

In seinem in dieser Zeitschrift erschienenen 23 Seiten starken Aufsatz „Tatumstands- und Verbotsirrtum“ vertritt Herzberg eindringlich die These, dass zu den Tatumständen, deren Kenntnis § 16 Abs. 1 S. 1 StGB für die Annahme von Vorsatz voraussetzt, auch diejenigen gehören, die die Tat überhaupt erst zum Unrecht machen, womit auch die „Entstehung und Existenz des verpflichtenden Gesetzes“ gemeint ist.<sup>1</sup> Wohl unwissentlich schließt sich Herzberg damit einer Auffassung an, die im ausgehenden 19. Jahrhundert bereits vertreten wurde, prominent unter anderen von Binding. Schon damals wurde ihr die Unvereinbarkeit mit der *lex lata* entgegengehalten. Unser Beitrag möchte darlegen, dass dieser Einwand auch für die heutige Gesetzesfassung Stich hält.

### I. Die klare Historie

#### 1. Eine kurze Skizze der Entstehungsgeschichte von § 17 StGB

Bekanntermaßen war die einzige Irrtumsregelung, die das (R)StGB von 1871 bis 1975 in seinem Allgemeinen Teil enthielt, die des § 59, worin es in Abs. 1 hieß:

„Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.“

Die Auswirkungen einer allfälligen Unkenntnis der Rechtslage wurden hingegen nicht geregelt. Dass aber diese Entscheidung auf einem „beredten Schweigen“ des Gesetzgebers beruhte, wird deutlich, wenn man die Normgenese ins Auge fasst.<sup>2</sup> § 59 des RStGB geht zurück auf § 59 des StGB für den Norddeutschen Bund, das (nicht nur) mit dieser Regelung dem StGB für die Preußischen Staaten folgte.<sup>3</sup> Dieses aber ging, wie die Materialien zeigen, eindeutig von dem damals herrschenden Grundsatz aus: *error vel ignorantia iuris nocet*.<sup>4</sup> Dementsprechend entschied das RG bereits 1880, dass der Verbotsirrtum unbeachtlich sei und begründete dies knapp

mit der Gesetzesgenese.<sup>5</sup> Neben der kriminalpolitischen Erwägung, dass eine Berücksichtigung des Verbotsirrtums der Geltungskraft der Strafgesetze abträglich sein könnte,<sup>6</sup> bestand das einzige sachliche Argument, auf das jene Parömie gestützt wurde, im Wesentlichen darin, dass die Kenntnis der strafbewehrten Verbote und Gebote allgemein unterstellt werden könne und es, wie teilweise ergänzt wurde, in der Regel von Schlechtigkeit des Charakters zeuge, nicht mit ihnen vertraut zu sein.<sup>7</sup> Eine Präsomption, die ab einer gewissen Komplexität der Normenordnung schon immer fragwürdig war,<sup>8</sup> und die angesichts der stetig betriebenen Ausweitung des (Neben-)Strafrechts immer fragwürdiger wurde.

Hinzu kam, dass die Schwierigkeiten, die das Unterscheiden zwischen unbeachtlichem Rechtsirrtum und beachtlichem Irrtum über Tatumstände insbesondere bei „normativen Tatbestandsmerkmalen“<sup>9</sup> bereitete, nicht wenige veranlasste, sie für undurchführbar oder wenigstens willkürlich zu halten.<sup>10</sup> Infolgedessen fanden sich trotz der recht eindeutigen Gesetzeshistorie zahlreiche prominente Strafrechtler, die nicht gewillt waren, diese Härten des Gesetzes hinzunehmen, und deshalb dafür votierten, das Unrechtsbewusstsein generell als Vorsatzvoraussetzung zu behandeln. Namentlich *Binding* und seine Gefolgsleute waren darum bemüht, nachzuweisen, dass zum Vorsatz auch die Kenntnis der jeweiligen mit Strafe bewehrten Verhaltensnorm gehörte. Ausgehend von ihrem imperativen Rechtsverständnis sahen sie die Straftat wesentlich als Ungehorsam oder Unbotmäßigkeit gegen das Gesetz: Von Ungehorsam lasse sich aber nur dann sprechen, wenn die Norm, der gegenüber Gehorsam geschuldet wird, bekannt ist.<sup>11</sup> Um diese normentheoretische Überlegung mit der *lex lata* in Einklang zu bringen, wurde seinerzeit die nunmehr von *Herzberg* verfochtene These vertreten, dass zu den Umständen, deren Kenntnis § 59 RStGB für den Vorsatz voraussetzte, auch die dem Strafgesetz vorausgehende Verhaltensnorm, d.h. der Umstand des Verbotenseins der jeweiligen

<sup>5</sup> RGSt 2, 268 (269).

