

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 5

Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit

**Eine systematische Grundlagenanalyse
der Schuldtheorie**

Von

Eckhard Horn



Duncker & Humblot · Berlin

ECKHARD HORN

Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 5

Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit

Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie

Von

Dr. Eckhard Horn



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Zur Aufnahme empfohlen von Professor Dr. Armin Kaufmann, Bonn
Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

Meinem Lehrer

**Professor Dr. Armin Kaufmann
in Verehrung und Dankbarkeit gewidmet**

Vorwort

Die in der Wissenschaft heute herrschende und vom Bundesgerichtshof — vor allem dank der Arbeiten *Welzels* — rezipierte sog. Schuldtheorie nimmt Schuld (Vorwerfbarkeit) auch dann an, wenn dem Täter zwar das Unrechtsbewußtsein fehlte, er es aber hätte erlangen können. So sehr diese These vom „vermeidbaren Verbotsirrtum“ inzwischen auch anerkannt ist, so wenig hat man sich Gedanken darüber gemacht, unter welchen Voraussetzungen diese Vermeidbarkeit angenommen werden kann¹.

Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen. Sie kommt zu dem psychologisch und dogmatisch begründeten Ergebnis, daß — wenn von „Fähigkeit zur Unrechtseinsicht“ die Rede sein soll — der Täter sich bewußt gewesen sein muß, daß sein Verhaltensprojekt möglicherweise rechtswidrig sei.

Aber die Arbeit läßt es nicht bei der Antwort auf die Frage bewenden, *wann* ein Irrtum vermeidbar ist. Sie stellt sich zugleich dem Problem, *ob* es auf die Vermeidbarkeit des Irrtums, auf die „Fähigkeit zur Unrechtseinsicht“, bei der Schuldfeststellung überhaupt ankommen kann.

Diese Frage wird verneint.

Was bleibt — und zwar als spezifisch „schuldtheoretische“ Aussage —, ist die These, daß Schuld gefunden werden kann in der *Fähigkeit, das Unrechtsprojekt zu unterlassen*. Die Voraussetzungen dieser Fähigkeit werden (beschränkt auf den intellektuellen Aspekt) analysiert.

Es wäre deshalb ein Mißverständnis, hielte man diese Untersuchung für eine Verteidigung der Vorsatztheorie. Die Schuldtheorie wird vielmehr auf ihre eigenen Prämissen zurückgeführt, von denen sie sich, wie ich meine, gelegentlich entfernt hat. Sie wird ferner gereinigt von der ehrwürdigen Patina der „normativen Schuldlehre“. Diese hat dahin geführt, daß der Schuldbegriff heute zunehmend als ein Instrument der Kriminalpolitik mißbraucht wird: sei es, daß man das Vorhandensein fehlender Verhaltensnormen einfach unterstellt, sei es, daß man das Fehlen der Normen nicht bemerkt oder — auch aus kriminalpolitischen Gründen — nicht bemerken will (vgl. insbesondere

¹ Darauf weist eindringlich *Jescheck* in seinem jüngst erschienenen Lehrbuch, S. 302, hin, das leider nur noch sporadisch eingearbeitet werden konnte.

die Ausführungen zum „Lebensführungsunrecht“ im 4. Abschnitt unter VI.).

Die Schuldtheorie wird also nicht bekämpft, die Vorsatztheorie nicht gerechtfertigt. Die Arbeit ist nur ein Versuch, die Schuldtheorie wieder richtigzustellen. Dabei ist mit „richtig“ allein der intrasystematische Aspekt gemeint. Das Verhältnis der Schuld zur Strafe und zu den Zwecken des Strafens ist nicht angerührt worden. Vielleicht ergeben sich aus Verschiebungen in diesem Bereich Gesichtspunkte, die geeignet sind, meine systematischen Bedenken gegenstandslos zu machen.

Wenn die Schuldtheorie überhaupt nur eine „Theorie über die Schuld“ wäre — was sie *nicht nur* ist —, so folgte daraus geradezu die Pflicht, ununterbrochen ihre eigene Richtigkeit zu kontrollieren.

Diese Pflicht zu erfüllen habe ich versucht.

