

# Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einführung in die Thematik	57
	1. Die gesetzlichen Vorgaben .....	58
	2. Problemstellung .....	59
II.	Verbotsirrtum	63
	1. Unkenntnis der «Rechtswidrigkeit» .....	63
	2. Ausschluss des Verbotsirrtums bei Unrechtszweifeln .....	63
III.	Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums	65
IV.	Bewertung des Status quo	66
	1. Ausschluss des Verbotsirrtums beim Wissen um eine eventuelle Rechtswidrigkeit .....	67
	2. Zur Vermeidbarkeitsprüfung.....	69
	2.1 Der «gewissenhafte Mensch» als Massfigur .....	70
	2.2 Das Kriterium der «komplexen Rechtsfrage» .....	70
	2.3 Schädliche Kenntnis unrechtsbejahender Auffassungen .....	71
V.	Fazit	71

## I. Einführung in die Thematik

Noch am Beginn seiner akademischen Laufbahn stehend, warf der Jubilar im Jahre 1985 ein kritisches Augenmerk auf die damalige Dogmatik zum Unrechtsbewusstsein und zum Verbotsirrtum. Er legte dazu einen Beitrag in der Zeitschrift für Strafrecht vor, der bis heute wegweisend geblieben ist.<sup>1</sup> Zwar ist die einstige Grundsatzfrage, ob das Unrechtsbewusstsein nun eine Voraussetzung der Schuld oder ein Bestandteil des

\* Bei diesem Beitrag handelt es sich um die geringfügig überarbeitete und um Fussnoten ergänzte Fassung des Habilitationsvortrags, den die Verfasserin am 19. Mai 2015 an der Universität Zürich gehalten hat.

<sup>1</sup> A. DONATSCH, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, ZStrR 1985, 16 ff.

Vorsatzes sei,<sup>2</sup> inzwischen zugunsten der Schuldtheorien entschieden.<sup>3</sup> Von unveränderter Brisanz und enormer praktischer Bedeutung ist aber das Phänomen «rechtsirriger» Ansichten, die durch eine relative Unschärfe des Straftatbestandes provoziert werden und selbst durch die Einholung von Rechtsrat nicht vermieden werden können.<sup>4</sup> Dieser Beitrag greift diese Problematik auf und beleuchtet, inwiefern die Rechtsprechung heutzutage der anwaltlichen oder gutachterlichen Beratung eine entlastende Wirkung auf der Schuldebene zubilligt oder verweigert.

## 1. Die gesetzlichen Vorgaben

Art. 21 StGB regelt den «Irrtum über die Rechtswidrigkeit», kurz auch «Rechtsirrtum»<sup>5</sup> oder «Verbotsirrtum»<sup>6</sup> genannt, wie folgt: «Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.» Der Gesetzgeber hat hier den Fall im Auge, dass der Täter tatbestandsmässig und rechtswidrig handelt, seine Tat aber fälschlicherweise für erlaubt hält.<sup>7</sup> Er handelt ohne Unrechtsbewusst-

<sup>2</sup> Vgl. aus dem damaligen Diskurs jeweils m.w.N. DONATSCH, Unrechtsbewusstsein (Fn. 1), 31 ff.; U. HAUG, Bemerkungen zu Art. 20 StGB (Rechtsirrtum) unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, Bern 1989, 44 ff.; retrospektiv zum Theorienstreit statt vieler G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 11 N 39 ff.; M. THOMMEN, Art. 333 Abs. 7 StGB, Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?, recht 2013, 276, 282 ff.

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler A. DONATSCH/B. TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 286 f.; G. JENNY, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, ZStrR 1990, 241 ff., 241; STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 39 ff.; V. THALMANN, in: R. Roth/L. Moreillon (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Basel 2009, Art. 21 N 4; zu verbliebenen Unsicherheiten insbesondere im Nebenstrafrecht JENNY, a.a.O., 246 ff.; THOMMEN (Fn. 2), 285 ff.

<sup>4</sup> Dazu damals schon DONATSCH (Fn. 1), 35 ff. im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung.

<sup>5</sup> A. DONATSCH, in: A. Donatsch (Hrsg.), StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 21 N 2; DONATSCH/TAG (Fn. 3), 286; M. HILF, Irrtumlehre, in: J.-B. Ackermann/G. Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, N 7.

<sup>6</sup> Vgl. M.A. NIGGLI/S. MAEDER, in: M.A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 21 N 6; STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 46; G. STRATENWERTH/W. WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 21 N 2; S. TRECHSEL/P. NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004, 164; S. TRECHSEL/M. JEAN-RICHARD, in: S. Trechsel/M. Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 21 N 1.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 100 IV 247; DONATSCH (Fn. 1), 22; THALMANN, in: CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 7; BStGer vom 13.5.2014, BB.2014.20, Erw. 2.5, dort auch zur Abgrenzung von Sachverhalts- und Rechtsirrtum: «Nach der dargestellten Konzeption hängt die Abgrenzung zwischen Sachverhalts- und Rechtsirrtum nicht davon ab, ob die unzutreffende Vorstellung eine Rechtsfrage oder Tatsachen betrifft. Vielmehr gilt (...) nicht nur der Irrtum über beschreibende (deskriptive) Merkmale, sondern auch die falsche Vorstellung über Tatbestandsmerkmale rechtlicher (normativer) Natur als Sachverhalt und nicht als Rechtsirrtum.» Ebenso schon DONATSCH (Fn. 1), 22; vgl. zur

sein.<sup>8</sup> Dieser Umstand mag in anderen Rechtsgebieten für sich genommen irrelevant sein,<sup>9</sup> im Strafrecht aber ist er auf jeden Fall beachtlich. Nur führt er nicht ohne Weiteres zum Freispruch. Wer bei seiner Tat kein Unrechtsbewusstsein hatte, es aber hätte erlangen können, der kann Strafmilderung für sich beanspruchen (Art. 48a StGB).<sup>10</sup> Der Schuldvorwurf als solcher bleibt aber aufrechterhalten. Der Täter wird also für das Unrecht verantwortlich gemacht, das er verwirklicht hat. Fallen gelassen wird der Schuldvorwurf erst und nur dann, wenn der Täter nicht wusste *und* auch nicht wissen konnte, dass sein Verhalten rechtlichen Normen widerspricht. Er muss sich in einem «unvermeidbaren Verbotsirrtum» befunden haben.<sup>11</sup> Diese Konzeption des Gesetzes wird damit erklärt, «dass sich der Rechtsunterworfenen um die Kenntnis der Gesetze bemühen muss und deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt».<sup>12</sup>

## 2. Problemstellung

Im Folgenden geht es um die Erhebung des Schuldvorwurfs in Konstellationen, in denen sich der «Täter» nach eben dieser Maxime gerichtet hat. Er *hat* sich um das Recht gekümmert und Erkundigungen zur rechtlichen Qualität eines Vorhabens einge-

