

§ 17 StGB Verbotirrtum

¹Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. ²Könnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Literaturauswahl: *Bülte*, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2013, 65; *Cornelius*, Die Verbotirrtumlösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen – ein dogmatischer Irrweg, GA 2015, 101; *Dabs*, Der gekaufte Verbotirrtum, Strauda-FS, 2006, S. 99 ff.; *Eidam*, Auswirkungen und Stellenwert strafrechtlicher Expertengutachten auf die Anwendbarkeit von § 17

93 Vgl. nur *Roxin* AT I § 21 Rn. 10; *ders.*, Tiedemann-FS, 2008, S. 389 f.; s. auch *B. Heinrich*, *Roxin-FS*, S. 456 sowie 465 sowie (hilfsweise) *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 69. Kritisch dazu *Fakbouri-Gomez* GA 2010, 265.

94 Einen Überblick bietet *Schuster*, S. 196 f.; s. zur Problematik auch *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* § 17 Rn. 6 mwN.

95 BGH 23.8.2006 – 5 StR 105/06, BGH NStZ 2007, 644; BGH 22.7.1993 – 4 StR 322/93, BGH NStZ 1993, 594 (595).

96 BGH 11.9.2002 – 1 StR 73/02, BGH NStZ-RR 2003, 55 (56).

97 *S. Fischer* Rn. 16 mwN.

98 So *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* § 17 Rn. 12 a, der daher stets von einem Verbotirrtum gem. § 17 ausgeht.

99 S. dazu näher *Küper* Jura 2007, 260.

100 SK-StGB/*Rudolphi/Stein* Rn. 5; *LK/Vogel* Rn. 98.

101 S. dazu BGH 14.9.2011 – 2 StR 145/11, NStZ 2012, 85.

102 *Fischer* Rn. 11; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* Rn. 27.

StGB in wirtschaftsstrafrechtlichen Fallkonstellationen, ZStW 127 (2015), 120; *Fakhouri Gomez*, Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie, GA 2010, 259; *Gaede*, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers, HRRS 2013, 449; *Kirch-Heiml/Samson*, Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten, wistra 2008, 81; *Kudlich/Wittig*, Strafrechtliche Enthafung durch juristische Präventionsberatung?, ZWH 2013, 253; *Laubenthal/Baier*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 2000, 205; *Leite*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, 688; *Nestler*, Gilt für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ein „strengerer Maßstab“ als für die Tatfahrlässigkeit?, Jura 2015, 562; *Neumann*, Die Schuldlehre des BGH – Grundlagen, Schulfähigkeit, Verbotsirrtum, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band IV, S. 83 ff.; *Puppe*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Rudolphi-FS, 2004, S. 231; *Valerius*, Das globale Unrechtsbewusstsein, NStZ 2003, 341; *Roxin*, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, Tiedemann-FS, 2008, S. 375.

A. Allgemeines	1	2. Erkundigung	25
B. Fehlende Unrechtseinsicht	8	a) Einholen von Rechtsrat	26
I. Gegenstand der Unrechtseinsicht	8	b) Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur	30
II. Maßgeblicher Zeitpunkt	14	III. Besonderheiten im Wirtschaftsstrafrecht	32
C. Vermeidbarkeit des Irrtums	15	1. Maßstäbe der Vermeidbarkeitsprüfung	32
I. Genereller Maßstab	18	2. Die Bedeutung rechtlicher Gutachten	35
II. Konkrete Anforderungen an den Handelnden ..	23	D. Rechtsfolgen	39
1. Nachdenken	23		

A. Allgemeines

§ 17 behandelt den Fall der **fehlenden Unrechtseinsicht**, also die Fehlvorstellung darüber, dass das tatbestandsmäßige Verhalten Unrecht darstellt. Wer das verkennt, befindet sich in einem **Verbotsirrtum**.¹ Die Norm stellt klar, dass die Unrechtseinsicht (die oft synonym auch als **Unrechtsbewusstsein** bezeichnet wird) nicht bereits als Element des Vorsatzes im Rahmen des subjektiven Tatbestands relevant wird, sondern erst auf der **Ebene der Schuld**.² Weiterhin ist geregelt, dass der Täter trotz fehlender Unrechtseinsicht nur dann schuldlos handelt, wenn sein Irrtum unvermeidbar war. Bei Vermeidbarkeit des Irrtums verbleibt nach Satz 2 lediglich eine fakultative Strafmilderung (s. näher unten → Rn. 15 ff.).

Nicht nur im Vorsatzbereich, sondern auch bei den **Fahrlässigkeitsdelikten** kommt ein Verbotsirrtum grundsätzlich in Betracht,³ allerdings ist dies vor allem im Bereich der bewussten Fahrlässigkeit, in dem der Handelnde per definitionem um die Sorgfaltspflichtwidrigkeit seines Verhaltens weiß, umstritten.⁴ Da diese aber nicht gleichbedeutend mit dem „Unrecht“ im Sinne des § 17 ist, bleibt auch hier ein gewisser Spielraum für die Anerkennung eines Verbotsirrtums.

Gem. Art. 1 EGStGB gilt die Norm auch im **Nebenstrafrecht**. Im **Ordnungswidrigkeitenrecht** existiert mit § 11 Abs. 2 OWiG eine Parallelvorschrift. Soweit dort nicht von „Unrechtseinsicht“, sondern von der Einsicht, etwas „Unerlaubtes“ zu tun die Rede ist, wird damit nach hM nur auf den fehlenden besonderen sozial-ethischen Unwert von Ordnungswidrigkeiten Bezug genommen, aber kein anderer inhaltlicher Maßstab für die entsprechende Einsicht vorgegeben.⁵

Man unterscheidet je nach Bezugspunkt der Fehlvorstellung zwischen zwei Arten von Verbotsirrtümern, die beide in den Anwendungsbereich von § 17 fallen. Von einem **direkten Verbotsirrtum** spricht man, wenn der Täter die Verbotsnorm selbst nicht kennt, sie für ungültig hält oder sie zu seinen Gunsten falsch auslegt und in der Folge sein Handeln für erlaubt hält.⁶ Gesetzlichen Niederschlag hat diese Form des Irrtums in § 11 Abs. 2 OWiG gefunden, wo im Rahmen einer nicht abschließenden Aufzählung die Fälle erwähnt werden, in denen der Handelnde das „Bestehen oder die Anwendbarkeit einer Rechtsvorschrift nicht kennt“. Der **indirekte Verbotsirrtum** liegt vor, wenn der Handelnde irrig von einem in Wahrheit nicht existierenden Rechtfertigungsgrund ausgeht oder einen existierenden Rechtfertigungsgrund zu seinen Gunsten falsch auslegt.⁷

Im Hinblick auf die **prozessuale Feststellung des Verbotsirrtums** wird vom BGH der (an sich selbstverständliche) Umstand betont, dass die bloße Behauptung fehlender Unrechtseinsicht das Gericht nicht bindet. Vielmehr bedürfe es einer „Gesamtwürdigung aller Umstände, die für das Vorstellungsbild des Angeklagten von Bedeutung waren“.⁸ Umgekehrt ist es nicht erforderlich, dass der Täter sich ausdrücklich auf einen

1 BGH 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194 (197); s. dazu umfassend *Roxin* AT I § 21.
 2 Vgl. auch BGH 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194 sowie zur historischen Entwicklung zusammenfassend *Roxin* AT I § 21 Rn. 5 ff. Zur Auseinandersetzung zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie s. aus jüngerer Zeit nur *Fakhouri Gomez* GA 2010, 259 ff.
 3 S. dazu *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* Rn. 9; *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* Rn. 1; *Nestler* Jura 2015, 563 (570 f.).
 4 S. dazu nur NK-StGB/*Neumann* Rn. 89.
 5 S. nur *Kudlich/Wittig* ZWH 2013, 253 (254) mwN.
 6 Vgl. nur WBS AT Rn. 684 sowie 691.
 7 Vgl. nur *Kaspar* AT Rn. 645.
 8 BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (27).