Inhalt

1. Abschnitt

Einleitung und Problem

| | |
|----------------------------------------------------------|----|
| 1. Täterschuld bei der (unbewußten) Fahrlässigkeit | 13 |
| 2. Täterschuld beim Verbotsirrtum? | 13 |
| 3. Prämissen und Anlage der Arbeit | 16 |

2. Abschnitt

Das Unrechtsbewußtsein

| | |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| I. Der Gegenstand des Unrechtsbewußtseins | 18 |
| 1. Koinzidenzbewußtsein | 18 |
| 2. Problematische Fälle | 20 |
| 3. Lösungsvorschläge | 21 |
| a) Allgemeine Stimmen zum Problem | 21 |
| aa) Schröder | 21 |
| bb) Maurach | 23 |
| cc) Schneider | 24 |
| dd) Welzel | 24 |
| b) Lösung der problematischen Fälle | 25 |
| II. Das Unrechtsbewußtsein | 33 |
| 1. Darstellung der zu prüfenden Probleme | 33 |
| 2. Kenntnis — Zweifel | 34 |
| 3. Aktualität des Unrechtsbewußtseins | 38 |
| a) Platzgummer | 38 |
| b) Schewe | 39 |
| c) Schmidhäuser | 41 |
| d) Stellungnahme | 43 |
| 4. Zweifelsfragen | 44 |
| a) dolus subsequens | 45 |
| b) „Rückwirkender“ Wegfall von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein? | 46 |
| c) actio libera in causa | 48 |
| 5. Schlußbemerkung | 53 |

3. Abschnitt

Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

| | |
|-----------------------------------------------|----|
| I. Entwurf des Problems | 55 |
| 1. Begriffsklärung | 55 |
| 2. Schuldgegenstand | 56 |
| a) Unrecht | 56 |
| b) Irrtum | 57 |
| aa) Ältere Schuldtheorie | 57 |
| bb) Vorsatztheorie | 58 |
| cc) Rechtsprechung | 59 |
| dd) Entwürfe | 60 |
| II. Die Pflicht | 60 |
| 1. Begriffsklärung | 61 |
| 2. Erkenntnis- und Sorgfaltspflicht | 62 |
| 3. Herkunft dieser Pflichten | 63 |
| III. Pflicht in der Schuld | 65 |
| 1. Vertreter | 65 |
| a) Goldschmidt | 65 |
| b) Eberhard Schmidt | 66 |
| c) Vorsatztheorie und Rechtsprechung | 68 |
| 2. Einwände | 69 |
| a) Pflichtenturmbau | 69 |
| b) Entbehrlichkeit der Pflicht | 70 |
| IV. Pflicht im Unrecht | 70 |
| 1. Vertreter | 70 |
| a) Engisch | 70 |
| b) Hardwig | 72 |
| c) Armin Kaufmann („Normentheorie“) | 73 |
| 2. Exkurs: Sorgfalt und Unrecht | 74 |
| a) Armin Kaufmann („Wiener Vortrag“) | 74 |
| b) Sorgfalts- und Erkundigungspflichten | 76 |
| V. Das Erkennenkönnen | 77 |
| 1. Dogmengeschichte und neuere Lehren | 78 |
| a) objektive Theorie | 78 |
| b) Engisch | 80 |
| c) Arthur Kaufmann | 83 |
| d) Maurach | 83 |
| 2. Der „Anlaß“ | 84 |
| 3. Ansatz bei der Handlungsfähigkeit | 87 |
| a) Erkenntnis als Handlung | 88 |
| b) Handlungsmöglichkeit | 89 |
| c) Handlungs- und Motivationsfähigkeit | 93 |
| d) Die Handlungsfähigkeit im einzelnen | 94 |

| Inhalt | 11 |
|--------------------------------------------------------|-----|
| aa) Armin Kaufmann | 95 |
| bb) Dogmengeschichte | 97 |
| α) v. Almendingen | 97 |
| β) Kohlrausch | 98 |
| γ) Engelmann | 99 |
| 4. Ansatz bei der Motivationsfähigkeit | 99 |
| a) Psychische Befunde | 100 |
| b) Juristische Stimmen | 103 |
| 5. Ergebnisse im Vergleich mit der Schuldtheorie | 106 |