<sup>6</sup> Siehe nur v. *Schwarze*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1879, N. 13 (S. 233).

<sup>7</sup> Vgl. die Darstellung bei v. *Bar* (Fn. 4), § 197 (S. 382 f.), § 202 (S. 389 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. nur *Hälschner*, Das Preußische Strafrecht, Bd. 2, 1858, S. 35 f.

<sup>9</sup> So erstmals genannt von *M.E. Mayer*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 182 ff.

<sup>10</sup> Vgl. etwa: *Allfeld*, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1903, S. 16 f.; *Olshausen*, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1916, § 59 Rn. 30.

<sup>11</sup> Vgl. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2/1, 2. Aufl., 1914, S. 144 ff.; *Oetker*, Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1876, zit. nach GS 93 (1926), 37 ff., 76 f. Zum Zusammenhang von imperativem Rechtsverständnis und Irrtumsdogmatik schon *Radbruch*, SJZ 1947, Sp. 633 (634).

\* *Sören Lichtenthäler* ist Akad. Rat a.Z. an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Lehrstuhl Prof. Dr. Erb), *Jörg Scheinfeld* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Rechtsphilosophie an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

<sup>1</sup> *Herzberg*, ZfStw 3/2022, 253 (256).

<sup>2</sup> Hierzu nur *Frank*, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen, 1907, S. 519 (537 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Juli 1869, S. 105.

<sup>4</sup> *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, Theil 1, 1851, S. 434; *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1871, Anm. 8 zu § 59; v. *Bar*, Gesetz und Schuld, Bd. 2, 1907, § 197 (S. 384).

Handlung, gehöre.<sup>12</sup> So heißt es bei *Binding* etwa, „dass nach allen Grundsätzen der Auslegung das Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit bei jeder strafbaren Handlung zu den ‚Tatumständen‘ gezählt werden muss, die ‚zu ihrem gesetzlichen Tatbestande gehören‘.“<sup>13</sup> Noch weiter war zuvor *Ortmann* gegangen, der, ohne wie *Binding* zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen zu differenzieren, meinte, bei der Strafandrohung handele es sich um „ein allen Verbrechen gemeinsames objectives Tatbestandsmerkmal“ und hieraus die Konsequenz zog, „daß Derjenige, welchem Dolus zur Last gelegt werden soll, bei seiner Handlung die Strafbarkeit derselben gewußt [...] haben muß.“<sup>14</sup> Die Begründung hierfür nimmt ebenfalls ein zentrales Argument *Herzbergs* vorweg, denn so *Ortmann*: „Auch die Strafandrohung ist eine Tatsache, und zwar eine für den generellen Begriff des Verbrechens [...] wesentliche Tatsache [...]. Auch der s. g. Rechtsirrtum im e. S. bildet sonach, bei Licht betrachtet, nicht den Gegensatz zum s. g. factischen Irrthum, sondern einen Fall desselben.“<sup>15</sup> Dass einer solchen Auslegung der eindeutige gesetzgeberische Wille entgegenstand, wurde trotz der klaren Normgenese gelehnt und behauptet, dass das Fehlen einer expliziten Regelung der Unbeachtlichkeit des Verbotsirrtums im RStGB eine Regelungslücke darstelle, die geschlossen werden könne bzw. müsse.<sup>16</sup> So entgegnet *Binding* auf den Hinweis, dass bei den Beratungen des RStGB nicht auch nur eines der Mitglieder auf den Gedanken gekommen wäre, das Verbotensein zu den Tatumständen des § 59 zu zählen,<sup>17</sup> schlicht, dies spreche zwar nicht für die Mitglieder, aber doch nicht gegen das Gesetz, und argumentiert in objektiv-teleologischer Manier: „Es ist doch ein wahrer Segen, wenn dies klüger ist als seine im Vorurteil vielleicht befangenen Schöpfer.“<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Vgl. *Binding* (Fn. 11), S. 144 ff.; *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, S. 281 ff., 285 ff., 299 ff.; *Oetker* (Fn. 11), S. 37 ff., 76 f.; *Ortmann*, GS 29 (1878), 241 (244 f., 267); *Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 137 ff.

