

Schriften zum Strafrecht

---

Band 451

**Die direkte und die analoge  
Anwendbarkeit des § 16 II StGB**

Von

**Christine Marie Götz**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CHRISTINE MARIE GÖTZ

Die direkte und die analoge Anwendbarkeit  
des § 16 II StGB

Schriften zum Strafrecht

Band 451

# Die direkte und die analoge Anwendbarkeit des § 16 II StGB

Von

Christine Marie Götz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit  
im Jahre 2025 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormArt, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: Metasystems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-19567-1 (Print)

ISBN 978-3-428-59567-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Für Hilde*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Für die Druckfassung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Mitte Februar 2025 berücksichtigt werden.

Mein vorderster Dank gebührt meiner Doktormutter Prof. Dr. Anna Helena Albrecht, die durch ihre herausragende Unterstützung als Betreuerin und die Gewährung wissenschaftlicher Freiräume als Chefin wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Prof. Dr. Georg Steinberg danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Dr. Felix Ruppert und Prof. Dr. Wolfgang Mitsch bin ich dankbar für die wertvollen fachlichen Anregungen.

Mein besonderer Dank gilt auch Mona Hebener, Sidney Wiese und Judith Bonifer für ihre unermüdliche fachliche und emotionale Unterstützung, das Korrekturlesen und eine wunderschöne gemeinsame Lehrstuhlzeit.

Zu guter Letzt danke ich von Herzen meiner Familie für ihre Liebe und ihren bedingungslosen Rückhalt.

Berlin, im März 2025

*Christine Marie Götz*



# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| <b>Einführung und Gang der Untersuchung</b> .....  | 15 |
| <i>1. Teil</i>   |    |
| <b>Direkter Anwendungsbereich</b> .....  | 18 |
| Kapitel 1  |    |
| <b>Begriffsbestimmungen</b> .....  | 18 |
| § 1 Spezialitätsverhältnis .....   | 18 |
| A. Privilegierungstatbestände .....  | 19 |
| I. Begrifflichkeit .....   | 19 |
| II. Definition .....   | 19 |
| III. Unrechtsmindernde Privilegierungstatbestände und reine Schuldprivilegierungstatbestände ..... | 20 |
| 1. Rein schuldmindernde Privilegierungstatbestände .....   | 21 |
| a) Subjektiv gefasste Merkmale .....   | 21 |
| b) Objektiv gefasste Merkmale .....  | 22 |
| 2. Unrechtsmindernde Privilegierungstatbestände .....  | 24 |
| B. „Delicta sui generis“ .....   | 24 |
| § 2 Begriffslogisches und normativ-ethisches Stufenverhältnis .....                                | 26 |
| § 3 Auswahl und Einordnung relevanter Normen .....   | 27 |
| A. § 216 StGB .....  | 27 |
| B. § 217 StGB a.F. .....   | 30 |
| C. § 248 a StGB a.F. .....   | 31 |
| D. § 283 c StGB .....  | 31 |
| Kapitel 2  |    |
| <b>Rechtslage vor Einführung des § 16 II StGB</b> .....  | 32 |
| § 1 Behandlung nach den „allgemeinen Grundsätzen“ .....  | 33 |
| § 2 Umgang mit dem Irrtum über privilegierende Umstände vor Schaffung des § 16 II StGB .....       | 34 |
| A. Einheitliche Betrachtung .....  | 34 |
| I. Einheitliche Anwendung von § 59 I StGB a.F. .....   | 34 |

