

Schriften zur Rechtstheorie

---

Heft 209

**Das Verhältnis von  
Tatbestand und Rechtswidrigkeit  
aus rechtstheoretischer Sicht**

Von

**Christian Schmid**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CHRISTIAN SCHMID

Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit  
aus rechtstheoretischer Sicht

Schriften zur Rechtslehre

Heft 209

# Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht

Von

Christian Schmid



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Schmid, Christian:**

Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus  
rechtstheoretischer Sicht / von Christian Schmid. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 209)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2000/2001

ISBN 3-428-10554-0

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-10554-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## **Vorwort**

Die Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg im Wintersemester 2000/2001 als Dissertation vor. Meinem Doktorvater Prof. Dr. Andreas Hoyer danke ich dafür, daß er durch seine wohlwollende Förderung die Anfertigung dieser Arbeit ermöglicht hat. Ebenso danke ich Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens.

*Christian Schmid*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
<b>B. Problemstand</b> .....	14
I. Klassische Irrtumsprobleme .....	14
1. Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen .....	14
a) Einführung .....	14
b) Theorien zum Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes .....	17
aa) Vorsatztheorie .....	17
bb) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen .....	20
cc) Vorsatzunrechtsausschließende eingeschränkte Schuldtheorie .....	22
dd) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie .....	23
ee) Rechtsfolgenselbständige Schuldtheorien .....	25
ff) Strenge Schuldtheorie .....	26
gg) Streng objektive Theorie .....	28
hh) Ergebnis .....	29
2. Fehlen der subjektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes .....	30
II. Aktuelle Probleme .....	31
1. Strafbarkeit der Mauerschützen .....	31
a) Einführung .....	31
b) Dogmatische Begründung der Strafbarkeit .....	32
c) Isolierte Anwendung des Tatbestandes .....	34
2. Entscheidung des BVerfG vom 28. 5. 1993 zum Schwangerschaftsabbruch .....	36
a) Einführung .....	36
b) Kritik der Auffassung des BVerfG .....	37
c) Zusammenfassung .....	39

3. Problem der Einheit der Rechtsordnung .....	39
a) Verwaltungsrechtsakzessorietät .....	39
b) Zivilrechtsakzessorietät .....	41
c) Strafunrechtsausschluß .....	42
d) Kompetenz .....	42
e) Rechtsgebietsspezifische Auslegung oder Rechtsakzessorietät? .....	43
III. Dogmengeschichtlicher Überblick .....	44
1. Die Gliederung der Straftat .....	44
2. Die Irrtumslehre im 19. Jahrhundert .....	46
3. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen .....	48
4. Die Tatbestandslehre im Nationalsozialismus .....	51
5. Die Diskussion in der Nachkriegszeit .....	52
6. Darstellung des derzeitigen Meinungsstands .....	54
a) Rechtsprechung .....	54
b) Schrifttum .....	55
<b>C. Die Strafrechtsnorm .....</b>	<b>58</b>
I. Tatbestand und Verbot, Rechtfertigung und Erlaubnis .....	58
II. Der Inhalt der Strafrechtsnorm .....	59
1. Norm und Normsatz .....	59
2. Strafrechtsnorm als Bestimmungsnorm .....	60
3. Strafrechtsnorm als Sanktionsnorm .....	61
4. Auseinandersetzung .....	62
5. Norm und private Nachteilsandrohung .....	63
6. Der Begriff der Sanktion .....	64
7. Sanktionen und Abgaben .....	66
8. Die Funktion des Normbegriffs .....	69
III. Norm und Rechtswidrigkeit .....	71
IV. Norm und Schuld .....	72
V. Ergebnis .....	74