Verbotsirrtum beruht; sobald sich Anhaltspunkte für fehlende Unrechtseinsicht ergeben, sind diese vom Gericht zu berücksichtigen.⁹ Verbleiben Zweifel, ob der Täter mit oder ohne Unrechtseinsicht handelte, ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ Letzteres anzunehmen.¹⁰

- 6 Nicht von § 17 erfasst ist der umgekehrte Fall, in dem der Handelnde alle Tatsachen zutreffend erkennt und sein in Wahrheit rechtmäßiges Verhalten irrtümlich als Unrecht einstuft („umgekehrter Verbotsirrtum“). Dieses sog **Wahndelikt** bleibt straflos.
- 7 Auch die Fehlvorstellung über Tatsachen, bei deren Vorliegen der Täter gerechtfertigt wäre (**Erlaubnistatbestandsirrtum**), fällt nach ganz hM nicht unter § 17 StGB, obwohl der Wortlaut dies zuließe. Hier wird überwiegend einer (analogen) Anwendung von § 16 StGB der Vorzug geben (s. näher → § 16 Rn. 9 f.). Dagegen fällt der sog „**Doppelirrtum**“, bei dem der Täter sich sowohl über die tatsächlichen Voraussetzungen als auch über die rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes irrt, nach einhelliger Ansicht unter § 17.¹¹ Dem ist zuzustimmen; richtigerweise liegt hier nur ein Verbotsirrtum und kein „doppelter Irrtum“ als Kombination aus Erlaubnistatbestandsirrtum und Verbotsirrtum vor. Die Voraussetzungen von Ersterem sind hier nicht vollständig erfüllt, weil der Täter auch dann nicht gerechtfertigt wäre, wenn seine Vorstellung über Tatsachen zuträfe. Daher ist die Bezeichnung als „Doppelirrtum“ an sich missverständlich.¹²

B. Fehlende Unrechtseinsicht

I. Gegenstand der Unrechtseinsicht

- 8 Der Gesetzeswortlaut weist mit dem besonderen Terminus der **Unrechtseinsicht** darauf hin, dass maßgeblicher Gegenstand der Einsicht nicht zwingend die Rechtswidrigkeit iSd Strafrechts ist. Das bloße Bewusstsein, sich moralisch verwerflich oder in einer sozial missbilligten Weise zu verhalten, genügt als Bezugnahme auf außerrechtliche Kategorien zur Begründung der Unrechtseinsicht zwar nicht.¹³ Ausreichend ist es aber, wenn „der Täter weiß, dass das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist.“¹⁴ Die Unrechtseinsicht bedarf also nach hM keiner Kenntnis bezüglich der Strafbarkeit des eigenen Vorgehens.¹⁵ Es geht mit anderen Worten um „die Einsicht, rechtsgutsspezifisch gegen die Rechtsordnung zu verstoßen.“¹⁶ Daraus folgt zugleich, dass die genaue Kenntnis der verletzten Norm nicht erforderlich ist.¹⁷ Auch wenn der Täter fälschlicherweise davon ausgeht, statt einer Straftat nur eine **Ordnungswidrigkeit** zu begehen, ändert dies nichts an seiner Einsicht, „Unrecht“ zu tun.¹⁸ Sogar die Einsicht, mit dem eigenen Verhalten gegen **zivil- oder öffentlich-rechtliche Vorschriften** zu verstoßen, genügt nach hM.¹⁹
- 9 Begründen lässt sich dieser **weite Unrechtsbegriff**, wenn man argumentiert, dass schon allein der bewusste Verstoß gegen die Rechtsordnung als solche einen Vorwurf begründet. Wer sehenden Auges die Rechtsordnung verletzt, kann sich jedenfalls nicht mit vollständig exkulpierender Wirkung darauf berufen, dass er das Ausmaß seiner Rechtsverletzung unterschätzt hat. Das Verhalten ist damit dem Grunde nach verwerfbar, die Abweichung in der wahrgenommenen Qualität der Rechtsverletzung und die daraus resultierende Schuldifferenz ist sodann auf Strafzumessungsebene zu berücksichtigen.²⁰ Allerdings gibt es auch Gegenstimmen, die einen **engeren Begriff des Unrechts** vertreten. Nach den Vertretern dieser Ansicht kommt es auf die Kenntnis der Strafbarkeit oder zumindest Sanktionierbarkeit des Verhaltens²¹ an.
- 10 Maßgeblich ist nach der oben dargestellten hM das Bewusstsein, dass das tatbestandsmäßige Verhalten **rechtswidrig** ist. Kennt der Täter alle für die Erfüllung des Tatbestands relevanten Umstände (zur Problematik der „Parallelwertung“ s. → § 16 Rn. 19 ff.) und die verletzte Norm, geht aber irrigerweise davon aus, dass sein Verhalten den Tatbestand nicht erfülle, unterliegt er einem **Subsumtionsirrtum**. Dieser ist als Ver-

9 BGH 6.11.2001 – 5 StR 363/01, NStZ 2002, 143; s. auch LG Düsseldorf 22.7.2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275 (3285).

10 Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 5.

11 BGH 6.6.1952 – 1 StR 708/51, BGHSt 3, 105 (108).

12 Kaspar AT Rn. 664; WBS AT Rn. 715.

13 GJW/Allgayer Rn. 4; LK/Vogel Rn. 13; BGH 18.3.1952 – GSt 2/51, BGHSt 2, 194 (202).

14 BGH 18.3.1952 – GSt 2/51, BGHSt 2, 194 (196).

15 BGH 2.4.2008 – 5 StR 354/07, BGH NJW 2008, 1827 (1830). Zur umstrittenen Frage eines Irrtums über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts s. BGH 19.5.1999 – 2 StR 86/99, BGHSt 45, 97 sowie Roxin AT I § 21 Rn. 19 mwN; Neumann, BGH-FG IV S. 99 f.; Valerius NStZ 2003, 341 (343).

16 GJW/Allgayer Rn. 1.

17 BGH 19.5.1999 – 2 StR 86/99, BGHSt 45, 97.

18 OLG Stuttgart 8.3.1993 – 3 Ss 569/92, NStZ 1993, 344 (345); s. auch Frister AT 19. Kapitel Rn. 3.

19 GJW/Allgayer Rn. 4; BGH 30.5.2008 – 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227. Zur Kritik s. nur Laubenthal/Baier GA 2000, 205 (207 f.).