---

Abgrenzung ausserdem je m.w.N. DONATSCH/TAG (Fn. 3), 288 ff.; HAUG (Fn. 2), 24 ff.; G. HEINE/G. JENNY/K.-L. KUNZ/H. VEST, Tatbestands- und Verbotsirrtum, ZStR 2011, 117 ff.; JENNY (Fn. 3), 241 ff.; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 6 f.; THALMANN, in: CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 10; wohl anderer Ansicht THOMMEN (Fn. 2), 286 (Fälle pflichtwidriger Verbotsunkenntnis seien durch Art. 21 StGB sachgerecht und abschliessend erfasst). Vgl. zur schwierigen Abgrenzung zwischen einem Vorsatzdefizit und einem Verbotsirrtum aus der neueren Rechtsprechung z.B. OGer ZH vom 14.5.2014, SU130074 (Irrtum über die Auslegung des Begriffs «Baustellentank» im Nebenstrafrecht trotz telefonischer Rückfrage bei einem Gutachter und der Behandlung dieser Fehlvorstellung als Vorsatzproblem); OGer ZH vom 27.8.2013, SU130040, Erw. 6.3.1 und 6.3.2 (Fehlvorstellungen über Rechtsbegriffe bei Widerhandlungen gegen das Gesundheitsgesetz) mit Anmerkung M. HILF/C. KONOPATSCH, fp 2015, 66 ff.; BGE 129 IV 238 ff. mit Anmerkung H. VEST/F. ZASTROW, Bundesgericht, Kassationshof, 4.4.2003, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. X., BGE 129 IV 238, Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 2005, 500 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BStGer vom 13.5.2014, BB.2014.20, Erw. 2.5; BGE 129 IV 238; HEINE et al. (Fn. 7), 117 f.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. BGer vom 5.2.2015, 6B\_876/2014, Erw. 1.2 zur Annahme der Vorinstanz, dass eine Haftungsbefreiung nach Art. 41 OR allenfalls bei unvermeidbarer Rechtsunkenntnis möglich sei; W. FELLMANN/A. KOTTMANN/P. NIEDERBERGER-KÜTTEL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012, § 3 N 530; K. OFTINGER/E.W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, § 5 N 24 ff.

<sup>10</sup> J. HURTADO POZO, Droit pénal général, 2. Aufl., Zürich 2013, N 553.

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen DONATSCH (Fn. 1), 22 ff.; DONATSCH/TAG (Fn. 3), 287 ff.; HEINE et al. (Fn. 7), 123; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 24; STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 53; STRATENWERTH/WOHLERS, HK StGB (Fn. 6), Art. 21 N 4; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: PK StGB (Fn. 6), Art. 21 N 15.

<sup>12</sup> BGE 129 IV 241; vgl. auch BGer vom 12.7.2011, 6B\_14/2011, Erw. 2.4; HEINE et al. (Fn. 7), 118; THALMANN, in: CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 9.

holt – allerdings nicht bei einer Behörde,<sup>13</sup> sondern bei einer juristisch bewanderten Privatperson; sei es ein Anwalt oder eine Anwältin, der hauseigene Rechtsdienst oder ein Professor oder eine Professorin des Rechts.<sup>14</sup> Der angefragte Experte hat unserem Täter mitgeteilt, dass das anvisierte Verhalten mit der Rechtsordnung vereinbar sei. Nun ist es allerdings keine Seltenheit, dass sich die Strafbehörden dann später trotzdem mit der Angelegenheit befassen und die Rechtslage anders beurteilen. Sie sind der Ansicht, dass der Täter Strafunrecht verwirklicht hat, weshalb der nun – auf der Schuldenebene – den Notanker wirft: Er macht geltend, sich auf die Auskunft des Rechtsbera-

<sup>13</sup> Vgl. dazu aus neuerer Zeit z.B. OGer AR vom 9.12.2014, Verfahren O2S 13 18, Erw. 2.3 (Sachverhalts- oder Verbotsirrtum bei der Organisation eines Pokerturniers mit vorheriger Anfrage bei der ESBK); zum Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörden und den Bedingungen dieses Vertrauensschutzes DONATSCH/TAG (Fn. 3), 292 m.w.N.; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 655 ff.; eingehend und grundlegend dazu B. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, passim; DIES., Falsche Auskünfte von Behörden, ZBl 1991, 1 ff.; DIES., Neuere Entwicklungen des Vertrauensschutzes, ZBl 2002, 281 ff.; BGE 103 Ib 202 (Notwendigkeit einer behördlichen Zusage); BGE 117a 123 ff. (Schutz des Rechtssuchenden bei einer unklaren oder widersprüchlichen gesetzlichen Rechtsmittelordnung); BGE 137 I 72 ff. (Vertrauensschutz beim Fehlverhalten einer Prüfungskommission); BGer vom 17.6.2010, 6B\_12/2010, Erw. 6 (verweigerter Vertrauensschutz nach früherer Einstellung eines Strafverfahrens, weil Verhalten subjektiv als «Schummerei» erkannt).

<sup>14</sup> Vgl. zu Fallgestaltungen der Erkundigung bei Dritten und ihrer unterschiedlichen Behandlung beim strafrechtlichen Verbotsirrtum HAUG (Fn. 2), 277 ff.; eingehender aus dem Schrifttum speziell zur Relevanz der (privaten) Rechtsberatung bei Art. 21 StGB DONATSCH (Fn. 1), 35 ff. auf der Ebene der Vermeidbarkeit; O. STRASSER, Betrugsbekämpfung bei Banken – eine Innensicht, in: J.-B. Ackermann/M.J. Hilf (Hrsg.), Alles Betrug? – Betrug, Betrüger und Betrogene in der Strafrechtspraxis, 7. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2014, 127, 165 ff. Zur breiten ausserstrafrechtlichen Bedeutung der Frage einer entlastenden Wirkung der Einholung von Rechtsrat beispielsweise und jeweils m.w.N. BGer vom 5.2.2015, 6B\_876/2014, Erw. 1.2 (Verschulden nach Art. 41 OR bei falscher Rechtsauskunft des Anwalts); BVGer vom 9.4.2015, C-5598/2013, Erw. 4.4 und 5 (Unkenntnis/Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften trotz Behördenanfrage); BezGer Meilen vom 21.10.2010, CG040012, Erw. 2.4. (Gutgläubensschutz bei falscher Rechtsauskunft mit Kausalitätsprüfung, ob – beim Unterlassen gebotener Erkundigungen – die Einholung der Erkundigung überhaupt zur Aufklärung geführt hätte.); C. HUGENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, § 5 N 525 ff., 526 (Rechtsirrtümer beim Vertragsschluss, dabei Mitberücksichtigung des Umstandes, ob es dem Irrenden zumutbar war, sich die Rechtskenntnisse, etwa mithilfe eines Spezialisten, zu verschaffen); OFTINGER/STARK (Fn. 9), § 5 N 31; M. SCHWEIZER, Zivilrechtliches Verschulden bei der Verletzung von Schutzrechten, sic! 2015, 1 ff. (zur Entschuldigung im Immaterialgüterrecht bei Unkenntnis eines Schutzrechts nach vorgängiger Einholung eines Gutachtens durch eine Fachperson); aus dem Kartellrecht W. BRUGGER, Verbotsirrtum und Kartellrecht, ecoclex 2010, 1166 ff.; M. PUSTLAUK, EuGH vom 18.3.2013, Az. C-681/11, EWeRK 2013, 271 ff.