<b>D. Logische Analyse der Bewertung im Strafrecht</b> .....	75
I. Einführung .....	75
II. Die Objekte der Bewertung .....	75
III. Bewertung .....	76
1. Wertbegriffe .....	76
a) Klassifikatorische Wertbegriffe .....	76
b) Komparative und metrische Wertbegriffe .....	77
c) Subjektive und objektive Wertbegriffe .....	78
2. Bewertung als Bildung von einstelligen Begriffen (Wertbegriffen) .....	78
3. Pflichtbegriffe (deontische Begriffe) .....	79
4. Ableitung der Pflichtbegriffe von den Wertbegriffen .....	79
IV. Die Bildung des Begriffs Rechtswidrigkeit .....	80
1. Abstraktes Beispiel .....	80
2. Konsequenzen aus dem Beispiel .....	81
3. Verallgemeinerung des Beispiels .....	81
4. Vergleich einfacher und komplexer Tatbestände des Besonderen Teils des StGB .....	82
V. Die Extension der Strafbarkeit .....	82
<b>E. Sachliche Unterschiede zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen</b> .....	84
I. Wertunterschied .....	84
II. Soziale Auffälligkeit .....	86
III. Deliktstypus .....	87
IV. Verbotsmaterie .....	88
V. Duldungspflicht .....	88
VI. Erforderlichkeitskriterium .....	90
VII. Freiheitserweiterung .....	91
VIII. Prinzipien der Rechtfertigung .....	92
IX. Wortlaut der §§ 32, 34 .....	94
X. Ergebnis .....	95

<b>F. Gesamtergebnis</b> .....	96
I. Konsequenzen der Sanktionstheorie der Rechtsnorm .....	96
II. Konsequenzen der logischen Analyse .....	97
III. Konsequenzen der logischen und sachlichen Gleichheit .....	98
<b>G. Folgerungen für die dogmatischen Probleme</b> .....	99
I. Konsequenzen für die dargestellten Probleme .....	99
1. Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes .....	99
2. Fehlen der subjektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes .....	101
3. Strafbarkeit der Mauerschützen .....	101
4. Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs .....	103
5. Einheit der Rechtsordnung .....	103
II. Folgen für die dogmatische Einordnung von Strafbarkeitsvoraussetzungen .....	104
1. Einwilligung .....	104
2. Genehmigung / Befugnis .....	104
3. Verwerflichkeit .....	104
4. Soziale Adäquanz / Strafwürdigkeit / Strafbedürftigkeit .....	105
<b>H. Schlußwort</b> .....	108
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	109
<b>Sachverzeichnis</b> .....	116

## A. Einleitung

Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit wurde lange Zeit nur unter dem rein dogmatischen Gesichtspunkt betrachtet, ob ein Irrtum über rechtfertigende Umstände ein Tatbestandsirrtum, einem Tatbestandsirrtum gleichzusetzen oder ein als Verbotsirrtum zu behandelnder Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat sei<sup>1</sup>. Die logische Komponente des Problems für den Aufbau der Straftat war zwar immer deutlich<sup>2</sup>, trat jedoch angesichts des heftigen Streits um die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände in den Hintergrund.

In letzter Zeit werden jedoch auch andere Fragen diskutiert, die mit dem logischen Aufbau der Straftat zusammenhängen. Diese Fragen betreffen nicht nur strafrechtsspezifische Probleme als vielmehr auch Themen, die die Rechtsordnung insgesamt betreffen. Daher soll das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit anhand normtheoretischer und logischer Methoden untersucht werden.

Dabei stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. Zum einen die Lehre vom Leitbildtatbestand, die besagt, daß Tatbestand und Rechtswidrigkeit zwei unterschiedliche Wertungsstufen darstellen<sup>3</sup>, zum anderen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, die der Ansicht ist, es gebe nur eine Wertungsstufe, die aus positiven und negativen Voraussetzungen bestehe<sup>4</sup>. Dabei sind die Tatbestands-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Engisch*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), S. 566 ff.; *Herzberg*, Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA 1989, S. 243 ff.; *Kaufmann*, Arthur, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), S. 564 ff.; *Schröder*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, MDR 1953, S. 70 ff.; *von Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, S. 260 ff.; *Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, S. 368 ff.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. *Engisch*, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, *Welzel-Festschrift*, S. 343 ff.

<sup>3</sup> Vgl. u. a. *Baumann*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, S. 173 ff.; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, S. 36 ff.; *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), S. 1 ff.; *Herzberg*, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, S. 190 ff.; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen; *Hirsch*, Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, vor § 32 Rn 5; *Jakobs*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, S. 153 ff.; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, S. 225 f.; *Kaufmann*, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 248 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 1, S. 318; *Stratenwerth*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, S. 71 ff.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, S. 49 ff.

<sup>4</sup> Vgl. u. a. *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, S. 401 ff.; *Kaufmann*, Arthur, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, S. 653 ff.; *Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, *Lange-Festschrift*, S. 39 ff.; *Samson*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage (!), vor § 32 Rn 6 ff.; *Schaffstein*,

merkmale i. S. d. Leitbildtatbestandes positive und die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe negative Tatbestandsmerkmale. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sind danach identisch. Diese Unterscheidung hat nicht nur für das Problem des Irrtums über rechtfertigende Umstände, sondern auch für andere in letzter Zeit diskutierte Probleme Relevanz.