4. Abschnitt

Die Stellung der „Fähigkeit zur Unrechtseinsicht“ im System der „Schuldtheorie“

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Fähigkeit zur Unrechtseinsicht und Fähigkeit zur Pflichtbefolgung | 107 |
| II. Die Erkenntnisfähigkeit | 108 |
| 1. Fähigkeit zum Bewirken eines Erfolges? | 108 |
| 2. Fähigkeit zur sorgfältigen Erkundung? | 110 |
| a) Subjektive Sorgfalt | 111 |
| b) Objektive Sorgfalt | 111 |
| aa) Erkennbarkeit des Verwirklichungsweges | 111 |
| bb) Endziel- und Mittelhandlungen? | 112 |
| cc) Unterscheidung von Erkennbarkeit | 115 |
| 3. Bestimmung der Handlungsfähigkeit vom Erfolg her | 117 |
| 4. Zusammenfassung | 117 |
| III. Die „Motivationsfähigkeit“ | 118 |
| 1. Motivation „wozu“ | 118 |
| 2. Appell zur Erkundung? | 119 |
| 3. Motivation zum Unterlassen der rechtswidrigen Handlung | 120 |
| a) Kritik | 120 |
| b) Alternative | 121 |
| c) Konsequenzen | 121 |
| IV. Die „Beziehung“ als Problem | 123 |
| 1. Armin Kaufmann | 123 |
| 2. Welzel | 125 |
| 3. Arthur Kaufmann | 127 |
| 4. Engisch | 129 |
| 5. Schmidhäuser | 133 |
| 6. Ergebnis | 134 |
| V. Die neuere Entwicklung der normativen Schuldlehre im Rahmen der Schuldtheorie | 135 |
| 1. Das Mißverständnis | 135 |
| 2. Korrekturen durch Armin Kaufmann | 136 |
| a) Keine Pflichten | 137 |

| | |
|-------------------------------------------------------|-----|
| b) Kein originärer Wertbezug | 137 |
| c) Neue dogmatische Situation | 139 |
| d) Psychische Sachverhalte | 140 |
| VI. Exkurs: Die Lebensführungsschuld | 141 |
| 1. Die Auffassung Welzels | 141 |
| 2. Das Verhältnis der Täterschuld zur Tatschuld | 142 |
| a) Nachweisbarkeit der Täterschuld | 144 |
| b) Das Täterunrecht | 144 |
| c) Die „Schuld“ hinsichtlich des Täterunrechts | 146 |
| VII. Die Zwischenergebnisse | 149 |

5. Abschnitt

Noch einmal: Die Motivationsfähigkeit

| | |
|----------------------------------------------------|-----|
| I. Das „ob“ der Schuld | 152 |
| 1. Fallkonstellationen | 152 |
| 2. Lösung nach der Schuldtheorie | 152 |
| 3. Lösung mit der Motivationsfähigkeit | 153 |
| 4. Einwände | 154 |
| a) Wahndelikt? | 155 |
| b) <i>versari in re illicita</i> ? | 155 |
| II. Das „wie“ der Schuld | 159 |
| 1. „Schuldquantitäten“? | 159 |
| 2. Feststellung nach der Schuldtheorie | 160 |
| 3. Feststellung mit der Motivationsfähigkeit | 161 |

6. Abschnitt

Zusammenfassung und Ergebnisse 166

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 170 |
|-----------------------------------|-----|

1. Abschnitt

Einleitung und Problem

1. Täterschuld bei der (unbewußten) Fahrlässigkeit

Die Diskussion um die Frage, ob zur vollen Ausschöpfung des den Täter treffenden Vorwurfs die „Einzeltatschuld“ ausreicht oder ob daneben oder damit zusammen auch ein am „Täter“, und zwar nicht nur an dessen augenblicklicher Motivationslage, sondern an dessen „Lebensführung“ oder „Charakter“ ausgerichteter Schuldbegriff herangezogen werden muß, ist nie ganz verstummt.

