

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 54

**Verbotsirrtum und Irrtum
über normative Tatbestandsmerkmale**

Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems

Von

Dr. Werner Georg Tischler



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

WERNER GEORG TISCHLER

**Verbotsirrtum und Irrtum
über normative Tatbestandsmerkmale**

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 54

Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale

Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems

Von

Dr. Werner Georg Tischler



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Erich Samson, Kiel

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Tischler, Werner Georg:

Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tat-
bestandsmerkmale: Dogmengeschichte e. Ab-
grenzungsproblems / von Werner Georg Tischler. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1984.

(Strafrechtliche Abhandlungen; N.F., 54)

ISBN 3-428-05691-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05691-4

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Einleitung

A. Problemstellung	13
B. Begriffsklärungen	17
C. Praktische Relevanz der Irrtumsabgrenzung	22
I. Vorsatztheorien	22
II. Schuldtheorien	24
III. Standorte des Abgrenzungsproblems und Beispielsfälle	24
1. Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale — Verbotsirrtum: Fernseh-Fall	24
2. Erlaubnistatbestandsirrtum — Erlaubnisirrtum: „Moos raus“- Fall	27
3. Der umgekehrte Irrtum	29
a) Das Umkehrprinzip	29
b) Untauglicher Versuch — Wahndelikt: Straftat-Fall	32
D. Besonderheiten bei normativen Tatbestandsmerkmalen	34
I. Normative und deskriptive Merkmale	34
II. Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandsmerkmalen	36
III. Vorsatz und Unrechtsbewußtsein	38

*Zweiter Abschnitt***Dogmengeschichte**

A. Die Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichts	40
B. Die Zeit von der Gründung des Reichsgerichts bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges	45
I. Die Jahre 1874 bis 1914	45
1. Anhänger des Reichsgerichts	45
a) Schütze (1874), Berner (1891), Stenglein (1892), Delius (1901)	45
b) Kohler (1912)	46
c) Wachenfeld (1914)	47
2. Vorreichsgerichtliche Positionen	48
a) Hälschner (1881)	48
b) Kriegsmann (1904)	49
3. Kohlrauschs Kritik am Reichsgericht (1903)	50
4. Vorläufer der Vorsatztheorie	52
a) Liepmann (1900)	52
b) Finger (1904)	52
c) Binding (1907/1913)	52
5. Vorläufer der Schuldtheorie	54
a) v. Wächter (1881)	54
b) A. Merkel (1889)	55
c) Dohna (1905)	55
d) R. v. Hippel (1908)	56
6. v. Bars Lehre (1907)	58
II. Die Jahre 1915 bis 1930	60
1. Die „Entdeckung“ der normativen Tatbestandsmerkmale durch M. E. Mayer (1915)	60
2. Ansätze zu einer materiellen Unterscheidung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum	65

Inhaltsverzeichnis	7
a) A. Köhler (1917)	65
b) Grünhut (1930)	67
3. Die Gegenposition	67
a) Die Vermutungslehre: Sauer (1921)	68
b) Die Vorsatztheorie: Beling (1930)	71
4. Dohnas Zweifel an der willkürfreien Unterscheidbarkeit der Irrtumsarten (1925)	72
5. Die „Einzelwertung — Gesamtwertung“-Lehre	73
a) E. Wolf (1928)	73
b) Eichmann (1928)	74
c) Engisch (1930)	75
d) F. Hofmann (1930)	78
6. L. Wolter: Sinnkenntnis — Wertungskennntnis (1930)	79
III. Die Jahre 1931 bis 1944	84
1. Die Gegenposition	84
a) Die Vermutungslehre	84
aa) Frank (1931)	84
bb) Sauer (1931)	87
cc) Eb. Schmidt (1932)	87
b) Die Vorsatztheorie: Mezger (1943/1944)	91
2. Die „Objekt — Wertung“-Lehre: Welzel (1933)	95
3. Tendenz zur Aufspaltung der normativen Tatbestandsmerkmale	98
a) Schwinge / Zimmerl (1937)	98
b) Welzel (1939)	98
4. Die Auslegung des einzelnen Tatbestandes	99
a) H. Mayer: Verbot — vom Verbot vorausgesetzte Rechts- einrichtung (1936)	99
b) v. Weber: Die Lehre von den Komplexbegriffen (1936)	101
C. Vom Ende des Reichsgerichts bis zur Verbotsirrtumsentscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 2, 194)	103
I. Die Abkehr der Oberlandesgerichte von der reichsgerichtlichen Irrtumsrechtsprechung	103