|   |    |
|---|----|
| II. Subjektivierung .....   | 35 |
| B. Differenzierende Ansichten .....   | 36 |
| I. Differenzierung durch Auslegung der einzelnen Norm .....   | 36 |
| II. Differenzierung nach Milderungsart .....  | 36 |
| <br>Kapitel 3<br><br>   |    |
| <b>Der Anwendungsbereich der eingeführten gesetzlichen Regelung:<br/>Bestimmung des „milderen Gesetzes“ i. S. d. § 16 II StGB</b> |    |
| § 1 Formell-materielle Herangehensweise .....   | 39 |
| A. Analyse und Einordnung der h.M. mit Blick auf den Sinn und Zweck<br>der Norm .....   | 40 |
| I. Erfordernis eines formellen und materiellen Stufenverhältnisses .....  | 40 |
| II. Dogmatische Herleitung der Vollendungsstrafbarkeit durch die h.M. ....  | 43 |
| III. Die abweichenden Begrifflichkeiten in Rechtsprechung und Lehre .....   | 47 |
| IV. Zwischenergebnis .....  | 48 |
| B. Konsequenzen der formell-materiellen Herangehensweise für die direkte<br>Anwendbarkeit .....                                   | 48 |
| I. Auf Privilegierungstatbestände .....   | 48 |
| 1. Unrechtsmindernde Privilegierungstatbestände .....   | 48 |
| 2. Rein schuld mindernde Privilegierungstatbestände .....   | 49 |
| a) „subjektiv gefasste“ .....   | 49 |
| b) „objektiv gefasste“ .....  | 50 |
| II. Auf „delicta sui generis“ .....   | 52 |
| III. Auf „atypische Milderungstatbestände“ .....  | 55 |
| 1. Begriffsbestimmung .....   | 55 |
| 2. Behandlung nach den „allgemeinen Grundsätzen“ .....  | 57 |
| 3. Die Auffassung von Mitsch .....  | 58 |
| 4. Der Beschluss des BGH vom 22. 10. 2022 .....   | 59 |
| IV. Zwischenergebnis .....  | 62 |
| § 2 Rein materiell-unrechtsbezogene Herangehensweise .....  | 62 |
| A. Entwicklung der Herangehensweise durch systematischen Vergleich<br>mit § 2 III StGB .....                                      | 64 |
| I. Regelungsgehalt von § 2 III StGB .....   | 64 |
| II. Die Bestimmung des „mildesten Gesetzes“ i. S. d. § 2 III StGB .....   | 65 |
| 1. Fortsetzung des vorherigen Gesetzes .....  | 65 |
| 2. Das „mildeste“ Gesetz .....  | 68 |
| III. Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf § 16 II StGB .....  | 68 |
| B. Parallele zum Umgang mit Sachverhaltsunklarheiten .....  | 70 |
| C. Konsequenzen der materiell-unrechtsbezogenen Herangehensweise .....  | 71 |

|  |    |
|--|----|
| I. Materielle Unrechtsbetrachtung bei Vorliegen von Privilegierungstatbeständen ..                     | 72 |
| II. Materielle Unrechtsbetrachtung bei „atypischen Milderungstatbeständen“ ..                          | 73 |
| § 3 Untersuchung anhand der klassischen Auslegungsmethoden und Stellungnahme ....                      | 74 |
| A. Auslegung der Norm nach den klassischen Auslegungsmethoden .....                                    | 74 |
| I. Wortlaut .....  | 74 |
| II. Historie .....   | 75 |
| III. Systematik .....  | 76 |
| IV. Telos .....  | 77 |
| B. Stellungnahme .....   | 77 |
| C. Zwischenfazit: Voraussetzungen für die direkte Anwendbarkeit des § 16 II StGB ...                   | 81 |
| § 4 Beispielhafte Anwendung des Kriteriums des materiellen Stufenverhältnisses auf<br>Grenzfälle ..... | 81 |
| A. § 184 c StGB im Verhältnis zu § 184 b StGB .....  | 82 |
| B. § 184 c IV StGB im Verhältnis zu § 184 c I StGB .....   | 85 |
| C. § 236 StGB a.F. ....  | 87 |
| D. § 352 StGB .....  | 88 |