ters verlassen zu haben und fordert einen Freispruch in Anwendung von Art. 21 StGB.<sup>15</sup>

Die Aussichten, mit einem solchen Begehren durchzudringen, sind, um es gleich vorweg zu nehmen, äusserst bescheiden. Zwar ist durchaus anerkannt, dass eine solche Konstellation unter gewissen Voraussetzungen in einen unvermeidbaren Verbotsirrtum hinein führen kann<sup>16</sup> – die gerichtliche Praxis ist aber reich an Gegenbeispielen.<sup>17</sup> Zwei davon seien hier zur Veranschaulichung herausgegriffen:

### Beispiel 1: Falsche Stegreifauskunft zum Zutrittsrecht der Polizei<sup>18</sup>

Die Polizei beanspruchte wegen angeblicher Gefahr im Verzug, also ohne Hausdurchsuchungsbefehl, Zutritt zu einer privaten Veranstaltung. X und Y versperrten den Beamten den Zutritt und wurden deswegen nach Art. 286 StGB, Hinderung einer Amtshandlung, verurteilt. Vor Gericht machten sie einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend: Beim Eintreffen der Polizei hatten sie sich telefonisch bei einem Rechtsanwalt nach ihrem Widerstandsrecht erkundigt. Dieser hatte ihnen spontan mitgeteilt, dass sie die Polizei ohne Hausdurchsuchungsbefehl nicht einlassen müssten. Das Bundesgericht ging indes trotz dieser Auskunft davon aus, dass die Täter zumindest Zweifel an der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens behielten – und schloss schon deswegen einen Verbotsirrtum aus.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Vgl. zum Kriterium der Einholung von Rechtsauskünften im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung DONATSCH (Fn. 1), 35 ff. Der rechtlich beratene Täter wird hier vielfach die Vorstellung haben, dass Normen, die ihm durchaus bekannt – nämlich vom Berater geprüft worden – sind, sein Verhalten nicht erfassen, was auch als «Subsumtionsirrtum» bezeichnet wird, der zwar den Voratz unberührt lassen und *insoweit* unbeachtlich sein mag, aber eben in einen Verbotsirrtum hinein führen kann, vgl. HEINE et al. (Fn. 7), 121; STRATENWERTH/WOHLERS, HK StGB (Fn. 6), Art. 21 N 2.

<sup>16</sup> Vgl. DONATSCH (Fn. 1), 35 ff.; DERS., in: Donatsch, StGB Komm. (Fn. 5), Art. 21 N 6; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 23; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB (Fn. 6), Art. 21 N 11; KG GR vom 21.8.2014, SK2 14 38, Erw. 3c/bb.

<sup>17</sup> Vgl. zur Unbehelflichkeit des privaten Rechtsrats BGE 98 IV 293 ff., 100 IV 247 f., 129 IV 19 ff. (Blockadeaktion von Greenpeace-Aktivistinnen nach unrechtsverneinendem Gutachten); BGer vom 22.3.2002, 6P.162/2001, 6S.619/2001, Erw. 7b; BGer vom 6.6.2003, 6P.5/2003, Erw. 3.2; BGer vom 26.12.2008, 6B\_455/2008, Erw. 4.4; BGer vom 22.4.2014, 6B\_8/2014, Erw. 2.4.1 (betr. Artikel über die «eingebildete Astronautin»; Information des Hausjuristen der Tamedia, der das Verhalten des Journalisten als unbedenklich einstufte, sei «unerheblich»); BezGer Bülach, sic! 2002, 110; AppGer BS, BJM 2003, 165 ff.; unvermeidbaren Verbotsirrtum aufgrund des Rechtsrats bejaht durch KG SG, GVP 1989 Nr. 39; KG GR vom 21.8.2014, SK2 14 38, Erw. 3c/bb.

<sup>18</sup> BGer vom 8.11.2008, 6B\_393/2008, 6B\_395/2008, Erw. 2.

<sup>19</sup> BGer vom 8.11.2008, 6B\_393/2008, 6B\_395/2008, Erw. 2.

**Beispiel 2: Unrechtsverneinende Gutachten im «Telekiosk-Verfahren»<sup>20</sup>**

Das zweite Fallbeispiel wirkt vielleicht etwas verstaubt, weil es Jahrzehnte zurückliegt, doch kann man sich vergleichbare Szenarien auch heutzutage vorstellen; beispielsweise beim Zugänglichmachen von Internetinhalten (Providerhaftung), wo die Rechtsunsicherheiten ebenfalls ganz beträchtlich sind.<sup>21</sup>

Worum ging es damals: In den 90er Jahren konnte man auf 156-Nummern der PTT diverse Telefonsexangebote abrufen – jedoch ohne den erforderlichen Jugendschutz. Der damalige Generaldirektor Rosenberg musste für dieses Angebot den Kopf hinhalten. Er wurde strafrechtlich verurteilt, weil er grob gesagt das ganze Geschäft so aufgleist hatte. Im Strafprozess machte er einen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend: Er verwies unter anderem auf Gutachten des PTT-Rechtsdienstes, in denen die Rechtmässigkeit des Geschäftsmodells postuliert wurde;<sup>22</sup> ein Standpunkt, den später immerhin auch das Eidgenössische Departement für Transport, Kommunikation und Energie (DFTCE) sowie der Bundesrat einnahmen.<sup>23</sup> Das Bundesgericht hielt Rosenberg später dennoch vor, dass er sich auf die unternehmensinternen Gutachten nicht ohne Weiteres habe verlassen dürfen.<sup>24</sup> Und zwar insbesondere deshalb, weil ihn der kantonale Staatsanwalt ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass er das Verhalten für strafbar erachtete.<sup>25</sup>

Solche Fälle zeigen: Die Rechtsprechung nimmt eine strenge Abwehrhaltung ein, wenn sich jemand darauf beruft, auf die Auskunft einer fachkundigen Privatperson vertraut zu haben.<sup>26</sup> Das gibt uns Anlass, genauer hinzuschauen. Unter welchen Umständen kann denn eine solche Rechtsauskunft in einen unvermeidbaren Verbotsirrtum hinein führen? Die Antwort hängt davon ab, welche Anforderungen erstens an den «Verbotsirrtum» und zweitens an dessen «Unvermeidbarkeit» gestellt werden – und zwar speziell in der uns interessierenden Konstellation. Ich werde beide Punkte zunächst erläutern und sodann einige kritische Bemerkungen zum Status quo anfügen.

<sup>20</sup> BGE 121 IV 109 ff.

<sup>21</sup> Vgl. jeweils m.w.N. DONATSCH/TAG (Fn. 3), 211 ff.; M. NIGGLI/F. RIKLIN/G. STRATENWERTH, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, Ein Gutachten, Bern 2000, die vor gut 15 Jahren schon enorme Rechtsunsicherheiten aufgezeigt haben, die nach wie vor aktuell sind.

<sup>22</sup> BGE 121 IV 125 ff.

<sup>23</sup> Hingegen verwarf das EJPD die Rechtsauffassung der PTT, vgl. BGE 121 IV 112 ff. zur Kontrolle unter den staatlichen Stellen.