1. Die Vorsatztheorien	104
a) Die strenge Vorsatztheorie	104
aa) Oberlandesgericht Kiel (1946)	104
bb) H. Schröder (1949)	104
b) Die eingeschränkte Vorsatztheorie	107
2. Die Schuldtheorie	108
a) Radbruch (1947)	110
b) Welzel (1947/1948)	110
c) Oberlandesgericht Oldenburg (1950)	112
d) Eb. Schmidt (1950)	113
e) v. Weber (1950)	113
3. Die Spielarten der Schuldtheorie	113
II. Stellung der Literatur zur Irrtumsabgrenzung	119
1. Die Gegenposition	119
a) Arthur Kaufmanns Lehre vom Vorsatz als Bewußtsein der Sozialschädlichkeit (1949)	119
b) Die Vorsatztheorie	135
aa) Mezgers Stufenlehre (1949/1950)	135
bb) H. Schröders strenge Vorsatztheorie (1950/1951)	139
cc) Lang-Hinrichsen (1951)	145
2. Wachsendes Problembewußtsein bei den Vertretern der Schuld- theorie	147
a) Dohna (1947)	147
b) Welzel (1948)	148
c) Lange (1948)	149
d) Hartung (1950)	152
e) Warda (1950)	155
3. Die Vermutungslehre	157
a) Die praktische Irrelevanz des Verbotsirrtums	157
aa) Bockelmann (1951)	157
bb) Niese (1951)	158
b) Die Wertgefühlslehre als Variante der Vermutungslehre ..	159
aa) Nowakowski (1951)	159
bb) Oehler (1951)	160
4. Welzels Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen (1952)	161

III. Die Verbotsirrtumsentscheidung BGHSt 2, 194	165
D. Von BGHSt 2, 194 bis zur Gegenwart: Die Bemühungen um eine theoretische Fundierung der von der Praxis geforderten Unterscheidung zwischen dem Verbotsirrtum und dem Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale	167
I. Die Jahre 1952 bis 1955: Von BGHSt 2, 194 bis zu den Beratungen der Großen Strafrechtskommission	171
1. Die Gegenposition	171
a) Die Vorsatztheorie	171
aa) Lang-Hinrichsen (1952/1953)	171
bb) H. Schröder (1953)	176
b) Die Vermutungslehre: Der weitere Ausbau von Nowakowskis Wertgefühlstheorie (1953)	179
2. Zweifel im Lager der Schuldtheorie an der Abgrenzbarkeit ..	182
a) Engisch (1954)	183
b) Mangakis (1954)	189
3. Der Verweis auf die Auslegung des einzelnen Tatbestandes als gemeinsamer letzter Ausweg für die unterschiedlichen Differenzierungslehren	189
a) H. Mayer: Die Verteidigung des Reichsgerichts (1952)	190
b) v. Weber: Die Lehre von den Komplexbegriffen (1953)	191
c) v. Weber: Die „Objekt — Wertung“-Lehre (1954)	195
d) Busch: Die „Einzelwertung — Gesamtwertung“-Lehre (1954)	195
II. Die Beratungen der Großen Strafrechtskommission (1955)	199
III. Die Abgrenzungsdiskussion von den Beratungen der Großen Strafrechtskommission bis Mitte der sechziger Jahre	203
1. Die Gegenposition: Mattil (1962)	204
2. Zweifel im Lager der Schuldtheorie an der Abgrenzbarkeit: Sax (1955)	206
3. Der Beginn der Rückbesinnung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts	208
a) Kreutzer (1955)	209
b) G. Köhler (1955)	211
4. Vorläufer der Lehre vom vorsatzrelevanten Rechtsirrtum im Vorfeld des Tatbestandes	213

a) Die Wohnraumbewirtschaftungs-Entscheidung, BGHSt 9, 358 (1956)	213
b) Welzel (1957)	216
5. Kriminalpolitische Abgrenzungstheorien	216
a) Salms Tatbildlehre (1957)	216
b) Küchenhoffs Lehre vom generellen Normenirrtum (1957) ..	219
6. Die Scheinlösung des Abgrenzungsproblems durch Vermengung mit der Lehre vom Subsumtionsirrtum: Hans Müller (1958) ..	221
7. Die weitere Entwicklung der „Einzelwertung — Gesamtwertung“-Lehre	225
a) Kunert (1958)	225
b) Engisch (1960)	234
c) Schaffstein (1960)	235
8. Roxins Lehre von den gesamtatbewertenden Merkmalen (1959)	236
9. Die Impulslehre	245
a) Engisch (1958)	246
b) Schaffstein (1961)	247
c) Roxin (1962)	252
10. Kriterienkombinationen	255
a) Schweikert (1957)	255
b) Lange (1961)	256
c) Hobe (1962)	258
d) Seume (1968)	261
11. Der Stand der Abgrenzungsdiskussion zu Beginn der sechziger Jahre	263
IV. Exkurs:	
Die Diskussion um die Abgrenzung im Bereich des umgekehrten Irrtums (untauglicher Versuch — Wahndelikt)	264
1. Rückblick: Die frühen fünfziger Jahre	264
a) Die Privatbahn-Entscheidung, BGHSt 1, 13 (1951)	264
b) Mezger (1951)	266
c) Pusinelli (1951)	269
d) Die Wiedergutmachungs-Entscheidung, BGHSt 3, 248 (1952)	270
e) Welzel (1953)	273