20 Roxin AT I § 21 Rn. 13.

21 NK-StGB/Neumann Rn. 21; s. auch ders., BGH-FG IV S. 97.

botsirrtum gem. § 17 zu behandeln, sofern die (auf den Straftatbestand bezogene) fehlerhafte Subsumtion zugleich die Einsicht beseitigt, gegen die Rechtsordnung zu verstoßen.²²

Liegt Unrechtseinsicht im oben beschriebenen Sinn vor, entlastet es den Täter nach ganz hM nicht, wenn er sich als **Überzeugungs- oder Gewissenstäter** aus anderen (etwa moralischen oder politischen) Gründen zu seinem Handeln berechtigt sieht.²³ Weiß der Handelnde, dass das fragliche Verhalten nach der Rspr. als verboten bewertet wird, handelt er auch dann mit Unrechtsbewusstsein, wenn er diese für falsch hält.²⁴

Für die Annahme von Unrechtsbewusstsein ist nach der Rspr. des BGH (mit Billigung des BVerfG)²⁵ die Vorstellung ausreichend, die Tat sei möglicherweise verboten, sofern der Täter den Verstoß gegen die Rechtsordnung billigend in Kauf nimmt²⁶ (sog. **bedingtes Unrechtsbewusstsein**).²⁷ Unrechtszweifel schließen danach das Unrechtsbewusstsein nicht aus. Das wird mit guten Gründen als zu pauschale Einschränkung der Handlungsfreiheit des Bürgers kritisiert;²⁸ **nachvollziehbare und erhebliche Zweifel** sollten (vor allem bei unklarer Rechtslage)²⁹ als mögliche Grundlage eines Verbotsirrtums (zumindest im Wege einer analogen Anwendung von § 17) anerkannt werden.³⁰

Das **Unrechtsbewusstsein** ist nach überwiegender Ansicht **teilbar**;³¹ es bezieht sich also nicht pauschal auf einen bestimmten Sachverhalt, sondern stets in differenzierter Weise auf einen bestimmten Tatbestand. Es wäre danach denkbar, dass der Täter in Bezug auf die Verwirklichung des Betrugstatbestandes mit Unrechtsbewusstsein handelt, aber nicht bezüglich der (in ihren rechtlichen Voraussetzungen komplexeren) zugleich verwirklichten Urkundenfälschung. Erst recht ist eine solche Aufspaltung der Unrechtseinsicht denkbar, wenn sowohl ein Verstoß gegen Normen des Kernstrafrechts als auch gegen Sondernormen aus dem Nebenstrafrecht in Rede steht.³² Nach der Rspr. genügt bei **Qualifikationstatbeständen** die Unrechtseinsicht im Hinblick auf den Grundtatbestand;³³ das ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn die Qualifikation ein anderes Rechtsgut schützt und damit einen anderen Unrechtsgehalt aufweist, der als Gegenstand eines selbstständigen Irrtums in Betracht kommt.³⁴

II. Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Annahme eines Verbotsirrtums kommt es auf die fehlende Unrechtseinsicht „**bei Begehung der Tat**“¹⁴ an. Ein „Wegfall“ der zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Unrechtseinsicht (etwa aufgrund erst nachträglich eingeholtem Rechtsrat) ist nicht möglich.³⁵ Die Bejahung von Unrechtseinsicht erfordert allerdings nicht, dass der Täter das Unrecht bei der Tatbestandsverwirklichung unmittelbar vor Augen hat. Ausreichend ist, wenn er sein Wissen über das Unrecht jederzeit ohne besondere Erinnerungsleistung ins Bewusstsein rufen und insoweit seine Unrechtseinsicht aktualisieren könnte.³⁶ Hier besteht eine offensichtliche Parallele zum „**sachgedanklichen Mitbewusstsein**“ im Vorsatzbereich (s. → § 15 Rn. 5).³⁷ Ob und wie solche Gedanken- und Bewusstseinsinhalte forensisch in einigermaßen verlässlicher Weise rekonstruiert werden können, ist eine andere Frage.

22 Vgl. zum letztgenannten Aspekt *Roxin* AT I § 21 Rn. 24.

23 S. dazu näher *LK/Vogel* Rn. 95 ff. sowie *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* Rn. 2.

24 *Puppe*, *Rudolphi-FS*, S. 231 (232 f.).

25 BVerfG 16.3.2006 – 2 BvR 954/02, NJW 2006, 2684.

26 BGH 23.12.1952 – 2 StR 612/52, BGHSt 4, 1 (4) sowie aus jüngerer BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (27); s. dazu auch *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* Rn. 5 a sowie *LK/Vogel* Rn. 27 ff. Ob die Übertragung der Maßstäbe des bedingten Vorsatzes (einschließlich des voluntativen Elements) auf das Unrechtsbewusstsein sinnvoll ist, wird sehr kontrovers beurteilt, s. dazu nur *Puppe*, *Rudolphi-FS*, 2004, S. 231 (234 f.).

27 *Roxin* AT I § 21 Rn. 29; *Kudlich/Wittig* ZWH 2013, 253 (254) mwN.

28 S. etwa *Puppe*, *Rudolphi-FS*, S. 231 (235 f.); weitere Nachweise bei *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* Rn. 6.

29 S. (zu § 284 StGB) OLG Stuttgart 26.6.2006 – 1 Ss 296/05, NJW 2006, 2422 (2423). Gegen die Lösung über den Verbotsirrtum, sondern für einen auf Verfassungsrecht gestützten Ausschluss bereits des objektiven Unrechts *Cornelius* GA 2015, 101 ff.

30 *Roxin* AT I § 21 Rn. 29 ff.; für direkte Anwendung *Leite* GA 2012, 688 (696 ff.).

31 S. BGH 6.12.1956 – 4 StR 234/56, BGHSt 10, 35 sowie *Roxin* AT I § 21 Rn. 16 sowie *Neumann*, BGH-FG IV S. 97, jeweils mit Hinweis auf die anderslautende frühere Rspr. des BGH.

32 Vgl. (zu einem Verstoß gegen Embargovorschriften des AWG) BGH 11.7.1995 – 1 StR 242/95, wistra 1995, 306.

33 S. die Nachweise bei *Lackner/Kühl/Heger/Kühl* Rn. 6 aE.

34 So NK-StGB/*Neumann* Rn. 36 f.

35 BGH 19.5.1999 – 2 StR 86/99, BGHSt 45, 97. Zur Relevanz nachträglich eingeholter Gutachten für die Vermeidbarkeitsprüfung s. *Kirch-Heim/Samson* wistra 2008, 81 (86).

36 SK-StGB/*Rudolphi* Rn. 14.

37 So auch *Frister* AT 19. Kap. Rn. 3; *Roxin* AT I § 21 Rn. 27.

C. Vermeidbarkeit des Irrtums

- 15 Bei der Bestimmung der Rechtsfolge eines festgestellten Verbotsirrtums kommt es darauf an, ob dieser „vermeidbar“ war; ist dies der Fall, bleibt der Schuldvorwurf im Hinblick auf das Vorsatzdelikt bestehen. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass hierfür das lediglich potenzielle Unrechtsbewusstsein des Täters genügt.³⁸ Das Gesetz enthält allerdings keine näheren Angaben zu der Frage, welche Anstrengungen der Täter auf sich nehmen muss, bevor ihm ein unvermeidbarer Irrtum attestiert werden kann. Die Rspr. legt seit jeher einen strengen Maßstab an und fordert die gehörige „Anspannung des Gewissens“.³⁹ Dieser Topos ist allerdings aus mehreren Gründen keine glückliche Wahl; das Gewissen kann man erforschen, aber nicht wie einen Muskel „anspannen“. Darüber hinaus ist schon die Bezugnahme auf das Gewissen fragwürdig, geht es doch nicht um Sitten- oder Moral-, sondern um Rechtswidrigkeit.⁴⁰ Das Gewissen tut sich mit der Beantwortung schwieriger Rechtsfragen schwer, „wäre es anders, so wäre das juristische Studium überflüssig.“⁴¹
- 16 „Gewissensbisse“ sind indes nicht ganz irrelevant, können sie doch Anlass geben, das eigene Verhalten in Hinblick auf Recht und Unrecht zu überprüfen. Bei der Prüfung ist dann aber nicht das Gewissen, sondern schlicht die „Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat zu erfassen“⁴² maßgeblich, und zwar im Rahmen vom „Nachdenken und Erkundigen“, worauf es letztlich auch der Rspr. selbst ankommt, wenn sie von „Gewissensanspannung“ spricht.⁴³
- 17 Aus prozessualer Sicht besteht eine gewisse Friktion mit dem Schweigerecht des Angeklagten; denn in vielen Fällen wird sich der Betroffene genötigt sehen, persönliche Angaben zu machen, um auf dieser Grundlage substantziell darlegen zu können, dass er seinen diesbezüglichen Pflichten nachgekommen ist.⁴⁴