<sup>13</sup> *Binding* (Fn. 12 – Normen III), S. 309. Ebenso bereits *ders.*, GS 81 (1913), 19 (58): „So gehört denn auch [...] das Moment der Rechtswidrigkeit zu den unentbehrlichen Merkmalen des ‚gesetzlichen Tatbestandes‘ bei jeder rechtswidrigen Handlung.“

<sup>14</sup> *Ortmann*, GS 29 (1878), 241 (244).

<sup>15</sup> *Ortmann*, GS 29 (1878), 241 (267).

<sup>16</sup> *Binding*, GS 81 (1913), 19 (53 f.); *ders.* (Fn. 11), S. 141 ff.; *ders.* (Fn. 12 – Normen III), S. 279 ff., 303 ff. Auch *Hälschner* meinte, die Praxis sei trotz des klaren Willens des Gesetzgebers nicht gebunden, weil dieser keinen eindeutigen Niederschlag im Gesetz gefunden habe (Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 256). Ähnlich: *Allfeld* (Fn. 10), S. 16; *Schwartz*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914, N. 12 f) zu § 59 (S. 195); *Olshausen*, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1916, § 59 Rn. 30.

<sup>17</sup> v. *Schwarze* (Fn. 6), § 59 Fn. 4 (S. 233).

<sup>18</sup> *Binding* (Fn. 12 – Normen III), S. 306; ebenso schon: *ders.*, GS 81 (1913), 19 (54 ff.).

Dieser von *Welzel* im Nachhinein so genannten Vorsatztheorie<sup>19</sup> erteilte der BGH in seiner berühmten Entscheidung vom 18.3.1952 zwar eine Absage. Auf Grundlage der von ihm nunmehr adaptierten „Schuldtheorie“ maß er dem Unrechtsbewusstsein jedoch Schuldrelevanz bei und verwarf daher, entgegen dem von ihm klar erkannten und benannten Willen des historischen Gesetzgebers, die strikte Geltung des Satzes *error iuris nocet* als für mit dem Schuldprinzip unvereinbar.<sup>20</sup> Stattdessen stellte der *Große Senat* den Rechtssatz auf, dass der unverschuldete Verbotsirrtum die Schuld ausschließe und der verschuldete zumindest zur Strafmilderung berechtige.<sup>21</sup> Ob sich diese Lösung noch im Rahmen der zulässigen Rechtsfortbildung bewegte, ob sie *praeter* oder *contra legem* war,<sup>22</sup> dürfte davon abhängen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang man eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung für zulässig erachtet. Die Frage kann an dieser Stelle zunächst noch auf sich beruhen, da der Gesetzgeber die Lösung des BGH 1969 durch Einführung des (1975 in Kraft getretenen) § 17 StGB kodifizierte und sich hierdurch, wie den Gesetzesmaterialien deutlich zu entnehmen ist, eindeutig der „Schuldtheorie“ anschloss.<sup>23</sup> Diese erachtete das BVerfG in seiner berühmten Entscheidung vom 17.12.1975 für mit dem Schuldprinzip vereinbar.<sup>24</sup>

## 2. Konsequenzen

Wie sich aus diesem kurzen Abriss der allenthalben bekannten Entstehungsgeschichte der Regelungen der §§ 16, 17 StGB ergibt, entspricht es dem unzweifelhaften und vom BVerfG als verfassungsgemäß sanktionierten Willen des Gesetzgebers, dass ein Irrtum über das Recht nur bei Unvermeidbarkeit die Schuld ausschließt, während eine entsprechende Differenzierung in § 16 Abs. 1 S. 1 StGB fehlt, die Unkenntnis eines Umstandes, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, mithin stets – mag sie auch auf empörender Gleichgültigkeit beruhen – dem Vorsatz entgegensteht. Diese Ungleichbehandlung mag man kritisieren. Die Heranziehung des historischen Auslegungskontextes ergibt aber, dass sie gesetzlich gewollt war und dass also zwischen Tatumständen und dem gesetzlichen Tatbestand selbst, zwischen wie auch immer verstandenen „Tatsachen“ und deren rechtlicher Bewertung unterschieden werden muss. Dies wäre unmöglich, wenn, wie *Herzberg* meint, die Existenz des rechtlichen Ver-

<sup>19</sup> *Welzel*, SJZ 1948, Sp. 369.