2. Die sechziger und die ersten siebziger Jahre	275
a) Die ration cards-Entscheidung, BGHSt 13, 235 (1959)	275
b) Traub (1960)	277
c) Die Sicherungsübereignungs-Entscheidung, Oberlandesgericht Stuttgart (1961)	278
d) Baumann (1962)	280
e) U. Weber (1961)	281
f) Maurach (1962)	281
g) König (1962)	282
h) Bindokat (1963)	282
i) Sax (1964)	284
j) Foth (1965)	284
k) Traub (1967)	285
l) Kuhrt (1968)	286
m) Probst (1969)	287
n) Engisch (1972)	289
o) Blei (1973)	291
3. Ergebnis	292
V. Die Aufgabe des Postulats einer klaren Unterscheidung zwischen dem Verbotsirrtum und dem Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale	292
1. Erste Auflösungstendenzen	293
a) Schweikert (1957)	293
b) Dahm (1959)	293
c) Noll (1965)	293
2. Die Annäherung der Vorsatztheorie an die Schuldtheorie durch die Lehre vom sachgedanklichen Unrechtsbewußtsein	294
a) Platzgummer (1964)	295
b) Roxin (1966)	297
c) Schmidhäuser (1966)	297
d) Schewe (1967)	300
e) Ergebnis	302
VI. Die aktuelle Diskussion	303
1. Verschiedene Ansätze	303

a) Platzgummer: Die Verzeihlichkeit des Irrtums (1973)	303
b) Zielinski: Die Mitteilbarkeit des Norminhalts (1973)	306
c) Baumann: Die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen (1974)	313
2. Studien aus dem Lager der analytischen Sprachphilosophie ..	315
a) Herberger (1976)	316
b) Darnstädt (1978)	318
3. Die Renaissance der reichsgerichtlichen Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum	321
a) Tiedemann: abstrakter Rechtssatz — konkrete Sollensnorm (1969)	321
b) Die Unterscheidung: Rechtsirrtum im Vorfeld des Tatbestandes — Rechtsirrtum über die Reichweite des Tatbestandes	329
aa) Herzberg (1980)	329
bb) Die Steuerhinterziehungs-Entscheidung des Kammergerichts (1981)	335
c) Haft: gegenstandsbezogener Irrtum — begriffsbezogener Irrtum (1980/1981)	336
d) Die Ordnungswidrigkeiten-Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (1980)	340
e) Stree (1981)	341
f) Burkhardts vorreichsgerichtliche Unterscheidung von Tatsachenirrtum und Rechtsirrtum (1981)	342

Dritter Abschnitt

Schlußbetrachtung	349
--------------------------	------------

Anhang: Schlüchter: Das Erfassen der rechtsgutsbezogenen Komponente (1983)	367
---	-----

Literaturverzeichnis	370
-----------------------------------	-----

Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Wegen der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf das Abkürzungsverzeichnis der Neuen Juristischen Wochenschrift.

Erster Abschnitt

Einleitung

A. Problemstellung

Die Einfügung normativer Tatbestandselemente in die strafrechtlichen Tatbestände zieht für die Irrtumslehre die „intrikatesten Fragen der Jurisprudenz“¹ nach sich.