<sup>24</sup> BGE 121 IV 109 ff.; DONATSCH/TAG (Fn. 3), 290.

<sup>25</sup> BGE 121 IV 125 ff.; vgl. THALMANN, in: CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 20.

<sup>26</sup> So auch das Fazit von STRASSER (Fn. 14), 167 ff.; ebenso fällt die Bilanz zur Verbotsirrtumsregelung im deutschen Strafrecht für solche Fallgestaltungen aus, vgl. K. GAEDE, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?, HRRS 2013, 449 ff. m.w.N.

## II. Verbotsirrtum

Art. 21 StGB verlangt in erster Linie, dass sich der Täter in einem Verbotsirrtum befunden hat. Da der Begriff des Verbotsirrtums aber äusserst eng definiert und spiegelbildlich die Anforderungen an das Unrechtsbewusstsein<sup>27</sup> entsprechend niedrig angesetzt werden, hat nur schon deshalb die Anwendung der Regelung Seltenheitswert.

### 1. Unkenntnis der «Rechtswidrigkeit»

Nach allgemeiner, wenn auch keineswegs selbstverständlicher Ansicht kann sich der Täter nur dann in einem Verbotsirrtum befinden, wenn er meint, überhaupt kein Unrecht zu tun. Ein Irrtum allein über die Strafbarkeit des Verhaltens genügt nicht.<sup>28</sup> Begreift der Täter also zumindest laienhaft, dass er mit seinem Verhalten eine Rechtsnorm übertritt, dann ist der Verbotsirrtum ausgeschlossen.<sup>29</sup>

Schon mit dieser Präzisierung bricht der Anwendungsbereich von Art. 21 StGB bei einer anwaltlichen oder gutachterlichen Beratung ein. Hat sich die Auskunft in erkennbarer Weise nur auf den Gesichtspunkt der Strafbarkeit beschränkt, dann ist sie grundsätzlich nicht geeignet, einen Verbotsirrtum zu begründen.<sup>30</sup> Dem Täter kann dann unschwer vorgehalten werden, dass er aufgrund einer solchen Auskunft nicht den Glauben gehabt haben kann, «überhaupt nichts Unrechtes zu tun».<sup>31</sup>

### 2. Ausschluss des Verbotsirrtums bei Unrechtszweifeln

Zu beachten ist weiter, dass die Anwendung von Art. 21 StGB bereits versperrt wird, wenn der Täter unsicher ist, ob sein Tun rechtmässig oder rechtswidrig ist, wenn er also Unrechtszweifel hegt, bildlich gesprochen zwischen den beiden Polen Rechtmäs-

<sup>27</sup> Vgl. die Gleichsetzung des Verbotsirrtums mit *fehlendem* Unrechtsbewusstsein bei DONATSCH/TAG (Fn. 3), 290.

<sup>28</sup> Ständige Rechtspraxis, die allerdings durch die Gerichte nicht näher begründet wird, vgl. nur BGE 69 IV 180, 72 IV 155, 78 IV 181, 91 IV 29, 91 IV 164, 92 IV 74, 93 IV 124, 98 IV 303, 106 IV 319 f., 128 IV 210; AppGer BS, BJM 2003, 170; BGer vom 26.12.2008, 6B\_455/2008, Erw. 4.4; BGer vom 26.6.2014, 6B\_64/2014, Erw. 2.3.2; ebenso die Doktrin, vgl. nur DONATSCH/TAG (Fn. 3), 290 f.; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 15; STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 43, 45; THALMANN, in: CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 8 und N 11.

<sup>29</sup> NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 15 f. mit der Präzisierung, dass sich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gerade auf diejenige Norm beziehen muss, deren Verletzung dem Täter vorgeworfen wird.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 92 IV 73 f.; DONATSCH/TAG (Fn. 3), 290.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 92 IV 73 f.

sigkeit und Rechtswidrigkeit schwankt.<sup>32</sup> Diese Einschränkung wird in der gerichtlichen Praxis in verschiedene Formeln gefasst:

Das Bundesgericht hat in seiner älteren Rechtsprechung darauf abgestellt, ob der Täter bei seinem Tun ein «unbestimmtes Empfinden» hatte, gegen das Recht zu verstossen.<sup>33</sup> Diese Formel ist derart vage, dass mit dem Rückgriff auf sie nur schon das Suchen von Rechtsrat zu einer Fallgrube werden kann. Denn ein solches Verhalten offenbart, dass sich der Ratsuchende mit der Möglichkeit des Verbotenseins seiner Handlung gedanklich auseinandergesetzt hat. Und schon darin liegt ein Umstand, der für den Schuldabschluss gefährlich ist. So hat beispielsweise das Obergericht Zürich in einem Urteil neueren Datums argumentiert: «Schon der Umstand, dass sich der Beschuldigte [...] bei Rechtsexperten erkundigt und abgesichert haben will, spricht [...] für ein 'bloss unbestimmtes Empfinden, [...] etwas Unrechtes zu tun' [...]»<sup>34</sup> Auf diese Weise wurde in jenem Verfahren dann ein Verbotsirrtum und mithin die Berufung auf Art. 21 StGB ausgeschlossen.<sup>35</sup>

Man muss dem Bundesgericht allerdings zugutehalten, dass es sich das Empfindens-Kriterium in neueren Entscheiden verkniffen und sich stattdessen auf eine andere Wendung verlegt hat: «Dès lors que la recourante avait conscience du caractère illicite de son acte, du moins d'une illicéité éventuelle, il n'y a pas de place pour [...] une erreur de droit.»<sup>36</sup> Nimmt man das Bundesgericht beim Wort, dann wird der Verbotsirrtum jetzt also durch ein *rein intellektuelles Moment* definiert und komplementär dazu das Unrechtsbewusstsein als eine rein kognitive Leistung begriffen. Des Weiteren wer-

<sup>32</sup> In diesem Sinne auch bereits DONATSCH (Fn. 1), 19, 33; vgl. zu dieser Fallgestaltung aus dem deutschen Schrifttum eingehender A. DIMAKIS, *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat*, Berlin 1992, 25 ff.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München 2006, § 21 N 29 ff. und N 63 m.w.N. DONATSCH/TAG (Fn. 3), 291 thematisieren die Unrechtszweifel unter dem Kriterium der Unvermeidbarkeit, weil sie Anlass für die Einholung von Erkundigungen sein können; unklar bleibt aber, ob denn ein Verbotsirrtum vorliegen respektive entstehen kann, wenn die Zweifel an der Rechtmässigkeit des Verhaltens sich auch durch Erkundigungen nicht beseitigen lassen.

<sup>33</sup> BGE 60 I 418, 66 I 113, 70 IV 100, 99 IV 249, 104 IV 184, 104 IV 218; daraus ergibt sich zugleich, dass auch beim Unrechtsbewusstsein analog zur Vorsatzdogmatik eine Parallelwertung in der Laiensphäre genügt, vgl. BGE 104 IV 218; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 15; STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 43.