<sup>20</sup> BGHSt 2, 194 (198 f., 201 ff.).

<sup>21</sup> BGHSt 2, 194 (208 ff.).

<sup>22</sup> *Heger*, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 16 (2015), S. 189, beurteilt die Entscheidung als Rechtsfortbildung *praeter legem*.

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. V/4095, S. 9 f.; BT-Drs. IV/650 (= E-62), S. 135. Näher hierzu *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 281 ff., mit durchgreifender Kritik zu abweichenden Interpretationen des gesetzgeberischen Willens. Siehe zur Genese der §§ 16, 17 StGB außerdem noch *Wolf*, Error facti et error iuris, 2020, S. 39 ff. m.w.N.

<sup>24</sup> BVerfGE 41, 121.

bots bzw. des gesetzlichen Tatbestands seinerseits ein Umstand wäre, der zu diesem gesetzlichen Tatbestand gehört, weil dann, was er ja auch selbst als Vorzug seiner Lösung herausstellt, jeder Irrtum über die Existenz des strafbewehrten Verbots den Vorsatz ausschliesse. Dagegen greift das, was man seinerzeit *Binding* und anderen entgegengehalten hat: Ihr Ansinnen mag normentheoretisch und rechtspolitisch plausibel sein, allein sie ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar.<sup>25</sup>

## II. Der Wortlaut des § 16 StGB

Der dahingehende Gesetzgeberwille drückt sich denn auch im Wortlaut der Vorschrift zum Tatumstandsirrtum deutlich aus. Ohne Vorsatz handelt gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nur, wer bei seinem Verhalten einen Umstand nicht kennt, der „zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Schon im ersten Zugriff erstreckt sich das, was zum Tatbestand zählt, entgegen *Herzberg* nicht auf das Verabschieden des Verbotsgesetzes selbst. Der Umstand der Gesetzesverabschiedung „gehört“ selbst nicht zum Tatbestand, sondern schafft diesen vielmehr bloß. Auch die Existenz des Verbots gehört nicht zum Tatbestand. Bestätigt findet sich diese Lesart in § 16 Abs. 2 StGB, dem die Aussage zu entnehmen ist: Umstände „verwirklichen“ den Tatbestand.<sup>26</sup> Die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände bilden danach diejenigen, die den Tatbestand erfüllen. Für den Vorsatz bedeutsam sind folglich nur diejenigen tatsächlichen Umstände, die von den gesetzlichen Merkmalen beschrieben werden. Zu ihnen zählt nicht der Umstand, dass ein Verbotsgesetz (mit solch einer Umschreibung des Tatgeschehens) vom Parlament verabschiedet worden ist. Dabei handelt es sich vielmehr um einen vortatbestandlichen Umstand.<sup>27</sup>

## III. Bestätigung in der Systematik

Unter systematischen Gesichtspunkten liefe die Ansicht *Herzbergs* zudem darauf hinaus, dass § 17 StGB weitestgehend überflüssig wäre. Zwar hätte nach seiner Auslegung, wonach jeder Tatumstandsirrtum zugleich auch das Unrechtsbewusstsein ausschließt, § 17 S. 2 StGB in Fällen der unbewussten Fahrlässigkeit immerhin nach wie vor einen, wenn auch, was seine praktischen Auswirkungen betrifft, recht überschaubaren, potentiellen Anwendungsbereich.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Vgl. nur v. *Bar* (Fn. 4), § 190 (S. 373 ff.); *Frank* (Fn. 2), S. 539 f.; *ders.*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, Anm. III zu § 59 (S. 182).

<sup>26</sup> *Herzberg/Hardtung*, JuS 1999, 1073 re. Sp. oben.

<sup>27</sup> Vgl. auch schon: *M.E. Mayer* (Fn. 9), S. 263 f.

<sup>28</sup> Wendete man § 17 S. 2 StGB auf Fälle unbewusster Fahrlässigkeit an, so hätte dies – weil die allermeisten Fahrlässigkeitsdelikte nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht sind – gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB lediglich zur Folge, dass die maximal mögliche Strafe auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes reduziert würde. Da die Strafrahmen in praxi aber ohnehin nur in den seltensten Fällen einmal ausgeschöpft werden, dürfte sich dies de facto kaum auswirken, zumal die Frage, ob bewusste oder unbewusste Fahrlässigkeit vorliegt, bereits unabhängig von