Bindings Feststellung aus dem Jahre 1913, es gebe „kein Gebiet so voll von Streit, größter Unsicherheit und verkannter oder dissimulierter Ungerechtigkeit als gerade die Lehre vom Irrtum bei Delikten“², hat in den seither vergangenen 70 Jahren nichts an Aktualität eingebüßt. Die Irrtumslehre zählt von jeher zu den schwierigsten, umstrittensten und zugleich wichtigsten Lehren des Strafrechts³ und enthält auch heute noch eine Fülle von Streitfragen⁴. Die Literatur in diesem „Irrgarten der Strafrechtsdogmatik“⁵ ist nahezu unübersehbar⁶, und für Hartung ist die Dogmengeschichte des Irrtums „eine Geschichte der Irrungen und Wirrungen seit alters her“⁷. Für eine Vielzahl miteinander verflochtener Probleme ist eine Vielfalt von Lösungsvorschlägen⁸ unterbreitet worden, die zum Teil mehr Fragen aufwerfen als sie beantworten⁹, was damit zusammenhängen mag, daß „die Problematik des Irrtums . . . am Rande des mit unserem System klar Erfasßbaren“ liegt¹⁰.

¹ H. Schröder, MDR 1950, 650.

² Binding, GS 81 (1913), 21.

³ Ebermeyer, LZ 1918, 801; v. Hippel, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (1924), S. 2, 12; Sauer, ZStW 51 (1931), 164; H. Mayer, Strafrecht des Deutschen Volkes (1936), S. 300; Engisch in: Festschr. f. Mezger (1954), S. 162; Schmidt-Leichner, GA 1954, 1; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre (1955), S. 11; Lange, ZStW 73 (1961), 97; Arthur Kaufmann, ZStW 76 (1964), 543; Fieseler (1970), S. 132, Fußn. 52; Haft, JuS 1980, 430.

⁴ H.-W. Schünemann, NJW 1980, 735.

⁵ Platzgummer, Vorsatz und Unrechtsbewußtsein (1973), S. 35.

⁶ Hardwig, GA 1956, 369, Fußn. 1, Arthur Kaufmann, ZStW 76 (1964), 543, Backmann, JuS 1972, 452; Gössel, Bedeutung des Irrtums (1974), S. 34; Langer, GA 1976, 193; Gallas, in: Festschr. f. Bockelmann (1979), S. 156.

⁷ Hardwig, ZStW 78 (1966), 28.

⁸ Langer, GA 1976, 208.

⁹ Blei, JA 1977, 413.

¹⁰ Mezger, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band (1958), S. 52.

Die Schwerpunkte im Rahmen der Irrtumsdiskussion haben im Laufe dieses Jahrhunderts wiederholt gewechselt, da sich in der Irrtumslehre nahezu alle grundlegenden Probleme des Strafrechts widerspiegeln¹¹. Dies mag mit eine Ursache dafür sein, daß einige Irrtums-Monographien, die auf mehrere Bände konzipiert waren, über den ersten Band nicht hinausgekommen sind¹². Auch die Erörterung eines eng begrenzten Teilbereichs der Irrtumslehre begegnet vielfach der Gefahr, daß Überlegungen ausufern, weil die aktuelle Problemstellung in ihrer Bedeutung häufig nur vor dem Hintergrund früherer Kontroversen voll erfaßt werden kann¹³.

Diese Arbeit soll in ihrem Hauptteil streng begrenzt werden auf die Frage der Abgrenzung des Verbotsirrtums vom Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Diese Grenzziehung gilt als das „derzeit am wenigsten gelöste Problem der gesamten Irrtumslehre“¹⁴. Um den Stellenwert und die praktische Bedeutung der Abgrenzungsfrage deutlich zu machen, ist es unerlässlich, sie in den Gesamtrahmen der strafrechtlichen Irrtumslehre einzuordnen. Dies soll vorab geschehen in Form eines kurzen, fast stichwortartigen Überblicks über die Diskussions-schwerpunkte des letzten Jahrhunderts. Da in den Auseinandersetzungen um Bedeutung und Rechtsfolgen von Irrtümern im Strafrecht nicht nur Sachprobleme, sondern vielfach bereits Terminologiefragen ziemlich verworren sind¹⁵, sollen bestimmte terminologische Klärungen vorangestellt werden, um den Hauptteil der Arbeit zu entlasten, in dem

¹¹ Arthur Kaufmann, ZStW 76 (1964), 543; Gössel, Bedeutung des Irrtums (1974), Vorwort.

¹² Vgl.: Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht: Dem 1903 erschienenen ersten ist der angekündigte (Vorwort und S. 188) zweite Teil nicht gefolgt. Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht: Von der auf fünf Bücher angelegten Studie (S. 1, 3) ist seit dem Erscheinen des 1. Bandes im Jahre 1974 kein weiterer Teil veröffentlicht worden.

¹³ Bockelmann, ZStW 70 (1958), 648; Baumann, AT (1977), S. 419; Haft, AT (1980), S. 198.