Allerdings wird, so meint *Maurach*, „die Notwendigkeit einer Täterschuld ... von ihren Anhängern nur für begrenzte Ausnahmefälle in Anspruch genommen, so vor allem für den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher des § 20 a, für den verringert zurechnungsfähigen Täter des § 51 II, für den Zuhälter (§ 181 a), den Landstreicher (§ 361 Ziff. 3) und für den gewerbsmäßig handelnden Verbrecher (z. B. in § 260 StGB)“¹.

Demgegenüber findet sich unausgesprochen in fast jeder Gerichtsentscheidung, ausdrücklich, aber trotz eingehender Begründung erstaunlicherweise recht wenig beachtet, nur bei *Welzel* die These von der Täterschuld für einen, und wahrscheinlich den größten, Teil aller Rechtsbrecher: den der sog. *unbewußt fahrlässig Handelnden*².

Der Kreis der Fälle, der der Heranziehung von Gedanken der „Täterschuld“ bedürfen soll, ist aber auch nicht mehr nur auf die (unbewußte) Fahrlässigkeit beschränkt; er ist anlässlich einer neueren Arbeit von *Armin Kaufmann* so groß geworden, daß die Statistik den Ausdruck „Ausnahme“ ad absurdum führen muß.

2. Täterschuld beim Verbotsirrtum?

In seinem „Wiener Vortrag“ hat *Armin Kaufmann* die Gesamtdogmatik des Fahrlässigkeitsdelikts neu geordnet. Damit ist einer der „methodischen Ausgangspunkte“ *Engischs* endgültig ausgeschieden; es stimmt heute nicht mehr, wenn *Engisch* sagt: „Die Fahrlässigkeit muß zu tatbestandsmäßigem Unrecht hinzutreten, damit ein Vorwurf gegen

¹ Allg. Teil S. 348.

² Lehrbuch S. 145 f.

den Täter wegen seines Verhaltens als begründet erscheint³. „Fahrlässigkeit“ ist nicht mehr „Schuldart“ oder „Schuldform“, die zu einem bereits vorweg begründeten Unrecht hinzutreten müßte, sondern eine besondere Art der Tatbestandsverwirklichung (oder die Verwirklichung einer besonderen Art von Tatbeständen), also jedenfalls *des Unrechts*. Die „fahrlässige Handlung“ ist eine finale Handlung, die ihre Rechtswidrigkeit aus der Sorgfaltswidrigkeit hinsichtlich eines Erfolges bezieht.

Eine spezifische „Fahrlässigkeits-Schuld“ gibt es nicht mehr. Strafrechtliche Schuld ist immer und in allen Fällen, in denen „Vorsatz“- oder „Fahrlässigkeits-Unrecht“ festgestellt ist, als Fähigkeit zu verstehen, das Handlungsprojekt aus Einsicht in dieses Unrecht zu unterlassen.

Damit ist die Problematik der „unbewußten Fahrlässigkeit“ aus ihrer Sonderstellung herausgelöst und dezidiert in die allgemeine Frage der *Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums* versetzt worden.

Nach *Kaufmann* unterscheiden sich bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit nur danach, ob der Täter die Rechtswidrigkeit bzw. das (Fahrlässigkeits-)Unrecht seiner Handlung erkannt hat (dann: bewußte Fahrlässigkeit) oder wenigstens erkennen *konnte* (dann: unbewußte Fahrlässigkeit)⁴.

Kaufmann folgt insoweit *Engisch*, der unbewußte Fahrlässigkeit immer dann annimmt, „wenn irgendein Tatumstand überhaupt nicht gewußt ist,“ ferner „dann, wenn das Bewußtsein des Täters, er könne unerlaubterweise einen gesetzlichen Tatbestand verwirklichen, eine so entfernte Möglichkeit zum Gegenstand hat, daß dieses Bewußtsein für sich nicht zu einem anderen Verhalten Veranlassung zu geben brauchte, also auch nicht die Verantwortlichmachung wegen Fahrlässigkeit zu tragen vermag“⁵. „Von bewußter Fahrlässigkeit (kann man) sprechen, . . . soweit Fahrlässigkeit gefunden werden kann in einem nicht vorsätzlichen Verhalten trotz des mahnenden Charakters der beim Täter vorhandenen, alle wesentliche Momente umfassenden Vorstellungen“⁶.