§ 17 S. 1 StGB dagegen liefe leer, weil auf Grundlage des *Herzbergschen* Vorschlags kein Fall denkbar ist, in dem der Täter unvermeidlich, d.h. nicht fahrlässig, über das Verbotensein seines Tuns irrt, aber gleichwohl vorsätzlich oder fahrlässig handelt.<sup>29</sup> Nun meint *Herzberg*, § 17 S. 1 StGB sei ohnehin überflüssig, denn: „Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden, dann war sein irrtumsbedingtes Verhalten Schaffung eines ‚erlaubten Risikos‘ und also kein Unrecht.“<sup>30</sup> Mit anderen Worten: Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums schließt danach schon den objektiven Tatbestand des jeweiligen Delikts, das Unrecht der Tat, aus. Auch diese Auffassung, die letztlich darauf hinausliefe, dass Rechtswidrigkeit und Schuld nicht mehr getrennt würden, lässt sich schon bei *Binding* finden. Er begründete sie damit, dass der Gesetzgeber seine Verhaltensnormen nur an diejenigen adressieren könnte, die auch imstande sind, sie zu verstehen und zu befolgen, sprich: an Zurechnungsfähige (denn: *ultra posse nemo obligatur*).<sup>31</sup> Auch heute erfreut sich die These, wonach schuldloses Unrecht eine Unmöglichkeit sei, (wieder) einer gewissen Beliebtheit.<sup>32</sup> Indes: Unabhängig davon, ob sie in normen- oder verbrechenstheoretischer Hinsicht zutrifft oder nicht, auf Ebene des geltenden Rechts liegen die Dinge offensichtlich anders. Denn zum einen setzt § 17 S. 1 StGB die bestrittene Unterscheidung voraus, und es lässt sich ja auch ohne weiteres sagen, dass jemand *objektiv* ein unerlaubtes Risiko geschaffen habe, sein Verhalten also als Unrecht zu bewerten sei, *er* aber die Unerlaubtheit seines Verhaltens *subjektiv* nicht habe erkennen können, weshalb ihm hinsichtlich seiner Bewertung des eigenen Verhaltens kein Vorwurf

---

der Anwendbarkeit der §§ 17 S. 2, 49 StGB einen Strafzumessungsgrund darstellt (siehe nur *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 205).

<sup>29</sup> Anders liegen die Dinge, wenn man unter § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zwar ebenfalls den Verbotsirrtum subsumiert, diesen aber begrifflich vom Irrtum über Tatumstände unterscheidet. Denn dann unterfallen dem Anwendungsbereich von § 17 StGB immerhin noch die aufgrund von Tatumstandsirrtümern fahrlässigen Taten – vgl. *Schmidhäuser*, JZ 1979, 361 (369); *Langer*, GA 1976, 193 (214 f.); zur Kritik nur *Kuhlen* (Fn. 23), S. 276 ff.

<sup>30</sup> *Herzberg*, ZfIStw 3/2022, 253 (262).

<sup>31</sup> Vgl. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 1. Aufl. 1872, S. 135 ff. *Binding* relativierte diese Auffassung allerdings später wieder, vgl. *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl., S. 245 ff. (251 f.).

<sup>32</sup> Siehe etwa: *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 81 ff.; *Pawlik*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 133, *Rostalski*, in: A. Schneider/M. Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 105 mit zahlreichen Nachw. zur Diskussion. Kritisch hierzu *Kindhäuser*, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 351 (353 ff.).

zu machen sei.<sup>33</sup> Beruht solches Fehlen der Unrechtseinsicht auf einem bestimmten biologisch-pathologischen Defizit, schließt § 20 StGB erst die Schuld aus; fehlt die Unrechtseinsicht dem gesunden Täter unvermeidbar, schließt § 17 S. 1 StGB erst die Schuld aus. – Strukturell liegt die Sache nicht anders als bei dem Bejahen eines Unrechts, das nicht zu begehren dem Täter unzumutbar war. Zwar begegnen uns auch insoweit negierende Stellungnahmen, etwa zur Einordnung der Zumutbarkeit schon im Tatbestand des unechten Unterlassens: „[...] eine *Rechts-Pflicht*, deren Erfüllung *von Rechts wegen* nicht zumutbar ist, wäre ein Widerspruch in sich.“<sup>34</sup> Das Gesetz hingegen gibt in § 35 Abs. 1 S. 2 StGB zu erkennen, dass dies sehr wohl vorkommt, beispielsweise wenn jemand Unrecht begeht zur Abwendung einer ihm unzumutbaren Eigengefährdung.