*2. Teil*

**Analoge Anwendbarkeit des § 16 II StGB**

91

Kapitel 1

**Analoge Anwendbarkeit des § 16 II StGB  
auf minder schwere Fälle und Ausschlussgründe  
für besonders schwere Fälle**

91

|  |     |
|--|-----|
| § 1 Dogmatische Vorüberlegungen .....  | 92  |
| A. Analogiebildung .....   | 92  |
| I. Allgemeine Voraussetzungen .....  | 92  |
| II. Analogiefähigkeit von § 16 II StGB .....   | 93  |
| III. Vereinbarkeit der analogen Anwendung auf Strafzumessungsebene<br>mit Art. 103 II GG ..... | 94  |
| B. Zusammenspiel von Tatbestand und Strafzumessung .....                                       | 95  |
| C. Minder und besonders schwere Fälle .....  | 96  |
| I. Benannt .....   | 96  |
| 1. Ohne Ausweichmöglichkeit .....  | 97  |
| 2. Mit Ausweichmöglichkeit .....   | 97  |
| II. Unbenannt .....  | 98  |
| III. Regelbeispiele und ihre Rechtsnatur .....   | 102 |
| 1. Strafzumessungslösung .....   | 103 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Tatbestandslösung .....  | 104 |
| 3. Einordnung als „Mischform“ .....   | 104 |
| 4. Eigene Stellungnahme und Ausgangspunkt für die weiteren Untersuchungen .....                           | 105 |
| D. Vorsatzerfordernis .....   | 106 |
| E. Abgrenzung zu Privilegierungstatbeständen .....  | 110 |
| I. Relevanz der Abgrenzung .....  | 110 |
| II. Abgrenzung am Beispiel des § 213 Alt. 1 StGB .....  | 111 |
| 1. Privilegierungstatbestand oder Strafzumessungsregel? .....   | 112 |
| 2. Zwingender Charakter der Norm? .....   | 115 |
| III. Grenzfall des § 89 c V StGB .....  | 118 |
| IV. Schlussfolgerungen: Wortlaut als maßgebliches Kriterium .....   | 120 |
| § 2 Analoge Anwendbarkeit auf minder schwere Fälle .....  | 121 |
| A. Stand der Forschung zur analogen Anwendbarkeit .....   | 121 |
| I. Allgemein .....  | 121 |
| II. Stand der Forschung in Bezug auf § 213 Alt. 1 StGB .....  | 122 |
| B. Dogmatische Analyse und eigene Stellungnahme zur analogen Anwendbarkeit auf minder schwere Fälle ..... | 125 |
| I. Übertragbarkeit des Rechtsgedankens des § 16 II StGB auf Strafzumessungsebene .....                    | 126 |
| II. Analoge Anwendbarkeit unter Berücksichtigung der verschiedenen Erscheinungsformen .....               | 127 |
| 1. Benannte minder schwere Fälle .....  | 128 |
| a) Ohne Ausweichmöglichkeit auf sonstigen minder schweren Fall .....                                      | 128 |
| b) Mit Ausweichmöglichkeit auf sonstigen minder schweren Fall .....                                       | 129 |
| c) Zwischenergebnis .....   | 130 |
| 2. Unbenannte minder schwere Fälle .....  | 131 |
| III. Ergebnis .....   | 132 |
| IV. Anwendung der Ergebnisse auf § 213 Alt. 1 StGB .....  | 133 |
| § 3 Analoge Anwendbarkeit auf Ausschlussgründe für besonders schwere Fälle .....                          | 136 |
| A. Forschungsstand in Bezug auf § 243 II StGB .....   | 136 |
| I. Überblick zu § 243 II StGB .....   | 136 |
| II. Umgang mit der irrigen Annahme der Geringwertigkeit .....   | 138 |
| 1. Rein objektive Bestimmung der Geringwertigkeit .....   | 138 |
| 2. Rein subjektive Bestimmung der Geringwertigkeit .....  | 139 |
| 3. Subjektiv-objektive Bestimmung der Geringwertigkeit .....  | 139 |
| a) Erfordernis der doppelten Geringwertigkeit .....   | 139 |
| b) Direkte oder analoge Anwendung von §§ 16, 18 StGB .....  | 140 |
| aa) Analoge Anwendung von § 18 StGB .....   | 140 |

|  |     |
|--|-----|
| bb) Direkte oder analoge Anwendung von § 16 I StGB .....   | 141 |
| cc) Direkte oder analoge Anwendung von § 16 II StGB .....  | 141 |
| B. Eigene Stellungnahme .....  | 142 |
| I. Kein alleiniges Abstellen auf die objektive oder subjektive Geringwertigkeit ..   | 142 |
| II. Dogmatisch konsequente Herleitung einer Lösung .....   | 144 |
| 1. Keine Anwendbarkeit von § 18 StGB .....   | 144 |
| 2. Keine Anwendbarkeit von § 16 I StGB .....   | 145 |
| 3. Analoge Anwendbarkeit von § 16 II StGB .....  | 145 |
| III. Kritik am Erfordernis der „doppelten Geringwertigkeit“ der h.M. ....  | 147 |
| IV. Zwischenergebnis .....   | 149 |
| § 4 Fazit zur Analogiefähigkeit von § 16 II StGB in Bezug auf minder schwere Fälle und<br>Ausschlussgründe für besonders schwere Fälle ..... | 150 |

