

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

A. Einleitung	11
B. Problemstand	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
C. Die Strafrechtsnorm	58
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

D. Logische Analyse der Bewertung im Strafrecht	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
E. Sachliche Unterschiede zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen	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

F. Gesamtergebnis	96
I. Konsequenzen der Sanktionstheorie der Rechtsnorm	96
II. Konsequenzen der logischen Analyse	97
III. Konsequenzen der logischen und sachlichen Gleichheit	98
G. Folgerungen für die dogmatischen Probleme	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
H. Schlußwort	108
Literaturverzeichnis	109
Sachverzeichnis	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 sei¹. Die logische Komponente des Problems für den Aufbau der Straftat war zwar immer deutlich², 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 darstellen³, zum anderen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, die der Ansicht ist, es gebe nur eine Wertungsstufe, die aus positiven und negativen Voraussetzungen bestehe⁴. Dabei sind die Tatbestands-

¹ 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.

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

³ 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.

⁴ 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 zulässig⁵. 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 müsse⁶. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit begründe jedoch eine Erlaubnis, die für die gesamte Rechtsordnung gilt. Gleichzeitig schlug das BVerfG die Formulierung als nicht tatbestandsmäßig vor⁷, 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.

⁵ BGH v. 3. 11. 1992, BGHSt 39, 1 ff.

⁶ BVerf. v. 28. 5. 1993, BVerfGE 88, S. 273.

⁷ 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.).