Irrtumsprobleme und deren Lösung hängen mit der Frage zusammen, wie man das **Verhältnis von Verweisungsnorm und Ausfüllungsnorm** versteht. Eine Ansicht geht davon aus, dass die das Blankett ausfüllenden Normen in den Tatbestand inkorporiert werden und praktiziert ein „**Zusammenlesen**“.⁷⁵ Dementsprechend seien Irrtümer über die den Gesamttatbestand ausfüllenden Umstände Tatbestandsirrtümer, diesbezügliche Subsumtionsirrtümer oder Irrtümer über Existenz oder Wirksamkeit einer Ausfüllungsnorm dagegen als Verbotsirrtum anzusehen.⁷⁶ Die **Kenntnis der Ausfüllungsnorm** und des in ihr enthaltenen Ge- oder Verbots ist nach dieser Ansicht für den Vorsatz dagegen entbehrlich. Weiß der Handelnde also, dass er keine Handelsbücher geführt hat, macht er sich auch dann gem. § 283 Abs. 1 Nr. 5 strafbar, wenn ihm gar nicht bewusst war, dass eine entsprechende handelsrechtliche Verpflichtung existiert, gegen die er verstoßen hat.⁷⁷
- 31 Nach anderer Ansicht sind Blankett und Ausfüllungsnorm nicht als einheitliche Tatbestände zusammenzulesen; stattdessen sei gerade die **Ausfüllungsnorm** die Konkretisierung des Bezug nehmenden Tatbestandsmerkmals, der Verstoß gegen die Ausfüllungsnorm an sich stelle hier regelmäßig das tatbestandliche Unrecht dar.⁷⁸ Wer in einem solchen Fall die Ausfüllungsnorm nicht kenne und sich deshalb seiner Zuweiderhandlung nicht bewusst sei, unterliege einem **Tatbestandsirrtum**. Argumentiert wird dabei ua mit einer Rückanknüpfung an die Rspr. des RG, wonach nur die Unkenntnis der als „Kulturnormen“ verstandenen Normen des Strafgesetzbuches den Täter nicht entlasten sollte.⁷⁹ Im Nebenstrafrecht sei es aber oft gerade erst das in der Verhaltensnorm enthaltene Ge- oder Verbot, welches das Unrecht konstituiere.

64 Grundlegend dazu *Warda*; s. aus jüngerer Zeit auch *Enderle*.

65 Dazu und zum Folgenden s. nur *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 48.

66 S. dazu *Bülte* NStZ 2013, 66 f.

67 Zum Vorstehenden s. nur *Bülte* JuS 2015, 769 (770 f.).

68 *Tiedemann* WiStR AT Rn. 199 ff.; s. auch *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 49.

69 *Tiedemann* WiStR AT § 5 Rn. 197; *Bülte* JuS 2015, 769 (770).

70 Vgl. dazu *Bülte* JuS 2015, 769 (772 f.); *Wedler* NZWiSt 2015, 99 (100); *Tiedemann* WiStR AT Rn. 198.

71 BVerfG 18.5.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205, 213; dazu auch *Tiedemann* WiStR AT Rn. 204 sowie bereits 198; *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 52.

72 *Tiedemann* WiStR AT Rn. 205.

73 *Schönke/Schröder/Heine/Schuster* § 283 Rn. 56 mwN.

74 Für die Annahme einer Blankettnorm etwa *GJW/Allgayer* § 369 AO Rn. 21; *Weidemann*, *wistra* 2006, 132; s. im Ausgangspunkte auch die Rspr., etwa BGH 24.10.2002 – 5 StR 600/01, BGHSt 48, 52; aA (normatives Tatbestandsmerkmal) etwa *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 54. S. dazu und zur damit zusammenhängenden Irrtumsproblematik auch *Höffler/Kaspar* Fall 10 Rn. 11 ff. sowie *Wedler* NZWiSt 2015, 99 ff.; *Bülte* NStZ 2013, 68; *Ransiek* *wistra* 2012, 365.