I. Genereller Maßstab

- 18 Fraglich ist, wie weit die Pflicht zum Nachdenken und Erkundigen geht. Theoretisch vermeidbar wäre schließlich fast jeder Irrtum, würde man sich nur solange erkundigen „bis die Gründe, die gegen die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens sprechen, zum Vorschein kommen.“⁴⁵ Zwar stellte schon die frühe BGH-Rspr. klar, dass es auf das Ausmaß der „zumutbaren“ bzw. „gehörigen“ Anstrengungen ankomme;⁴⁶ regelmäßig wurde aber dann auf der Grundlage des oben erwähnten strengen Maßstabes die Vermeidbarkeit verneint.
- 19 Die Anforderungen an die Bemühungen des Täters zur Bejahung der Unvermeidbarkeit dürfen aber nach hier vertretener Ansicht nicht zu hoch angesetzt werden.⁴⁷ In der Rechtspraxis sind auf § 17 beruhende Freisprüche die seltene Ausnahme,⁴⁸ obwohl dies weder die gesetzliche Systematik noch der Sinn und Zweck der Vorschrift nahe legt. Eine „weiche Schuldtheorie“,⁴⁹ die die Anforderungen an die Bemühungen des Täters zur Erlangung der Unrechtseinsicht nicht überspannt, ist daher vorzugswürdig. Sie würde auch dazu beitragen, die derzeit bestehenden Härten und Inkonsistenzen bei der Abgrenzung von § 16 und § 17 abzumildern.
- 20 Schon der Ausgangspunkt der Rspr., wonach jeder einzelne sich „bei allem, was er zu tun im Begriffe steht, sich bewusst zu machen [hat], ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht“, ist eine offensichtlich lebensfremde und überzogene Forderung.⁵⁰ Erforderlich ist vielmehr ein Anlass, sich über das mögliche Verbotensein des eigenen Verhaltens zu vergewissern.⁵¹ Der „völlig Arglose“,⁵² der sich über Recht oder Unrecht keinerlei Gedanken macht und auch bei entsprechenden Anstrengungen nicht zur Unrechtseinsicht gelangt wäre, handelt schuldlos.

38 Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 1 (mit Nachweisen zur Kritik).

39 BGH 18.3.1952 – GSS 2/51, BGHSt (GrSen) 2, 194 (201); BGH 19.12.1952, 1 StR 2/52, BGHSt 3, 357.

40 Roxin AT I § 21 Rn. 46.

41 BWM AT § 21 Rn. 60; zust. Krey/Esser AT Rn. 725 sowie NK-StGB/Neumann Rn. 57; kritisch auch SSW-StGB/Momsen Rn. 45: „konkurrenzes Merkmal“; NK-StGB/Puppe § 16 Rn. 59: „viel verhöhnt“.

42 SSW-StGB/Momsen Rn. 47.

43 Vgl. nur BGH 27.1.1966 – KRB 2/65, BGHSt 21, 18 (20); BGH 15.12.1999 – 2 StR 365/99, NStZ 2000, 307 (309).

44 Vgl. Dabs StV 2014, 14.

45 Roxin AT I § 21 Rn. 38.

46 BGH 18.3.1952 – GSS 2/51, BGHSt (GrSen) 2, 194 (201).

47 Kritisch gegenüber den Anforderungen der Rspr. ua Frister AT 19, Kapitel Rn. 10; Roxin AT I § 21 Rn. 39; Eidam ZStW 127 (2015), 120 (128 ff.).

48 Roxin AT I § 21 Rn. 39; Dabs StV 2014, 14.

49 Roxin AT I § 21 Rn. 41 sowie ders. Tiedemann-FS, S. 375 (389).

50 Zutreffend Roxin AT I § 21 Rn. 53; vgl. auch Neumann, BGH-FG IV S. 101.

51 S. näher Roxin AT I § 21 Rn. 53; vgl. auch NK-StGB/Neumann Rn. 62 sowie Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 7.

52 Roxin AT I § 21 Rn. 21.

Selbst wenn ein solcher Anlass vorliegt, ist es unter Schuldgesichtspunkten nicht nötig, dass der Täter tendenziell alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um die Frage zu klären. Es genügen solche Bemühungen, die den dennoch verbleibenden Irrtum soweit **menschlich nachvollziehbar** machen, dass der Handelnde Nachsicht verdient und die **Straflosigkeit** (nicht zuletzt unter generalpräventiven Gesichtspunkten) **vertretbar** erscheint.⁵³ Da weder die Herbeiführung des Irrtums noch dessen Bewertung als „unvermeidbar“ durch die Gerichte vom Handelnden rational kalkuliert werden können, erscheint es nicht überzeugend, wenn die Straflosigkeit bei Unvermeidbarkeit generell als präventiv dysfunktional bezeichnet wird;⁵⁴ auch aus kriminalpolitischer Sicht besteht daher kein Grund für die sehr restriktive Handhabung der Rspr.

Hat der Täter **unzureichende** oder **überhaupt keine Bemühungen** zur Klärung der Rechtslage angestellt, bedeutet dies entgegen der früheren Rspr.⁵⁵ nicht automatisch, dass der Verbotsirrtum vermeidbar war. Mancher Rechtsirrtum ist nämlich selbst bei bestmöglicher Beratung unvermeidbar, das Schuldprinzip gebietet dann die Straflosigkeit.⁵⁶ Denkbar ist dies etwa bei einer nicht zu antizipierenden Rechtsprechungsänderung, die auch bei Einholen von Rechtsrat nicht zur Unrechtseinsicht geführt hätte.⁵⁷ Allerdings lässt es die Rspr. für die Annahme von Vermeidbarkeit genügen, wenn die (hypothetische) **Rechtsauskunft** dazu geführt hätte, dass dem Auskunft Suchenden zumindest die Möglichkeit unrechten Handelns bewusst geworden wäre. Gerade bei unklarer Rechtslage bedeutet das allerdings eine zweifelhafte Einschränkung der Entscheidungsmöglichkeiten für den Täter.⁵⁸