Das bedeutet: Wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die eine bestimmte Situation (den tatbestandsmäßigen Erfolg) zu bewirken droht und sorgfaltswidrig (und deshalb verboten) ist, dann muß — wenn von bewußter Fahrlässigkeit die Rede sein soll — der Täter einmal Kenntnis haben von der Tatsache, daß eine bestimmte Situation (der tatbestandsmäßige Erfolg) verwirklicht zu werden droht, denn

³ Untersuchungen S. 241.

⁴ Wiener Vortrag S. 52.

⁵ Untersuchungen S. 389.

⁶ Untersuchungen S. 389.

„die Sorgfaltswidrigkeit (ist) bezogen ... auf den möglichen Erfolgseintritt“⁷; zum andern aber muß sich der Täter zumindest der Möglichkeit aktuell bewußt sein, daß die diesen „Erfolg“ bewirkende Handlung als sorgfaltswidrige verboten ist.

Das Bewußtsein der Möglichkeit des Erfolgseintritts steht also bei der „bewußten Fahrlässigkeit“ nicht allein, sondern ist immer gekoppelt mit der Vorstellung des Täters, daß seine insofern „gefährliche Handlung“ verboten sein könnte.

In diesem Sinne geht aus einer anderen Stelle bei *Engisch*⁸ hervor, daß unbewußte Fahrlässigkeit nicht notwendig bedeutet Nichtkenntnis der die Rechtswidrigkeit der Handlung begründenden *Umstände*, sondern jedenfalls Unkenntnis des *spezifischen Verbotenseins* und nur möglicherweise mit dieser zusammen Unkenntnis bestimmter konkreter Sachverhaltsumstände. Es scheint sich also — so hat auch *Kaufmann Engisch* verstanden — sagen zu lassen, daß „bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit“ nur Ausdrücke sind für unterschiedliche Schuld hinsichtlich des Fahrlässigkeitsunrechts: daß m. a. W. „bewußte Fahrlässigkeit“ für „Bewußtsein der Sorgfaltswidrigkeit der Handlung“, „unbewußte Fahrlässigkeit“ für „Fähigkeit zur Erkenntnis der Sorgfaltswidrigkeit der Handlung“ steht.

Auch *Armin Kaufmann* sieht „bewußte Fahrlässigkeit“ nicht schon darin, daß sich der Täter der Möglichkeit bewußt ist, für ein bestimmtes Ereignis kausal zu werden; vielmehr scheidet *Kaufmann* das „bewußte“ vom „unbewußten Fahrlässigkeitsdelikt“ derart ab, „daß bewußte Fahrlässigkeit immer dann und nur dann vorliegt, wenn bewußt sorgfaltswidrig gehandelt wird“. „Unbewußte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter nicht weiß, daß er sorgfaltswidrig handelt, dies aber erkennen könnte“⁹.

Demnach entsprechen die Begriffe „Kenntnis“ und „Erkennbarkeit der Sorgfaltswidrigkeit“ den Begriffen „Kenntnis“ und „Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit“, und „bewußte“ und „unbewußte Fahrlässigkeit“ sind nur Spezialausdrücke für „Unrechtsbewußtsein“ und „vermeidbarer Verbotsirrtum“ bei der Fahrlässigkeit.

Ist das richtig, so gibt in besonderer Weise zu denken, daß *Welzel* die „unbewußte Fahrlässigkeit“ nur mit Hilfe der „Täterschuld“ zu lösen vermochte. Nunmehr kann der Zweifel am Vorhandensein von „Einzeltatschuld“ (der *Welzel* zur Heranziehung der Täterschuld geführt hat) nicht auf die Fälle der sog. unbewußten Fahrlässigkeit beschränkt bleiben. Er dehnt sich aus auf das ganze Gebiet des Verbotsirrtums überhaupt.

⁷ Wiener Vortrag S. 52.

⁸ Untersuchungen S. 400.

⁹ Wiener Vortrag S. 52.