Zum anderen erhellt aus den Maßregeln der Besserung und Sicherung, dass es rechtswidrige Taten gibt, die schuldlos begangen wurden (mag auch aus einer strafrechtstheoretischen Perspektive strafrechtliches Unrecht erst dann vorliegen, wenn es dem Täter auch subjektiv zurechenbar ist). Die vermeintliche Irrelevanz von § 17 S. 1 ist also nicht vom Streit der Irrtumslehre ganz unabhängig, wie *Herzberg* behauptet:<sup>35</sup> Geht man mit dem historischen Gesetzgeber von der „Schuldtheorie“ aus, setzt man banalerweise einen, wie immer zu fassenden, Unterschied zwischen Tatvorsatz und Unrechtsbewusstsein voraus. Es gäbe dann Fälle tatvorsätzlichen Handelns ohne Unrechtseinsicht und § 17 S. 1 StGB wäre nicht überflüssig, sondern würde gerade solche Taten regeln. Klassifiziert man demgegenüber entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers jeden Irrtum über das Recht als Irrtum über einen Tatumstand i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, hätte § 17 S. 1 StGB keinen Anwendungsbereich mehr.

*Herzbergs* Wiederbelebung der Vorsatztheorie durchkreuzt das gesetzgeberische Programm auch auf dem Feld der Einziehung. Setzt § 73 StGB für die Einziehung doch voraus, dass jemand Vermögenswerte „durch eine rechtswidrige Tat [...] erlangt“. Mit „rechtswidrige Tat“ ist nur ein Verhalten erfasst, das den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB). Und da in vielen Deliktgruppen fahrlässiges Verhalten nicht unter Strafe steht, führt das Verneinen der Tatbestandsmäßigkeit, indem bei bloßem Fehlen der Unrechtseinsicht der Vorsatz verneint wird, zur Verneinung eben dieser Einziehungsvoraussetzung. Das dürfte bei Deliktgruppen, in denen naturgemäß zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und erlaubtem Geschäftsgebahren zu trennen ist, weite Möglichkeiten von schwer widerlegbaren Schutzbehauptungen bieten und damit zugleich die Einziehung beschneiden, was dem aktuell sehr auf Einziehung versessenen Gesetzgeber nicht gefallen, vielmehr seinem Willen widersprechen dürfte.

<sup>33</sup> Vgl. näher *Kindhäuser* (Fn. 32), S. 351 (354 f., 358 f., 364 und passim).

<sup>34</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl., 2022, § 13 Rn. 81. *Hervorhebung* im Original.

<sup>35</sup> *Herzberg*, ZfIStw 3/2022, 253 (262).

#### IV. Vorsatztheorie im Wege verfassungskonformer Rechtsfortbildung?

Es kann nicht verwundern, dass sich in Wortlaut und Systematik klare Bestätigungen für einen Gesetzgeberwillen finden, der schon historisch eindeutig belegt ist. Angesichts der recht deutlichen Befunde hinsichtlich des einfachen Rechts gäbe es nur noch eine denkbare Möglichkeit, die *Herzbergsche* Rehabilitierung der Vorsatztheorie zu retten. Erstens müsste nachgewiesen werden, dass die den Irrtum betreffenden Regelungen verfassungswidrig sind, und darauf aufbauend müsste es zweitens legitim sein, das (Straf-)Recht dergestalt verfassungskonform fortzubilden. *Herzberg* scheint in der Sache davon auszugehen, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Anwendung von § 17 StGB zum einen das Schuldprinzip, also Art. 1 Abs. 1 GG, verletze und zum anderen zu willkürlichen, weil sachgrundlosen Ungleichbehandlungen wesentlich gleichgelagerter Fälle nötige (Art. 3 Abs. 1 GG).<sup>36</sup>

Was das Schuldprinzip betrifft, erscheint zu seiner Wahrung eine Rechtsfortbildung nicht erforderlich, weil die von *Herzberg* monierten Konsequenzen des § 17 StGB – sollten sie denn trotz der für die Rechtsanwendung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG bindenden Entscheidung des BVerfG<sup>37</sup> gegen das Schuldprinzip verstoßen – sich schlicht dadurch verhüten ließen, dass man weniger strenge Maßstäbe an die Frage der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums legt. Zwar erweckt *Herzberg* mitunter den Eindruck, als störe er sich bei den von ihm gebildeten Fällen bereits daran, dass überhaupt eine vorsätzlich-rechtswidrige Tat vorliegen soll.<sup>38</sup> Unterscheidet man aber den Vorsatz vom Unrechtsbewusstsein und „entnormativiert“ man ihn insoweit, dann entspräche eine solche Feststellung schlicht den normativen Gegebenheiten,<sup>39</sup> zumal dem Handelnden sein Tun, mangels Unrechtsbewusstseins, ja gerade nicht vorgeworfen wird.<sup>40</sup>