75 S. dazu jeweils mwN *MüKoStGB/Joicks* Rn. 74; *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 Rn. 100 f.; *SK-StGB/Rudolphi/Stein* Rn. 18. Die Ansicht geht zurück auf *Welzel* MDR 1952, 584 (586).

76 BGH 15.11.2012 – 3 StR 295/12, *wistra* 2013, 153; BGH 16.12.1952 – 2 StR 198/51, BGHSt 3, 400 (403); vgl. *MüKoStGB/Joicks* Rn. 74, ausführlich *Schuster*, S. 157 ff.

77 S. nur *Schönke/Schröder/Heine/Schuster* § 283 Rn. 56.

78 *Tiedemann* WiStR AT Rn. 337 ff.; *NK-StGB/Puppe* Rn. 65; *Bülte* NStZ 2013, 65 (71 f.); differenzierend *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* § 17 Rn. 22.

79 *NK-StGB/Puppe* Rn. 66; *Tiedemann* WiStR AT Rn. 341.

Zwar lässt sich die These vom StGB als „Kodifikation der Kulturnormen“ im Hinblick auf Spezialvorschriften wie § 263 a Abs. 2 oder § 327 bestreiten; auch gibt es umgekehrt (wie das Beispiel des Kartellrechts zeigt)⁸⁰ durchaus Blankettnormen des Nebenstrafrechts, deren Unrechtsgehalt recht klar konturiert ist und die daher nicht ohne Weiteres als „rechtlich neutral“ bezeichnet werden können. Klar ist auch, dass die fehlende Kenntnis des Verbots nicht bei sämtlichen Tatbeständen des Nebenstrafrechts den Vorsatz ausschließen kann, da in diesem Fall die Verbotsirrtumsregelung in § 11 OWiG leer laufen würde.⁸¹

Dennoch überzeugen die Argumente der zuletzt genannten Ansicht. Es ist kein Widerspruch zur Wertung von § 17 und auch kein Schritt zurück zur Vorsatztheorie, wenn man anerkennt, dass die Bezugnahme auf ein gesetzliches Verbot in einer anderen Norm das **Zuwiderhandeln** zu einem „Umstand“ **des gesetzlichen Tatbestands** gem. § 16 und damit zu einem möglichen Gegenstand eines Tatbestandsirrtums machen kann.⁸² Das ist vor allem im **Nebenstrafrecht** naheliegend, wo erst dieses Zuwiderhandeln das tatbestandlich vertypte Unrecht konstituiert. Ein gutes Beispiel ist die Tötung eines Fasans „entgegen der Vorschriften des JagdG“,⁸³ das zugleich die Problematik der von der hM praktizierten Technik des „Zusammenlesens“ deutlich macht, bei der normative Merkmale zu Lasten des Handelnden in (eher) deskriptive „aufgelöst“ werden.⁸⁴ Wenn der Täter zwar weiß, dass er den Fasan am 15.5. erlegt, aber nicht weiß, dass er damit gegen die Vorschriften über die Schonzeit verstößt, kennt er zwar die in der Ausfüllungsnorm enthaltenen tatsächlichen Umstände, aber nicht deren **unrechtskonstituierende Bedeutung**.⁸⁵ Auch im Bereich des StGB ist eine solche Ausgangslage denkbar, wie das oben verwendete Beispiel von § 283 Abs. 1 Nr. 5 deutlich zeigt.

