

Tatobjekts nicht vom Vorsatz des Täters erfasst war. Exemplarisch: A zielt in Tötungsabsicht mit einem Gewehr auf B; die Kugel trifft jedoch, weil A leicht zitterte, wider Erwarten den in der Nähe des B stehenden C tödlich. Hier nimmt die h.M. einen Tötungsversuch (§§ 212, 22 f.) hinsichtlich B und ggf. eine fahrlässige Tötung (§ 222) hinsichtlich C an (RGSt 3, 384; 58, 27 ff.; BGHSt 9, 240 ff.; 34, 53 [55]; BGH bei Holtz MDR 1981, 630 f.; Alwart JuS 1979, 351 [355]; Bemmann MDR 1958, 818 f.; Bottke JA 1981, 346; Hettinger GA 1990, 531 [554]; Hruschka JZ 1991, 488 [491 f.]; LK-Schroeder Rn. 9). Der Unterschied zum error in persona wird namentlich darin gesehen, dass der Täter keinem Identitätsirrtum bezüglich des konkreten Tatobjekts unterliegt, sondern einen anderen Kausalverlauf mit anderem Tatobjekt prognostizierte.

- 33 bb) Eine Mindermeinung in der Literatur behandelt dagegen diese Konstellation der aberratio ictus als **unbeachtlichen error in persona**, wenn das anvisierte Objekt unter jedem rechtlich relevanten Aspekt dem getroffenen gleicht; der Täter habe Vorsatz bezüglich der Tötung eines Menschen gehabt und auch einen Menschen getötet (*Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, 479 ff.; *Loewenheim* JuS 1966, 310; *Puppe* GA 1981, 1 [4 ff., 20]; *dies.* JZ 1989, 728; *Welzel* § 13 I 3 d). Bei relevanter Ungleichheit der Tatobjekte wird der Fall dagegen wie von der h.M. als beachtlicher Irrtum über den Kausalverlauf eingestuft; etwa: A schießt mit Tötungsvorsatz auf B, trifft aber aufgrund leichten Zitterns C, der seinerseits den A, was dieser nicht bemerkt, gerade töten wollte. Hier gleichen sich B und C nicht in rechtlich relevanter Weise, da letzterer ein Angreifer im Sinne der Notwehrvorschrift (§ 32) ist. In einer Modifikation des früheren Ansatzes verlangt *Puppe* nunmehr (NK Rn. 115), dass der Täter auch gegenüber dem tatsächlich getroffenen Objekt eine Vorsatzgefahr (§ 15 Rn. 96) geschaffen haben müsse, wenn die aberratio ictus als Unterfall eines unbeachtlichen error in persona anzusehen sein soll. Dies bedeutet, dass die Ergebnisse nach dieser Lehre in allen Fällen, in denen der Täter (nur) eine Fahrlässigkeitsgefahr schafft, mit denjenigen der h.M. übereinstimmen.

- 34 cc) Schließlich wird die Auffassung vertreten, dass die aberratio ictus **nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern beachtlich** sei, nicht aber bei übertragbaren Rechtsgütern wie Eigentum und Vermögen; nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern sei die Unrechtsverwirklichung unabhängig von der Individualität des Verletzten (*Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf, 1971, 108 ff., 127 ff.; krit. *Rath*, Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1993, 166 ff.; *Schreiber* JuS 1985, 873 [875]; zu weiteren vermittelnden Ansätzen vgl. *Herzberg* JA 1981, 369 ff., 373, 470 ff., 472 ff.; *Roxin* Würtenberger-FS 109 [123]).

## § 17 Verbotsirrtum

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

## I. Allgemeines

1. Die in § 17 getroffene Regelung des Verbotsirrtums beruht auf der sog. **Schuldtheorie**, die zwischen der Schuld und dem Unrecht (Erfolgs- und Handlungsunrecht) als Gegenstand der Schuldzurechnung differenziert (vgl. *Puppe* Stree/Wessels-FS 183; *Rudolphi* Maurach-FS 51 [57]). Nach dieser Theorie ist der Vorsatz als subjektives Unrechtselement vom Unrechtsbewusstsein zu trennen; das Unrechtsbewusstsein wird als selbständiges Schulselement angesehen. Demnach ist der Vorsatz ungeachtet eines möglichen Unrechtsbewusstseins festzustellen, und umgekehrt lässt fehlendes Unrechtsbewusstsein den Vorsatz unberührt (wichtig insbesondere für die Beteiligungslehre).