¹⁴ Maurach / Zipf, AT, Teilband 1 (1977), S. 557; zustimmend: Darnstädt, JuS 1978, 446; Haft, AT (1980), S. 211; Haft, JuS 1980, 590; Haft, JA 1981, 281; ähnlich bereits: Dohna, Recht und Irrtum (1925), S. 27, der prophezeit, im Hinblick auf die Existenz normativer Tatbestandsmerkmale werde sich das Problem der Trennung der Irrtumsarten niemals restlos lösen lassen; vgl. auch: Lang / Hinrichsen, JR 1952, 186 („Quadratur des Zirkels“); Würtenberger, Die geistige Situation (1957), S. 12 („Aporie“); Engisch, ZStW 70 (1958), beklagt die „Komplikationen“ durch die „lästigen normativen Tatbestands-elemente“ und hält die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei normativen Tatbestandselementen für „prekär“, S. 568, 571, 585, 604 Fußn. 82; Engisch, ZStW 73 (1961), 61; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens (1967), S. 27 Fußn. 106; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen (1969), S. 112, 315, 391 Fußn. 182; Herdegen, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof (1975), S. 198, räumt ein, die Behandlung der normativen Tatbestandsmerkmale durch den BGH sei „nicht völlig geglückt“; Blei, JA 1977, 583.

¹⁵ Eser, StrafR I (1980), S. 163.

ausschließlich der Frage nachgegangen werden soll, nach welchen Kriterien in den zurückliegenden rund 100 Jahren der Verbotsirrtum, dessen Bezeichnung freilich jüngeren Datums ist, vom Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale abgegrenzt worden ist.

Vom Beginn dieses Jahrhunderts bis zum Ende des zweiten Weltkrieges war das beherrschende Thema der Irrtumslehre die Frage, ob das (aktuelle oder potentielle) Unrechtsbewußtsein eine notwendige Voraussetzung ist, um gegen den Täter einen strafrechtlichen Schuldvorwurf zu erheben. In diesem Streit standen das Reichsgericht auf der einen und nahezu die gesamte strafrechtliche Literatur auf der anderen Seite unversöhnlich einander gegenüber.

Nachdem das Reichsgericht seine Tätigkeit eingestellt hatte und damit der Weg für eine Anerkennung des Unrechtsbewußtseins als Schuld-element frei geworden war, ging der Streit um das Problem, ob für den Vorwurf vorsätzlicher Schuld aktuelles Unrechtsbewußtsein erforderlich oder potentiell Unrechtsbewußtsein ausreichend sei. Gestritten wurde also um die Behandlung des vermeidbaren Verbotsirrtums, d. h. um die Frage, welche Rechtsfolgen den Täter treffen sollen, der bei Begehung seiner Tat das aktuelle Unrechtsbewußtsein zwar nicht hatte, es aber hätte haben können. Während die Schuldtheorie Vorsatzstrafe (mit Milderungsmöglichkeit) bereits bei potentiell Unrechtsbewußtsein verhängen wollte, verlangte die Vorsatztheorie aktuelles Unrechtsbewußtsein als Voraussetzung für eine Bestrafung wegen eines Vorsatzdeliktes mit der Folge, daß der im vermeidbaren Verbotsirrtum (d. h. mit nur potentiell Unrechtsbewußtsein) handelnde Täter straffrei ausging, wenn das Gesetz die fahrlässige Deliktsbegehung nicht mit Strafe bedrohte.

Dahinter steht die Frage, wie der materielle Schuldgehalt einer im vermeidbaren Verbotsirrtum begangenen Unrechtstat zu bewerten ist, als Fahrlässigkeitsschuld oder als (geminderte) Vorsatzschuld¹⁶. Dabei handelt es sich letztlich um eine Wertungsfrage, bei der stets unterschiedliche Antworten möglich bleiben¹⁷. Der Bundesgerichtshof entschied sich sehr früh in seinem grundlegenden Erkenntnis vom 18. 3. 1952 für die Schuldtheorie¹⁸.

Damit rückte ein neues Problem in den Mittelpunkt des Interesses, nämlich die Frage, mit welcher Rechtsfolge der im Erlaubnistatbestandsirrtum handelnde Täter belegt werden sollte, d. h. der Täter, der

¹⁶ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein (1969), S. 298.

¹⁷ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein (1969), S. 2. Eine kurze Zusammenfassung der für und wider beide Theorien vorgetragenen Argumente unter Aufdeckung ihrer kriminalpolitischen und anthropologischen Prämissen findet sich bei H.-W. Schönemann, NJW 1980, 736 f.

¹⁸ BGHSt 2, 194.