Kapitel 2

**Persönliche Strafausschließungsgründe**

151

|  |     |
|--|-----|
| § 1 Außerstrafrechtliche persönliche Strafausschließungsgründe ..... | 152 |
| § 2 Innerstrafrechtliche persönliche Strafausschließungsgründe ..... | 154 |

Kapitel 3

**Prozessvoraussetzungen, Straffreierklärung,  
Absehen von Strafe**

156

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| § 1 Prozessvoraussetzungen ..... | 156 |
| § 2 Straffreierklärung .....     | 157 |
| § 3 Absehen von Strafe .....     | 160 |

**Ausblick: § 16 II und der Erlaubnistatbestandsirrtum** ..... 162

**Zusammenfassung und Fazit** ..... 167

**Literaturverzeichnis** ..... 170

**Sachverzeichnis** ..... 187



## Einführung und Gang der Untersuchung

„Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines mildereren Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem mildereren Gesetz bestraft werden.“

So lautet der durch das 2. StrRG<sup>1</sup> neu gefasste, am 01.01.1975 in Kraft getretene § 16 II StGB.

Bis zur Schaffung von § 16 II StGB war umstritten, wie mit einem Irrtum über privilegierende Umstände umzugehen ist. Durch die Einführung von § 16 II StGB wurde dies gesetzlich geregelt. Es soll eine Bestrafung „nur nach dem mildereren Gesetz“ erfolgen. Gemeint ist eine Bestrafung wegen der Vollendung des milderen Tatbestandes.<sup>2</sup>

Unsicherheit herrscht weiterhin in Bezug auf den Anwendungsbereich der Norm. So ist etwa die Frage, was unter einem „mildereren Gesetz“ i. S. d. § 16 II StGB zu verstehen ist, ebenso zentral wie ungeklärt. Es wurde bislang weithin angenommen, dass die Vorschrift auf Privilegierungstatbestände zugeschnitten sei.<sup>3</sup> Auch wenn der Wortlaut dahingehend nicht zwingend ist, wurde eine Erweiterung des Anwendungsbereiches auf andere Normen, die keine Privilegierungstatbestände sind, lange Zeit kaum diskutiert. § 16 II StGB war generell aufgrund des vermeintlich schmalen Anwendungsbereiches nur selten Gegenstand ausführlicher Diskussionen. Nicht umsonst wurde § 16 II StGB auch als „Irrtumsregelung im Schatten der allgemeinen Strafrechtslehre“<sup>4</sup> bezeichnet. Durch einen Beschluss des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 19.10.2022<sup>5</sup> wurde die Norm nun wieder in den Fokus gerückt. Der BGH sprach sich für eine Begrenzung des direkten Anwendungsbereiches auf privilegierende *leges speciales* aus.

Im ersten Teil dieser Arbeit ist der direkte Anwendungsbereich von § 16 II StGB abzustecken. Zu klären ist dafür insbesondere, wie der Begriff des „mildereren Gesetzes“ i. S. d. § 16 II StGB auszulegen ist. Die Rechtsprechung stellt auf das Kri-

---

<sup>1</sup> Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 4. Juli 1969, BGBl. 1969 I Nr. 56 S. 717.

<sup>2</sup> Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Prot., Wahlperiode V, 90. Sitzung, S. 1780.

<sup>3</sup> Siehe beispielhaft *Deckers*, FS Riess, 651 (667); *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK-StGB, § 16 Rn. 2; *Küper*, Jura 2007, 260; *LK-Vogel/Bülte*, § 16 Rn. 97; *Mitsch*, JuS 1996, 26 (29), der von selbstständigen und unselbstständigen Privilegierungstatbeständen spricht.

<sup>4</sup> *Küper*, Jura 2007, 260.