<sup>34</sup> OGer ZH vom 31.3.2014, SB130137, Erw. 3.7.1.5; methodisch ebenso BGer vom 8.11.2008, 6B\_393/2008, 6B\_395/2008, Erw. 2.4, wo die Nachfrage beim Rechtsanwalt als Indikator für ein Bewusstsein der eventuellen Rechtswidrigkeit des Tuns und damit gegen die Beschuldigten verwendet wurde.

<sup>35</sup> OGer ZH vom 31.3.2014, SB130137, Erw. 3.7.1.

<sup>36</sup> BGE 130 IV 82; rezipiert bei THALMANN, CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 11; vgl. zur Anwendung dieses Massstabs bei der Prüfung des Vorsatzes respektive eines Sachverhaltsirrtums OGer ZH vom 14.5.2014, SU130074.



den keinerlei Abstufungen nach einer mehr oder weniger hohen Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit des anvisierten Verhaltens gemacht, obwohl dies in Konstellationen einer objektiv unklaren/umstrittenen Rechtslage grundsätzlich denkbar wäre. Vielmehr wird der Verbotsirrtum rundheraus abgelehnt, sobald sich sagen lässt, dass der Täter um eine *eventuelle Rechtswidrigkeit* seines Verhaltens *gewusst* hat.<sup>37</sup> Danach können selbst schwach ausgeprägte Zweifel an der Rechtswidrigkeit respektive Rechtmässigkeit der Tat Art. 21 StGB den Garaus machen.

Zum Tragen kam dieser Massstab unter anderem im ersten Fallbeispiel zur Zutrittsverweigerung bei der polizeilichen Hausdurchsuchung. Dort argumentierte das Bundesgericht: «Die Beschwerdeführer mussten somit von Anfang an ernsthafte Zweifel daran gehabt haben, ob sie zum Widerstand gegen die Hausdurchsuchung befugt waren, und das Telefonat mit Rechtsanwalt A.X. war nicht geeignet, diese *völlig* zu zerstreuen. Dies schliesst die Annahme eines Verbotssirrtums aus.»<sup>38</sup>

### III. Unvermeidbarkeit des Verbotssirrtums

Sofern man bei einer anwaltlichen oder gutachterlichen Beratung nach all diesen Vorbehalten überhaupt noch zu einem Verbotssirrtum kommt, hängt alles Weitere an der Vermeidbarkeit. Vom Grundansatz her fragt das Bundesgericht hier danach, ob der Irrtum «auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in

<sup>37</sup> Grosszügiger noch DONATSCH (Fn. 1), 19, wonach es beim Unrechtsbewusstsein, das den Verbotsirrtum ausschliesst, ausserdem darauf ankomme, ob der zweifelnde Täter sich mit der allfälligen Rechtswidrigkeit «abgefunden» habe. Was damit genau beim Unrechtsbewusstsein gemeint ist, bleibt offen, obschon Inhalt und Natur des Sich-Abfindens durchaus unterschiedlich bestimmt werden können, vgl. die Deutungsvarianten bei DIMAKIS (Fn. 32), 61 ff. Angelehnt ist dieses Kriterium wohl an eine bereits damals existente und bis heute umstrittene Ansicht zur Verbotsirrtumsregelung im deutschen Strafrecht. Danach soll analog zur Vorsatzdogmatik auch das Unrechtsbewusstsein durch eine Willenskomponente – mit weiterer Kontroverse zu ihrer Inhaltsbestimmung – konstituiert werden, vgl. jeweils m.w.N. DIMAKIS (Fn. 32), 55 ff.; GAEDE (Fn. 26), 454, 460 m.w.N.; U. NEUMANN, in: U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paefffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2013, § 17 N 33. Es ist jedoch eher nicht empfehlenswert, diese Ansicht in das hiesige Strafrecht zu transferieren. Die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens lässt sich erkennen oder verkennen bzw. richtig oder falsch prognostizieren; sie hängt aber nicht vom Willen des Täters ab. Eine Übertragung des voluntativen Vorsatzelements auf das Unrechtsbewusstsein erscheint daher nicht sachgerecht. Ablehnend z.B. auch NEUMANN, a.a.O., m.w.N.; DIMAKIS (Fn. 32), 55 ff.

<sup>38</sup> BGer vom 8.11.2008, 6B\_393/2008, 6B\_395/2008, Erw. 2.4 (Hervorhebung G.G.).

die Irre führen lassen». <sup>39</sup>In Konstellationen anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung wird dafür mindestens vorausgesetzt,

- dass der Rechtsrat für das Verhalten kausal war, <sup>40</sup>
- dass dem Rechtsberater der Sachverhalt zur Prüfung vorlag, der vom Täter nachher verwirklicht wurde (Deckungsgleichheit von geprüftem und verwirklichtem Sachverhalt), <sup>41</sup>
- dass der Beratene etwaig Empfehlungen des Beraters zur konkreten Umsetzung des fraglichen Tuns auch getreulich befolgte, <sup>42</sup>
- dass vom Rechtsberater alle rechtlichen Aspekte geprüft wurden, «die auch der Täter kennen musste» (lückenlose Prüfung), <sup>43</sup>
- dass eine komplexe Rechtsfrage betroffen ist, weil andernfalls ein normales Unrechtsbewusstsein unterstellt wird, <sup>44</sup>
- und dass der Täter nicht «auf entgegenstehende Stellungnahmen von Gerichten, Literatur oder Behörden hingewiesen» wurde. <sup>45</sup>

#### IV. Bewertung des Status quo

Diese Handhabung von Art. 21 StGB ist in mehrfacher Hinsicht kritikwürdig, wobei ich im Folgenden nur auf einzelne Punkte eingehen werde, die bei anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung von besonderer Bedeutung sind:

<sup>39</sup> BGE 98 IV 303, 99 IV 186, 99 IV 251, 104 IV 221; DONATSCH, in: Donatsch, StGB Komm. (Fn. 5), Art. 21 N 2; BGer vom 22.3.2002, 6P.162/2001, 6S.619/2001, Erw. 7b; BGer vom 26.12.2008, 6B\_455/2008, Erw. 4.4.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 100 IV 247 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: PK StGB (Fn. 6), Art. 21 N 11.

<sup>41</sup> BGE 98 IV 303 f.; vgl. BGE 100 IV 247 f.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 98 IV 303 ff. (Empfehlungen des Rechtsberaters zum Werbetext nicht umgesetzt); BGE 100 IV 247 f.; KG GR vom 21.8.2014, SK2 14 38, Erw. 3c/bb.

<sup>43</sup> BGer vom 6.6.2003, 6P.5/2003, Erw. 3.2; BGer vom 26.12.2008, 6B\_455/2008, Erw. 4.4.

<sup>44</sup> BGE 92 IV 74 (den Erwägungen nach erblickte der Anwalt in den fraglichen Äusserungen «nichts Unzulässiges»), 98 IV 303 f., 104 IV 184; BGer vom 6.6.2003, 6P.5/2003, Erw. 3.2.; BGer vom 26.12.2008, 6B\_455/2008, Erw. 4.4.; besondere Komplexität/Unklarheit angenommen in KG SG, GVP 1989 Nr. 39 und unvermeidbaren Verbotsirrtum nach anwaltlicher Auskunft bejaht; KG GR vom 21.8.2014, SK2 14 38, Erw. 3 (unvermeidbaren Verbotsirrtum beim Vorwurf der Veruntreuung von Geldern eines «Erneuerungsfonds» nach anwaltlicher Beratung bejaht); OGer ZH vom 22.8.2014, SB130234, Erw. 7.4 (keine Komplexität beim Bestechungsverbot, da allgemeiner Rechtsgrundsatz).