Was den Einwand nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Fälle betrifft, so meint *Herzberg* nicht etwa bloß, dass eine Differenzierung zwischen Tatumstandskennntnis und Unrechtsbewusstsein in Grenzbereichen undurchführbar und deshalb willkürlich sei, sondern dass sie sub specie subjektiver Zurechnung ganz generell

<sup>36</sup> *Herzberg*, ZfIStw 3/2022, 253 (264).

<sup>37</sup> BVerfGE 41, 121; zur Bindungswirkung dieser Entscheidung *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 145 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *Herzberg*, ZfIStw 3/2022, 253 (253 Sp. l., 258 Sp. r., 266 Sp. l., 268).

<sup>39</sup> Umso mehr gälte dies, wenn man diese „Entnormativierung“ so weit treibe, wie *Wolf* (Fn. 23), S. 3 und passim, es vorschlägt.

<sup>40</sup> Zwischen dem Vorliegen einer vorsätzlichen Tat und ihrer Vorwerfbarkeit differenziert *Herzberg* terminologisch nicht immer, siehe nur *ders.*, ZfIStw 3/2022, 253 (253): „Die Frage (scil.: nach der Erkenntnis der tatbestandsrelevanten Umstände) zu bejahen hieße den Studenten eine vorsätzlich begangene Straftat vorwerfen [...]“; (258): „Mir ist klar, dass *Wolf* einen error iuris annähme und den Geschwistern die Tat als vorsätzliche Deliktsbegehung vorwürfe“; (266): „Vorwurf der vorsätzlichen Steuerhinterziehung“; (268 re. Sp. oben).

eines Sachgrunds entbehre.<sup>41</sup> Der strafrechtstheoretischen Berechtigung einer solchen, ansonsten vor allem von *Jakobs* und seinen Schülern vertretenen,<sup>42</sup> Rehabilitierung des *dolus malus* möchten wir hier nicht nachgehen und uns stattdessen auf die Frage konzentrieren, ob es – einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG unterstellt – zulässig wäre, ihn durch Fortbildung des geltenden Rechts zu beseitigen. In der Sache, wenn auch nicht immer explizit, wird die Möglichkeit verfassungskonformer Rechtsfortbildung zwar anerkannt.<sup>43</sup> Ihre Grenzen findet sie allerdings, wie jede Rechtsanwendung, dort, wo Wortlaut und Zweck des Gesetzes missachtet werden.<sup>44</sup> In den Worten des BVerfG: „Ein Normverständnis, das in Widerspruch zu dem klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers steht, kann auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung nicht begründet werden.“<sup>45</sup> Der Grund hierfür liegt auf der Hand: „Anderenfalls würde das Bundesverfassungsgericht [scil.: wie jeder andere Rechtsanwender auch] der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorgreifen.“<sup>46</sup> Nun hat sich das BVerfG freilich selbst nicht immer an diese Vorgaben gehalten, weshalb man seiner Rechtsprechung Widersprüchlichkeit vorhalten kann.<sup>47</sup> Doch das verschlägt nichts in der Sache: Eine Fortbildung des Rechts gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers ist judikative Usurpation legislativer Kompetenz und verstößt daher gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Aus demselben Grund darf Rechtsfortbildung auch nicht zur Folge haben, dass eine Norm nahezu ihres

gesamten Anwendungsbereichs beraubt wird, und so zu ihrer faktischen Derogation führen.<sup>48</sup> *Herzbergs* Vorschlag zur Rechtsfortbildung sprengt diese Grenzen und erfolgt contra legem.<sup>49</sup> Selbst wenn also, wie von ihm wohl implizit angenommen, die geltenden Irrtumsregeln nicht mit der Verfassung vereinbar wären, wäre es nicht an den Rechtsanwendern, diesen Fehler zu beheben.