Eine Anomalie ist das nicht;⁸⁶ denn auch in anderen Bereichen ist anerkannt, dass die „**Rechtswidrigkeit**“³⁴ Tatbestandsmerkmal und damit Gegenstand eines Irrtums gem. § 16 Abs. 1 S. 1 sein kann.⁸⁷ Und auch beim Verweis auf einzelne genehmigende Verwaltungsakte wird jedenfalls bei bestimmten Fallgestaltungen davon ausgegangen, dass der Irrtum über das Genehmigungserfordernis (damit über das „Verbotensein“ der Handlung) den Vorsatz ausschließen kann (s. unten → Rn. 36). Vor allem vermeidet diese Lösung das nicht überzeugende Ergebnis der hM, wonach die Irrtumsproblematik unterschiedlich gelöst wird, je nachdem, ob der Gesetzgeber das entsprechende Merkmal als normatives Tatbestandsmerkmal ausgestaltet oder durch die Schaffung einer Blankettnorm „ausgelagert“ hat.⁸⁸ Denn diese **gesetzgebungstechnische Entscheidung** ist regelmäßig von praktischen Erwägungen beeinflusst, die mit der Bewertung des Unrechts der entsprechenden Handlung, einschließlich der damit verbundenen Irrtumsfragen, nicht unmittelbar zu tun haben.⁸⁹

Zutreffend ist daher eine nicht an dieser formal-technischen Frage, sondern am materiellen Unrechtsgehalt der jeweiligen Norm orientierte **differenzierende Betrachtung**.⁹⁰ Entscheidend ist danach, ob das vertypte Unrecht sich schon durch die Kenntnis der in Blankettnorm und Ausfüllungsnorm enthaltenen tatsächlichen Umstände (ggf. in Form der oben erwähnten „Parallelwertung“) vermittelt oder ob dafür die Kenntnis des Verbotenseins der Handlung erforderlich ist. Ein Indiz für letzteres kann es sein, wenn der Gesetzgeber einen Fahrlässigkeitstatbestand kreiert, der ersichtlich gerade die Fälle der reinen „Rechtswidrigkeit“ erfassen soll.⁹¹

Die Rspr. geht diesen Weg allerdings bislang nicht und hält auch in neueren Entscheidungen an der Verbotsirrtumslösung fest.⁹² So wurde der Betroffene wegen eines Verstoßes gegen das AWG bestraft, weil er eine Lieferung an eine Firma vorgenommen hatte, die (ohne sein Wissen) in der entsprechenden Liste, auf die die Norm Bezug nahm, aufgeführt war. Die Härten, die der Weg über § 17 im Bereich der Blankettnormen mit sich bringt, sollten dann aber zumindest, wie es manche Autoren vorschlagen, durch eine großzü-

80 Vgl. Böse, Puppe-FS, S. 1353 (1357).

81 Böse, Puppe-FS, S. 1357.

82 Vgl. etwa *Bülte* NStZ 2013, 70 f. sowie *ders.* JuS 2015, 776 f.; *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 5; *Puppe* GA 1990, 145 (168); *Roxin, Tiedemann-FS*, 2008, S. 378 ff.; aA *B. Heinrich*, *Roxin-FS*, S. 451.

83 S. dazu *Fakbouri-Gomez* GA 2010, 264; s. auch *Roxin, Tiedemann-FS*, 2008, S. 379.

84 MAH WiStR/Volk § 2 Rn. 76.

85 Ebenso anschaulich das Beispiel eines Verstoßes gegen das WeinG, der sich erst durch Zuhilfenahme mehrerer Ausfüllungsnormen und -akte erschließt, s. dazu *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 59 ff.

86 S. zum Folgenden auch *SSW-StGB/Momsen* §§ 15, 16 Rn. 14.

87 S. nur *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 7.

88 Krit. aus diesem Grund auch ua *Bülte* NStZ 2013, 72; *ders.* JuS 2015, 776 f.; *Wedler* NZWiSt 2015, 102; *Papathanasiou*, *Roxin-FS*, S. 475; *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 15; *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 68 f.; *B. Heinrich*, *Roxin-FS*, S. 460 (dort als Argument gegen das zusätzliche Erfordernis einer über die Tatsachenkenntnis hinausgehenden „Parallelwertung“ bei normativen Tatbestandsmerkmalen).

89 *Fakbouri-Gomez* GA 2010, 264; s. auch *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* § 17 Rn. 22.

90 So ua auch *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* § 17 Rn. 22; *Matt/Renzikowski/Gaede* Rn. 15; MAH WiStR/Volk § 2 Rn. 77.