<sup>45</sup> BGer vom 6.6.2003, 6P.5/2003, Erw. 3.2; vgl. auch BGE 129 IV 18; BGer vom 22.3.2002, 6P.162/2001, 6S.619/2001, Erw. 7b.

## 1. Ausschluss des Verbotsirrtums beim Wissen um eine eventuelle Rechtswidrigkeit

Zunächst zur Sperre von Art. 21 StGB beim Wissen um eine eventuelle Rechtswidrigkeit. Diese Einschränkung ist von enormer praktischer Bedeutung: in allen Fällen nämlich, in denen ein Verhalten im Grenzbereich von Normen liegt und/oder wenn die Rechtslage wie so oft umstritten ist. Klärt der Rechtsberater den Täter über diese Situation auf, dann *weiss* der Täter um eine eventuelle Rechtswidrigkeit seines Handelns. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Experte selbst eine unrechtsverneinende Auskunft erteilt hat. Der alles entscheidende Informationsstand ist vorhanden, für den Verbotsirrtum kein Platz mehr.<sup>46</sup> Eine Herleitung und Begründung dieser restriktiven Haltung sucht man in den einschlägigen Entscheiden vergeblich. Unausgesprochen verschafft das Bundesgericht hier aber dem Leitgedanken Nachachtung, dass der rechts-treue Bürger ein Verhalten, das in einer rechtlichen Grauzone liegt, gefälligst zu meiden hat – und zwar ausnahmslos.<sup>47</sup> Das ist eine klare und äusserst anspruchsvolle Haltung, deren Anschlussfähigkeit bisher aber zu wenig hinterfragt worden ist.<sup>48</sup>

Zunächst einmal ist festzustellen, dass keinerlei Differenzierung erfolgt, ob der Täter seine Unrechtszweifel nun selbst verschuldet hat oder nicht, obschon sowohl das eine wie auch das andere im Lebensalltag vorkommt. So kann es doch zum Beispiel Situationen geben, in denen der Täter unsicher ist, ob sein Verhalten juristisch in Ordnung geht und dann einfach den Kopf in den Sand steckt. Er holt erst gar keine Erkundigungen ein, weil er nicht erfahren will, dass sein Verhalten definitiv rechtswidrig ist. In solchen Fällen ist nachvollziehbar, dass Art. 21 StGB nicht anwendbar sein soll, was *de lege lata* eben dadurch bewerkstelligt werden muss, dass man schon den Irrtum als solchen verneint.<sup>49</sup> Andernfalls müsste der absichtlich oder aus Gleichgültigkeit rechts-

<sup>46</sup> Diese Problematik wird oft übersprungen und der Unrechtszweifel erst bei der Vermeidbarkeitsprüfung thematisiert, wo dann Differenzierungen nach den konkreten Umständen erfolgen, in diesem Sinne z.B. STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 56; THALMANN, in: CR CP I (Fn. 3), Art. 21 N 19; insoweit unklar DONATSCH (Fn. 1), 19 (wo Unrechtszweifel dem Unrechtsbewusstsein gleichgestellt werden und schon den Verbotsirrtum ausschliessen sollen) und 36 ff. (zur unklaren/umstrittenen Rechtslage als Problematik der Vermeidbarkeitsprüfung, wiewohl in solchen Fällen beim Täter trotz Erkundigung wohl oft handfeste Zweifel an der Rechtmässigkeit seines Tuns eintreten/fortbestehen werden).

<sup>47</sup> So in aller Deutlichkeit AppGer BS, BJM 2003, 171; KG SG vom 23.8.2006, ST.2005.142 und 144, Erw. 4b: «Wer sich bewusst in den Graubereich der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens begibt und über die juristische Qualifikation irrt, kann regelmässig nicht Verbotsirrtum für sich in Anspruch nehmen.»

<sup>48</sup> Gesehen und eingehender behandelt wird dieser Punkt bei DONATSCH (Fn. 1), 38 ff.

<sup>49</sup> In diesem Sinne auch NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 20 (wer sich im Zweifel bewusst für das Nichtwissen entscheidet, irrt gar nicht); THOMMEN (Fn. 2), 287; demgegenüber wohl für die Annahme eines «vermeidbaren Rechtsirrtums» in Fällen vorwerfbar unterlassener Erkundigung DONATSCH, in: Donatsch, StGB Komm. (Fn. 5), Art. 21 N 6. Bei der früheren Ver-

blind gebliebene Täter mit einem – und sei es auch winzigen – Strafrabatt für einen *vermeidbaren* Verbotsirrtum prämiert werden (Art. 21 i.V.m. Art. 48a StGB).<sup>50</sup>

Die Ausgangslage ist aber eine andere, wenn der Täter eigens Erkundigungen bei einem Rechtsexperten eingeholt hat. Wenn nicht einmal der ihm sagen kann, ob das Verhalten nun rechtmässig oder rechtswidrig ist, dann hat der Täter seine Unrechtszweifel nicht selbst verschuldet.<sup>51</sup> Sie haben ihre Ursache wohl eher in einer relativen Unbestimmtheit des Normensystems; das ist offenbar kompliziert oder noch konkretisierungsbedürftig, so dass sich kaum prognostizieren lässt, wie die Gerichte entscheiden werden.<sup>52</sup> Gesteht man dies zu, dann stellt sich unweigerlich die Frage, wie mit dieser Feststellung im Hinblick auf einen Schuldvorwurf gegenüber dem Täter umzugehen ist. Legt man hier rein schematisch die Formel des Bundesgerichts zugrunde, so müsste der Verbotsirrtum generell verneint werden,<sup>53</sup> was zu einer enormen Beschränkung der Handlungsfreiheit führen kann.<sup>54</sup> Faktisch muss sich der Täter bei diesem Ansatz nach der für ihn jeweils ungünstigsten Rechtsmeinung richten, wenn er keine volle Vorsatz-

---

botsirrtumsregelung in Art. 20 StGB wurde der entschuldbare (vermeidbare) Verbotsirrtum von der Rechtsprechung ganz aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen, exemplarisch BGE 106 IV 319 f., 118 IV 174 f., 128 IV 210, 129 IV 18 (soweit die Entschuldbarkeit des geltend gemachten Verbotsirrtums zu verneinen sei, könne das Vorliegen eines Irrtums offenbleiben); BezGer Bülach, sic! 2002, 110; vgl. zu dieser damaligen – unter der heutigen Fassung von Art. 21 StGB klar unzulässigen (!) – Methodik und den Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des einstigen Art. 20 StGB HEINE et al. (Fn. 7), 123; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 24; TRECHSEL/NOLL (Fn. 6), 165 ff.; eingehend dazu und mit kritischer Würdigung HAUG (Fn. 2), 232 ff., 241 ff.; Fortführung dieser früheren Praxis unter Ausserachtlassung der zwischenzeitlichen Änderung der gesetzlichen Regelung in BGer vom 12.7.2011, 6B\_14/2011, Etw. 2.4 (Anwendbarkeit von Art. 21 StGB a priori ausgeschlossen wegen Vermeidbarkeit des Irrtums).

