

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
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

Einführung und Gang der Untersuchung	15
 <i>1. Teil</i>	
Direkter Anwendungsbereich	18
 Kapitel 1	
Begriffsbestimmungen	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	
Rechtslage vor Einführung des § 16 II StGB	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
Kapitel 3	
Der Anwendungsbereich der eingeführten gesetzlichen Regelung: Bestimmung des „mildereren Gesetzes“ i.S.d. § 16 II StGB 38	
§ 1 Formell-materielle Herangehensweise	39
A. Analyse und Einordnung der h.M. mit Blick auf den Sinn und Zweck 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 Anwendbarkeit	48
I. Auf Privilegierungstatbestände	48
1. Unrechtsmindernde Privilegierungstatbestände	48
2. Rein schuldmindernde Privilegierungstatbestände	49
a) „subjektiv gefasste“	49
b) „objektiv gefasste“	50
II. Auf „ <i>delicta sui generis</i> “	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 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 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 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 Analogie 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 Analogie 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 irrgen 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 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 mildernden Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem mildernden Gesetz bestraft werden.“

So lautet der durch das 2. StrRG¹ 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 mildernden Gesetz“ erfolgen. Gemeint ist eine Bestrafung wegen der Vollendung des mildernden Tatbestandes.²

Unsicherheit herrscht weiterhin in Bezug auf den Anwendungsbereich der Norm. So ist etwa die Frage, was unter einem „mildernden 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.³ 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“⁴ bezeichnet. Durch einen Beschluss des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 19.10.2022⁵ 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 „mildernden Gesetzes“ i. S. d. § 16 II StGB auszulegen ist. Die Rechtsprechung stellt auf das Kri-

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

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

³ 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.

⁴ *Küper*, Jura 2007, 260.

⁵ BGHSt 67, 138 ff.

terium der Spezialität ab, die herrschende Lehre nimmt vornehmlich Privilegierungstatbestände in den Blick.⁶ Dem Wortlaut von § 16 II StGB ist indes weder eine zwingende Begrenzung des Anwendungsbereiches auf *leges speciales* noch auf Privilegierungstatbestände zu entnehmen.⁷ 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.⁸ 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 analogefähiger Rechtsgedanke ableiten lässt. Eine analoge Anwendbarkeit wird insbesondere bezogen auf minder schwere Fälle, Ausschlussgründe für besonders schwere Fälle und persönliche Strafausschließungsgründe 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.

⁶ Siehe zu den verschiedenen Begrifflichkeiten unten Teil 1 Kap. 3 § 1 A. III.

⁷ So auch *Bosch, Jura 2023*, 236.

⁸ *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 Erlaubnistratsbestandsirrtums. 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.