Mit der Anerkennung der Schuldtheorie (seit BGHSt 2, 194 [200]; vgl. auch BVerfGE 41, 121 [125]) hat die **Rechtsprechung** die frühere Auffassung des Reichsgerichts preisgegeben, der zufolge der Schuldvorwurf grds. kein Unrechtsbewusstsein voraussetzt; nur der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum wurde analog § 59 a.F. dem vorsatzausschließenden Tatirrtum gleichgestellt (vgl. RGSt 1, 368; 10, 234; 34, 418; 57, 235; 72, 305 [309]).

Nicht durchgesetzt hat sich die sog. **Vorsatztheorie**, die im »Vorsatz« ein den Tatbestandsvorsatz und das Unrechtsbewusstsein umfassendes Schuldmerkmal erblickt (vgl. § 32 Rn. 27).

2. Von einem **direkten Verbotsirrtum** spricht man, wenn der Täter sein Verhalten infolge Unkenntnis oder Verkennens der Verbotsnorm für erlaubt hält. Ein **indirekter Verbotsirrtum** ist dagegen gegeben, wenn der Täter irrtümlich annimmt, sein tatbestandsverwirklichendes Verhalten sei gerechtfertigt, also von einer Erlaubnisnorm gedeckt (= Erlaubnisirrtum, der nicht mit einem Erlaubnistatbestandsirrtum zu verwechseln ist, vgl. Vor § 32 Rn. 21 ff.).

3. **Unrechtseinsicht** ist das Bewusstsein des Täters, eine Norm der Rechtsordnung (nicht notwendig auch des Strafrechts) zu verletzen (vgl. RGSt 70, 141 [142]; BGHSt 2, 194 [202]; 11, 263 [266]; 15, 377 [383]; *Jescheck/Weigend* § 41 I 3 a; *Küper* JZ 1989, 617 [621]; *Lesch* JA 1996, 346, 504; *Roxin* AT I § 21/12 f.; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 44 ff.; nur auf sanktionsbewehrte Normen begrenzend: *Neumann* JuS 1993, 793 [795]; *Otto* Jura 1990, 645 [647]). Für das Unrechtsbewusstsein genügt es z.B., wenn der Täter sein Verhalten bloß für ordnungs-

widrig hält (OLG Celle NJW 1987, 78; OLG Stuttgart NSTZ 1993, 344 [345]; NK-Neumann Rn. 20; a.A. LK-Schroeder Rn. 7 f.), jedoch reicht die Annahme, das Handeln sei sozialschädlich oder unmoralisch, (noch) nicht aus.

- 6 Eine genaue Kenntnis des Norminhalts ist nicht erforderlich. Jedoch ist das Unrechtsbewusstsein insoweit **tatbestandsbezogen**, als es den spezifischen Unrechtsgehalt der in Betracht kommenden Deliktsart zum Gegenstand hat (BGHSt 42, 123). Verwirklicht der Täter mehrere Straftatbestände in Tateinheit, so kann das Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der jeweiligen Delikte teilbar sein (BGHSt 10, 35). In den sog. »Mauerschützen-Fällen« bezieht die Rechtsprechung das Unrechtsbewusstsein nicht auf die (ggf. fehlende) formelle, sondern auf die materielle Rechtswidrigkeit (vgl. BGHSt 39, 1 [15 ff.]; 39, 168 [183 ff.]; 40, 241 [244]).
- 7 **4. Aktuelles Unrechtsbewusstsein** ist gegeben, wenn sich der Täter (bei der Vorsatztat) über die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung im Klaren ist (BGHSt 15, 377); sog. sachgedankliches Mitbewusstsein (vgl. § 15 Rn. 16) reicht aus. Ein dem dolus eventualis entsprechendes bedingtes Unrechtsbewusstsein lässt die h.M. nicht genügen (vgl. BGH NJW 1996, 1605; Kunz GA 1983, 457; Paeffgen JZ 1978, 738 [745]; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, 253; Seier JuS 1986, 220; a.A. Otto AT § 13/47).
- 8 **Potentiell Unrechtsbewusstsein** liegt vor, wenn der Täter bei dem ihm zumutbaren Einsatz seiner Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen das Unrecht der Tat hätte erkennen können (BGHSt 21, 18 [20]); mit potentiell Unrechtsbewusstsein ist also ein Handeln in einem vermeidbaren Verbotsirrtum gemeint (Rn. 14 ff.).
- 9 **5.** Da der Täter bei der **Fahrlässigkeitstat** das Risiko einer Tatbestandsverwirklichung (sorgfaltswidrig) erkennt, fehlt ihm auch das aktuelle Bewusstsein, durch sein Verhalten das tatbestandliche Unrecht zu verwirklichen. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist also **nur potentiell Unrechtsbewusstsein** erforderlich.
- 10 **6.** Hinsichtlich der **Garantenstellung** kommt beim **Unterlassungsdelikt** ein Tatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum (bzw. Gebotsirrtum) in Betracht:
- 11 • Verkennt der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen, die seine Garantenstellung begründen, befindet er sich in einem vorsatzabschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1); exemplarisch: Er erkennt nicht, dass die Ertrinkende, der er nicht zu Hilfe kommt, seine Ehefrau ist.
- 12 • Sind dem Unterlassenden alle Umstände bekannt, die seine Garantenstellung begründen, nimmt er aber dennoch an, die gebotene Handlung unterlassen zu dürfen, so befindet er sich in einem Irrtum über seine