II. Konkrete Anforderungen an den Handelnden

1. Nachdenken. Zunächst geht es um die Frage, ob der Täter die Unrechtseinsicht durch die Mobilisierung seiner eigenen geistigen Kräfte im Wege des **Nachdenkens** erlangen konnte. Dies richtet sich nach den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des Täters sowie den konkreten Umständen der Tat.⁵⁹ Die Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe oder zu einem bestimmten Expertenkreis kann Rückschlüsse auf vorhandenes Wissen nahelegen. Gleiches gilt etwa für Bildungsstand, Sprachkompetenz und die Aufenthaltsdauer in Deutschland.⁶⁰ Dabei ist aber (dem Wesen der Bestimmung strafrechtlicher Schuld entsprechend) auf die Beibehaltung eines **individuellen Maßstabs** zu achten. So darf bei einem Verstoß gegen das WeinG nicht so weit gegangen werden, dass bei der Frage der Erkennbarkeit des Unrechts anstelle des Täters von vornherein in abstrakt-genereller Weise auf einen objektivierten sorgfältigen Weinbauern abgestellt wird.⁶¹

Gegenstand der Bemühungen des Betroffenen ist im Grundsatz die Übereinstimmung des Verhaltens mit der **hiesigen Rechtsordnung**.⁶² Die Vorstellungen einer anderen Werte- oder Rechtsordnung können aber berücksichtigt werden, wenn sie so fest ausgeprägt sind, dass sie die Einsicht in Bezug auf das hiesige Recht tatsächlich reduzieren. Im Einzelfall kann die Herkunft aus dem fremden Kulturkreis etwa dazu führen, dass für den Betroffenen keinerlei Anlass besteht, sich über Recht oder Unrecht seines Verhaltens zu vergewissern.⁶³

2. Erkundigung. Bleiben dem Täter trotz seines Nachdenkens Zweifel – und je mehr das tatbestandsmäßige Verhalten abseits des Kernstrafrechts liegt, desto eher wird dies der Fall sein⁶⁴ – trifft ihn eine **Erkundigungspflicht**.⁶⁵ Dieser kann insbesondere durch Einholen von Rechtsrat oder Eigenstudium von Rechtsprechung und juristischer Fachliteratur nachgekommen werden.

53 Vgl. *Roxin* AT I § 21 Rn. 38; s. zur generalpräventiven Deutung von § 17 auch *Kaspar* S. 716 f.; demgegenüber krit. etwa *LK/Vogel* Rn. 7 mwN.

54 So aber *NK-StGB/Neumann* Rn. 5. S. dazu auch *Kaspar*, S. 717.

55 BGH 27.1.1966 – KRB 2/65, BGHSt 21, 18 (21).

56 BayObLG 8.9.1988 – RReg. 5 St 96/88, NJW 1989, 1744 (1745).

57 *Roxin* AT I § 21 Rn. 36; s. auch *LK/Vogel* Rn. 46 (fehlender „Vermeidbarkeitszusammenhang“). Zu den Folgeproblemen dieser hypothetischen Perspektive s. *Puppe*, *Rudolph*-FS, S. 231 (237).

58 BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (31 f.); anders LG Düsseldorf 22.7.2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275 (3285), wo darauf abgestellt wird, dass der hypothetische Rechtsrat aufgrund der unklaren Rechtslage nicht zu einem eindeutig negativen Ergebnis geführt hätte. Auch die Rspr. des BGH ist in dieser Frage uneinheitlich, s. dazu näher *Cornelius* GA 2015, 101 ff.

59 *Roxin* AT I § 21 Rn. 37.

60 *Fischer* Rn. 8.

61 So aber BGH 20.3.1956 – 1 StR 498/55, BGHSt 9, 164 (172); zustimmend *Neumann*, BGH-FG IV S. 101 f.; dagegen zu Recht *Roxin* AT I § 21 Rn. 37; s. auch *LK/Vogel* Rn. 42 sowie *Raschke* NZWiSt 2013, 18 (20).

62 BGH 11.12.1952 – 5 StR 639/52, BGH NJW 1953, 430 (432).

63 *LK/Vogel* Rn. 101; vgl. weiter *Laubenthal/Baier* GA 2010, 205 ff.; *Valerius* NStZ 2003, 341 ff.

64 Vgl. OLG Stuttgart 26.6.2006 – 1 Ss 296/05, NJW 2006, 2422 (2423).

65 *Fischer* Rn. 9.

- 26 a) Einholen von Rechtsrat. Im Grundsatz gilt, dass verlässliche Rechtsauskünfte,⁶⁶ die das Unrecht der Handlung verneinen, zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum führen.⁶⁷ Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft selbst aus der Sicht des Täters verlässlich sein⁶⁸ (doppelte Verlässlichkeitsprüfung). Die erteilte Auskunft muss zunächst einen „unrechtsverneinenden Inhalt“ aufweisen.⁶⁹ Dabei darf „der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher sind zB sein Bildungsstand, seine Erfahrung und seine berufliche Stellung zu berücksichtigen“.⁷⁰ Erteilte Auskünfte müssen also nach der Rspr. kritisch überprüft werden, und bei Anhaltspunkten für die Unrichtigkeit der Auskunft muss ggf. erneuter Rechtsrat eingeholt werden.⁷¹ Derartige Anhaltspunkte liegen insbesondere vor, wenn „die Unerlaubtheit des Tuns entgegen der Auskunft bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist“.⁷² Gleiches gilt, wenn die Auskunft der dem Täter bekannten Auffassungen der Gerichte, Staatsanwaltschaften oder Behörden widerspricht.⁷³ Eine solche inhaltliche Prüfungskompetenz kann man juristischen Laien aber richtigerweise nur in begrenztem Umfang und nur bei konkreten Anhaltspunkten wie im zuletzt genannten Beispiel abverlangen.⁷⁴ Eine Auskunftsperson ist zuverlässig, wenn sie „eine zuständige, sachkundige, unvoreingenommene Person [ist], die mit der Erteilung der Auskunft keinerlei Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet“.⁷⁵ Dabei ist richtigerweise für die Beurteilung der Verlässlichkeit der Auskunftsperson (wie auch der erteilten Auskunft selbst) kein rein objektiver Maßstab anzulegen, sondern auf die subjektive Perspektive des Handelnden abzustellen.⁷⁶
- 27 Die Objektivität der Auskunftsperson setzt voraus, dass „keine Zweifel an ihrer Neutralität bestehen“.⁷⁷ Insbesondere bei internen Rechtsabteilungen oder Hausjuristen können sich hierbei Probleme ergeben, weil die Gerichte deren Auskünfte unter Umständen als „durch die eigenen wirtschaftlichen Interessen [...] beeinflusst“⁷⁸ sehen. Als solche erkennbare Gefälligkeitsgutachten begründen regelmäßig keinen unvermeidbaren Verbotsirrtum.⁷⁹ Diese sind meist oberflächlich und ersichtlich mangelhaft, so dass sie lediglich eine „Feigenblattfunktion“⁸⁰ erfüllen und keine Entlastung für den Täter bieten können. Bei komplexen Sachverhalten und schwierigen Rechtsfragen sollen nur schriftliche und detaillierte Gutachten für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum ausreichen.⁸¹
- 28 Der Rat eines Rechtsanwalts ist nach dem BGH „nicht ohne Weiteres bereits deshalb vertrauenswürdig, weil er von einer kraft ihrer Berufsstellung vertrauenswürdigen Person erteilt worden ist. Maßgeblich ist [auch hier], ob der Rechtsrat – aus der Sicht des Anfragenden – nach einer sorgfältigen Prüfung erfolgt und von der notwendigen Sachkenntnis getragen ist“.⁸² Dabei kann ua relevant sein, dass der Mandant schon früher verlässlichen Rechtsrat erhalten hat.⁸³ Dem Laien wird bei der Beurteilung der fachlichen Kompetenz oft nichts anderes übrig bleiben, als sich an der formalen Qualifikation und ggf. dem Titel des Beraters bei der Einschätzung der Zuverlässigkeit zu orientieren.⁸⁴ Damit schließen richtigerweise nur offensichtliche Mängel die Zuverlässigkeit eines Rechtsanwaltes aus, zB wenn ein Fachanwalt in einem für ihn (erkennbar) völlig fremden Rechtsgebiet zu komplexen Fragestellungen berät.
- 29 Als Auskunftsperson kommen auch die Amtsträger von Behörden in Betracht. Die Genehmigung einer Verwaltungsbehörde hat regelmäßig tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung; soweit dies je-

66 Vertiefend zum Einholen von Rechtsrat durch Anwälte und andere Experten *Eidam* ZStW 127 (2015), 120 ff.; *Gaede* HRRS 2013, 449 ff.; *Kudlich/Wittig* ZWH 2013, 253 ff. sowie bereits *Kirch-Heint/Samson* wistra 2008, 81 ff.