<sup>50</sup> Vgl. NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB I (Fn. 6), Art. 21 N 20; THOMMEN (Fn. 2), 287.

<sup>51</sup> Vgl. KG SG, GVP 1989 Nr. 39, S. 86 f.; die Problematik wird auch angedeutet bei THOMMEN (Fn. 2), 286 mit Fn. 68 zu Ansichten aus dem deutschen Schrifttum, wonach Verbotsunkenntnis nicht vorwerfbar sei, wenn zuverlässige Informationen mangels richterlicher Klärung der (Un-)Rechtmässigkeit nicht erhältlich seien. In der hiesigen gerichtlichen Praxis zum Verbotsirrtum ist eine solche Differenzierung aber nicht auszumachen.

<sup>52</sup> Vgl. KG SG, GVP 1989 Nr. 39, S. 86 f.; DONATSCH (Fn. 1), 38 ff.

<sup>53</sup> Vgl. K. CORNELIUS, Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen – ein dogmatischer Irrweg, GA 2015, 101 ff. zu möglichen Ansätzen aus dem deutschen Schrifttum, das Problem unklarer Rechtslagen/objektiv unbehebbarer Unrechtszweifel bereits auf objektiver Ebene in den Griff zu bekommen.

<sup>54</sup> Vgl. DONATSCH (Fn. 1), 39.

strafe riskieren will<sup>55</sup> – wobei dem Bundesgericht offenbar völlig egal ist, wer diese Rechtsmeinung jeweils vertritt und wie überzeugend sie bei Lichte besehen ist.

Je nachdem, welche Bedeutung der Handlungsvollzug für den Täter persönlich hat, muss man sich auch fragen, ob ihm unter allen Umständen zugemutet werden kann, beim blossen Unrechtszweifel stets von seinem Vorhaben abzurücken.<sup>56</sup> Richtigerweise müssten doch berechnete eigene Belange des Täters beim Entscheid über die strafrechtliche Zurechnung irgendwie mitberücksichtigt werden. Das Problem ist nur, dass bis anhin vollkommen ungeklärt ist, wie man das dogmatisch anstellen soll und wo dann die Grenzen der Nachsicht liegen. Falls man ein Anhänger von pragmatischen Lösungen ist, könnte man in derartigen Fällen den Irrtum als solchen grosszügiger auslegen, um sich in die Vermeidbarkeitsprüfung von Art. 21 StGB zu retten.<sup>57</sup> Dort könnte man die nötigen Differenzierungen einbauen,<sup>58</sup> was aber auch bedeutet, dass nicht eins zu eins auf die Massstäbe abgestellt werden dürfte, die auf den «echten» Verbotsirrtum zugeschnitten sind. Es werden schwierige Wertungen namentlich zur individuellen Bedeutung des anvisierten Verhaltens, zu seiner Gefahrenträchtigkeit, seiner sozialen Relevanz und zur Zumutbarkeit eines Handlungsverzichts erforderlich, die bei der herkömmlichen Vermeidbarkeitsprüfung keine Rolle spielen. Sauberer wäre es aber wohl, die gesetzliche Regelung des Verbotsirrtums entweder nur sinngemäss anzuwenden oder den zum Tatzeitpunkt für jedermann unbehebbarsten Unrechtszweifel ganz aus dem Kontext von Art. 21 StGB herauszunehmen und anderweitig zu privilegieren:<sup>59</sup> um auf diese Weise herauszustreichen, dass es in solchen Konstellationen nicht mehr um Informationsdefizite des Täters und individuelle Fehlleistungen geht, wie man sie sonst beim Irrtumsbegriff im Sinn hat, sondern um (einstweilige) Regelungsdefizite im Normensystem.<sup>60</sup>

## 2. Zur Vermeidbarkeitsprüfung

Von derartigen Differenzierungen ist die vorherrschende gerichtliche Praxis allerdings weit entfernt. Wendet man sich der herkömmlichen Vermeidbarkeitsprüfung bei Art. 21 StGB zu, dann ist diese nicht etwa darauf angelegt, Dilemmata des Täters abzufedern,

<sup>55</sup> Dieses Problem muss natürlich nicht zwingend über Art. 21 StGB gelöst werden, vgl. CORNELIUS (Fn. 53), 101 ff., 109 ff. zu verschiedenen Ansätzen aus dem deutschen Schrifttum, dem Problem unklarer Rechtslagen bereits auf objektiver Ebene beizukommen.

<sup>56</sup> KG SG vom 23.8.2006, ST.2005.142 und 144, Erw. 4b verlangt dies ohne Vorbehalte.

<sup>57</sup> So im Ergebnis DONATSCH (Fn. 1), 38 ff., der die Konstellation einer unklaren/umstrittenen Rechtslage auf der Vermeidbarkeitsstufe löst.

<sup>58</sup> Vgl. die Überlegungen bei DONATSCH (Fn. 1), 38 ff.

<sup>59</sup> Vgl. für Denkanstösse CORNELIUS (Fn. 53), 101 ff., 109 ff.; allgemein zur Option eines übergesetzlichen Schuldaustrittsgrundes oder zumindest Strafausschlussgrundes STRATENWERTH (Fn. 2), § 11 N 85 m.w.N.

<sup>60</sup> Diese Besonderheit wird auch herausgearbeitet bei DONATSCH (Fn. 1), 38 ff.

sondern sie soll im Gegenteil ohne Rücksicht auf diese den Zurechnungsentscheid gewährleisten.

### 2.1 *Der «gewissenhafte Mensch» als Massfigur*

Es beginnt schon mit dem Grundansatz des Bundesgerichts, bei der Frage nach der Vermeidbarkeit des Irrtums auf den gewissenhaften Menschen abzustellen, also auf das Können oder Können-Sollen eines Dritten. Auf einen derartigen Massstab kann man sich vielleicht im Haftpflichtrecht verständigen,<sup>61</sup> im Strafrecht aber befassen wir uns auf der Ebene der Schuld immer noch mit dem konkreten Täter und mit den Grundbedingungen für einen persönlichen Tadel. Richtigerweise kann daher auch die Vermeidbarkeitsprüfung allein der Feststellung dienen, ob *der jeweilige Täter* bei gehöriger Sorgfalt die Rechtswidrigkeit seines Tuns hätte erkennen können.<sup>62</sup> Und dieser Täter kann sich dann natürlich nicht einfach damit herausreden, Rechtsrat eingeholt zu haben. Verlangt werden kann und muss, dass er bei der Auswahl der Auskunftsperson, bei der Instruktion der Auskunftsperson und bei der Prüfung, ob die Auskunft vertrauenswürdig ist, sein ganzes Können einsetzt<sup>63</sup> – das genügt dann aber auch.