Die Bestrafung der Mauerschützen ist im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG problematisch, weil die Rechtsordnung der DDR mit § 27 des Grenzgesetzes einen Rechtfertigungsgrund enthielt, die den Schußwaffengebrauch ermöglichte. In der DDR wurden die Mauerschützen grundsätzlich auch nicht bestraft. Nach verbreiteter Auffassung verstieß jedoch der Schußwaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze in Kombination mit den erheblichen Schwierigkeiten, die mit einer legalen Ausreise verbunden waren, gegen elementare Gerechtigkeits- und Menschenrechtsgrundsätze, so daß § 27 DDR-Grenzgesetz, wonach die Schüsse der Grenzsoldaten bei illegalen Grenzübertritten gerechtfertigt waren, zum Teil als nichtig angesehen wird, so daß eine Strafbarkeit nach dem Leitbildtatbestand des Totschlags verbleibt. Der Bundesgerichtshof hält so die Bestrafung der Mauerschützen für zulässig<sup>5</sup>. Es ergibt sich jedoch das Problem, ob der Totschlagstatbestand der DDR isoliert angewendet werden kann. Dies ist nur möglich, wenn man Tatbestand und Rechtfertigungsgründe trennt und die Tötung auch unabhängig von den vom Gesetzgeber aufgestellten Ausnahmefällen als in dieser Rechtsordnung verboten erachtet.

Die Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit beschäftigte auch das Bundesverfassungsgericht. Es erachtete die Formulierung als unzulässig, der Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten 3 Monate sei nicht rechtswidrig (§ 218a StGB i. d. Fassung vom 27. 7. 1992), weil nach der Werteordnung des Grundgesetzes ein generelles Tötungsverbot bestehen müsse<sup>6</sup>. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit begründe jedoch eine Erlaubnis, die für die gesamte Rechtsordnung gilt. Gleichzeitig schlug das BVerfG die Formulierung als nicht tatbestandsmäßig vor<sup>7</sup>, die der Gesetzgeber auch in der Neufassung des § 218 vom 21. 8. 1995 übernommen hat. Diese Fassung sei verfassungsgemäß. Diese Differenzierung ist jedoch nur sinnvoll, wenn man entgegen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen von verschiedenen Wertungsstufen ausgeht.

Das Problem, mit dem sich das Bundesverfassungsgericht beschäftigt hat, läßt sich verallgemeinern. Es ist generell problematisch, ob eine Erlaubnis in einem

---

Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), S. 369 ff.; *Schröder*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), S. 207 ff.; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S. 341 ff.; *von Weber*, Negative Tatbestandsmerkmale, *Mezger-Festschrift*, S. 183 ff.

<sup>5</sup> BGH v. 3. 11. 1992, BGHSt 39, 1 ff.

<sup>6</sup> BVerf. v. 28. 5. 1993, BVerfGE 88, S. 273.

<sup>7</sup> BVerfG v. 28. 5. 1993, BVerfGE 88, S. 274.

Rechtsgebiet Wirkung für die gesamte Rechtsordnung entfaltet, ob beispielsweise ein rechtswidriger, aber wirksamer Verwaltungsakt im Strafrecht zwingend einen Rechtfertigungsgrund darstellt (Problem der Einheit der Rechtsordnung). Das ist nur der Fall, wenn die Erlaubnis eine über die Beseitigung eines konkreten Verbots hinausgehende eigenständige Funktion für die Rechtsordnung hat, was nur möglich ist, wenn ein Erlaubnissatz isoliert, ohne Bezug auf bestimmte Verbote, in der Rechtsordnung enthalten ist, was nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen abzulehnen ist, wie später noch genauer dargestellt wird.

Nach der Erörterung des Problemstands (B.), bei der auch auf die historische Entwicklung des Straftatbegriffs eingegangen wird, soll das Problem des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit unter formalen Gesichtspunkten untersucht werden, zunächst normentheoretisch (C.), dann logisch (E.). Danach wird geprüft, ob materielle Gründe für die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit sprechen (F.). Schließlich werden das Ergebnis der Untersuchung zusammengefaßt (G.) und Folgerungen für die erörterten Probleme gezogen (H.).