67 Vgl. nur BGH 13.9.1994 – 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257 (264); LK/Vogel Rn. 76.

68 *Gaede* HRRS 2013, 449 (454).

69 S. nur BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (29).

70 BGH 4.4.2013 – 3 StR 521/12, BGH NStZ 2013, 461.

71 OLG Frankfurt aM 14.7.2003 – 3 Ss 114/03, NStZ-RR 2003, 263.

72 OLG Frankfurt aM 14.7.2003 – 3 Ss 114/03, NStZ-RR 2003, 263.

73 LK/Vogel Rn. 86.

74 Vgl. *Neumann*, BGH-FG IV S. 105 f.

75 BGH 13.9.1994 – 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257 (264); BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (29).

76 S. dazu *Kudlich/Wittig* ZWH 2013, 253 (256).

77 MüKoStGB/Joecks Rn. 57.

78 BGH 1.12.1981 – KRb 5/79, BGHSt 30, 270 (277).

79 Vgl. BGH 4.4.2013 – 3 StR 521/12, BGH NStZ 2013, 461.

80 BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (30); BGH 4.4.2013 – 3 StR 521/12, BGH NStZ 2013, 461.

81 BGH 3.4.2008 – 3 StR 394/07, NStZ-RR 2009, 13 mwN sowie BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (30).

82 BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (30).

83 BGH 4.4.2013 – 3 StR 521/12, BGH NStZ 2013, 461.

84 S. dazu LK/Vogel Rn. 81; *Roxin* AT I § 21 Rn. 62.

doch nicht der Fall ist, kommt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum in Betracht.⁸⁵ Auch der Auskunft des für die jeweilige Branche zuständigen Fachverbands kann eine solche Wirkung zukommen.⁸⁶ Eine bloße **Duldung** des Verhaltens durch eine Behörde genügt jedoch nicht, soweit es sich nicht um eine konkludente Genehmigung bzw. Beurteilung des Verhaltens als rechtmäßig handelt.⁸⁷ Nicht zwingend erforderlich ist, dass die Auskunft vom richtigen Sachbearbeiter oder der in der Behördenhierarchie zuständigen Behörde erteilt wird.⁸⁸ Allerdings sind Auskünfte untergeordneter Behörden nicht verlässlich, wenn deren übergeordnete Behörde(n) oder Gerichte eine dem Täter bekannte andere Auffassung vertreten. Auch darf die Behörde aus der Sicht des Anfragenden **nicht offensichtlich unzuständig** sein.⁸⁹

b) **Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur.** Eine weitere Möglichkeit, der Erkundigungspflicht nachzukommen, ist es, die **höchstrichterliche Rspr.** zu dem fraglichen Verhalten zu studieren. Deren Handhabung hat eine maßgebliche Bedeutung für die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit.⁹⁰ Zur Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums bedarf es jedoch regelmäßig „eine[r] einheitlichen, die Strafbarkeit verneinende[n] Rspr.“.⁹¹ Problematisch ist eine **inkonsistente Rspr.**⁹² Insofern kann auf die Entscheidungen höherrangiger Gerichte vertraut werden.⁹³ Gibt es sich widersprechende Urteile gleichrangiger Gerichte, kann nicht ohne Weiteres auf das günstigere vertraut werden. In der Regel ist hier lediglich ein vermeidbarer Verbotsirrtum anzunehmen.⁹⁴ Zwar kann nicht von einer **gefestigten Rspr.** gesprochen werden, wenn lediglich die Entscheidung eines Amtsgerichtes vorliegt; dennoch kann hier – entgegen der Entscheidung des OLG Düsseldorf⁹⁵ – ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegen.⁹⁶ Daher ist es auch abzulehnen, wenn der BGH in einer Entscheidung aus jüngerer Zeit den Eindruck erweckt, dass bei **unklarer Rechtslage** schon allein das Fehlen einer höchstrichterlichen Rspr. der Annahme von Unvermeidbarkeit entgegensteht.⁹⁷ Ergänzend besteht die Möglichkeit, sich mithilfe von **Fachliteratur** zu erkundigen.⁹⁸ Allerdings muss dies tiefgehend erfolgen; das bloße Überfliegen eines Kommentars etc genügt nicht.⁹⁹ **Juristische Laien** müssen dabei stets in Rechnung stellen, dass ihnen je nach Komplexität des Falles die Fähigkeit fehlen wird, Rechtsfragen in hinreichend verlässlicher Weise selbst zu klären.¹⁰⁰ Aber auch **Rechtskundige** können sich je nach den Umständen des Falles nicht stets darauf verlassen, dass eine eigene Recherche ausreichend ist.¹⁰¹

III. Besonderheiten im Wirtschaftsstrafrecht

1. **Maßstäbe der Vermeidbarkeitsprüfung.** Auch im Wirtschaftsstrafrecht gilt § 17 im Ausgangspunkt ohne Einschränkung oder Besonderheiten. Bei der Ermittlung der Unrechtseinsicht sowie vor allem der Vermeidbarkeit im konkreten Fall lassen sich aber **zwei Charakteristika** von Wirtschaftsdelinquenz feststellen, die eine **gegenläufige Tendenz** aufweisen.¹⁰²

Einerseits handelt es sich bei den Normen des Wirtschaftsstrafrechts oft um die Regulierung von Bereichen, in denen sich die Akteure kraft ihrer besonderen **beruflichen Position** bewegen. Mehr als vom normalen Bürger bzw. Laien kann man von den handelnden Personen verlangen, dass sie sich eine entsprechende professionelle Expertise verschaffen und auch Kenntnis von den für sie relevanten Normen nehmen.¹⁰³ Das gilt (im Sinne einer Art **Übernahmeverschuldens**) auch bereits für den Beginn einer entsprechenden beruflichen

85 Vgl. nur (zu § 284 StGB) OLG Stuttgart 26.6.2006 – 1 Ss 296/05, NJW 2006, 2422 (2423); s. dazu auch LK/Vogel Rn. 71.

86 OLG Stuttgart 29.3.2012 – 1 Ss 142/12, NZWiSt 2014, 301 mAnm Nestler. Die Besonderheit dieses Falles war, dass die Auskunft erst nachträglich eingeholt wurde, aber vom OLG Stuttgart – konsequent – als relevant angesehen wurde, weil daraus Rückschlüsse auf den Inhalt einer hypothetischen Rechtsauskunft zum Tatzeitpunkt gezogen werden können.