<sup>5</sup> BGHSt 67, 138 ff.

terium der Spezialität ab, die herrschende Lehre nimmt vornehmlich Privilegierungstatbestände in den Blick.<sup>6</sup> Dem Wortlaut von § 16 II StGB ist indes weder eine zwingende Begrenzung des Anwendungsbereiches auf *leges speciales* noch auf Privilegierungstatbestände zu entnehmen.<sup>7</sup> Einerseits wäre es denkbar, dass die Norm nicht auf alle Privilegierungstatbestände gleichermaßen Anwendung findet, andererseits könnten auch andere Normen, die keine *leges speciales* darstellen, in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Der h. M. gegenüberzustellen sind in einem zweiten Schritt Ansätze, die die formale Gestaltung der Normen weitgehend ausblenden und sich allein auf eine materiell-unrechtsbasierte Betrachtung stützen, welche unter Umständen Raum für eine weitere Fassung des direkten Anwendungsbereiches lassen würde.

Da die praktische Relevanz der direkten Anwendung auf Grundlage des engeren Verständnisses der h. M. als eher gering einzuordnen ist, sehen einige die Bedeutung der Norm vornehmlich in deren analoger Anwendbarkeit.<sup>8</sup> Ausgehend von den im ersten Teil erarbeiteten Erkenntnissen zum direkten Anwendungsbereich und zum Regelungszweck der Norm, soll in einem zweiten Teil der Arbeit erörtert werden, inwiefern sich aus § 16 II StGB ein analogiefähiger Rechtsgedanke ableiten lässt. Eine analoge Anwendbarkeit wird insbesondere bezogen auf minder schwere Fälle, Ausschlussgründe für besonders schwere Fälle und persönliche Strafausschlussgründe diskutiert. Zu untersuchen ist jeweils, ob die Voraussetzungen einer Analogiebildung gegeben sind und ob eine Analogie mit Art. 103 II GG vereinbar wäre.

Im Rahmen der Strafzumessungsregelungen kommt eine analoge Anwendung vornehmlich in Bezug auf minder schwere Fälle sowie Ausschlussgründe für besonders schwere Fälle in Betracht. Um die Frage nach der analogen Anwendung zu klären, muss zunächst die Strafzumessungsdogmatik näher betrachtet und zwischen den verschiedenen Regelungsformen unterschieden werden. Bei den minder schweren Fällen sind unterschiedliche Regelungstechniken denkbar, die jeweils eine andere Beurteilung der Frage nach dem Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke nahelegen. Geklärt werden muss außerdem die Frage, wie minder schwere Fälle von tatbestandlichen Regelungen abzugrenzen sind. Handelt es sich um eine tatbestandliche Regelung, so könnte diese in den direkten Anwendungsbereich von § 16 II StGB fallen; fehlt es hingegen am Tatbestandscharakter, kommt nur eine analoge Anwendbarkeit in Betracht. Besonders hoch wäre die praktische Relevanz einer analogen Anwendung bei irriger Annahme der Geringwertigkeit i. S. d. § 243 II StGB. Die Untersuchung der analogen Anwendbarkeit der Norm auf Ausschlussgründe für besonders schwere Fälle soll daher vor allem anhand dieses Beispiels erfolgen.

---

<sup>6</sup> Siehe zu den verschiedenen Begrifflichkeiten unten Teil 1 Kap. 3 § 1 A. III.

<sup>7</sup> So auch *Bosch*, Jura 2023, 236.

<sup>8</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, § 16 Rn. 27; LK-Vogel/Bülte, § 16 Rn. 98.

Bei den persönlichen Strafaufhebungs- und Strafausschließungsgründen gilt es, den Ursprung dieser recht heterogenen Normen zu identifizieren, um festzustellen, ob eine analoge Anwendbarkeit basierend auf den im ersten Teil erarbeiteten Kriterien in Betracht kommt.

Abschließend soll ein Ausblick auf ein Problem gewagt werden, welches wohl seit jeher zu den umstrittensten des Strafrechts gehören dürfte: die rechtliche Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums. Diese Arbeit erhebt selbstverständlich nicht den Anspruch, diese Frage umfassend zu klären. Es soll lediglich in Ansätzen überprüft werden, ob sich aus den vorangegangenen Untersuchungen neue Erkenntnisse ergeben, die eine erneute Bewertung dieser Rechtsfrage durch die Wissenschaft erforderlich machen.