## V. Fazit

*Herzbergs* aktueller Vorschlag, zu den „Umständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören“, auch den Tatbestand selbst zu zählen, also das Verbotensein der Tat, ist heute für die *lex lata* so wenig vertretbar ist, wie es das unter Geltung des § 59 RStGB war. „Dieses Ergebnis entspricht“, um *Frank* zu zitieren, unserer „festen Überzeugung nach dem geltenden Recht. Eine andere Frage ist die, ob es dem richtigen Recht gemäß ist.“<sup>50</sup> Insbesondere die von *Herzberg* im Anschluss an *Jakobs* vorgetragene Kritik an der völlig unterschiedlichen Bewertung von Irrtümern auf Ebene des Tatbestands und von solchen über das Recht,<sup>51</sup> ist de lege ferenda bedenkenswert. Freilich müsste dann auch der Frage nachgegangen werden, wie mit vorwerfbarer, namentlich mit aus Gleichgültigkeit resultierender Unkenntnis umzugehen ist und ob also, wie vor allem von *Jakobs* verschiedentlich gefordert, eine Wiederbelebung des *dolus malus* mit einer des *dolus indirectus* (im Sinne *Jakobs*’) einhergehen soll.<sup>52</sup> All dies fällt in die Zuständigkeit der Legislative.

<sup>41</sup> *Herzberg*, ZfIStw 3/2022, 253 (264).

<sup>42</sup> Vgl. nur *Jakobs*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 21 ff. Siehe ferner: *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 311 ff.

<sup>43</sup> Vgl. nur *Canaris*, in: Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow/Koller (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, S. 141 (155); *Auer*, in: Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 27 (41 f.), je m.w.N.

<sup>44</sup> *Canaris* (Fn. 43), S. 158 f.; siehe insbesondere zu diesen Grenzen bei negativem Regelungswillen *Bydlinski*, in: Koller (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, 1998, S. 27 (47 ff.), jeweils m.w.N. Andere Ansicht wohl *Th. Möllers*, in: Lorenzmeier/Folz (Hrsg.), Recht und Realität, Festschrift für Christoph Vedder, 2017, S. 721 (738 ff.), der eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung auch gegen den klaren Willen des Gesetzgebers dann für zulässig hält, wenn „sich eine Rechtsschutzlücke besonders aufdrängt und eine Grundrechtsverletzung des Rechtssuchenden offensichtlich ist“ (S. 741) bzw. eine „eindeutige und klare Verletzung von Grundrechten“ vorliegt (S. 745). – Dass die geltenden strafrechtlichen Irrtumsregelungen die Grundrechte in diesem Sinne offensichtlich oder eindeutig verletzen, dürfte angesichts der gegenteiligen Judikatur des BVerfG und des gefestigten Meinungsbildes im Schrifttum fernliegen (wobei allerdings ohnehin unklar ist, was Offensichtlichkeit in diesem Zusammenhang bedeuten und welche normative Relevanz sie haben soll).

<sup>45</sup> BVerfGE 122, 39 (60 f.).

<sup>46</sup> BVerfGE 122, 39 (61).

<sup>47</sup> Vgl. *Th. Möllers* (Fn. 44), S. 737 mit Nachw. aus der Rspr.

<sup>48</sup> *Canaris* (Fn. 43), S. 158 f.; *Auer* (Fn. 43), S. 42 f., je m.w.N.

<sup>49</sup> Nichts anderes gilt für die Ausführungen von *Schmidhäuser*, JZ 1979, 361. Siehe schon *Kuhlen* (Fn. 23), S. 288 ff.; zustimmend *Walter* (Fn. 32), S. 81 ff.

<sup>50</sup> *Frank* (Fn. 2), S. 539.

<sup>51</sup> Zuletzt *Jakobs* (Fn. 42), S. 21 ff. Siehe ferner *Pawlik* (Fn. 42), S. 311 ff. Ähnlich auch *Walter* (Fn. 32), S. 389 ff., 408 ff., 438 ff.

<sup>52</sup> Siehe nur *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 584 (589 ff.); *ders.* (Fn. 42), S. 29 ff.; vgl. noch *Pawlik* (Fn. 42), S. 382 ff., 404 ff. *Herzberg*, ZfIStw 3/2022, 253 (271 f.), sieht auch in Fällen der Rechtsblindheit wohl keine gravierenden Strafbarkeitslücken; ebenso bereits *Walter* (Fn. 32), S. 413 ff.; krit. ebenfalls *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (270 ff.).