87 Vgl. dazu Roxin AT I § 21 Rn. 64 mwN.

88 Hierzu und im Folgenden LK/Vogel Rn. 83.

89 BGH 2.2.2000 – 1 StR 597/99, BGH NSz 2000, 364; BGH NJW 1988, 272 (273).

90 MüKoStGB/Joeks Rn. 44.

91 BayObLG 16.11.1990 – RReg. 1 St 228/89, NJW 1991, 1493 (1496).

92 Vgl. LK/Vogel Rn. 66.

93 Roxin AT I § 21 Rn. 65.

94 Vgl. dazu Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 7.

95 OLG Düsseldorf 21.1.1981 – 5 Ss (OWi) 727/80 I, NJW 1981, 2478 (2479).

96 Vgl. Roxin AT I § 21 Rn. 65.

97 BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (28).

98 LK/Vogel Rn. 74.

99 Vgl. (in Bezug auf einen Verstoß gegen § 43 BRAO) BGH 23.2.1987 – AnwSt (R) 23/86, NJW 1987, 2451 (2452).

100 Roxin AT I § 21 Rn. 66.

101 LK/Vogel Rn. 76.

102 Vgl. die Darstellung bei Kudlich/Oglakcioglu Rn. 69 f.

103 BGH 2.4.2008 – 5 StR 354/07, BGHSt 52, 182 (190 f.); Normen des unmittelbaren beruflichen Bereichs; s. auch OLG Stuttgart 29.3.2012 – 1 Ss 142/12, NZWiSt 2014, 301 mAnm Nestler; GJW/Allgayer Rn. 13; Roxin AT I § 21 Rn. 54 und 57; Kudlich/Wittig ZWH 2013, 253 (255).

Tätigkeit;¹⁰⁴ fehlt die Normkenntnis dann zu einem späteren Zeitpunkt der Ausführung der entsprechenden Handlungen und kann sie in diesem Zeitpunkt auch nicht mehr rechtzeitig erlangt werden, ändert dies nichts an der Vorwerfbarkeit und damit Vermeidbarkeit der fehlenden Unrechtseinsicht. Schon die Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit bietet also im Grundsatz einen ausreichenden Anlass, sich über einschlägige rechtliche Vorschriften (auch über solche des Nebenstrafrechts)¹⁰⁵ zu erkundigen.

Dabei wird zu Recht davon ausgegangen, dass gerade bei Normen außerhalb des Kernstrafrechts das bloße Nachdenken (bzw. im Sinne der Rspr. die „Gewissensanspannung“) allein zu keinen klaren Ergebnissen führen wird. Hier gewinnt also die Pflicht, sich va durch Einholen von Rechtsrat zu erkundigen, an Bedeutung (s. dazu auch → Rn. 25 sowie speziell für den wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich unten → Rn. 35 ff.).¹⁰⁶

- 34 Andererseits wird (ebenso berechtigt) darauf hingewiesen, dass im Wirtschaftsstrafrecht als spezieller Materie mit vielen eher technischen Normen des Nebenstrafrechts auch eine Unkenntnis einzelner Verbotsnormen eher zu erwarten sei, als im Bereich des Kernstrafrechts.¹⁰⁷ Da die Sozialschädlichkeit des verbotenen Verhaltens hier oft weniger deutlich ausgeprägt ist,¹⁰⁸ und zurecht (auch in Bezug auf wirtschaftsstrafrechtliche Normen des StGB) über eine unsichere und unklare Rechtslage geklagt wird,¹⁰⁹ kann sowohl bei der Beurteilung der Vermeidbarkeit als auch bei der Gewährung der Strafmilderung gem. § 17 S. 2 ein großzügiger Maßstab angelegt werden.¹¹⁰ In der Tat gibt es in der Rspr. gewisse Tendenzen, im Bereich des Neben- bzw. Wirtschaftsstrafrechts den sonst üblichen strengen Maßstab bei der Beurteilung von Verbotsirrtümern im Sinne der (auch hier vertretenen) „weichen“ Schuldtheorie aufzugeben.¹¹¹ Das sollte man richtigerweise aber nicht auf Wirtschaftsdelinquenz beschränken, sondern tendenziell auf alle Straftaten außerhalb des Kernstrafrechts erstrecken (s. oben → Rn. 19). Gründe für eine Privilegierung allein der im Wirtschaftsleben Tätigen bestehen (schon aufgrund des eben erwähnten Experten-Arguments) nicht; komplexe und schwer durchschaubare Normen bzw. schwierige Rechtsprobleme finden sich auch in anderen Bereichen.
- 35 2. Die Bedeutung rechtlicher Gutachten. Im Bereich (potenzieller) Wirtschaftsdelinquenz kommt rechtlichen Gutachten (auch im Rahmen der Compliance-Beratung) große Bedeutung zu.¹¹² Diese sind nach der Rspr. wie sonstige Auskünfte einer doppelten Verlässlichkeitsprüfung zu unterziehen, die sich sowohl auf die Person des Auskunft Gebenden als auch auf die Auskunft selbst beziehen muss (s. oben → Rn. 26).¹¹³ Soweit für die Verlässlichkeit der Auskunftsperson von der Rspr. verlangt wird, dass diese „keinerlei Eigeninteresse“ aufweist (s. oben → Rn. 26), kann damit richtigerweise nur das Interesse an einem bestimmten Ergebnis des Gutachtens gemeint sein, aber nicht ein Interesse an der Erstellung des Gutachtens selbst. Denn dann wäre allein schon die übliche Vergütung für ein externes Gutachten ein Umstand, der der Verlässlichkeit entgegenstünde.¹¹⁴
- 36 Auch muss bei der von der Rspr. geforderten kritischen Überprüfung das regelmäßig bestehende Kompetenzgefälle zwischen Gutachtenersteller und Auftraggeber berücksichtigt werden, das in der Regel gerade Anlass der Einholung von Rechtsrat auch in Form eines Gutachtens ist. Ein inhaltlich mangelhaftes und juristisch unzutreffendes Gutachten kann daher vom Auftraggeber nicht ohne Weiteres erkannt werden¹¹⁵ – und eine allgemeine Pflicht zur Einholung eines weiteren Gutachtens, um diese Frage zu beurteilen, führt offensichtlich in einen unzumutbaren regressus ad infinitum. Aus diesem Grund ist auch die Forderung des BGH im Mannesmann-Verfahren nicht unproblematisch, wonach der Auftraggeber bei der Einholung von Rechtsrat „die richtigen Fragen“ stellen müsse.¹¹⁶ Das mag im vorliegenden Fall möglich gewesen sein,

104 Vgl. *Roxin AT I* § 21 Rn. 49 („Vorverschulden“).

105 *LK/Vogel* Rn. 39.

106 Vgl. etwa (zu § 284 StGB) *OLG Stuttgart* 26.6.2006 – 1 Ss 296/05, *NJW* 2006, 2422 (2423).

107 *Müller-Gugenberger/Bieneck/Niemeyer* § 18 Rn. 7.

108 S. dazu auch *Kaspar* in: *Bannenberg/Jehle, Wirtschaftskriminalität*, S. 135 ff.

109 Vgl. nur *Rübenstahl ZWH* 2013, 194; *Raschke NZWiSt* 2013, 20; *Eidam ZstW* 127 (2015), 120 f.

110 Vgl. nur *Sebster*, S. 153 ff.; *Nestler NZWiSt* 2014, 306 sowie (allgemein zum Nebenstrafrecht) auch *Roxin AT I* § 21 Rn. 10.