### 2.2 *Das Kriterium der «komplexen Rechtsfrage»*

Abzulehnen ist auch die Ansicht des Bundesgerichts, dass Unvermeidbarkeit nur bei «komplexen Rechtsfragen» vorkommen kann, weil andernfalls ein normales Unrechtsbewusstsein anzunehmen sei.<sup>64</sup> In Konstellationen, in denen der Täter vor seiner Tat eigens Erkundigungen zu ihrer rechtlichen Würdigung eingeholt hat, ist diese Unterstellung realitätsfern. Vertraut der Bürger auf die Fähigkeiten seines Rechtsberaters, dann kann gerade dessen Rat dazu beitragen, auch ein an sich bestehendes «normales Unrechtsbewusstsein» zu irritieren. Nebst dem ist ungeklärt, nach welchen Kriterien hier eigentlich die Grenze zwischen einfachen und schweren Rechtsfragen gezogen werden sollte. Ist beispielsweise die Herausgabepflicht bei Retrozessionen eine einfache Rechtsfrage, weil man nur das Auftragsrecht anwenden muss?<sup>65</sup> Und kann eine

<sup>61</sup> Vgl. statt vieler FELLMANN/KÖTTMANN/NIEDERBERGER-KÜTTEL (Fn. 9), § 3 N 532 ff. m.w.N.; OFTINGER/STARK (Fn. 9), § 5 N 63 ff. zum Pro und Contra der Objektivierung aus haftpflichtrechtlicher Perspektive.

<sup>62</sup> So bereits DONATSCH (Fn. 1), 32; vgl. auch TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: PK StGB (Fn. 6), Art. 21 N 7.

<sup>63</sup> Vgl. DONATSCH (Fn. 1), 36.

<sup>64</sup> BGE 98 IV 303 f.; BGer vom 6.6.2003, 6P.5/2003, Erw. 3.2.

<sup>65</sup> Grundlegend dazu E. HIESTAND, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen (Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG, Zürich 2014 m.w.N.; BGer vom 3.2.2008, 6P.107/2005, 6S.316/2005, Erw. 5.3; BGE 132 III 464 ff., 137 III 393 ff., 138 III 755 ff.; BGer vom 13.1.2011, 6B\_223/2010, Erw. 3.4.5 (Bestandespflegekommissionen); OGer BE vom 4.7.2013, SK 2012 218.

Rechtsfrage «einfach» sein, obwohl selbst der private Rechtsexperte die «richtige» Antwort verfehlt hat? Obendrein wird der Bürger doch meist deshalb Mühe und Kosten auf sich genommen und einen Experten angefragt haben, weil er zu der Überzeugung gelangt ist, die jeweilige Rechtsfrage alleine nicht zuverlässig beantworten zu können. Auf eine unrechtsverneinende Antwort, die ihm der Experte erteilt hat, muss sich der Bürger dann aber grundsätzlich auch verlassen können und dürfen.

### 2.3 *Schädliche Kenntnis unrechtsbejahender Auffassungen*

Weder methodisch noch in der Sache durchdacht wirkt auch der kompromisslose Umgang mit dem Wissen um Gegenansichten, über das ein Täter unter Umständen verfügt: Das Bundesgericht unterstellt, dass jeder Hinweis auf entgegengesetzte Stellungnahmen von Gerichten, Literatur *oder* Behörden den Verbotsirrtum vermeidbar machen soll.<sup>66</sup> Jedenfalls taucht diese Einschränkung methodisch im Rahmen der Vermeidbarkeitsprüfung auf. Genau genommen beginnen die Schwierigkeiten aber schon eine Stufe vorher, nämlich beim Verbotsirrtum selbst. Sobald der Rechtsexperte auch nur eine einzige abweichende, unrechtsbejahende Auffassung ausgegraben und auf diese mit hingewiesen hat, wird dem Täter doch zumindest eine *eventuelle* Rechtswidrigkeit seines Handelns vor Augen stehen – so dass wir wieder bei der Konstellation des Unrechtszweifels landen,<sup>67</sup> und bei der Gretchenfrage, ob dem Täter Zweifel an der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmässigkeit seines Verhaltens wirklich ausnahmslos und ohne Rücksicht auf ihre Ursachen schaden sollen.

## V. Fazit

Ich komme zum Fazit und damit auch auf unsere Ausgangsfrage zurück: Kann die anwaltliche oder gutachterliche Beratung einen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründen, und den Beratenen so gesehen «vor Strafe schützen»? Die Antwort lautet: wohl kaum.

Zunächst einmal muss man schon alle Rechtsberatungen aussortieren, die sich in erkennbarer Weise allein auf die Strafbarkeit des Verhaltens bezogen haben. Sie sind schon deswegen keine taugliche Grundlage für einen Verbotsirrtum, weil die blosser Annahme, sich nicht strafbar zu machen, als unerheblich abgetan wird.

Aber auch dann, wenn der Rechtsberater das Verhalten umfassend geprüft und eine unrechtsverneinende Auskunft erteilt hat, schützt das den Beratenen vor Strafe nicht. Das Bundesgericht hat nämlich auf subtile Art und Weise dafür gesorgt, dass Art. 21 StGB weder bei einfachen noch bei komplexen Rechtsfragen zum Zuge kommen kann.

<sup>66</sup> BGer vom 6.6.2003, 6P.5/2003, Erw. 3.2; vgl. auch BGE 129 IV 18; BGer vom 22.3.2002, 6P.162/2001, 6S.619/2001, Erw. 7b.

<sup>67</sup> In diesem Sinne auch ROXIN (Fn. 32), § 21 N 63.

Findet das Bundesgericht die Rechtsfrage «einfach», dann soll die anwaltliche Auskunft ja generell unmassgeblich sein. Und bei komplexen Rechtsfragen wird der sorgfältige Rechtsberater doch meistens auf Unsicherheiten oder Gegenansichten hingewiesen haben. Und so ist es dann gerade dank der eingeholten Beratung für die Strafbehörden ein leichtes, im Strafverfahren den Nachweis von Unrechtszweifeln zu führen – so dass der Verbotsirrtum unschwer verneint werden kann.

Insgesamt muss man daraus die Lehre ziehen: Einen Vertrauensschutz bei anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung gibt es in der Rechtswirklichkeit nicht. Wer der unrechtsverneinenden Auskunft seines Rechtsberaters vertraut, tut das auf volles eigenes Risiko, die Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt wankt deswegen nicht. Dies gilt auch dann, wenn die Rechtslage ex ante gesehen unklar bzw. umstritten gewesen ist. Deswegen kann der Täter noch lange nicht darauf hoffen, dass ihm das Bundesgericht mit der Anerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums zur Seite springt.

Wenn man an diesem Zustand etwas ändern und das Erfordernis einer individuellen Vorwerfbarkeit des Verhaltens als Ausprägung des Schuldprinzips ernst nehmen will, müsste man substantielle Korrekturen bei der Interpretation von Art. 21 StGB vornehmen. Einige Schraubstellen sind in diesem Beitrag angesprochen worden. Bei der Vermeidbarkeitsprüfung müsste man zu lebensadäquaten Anforderungen kommen, die bei den Fähigkeiten und Kenntnissen des individuellen Täters ansetzen. Vor allem aber müsste man mit dem Phänomen des Unrechtszweifels sehr viel differenzierter umgehen, als dies bisher geschieht.