Garantenpflicht, also in einem Gebotsirrtum, der einem Verbotsirrtum gleichsteht und wie ein solcher zu behandeln ist (BGHSt 16, 155).

7. Im **Gutachten** ist vom Vorhandensein des Unrechtsbewusstseins auszugehen, wenn keine besonderen Anhaltspunkte auf sein Fehlen hindeuten (vgl. BGHSt 5, 112). Sind solche Anhaltspunkte gegeben, so ist zunächst das Vorliegen eines Verbotsirrtums zu prüfen und bejahendenfalls nach der Vermeidbarkeit dieses Irrtums zu fragen. Als Schuld-  
13 ausschließungsgrund ist der Verbotsirrtum vor einem möglichen Entschuldigungsgrund anzusprechen.

## II. Vermeidbarkeit

1. Bei fehlender Unrechtseinsicht handelt der Täter ohne Schuld, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte (§ 17 S. 1). Bei Vermeidbarkeit des Irrtums kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden (§ 17 S. 2).
2. Der Verbotsirrtum ist **vermeidbar**, wenn das Unrecht für den Täter erkennbar war, ihm also sein Verhalten unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder Erkundigungen einzu-  
14 ziehen, und er auf diesem Weg zur Unrechtseinsicht gekommen wäre (vgl. BGHSt 3, 357; 4, 1 ff.; 5, 112 ff.; 21, 18 ff.; BayObLG JR 1989, 386 f. mit Anm. Rudolphi JR 1989, 387; Lesch JA 1996, 607; abgeschwächte Anforderungen für das Nebenstrafrecht: OLG Oldenburg NSTZ-RR 1999, 122).
3. **Maßstab** für die Vermeidbarkeit sind die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse des konkreten Täters unter Beachtung der ihn in seiner Position treffenden Rechtspflichten. Die Anforderungen ergeben sich im Wesentlichen aus der spezifischen Lebens- und Berufssituation des Täters, seiner Vorbildung sowie aus üblichen Anlässen, Rechtsauskünfte einzuholen. Die Kriterien für einen Verstoß gegen die innere Sorgfalt bei der Fahrlässigkeit lassen sich entsprechend heranziehen (vgl. § 15 Rn. 70 ff.; vgl. auch Otto AT § 13/48).
4. Ein **unverschuldeter Irrtum** ist zugleich ein unvermeidbarer Irrtum: Falls der Täter auch bei pflichtgemäßer Erkundigung keine verlässliche (= vertrauenswürdige) Auskunft erhalten hätte, ist der Irrtum als unverschuldet und damit als unvermeidbar anzusehen (vgl. OLG  
15 Celle NJW 1977, 1644; Neumann, JuS 1993, 793 [797]; LK-Schroeder Rn. 45). Verlässliche Auskünfte sind regelmäßig nur von zuständigen, sachkundigen und unvoreingenommenen Personen oder Stellen zu erwarten, die zugleich die Gewähr für eine objektive und verantwortungsbewusste Information bieten (vgl. BGHSt 40, 257 [264]; BayOb-  
16 LG JR 1989, 386; Wolter JuS 1979, 482; Zaczyk JuS 1990, 889).