111 S. nur im *Mannesmann-Fall LG Düsseldorf* 22.7.2004 – XIV 5/03, *NJW* 2004, 3275 (3285); strenger dann aber *BGH* 21.12.2005 – 3 Str 470/04, *NJW* 2006, 522 (529). Andeutungsweise auch *OLG Stuttgart* 26.6.2006 – 1 Ss 296/05, *NJW* 2006, 2422 (2423) sowie *OLG Stuttgart* 29.3.2012 – 1 Ss 142/12, *NZWiSt* 2014, 301 mAnm *Nestler*. S. zu dieser Tendenz auch *LK/Vogel* Rn. 8 Fn. 5 mN sowie *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 69.

112 S. dazu näher *Kirch-Heim/Samson, wistra* 2008, 81; *Kudlich/Wittig ZWH* 2013, 253.

113 Näher *Kirch-Heim/Samson wistra* 2008, 81 (83 ff.).

114 *Kudlich/Wittig ZWH* 2013, 253 (256 f.).

115 S. auch *Kudlich/Wittig ZWH* 2013, 253 (259) sowie *Kirch-Heim/Samson wistra* 2008, 81 (83).

116 *BGH* 21.12.2005 – 3 Str 470/04, *NJW* 2006, 522 (529), insoweit nicht abgedruckt in *BGHSt* 50, 331 ff. S. dazu auch *Müller-Gugenberger/Bieneck/Niemeyer* § 18 Rn. 11. Konkret ging es um die vom Auftraggeber unterlassene Formulierung der Frage, ob eine ausschließlich durch den Wunsch des Begünstigten motivierte, dem Unternehmen keinen Vorteil bringende Prämienvergütung rechtlich zulässig ist, was nach Ansicht des BGH (aaO) „mit Sicherheit verneint“ worden wäre.

dürfte in vielen komplexeren Konstellationen aber eine Überforderung des (juristisch gerade nicht ausgebildeten oder zumindest nicht spezialisierten) Rat Suchenden sein.

Nach allem ist die Entscheidung des EuGH, wonach der Rechtsrat durch einen (externen) Anwalt „auf keinen Fall“ geeignet sei, ein rechtlich relevantes Vertrauen in die Vereinbarkeit einer Handlung mit dem europäischen Kartellrecht zu begründen, äußerst zweifelhaft.¹¹⁷

Richtigerweise führen nur solche Mängel eines Gutachtens, die auch für Nicht-Spezialisten erkennbar sind, zu weiteren Erkundungspflichten bzw. zur Vermeidbarkeit des Irrtums, wenn diesen nicht nachgekommen wird (s. bereits oben → Rn. 26 ff.).¹¹⁸ Als solche erkennbare „Gefälligkeitsgutachten“,¹¹⁹ die „eher zur Absicherung als zur Klärung“¹²⁰ bestellt werden, ändern nichts an der Vermeidbarkeit (s. bereits oben → Rn. 27). Der „gekaufte Verbotsirrtum“,¹²¹ von dem aus der Praxis zT gerade im Bereich der Wirtschaftsdelinquenz berichtet wird, ist also aus materiellrechtlicher wie prozessualer Sicht kein Selbstläufer. Hier gilt es allerdings noch klarere Kriterien zu entwickeln, wann ein solches unzuverlässiges Gefälligkeitsgutachten vorliegt.¹²²

Soweit interne Stellen (etwa die Compliance-Abteilung bzw. Rechtsabteilung oder Syndikusanwälte) um Auskünfte gebeten werden, steht dies der Verlässlichkeit nicht per se entgegen, eine entsprechende „Vermutung der Unzuverlässigkeit“ ist daher abzulehnen;¹²³ allerdings wird hier stets das „eigene Interesse“ genau zu prüfen sein. Das gilt erst recht, wenn geschäftliche Partner und andere Stellen, die unmittelbar von der fraglichen wirtschaftlichen Handlung profitieren, um Rat gebeten werden.¹²⁴ Solche Auskünfte werden üblicherweise nicht verlässlich sein und daher keinen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründen können.

D. Rechtsfolgen

Wird (nach den bisherigen Maßstäben der Rspr: eher ausnahmsweise) die Unvermeidbarkeit des Irrtums bejaht, ist die Schuld gem. § 17 S. 1 ausgeschlossen. Der Handelnde selbst bleibt straflos, allerdings bleibt die Möglichkeit der Bestrafung von Anstiftern und Gehilfen bestehen. Auch besteht die Möglichkeit einer Strafbarkeit in mittelbarer Täterschaft, wenn der Irrtum vom „Hintermann“ gezielt gesteuert wird (s. → § 25 Rn. 24, auch zur Sonderkonstellation der mittelbaren Täterschaft bei vermeidbarem Verbotsirrtum).

War der Irrtum vermeidbar, bleibt es bei der Strafbarkeit des Irrenden. Das Gesetz eröffnet lediglich die Möglichkeit, den Strafrahmen nach § 17 S. 2 iVm § 49 Abs. 1 zu mildern. Das diesbezügliche pflichtgemäße Ermessen des Gerichts richtet sich dabei nur nach Erwägungen, die auf die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bezogen sind; eine „Gesamtbetrachtung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit“ ist nicht statthaft.¹²⁵

Dass trotz fehlender Unrechtseinsicht auch die Möglichkeit einer Bestrafung aus dem ungemilderten Strafrahmen besteht, ist nach dem BVerfG mit dem Grundgesetz vereinbar und stellt weder einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen das Schuldprinzip dar.¹²⁶ Dem kann man zustimmen, wenn man auf die Möglichkeit einer Berücksichtigung des Irrtums im Rahmen der konkreten Strafzumessung verweist, auf die dann nicht verzichtet werden darf. Dennoch wäre de lege ferenda die Einführung einer obligatorischen Strafmilderung aus straftheoretischen Gründen geboten.¹²⁷ Denn auch der im vermeidbaren Verbotsirrtum Handelnde zieht ein geringeres spezial- wie generalpräventives Strafbedürfnis nach sich, dem man auf diese Weise Rechnung tragen sollte. Kriminalpolitisch vertretbar ist das allemal; denn auch die Aussicht auf obligatorische Strafmilderung ist nach den empirischen Erkenntnissen der Generalpräventionsforschung kein erhöhter Tatanreiz.

117 EuGH 18.6.2013 – C-681/11, NJW 2013, 3083; dazu auch Lackner/Kühl/Heger/Kühl Rn. 7.

118 S. auch Kudlich/Wittig ZWH 2013, 253 (258).

119 S. dazu im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext auch Kudlich/Wittig ZWH 2013, 253 (257).

120 BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (30).

121 S. dazu Dabs, Strauda-FS, 2006, S. 99 ff.; Eidam ZStW 127 (2015), 120 (129).

122 Vgl. die Ansätze bei Eidam ZStW 127 (2015), 120 (140 f.).

123 Vgl. die Nachweise zu dieser umstrittenen Frage bei Kudlich/Wittig ZWH 2013, 253 (257 mit Fn. 42). S. auch Raschke NZWiSt 2013, 18 (20) sowie Kirch-Heim/Samson wistra 2008, 81 (84).

124 S. BGH 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 (29) sowie Kudlich/Wittig ZWH 2013, 253 (257) mwN.

125 Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster Rn. 26.

126 BVerfG 17.12.1975, 1976 I 48 – 1 BvL 24/75, BVerfGE 74, 121 = NJW 1976, 413.

127 S. Kaspar S. 717 sowie Roxin AT I § 21 Rn. 71, der bereits de lege lata eine einschränkende Auslegung fordert.