91 Böse, Puppe-FS, S. 1360 f.

92 BGH 15.11.2012 – 3 StR 295/12, wistra 2013, 153; s. auch (ohne Problematisierung) OLG Stuttgart 29.3.2012 – 1 Ss 142/12, NZWiSt 2014, 301 mAnm *Nestler*.

gigere Handhabung der Vermeidbarkeitsprüfung abgemildert werden⁹³ (zu gewissen Tendenzen der Rspr. im Sinne einer weichen Schuldtheorie s. → § 17 Rn. 34).

IV. Irrtümer über Genehmigungserfordernisse

- 36 Problematisch sind Irrtümer in Bezug auf Normen, die die Missachtung des Erfordernisses einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung sanktionieren (zB § 284 Abs. 1 StGB; § 15 Abs. 1 AÜG: „ohne Erlaubnis“; § 326 Abs. 2 StGB, § 34 Abs. 1 AWG: „ohne Genehmigung“).⁹⁴ Umstritten ist dabei, wie Irrtümer über die Notwendigkeit einer Genehmigung für das tatbestandsmäßige Verhalten zu behandeln sind. Unterschieden wird dabei das **repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt**, welches eine Ausnahmegenehmigung erfordert, vom **präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**, was lediglich eine „Kontrollerlaubnis“ erfordert. Irrtümer über das Erfordernis einer Ausnahmegenehmigung werden von der hM als Verbotsirrtümer,⁹⁵ Irrtümer über das Erfordernis einer Kontrollerlaubnis als Tatbestandsirrtümer angesehen.⁹⁶ Im ersten Fall unterliege der Täter einer Fehlvorstellung über das Verbotensein des Verhaltens an sich, in letzterem lediglich über das einzelne Merkmal der Erlaubnispflichtigkeit. Dies wird auch damit begründet, dass im Fall des präventiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt an sich sozialadäquat gehandelt wird und sich das Unrecht der Tat allein aus dem Fehlen der Erlaubnis ergebe.⁹⁷ Teilweise wird diese Argumentation kritisiert und davon ausgegangen, dass das Unrecht in letzterem Fall bereits in der **Missachtung des ordnungsgemäßen Verfahrens** liege; der Staat statuiere das Erfordernis der Kontrollerlaubnis nicht, um den Bürger zu schikanieren, sondern aus Gründen der Risikobeherrschung.⁹⁸ Folgt man dagegen der hM, die hier nachvollziehbar mit der Konstituierung des Unrechts erst durch den Verstoß gegen die Erlaubnispflicht argumentiert, liegt es nahe, diese Argumentation nicht auf Genehmigungserfordernisse zu beschränken, sondern generell auf die Behandlung von Blankettnormen zu erstrecken (s. oben → Rn. 33 f.).

C. Abs. 2, Irrtum über privilegierende Umstände

- 37 Absatz 2 regelt den Irrtum über Umstände, die einen milderen Gesetzestatbestand, dh eine gesetzliche **Privilegierung** verwirklichen.⁹⁹ Demnach bedeutet in jenen Fällen das positive Abweichen des subjektiven vom objektiven Tatbestand nicht einen Versuch, sondern ist wie eine Vollendung der Privilegierung zu behandeln. Echte Privilegierungen finden sich in den Strafgesetzen kaum noch.¹⁰⁰ Ein Beispiel, bei dem die Anwendung von Abs. 2 in Betracht kommt, ist die irrige Annahme eines „ernstlichen Verlangens“ im Rahmen von § 216.¹⁰¹ Größere Bedeutung kommt der Norm in Bezug auf **benannte und unbenannte minder schwere Fälle** zu; dort ist sie nach hM analog anzuwenden.¹⁰² So scheidet etwa ein besonders schwerer Fall der Untreue (§§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3) gem. §§ 266 Abs. 2, 243 Abs. 2, 16 Abs. 2 analog wegen des verminderten Handlungsunrechts aus, wenn der Täter irrig davon ausging, nur einen geringwertigen Nachteil herbeizuführen.