

§ 11: Grundfragen der Unrechtslehre

I. Die Wertungsstufe der Rechtswidrigkeit

Sind der objektive und der subjektive Tatbestand erfüllt, liegt **in der Regel** auch die Rechtswidrigkeit vor. Da der gesetzliche Tatbestand das Unrecht eines Verhaltens typisierend darstellt, kann von dessen Vorliegen auch auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens geschlossen werden. Kurz: Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

In bestimmten Ausnahmefällen kann es aber an der Rechtswidrigkeit fehlen, obwohl eine vorsätzliche, tatbestandsmäßige Handlung vorliegt. Das tatbestandsmäßige Verhalten kann mit anderen Worten ausnahmsweise **erlaubt** sein. Für sich allein ist der Tatbestand i.e.S. nicht imstande, die Merkmale des materiellen Unrechts abschließend festzulegen. Das tatbestandsmäßige Verhalten muss daher in einer besonderen Wertungsstufe an der Gesamtrechtsordnung gemessen und so einer zusätzlichen Kontrolle unterzogen werden.

Den typisierenden Unrechtstatbeständen stehen Erlaubnistatbestände gegenüber, die das rechtsgutsverletzende Verhalten im Einzelfall ausnahmsweise erlauben. Das generelle Verbot (z.B. des § 212 I StGB: Verbot zu töten) konkretisiert sich wegen des Erlaubnissatzes (z.B. § 32 StGB: ausnahmsweise Erlaubnis zum Töten) im Einzelfall nicht zu einer Rechtspflicht. Die Funktionen von Unrechts- und Erlaubnistatbeständen sind demnach konträr:

- Zweck von Straftatbeständen: Genereller Schutz eines Rechtsguts.

- Zweck von Rechtfertigungsgründen: Ausnahmsweise wird Verletzung eines Rechtsguts zugelassen.

Konsequenzen für das Gutachten:

- In der Regel sind keine längeren Ausführungen zur Begründung der Rechtswidrigkeit erforderlich. Es genügt regelmäßig die schlichte Feststellung: „Der Täter handelte rechtswidrig.“
- Nur wenn im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, ist genau zu untersuchen, ob das tatbestandsmäßige Verhalten ausnahmsweise durch einen Rechtfertigungsgrund erlaubt wird.

An welchem Punkt der strafrechtlichen Prüfung Fragen der Rechtswidrigkeit zu thematisieren sind, soll folgendes Aufbauschema verdeutlichen:

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand

→ **II. Rechtswidrigkeit**

- Bei Tatbestandsmäßigkeit grds. (+)
Eingreifen von Rechtfertigungsgründen

III. Schuld

II. Die Begriffe Rechtswidrigkeit und Unrecht

Häufig werden die Begriffe „Rechtswidrigkeit“ und „Unrecht“ synonym verwendet. Bei genauer dogmatischer Betrachtung besteht zwischen ihnen jedoch ein Unterschied:

- Die Rechtswidrigkeit charakterisiert eine Eigenschaft der tatbestandsmäßigen Handlung, nämlich ihren Widerspruch zu den Verboten und Geboten des Strafrechts.
- Das Unrecht meint dagegen die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung selbst; der Begriff fasst die drei Verbrechenskategorien (Handlung – Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit) zusammen.

III. Rechtswidrigkeit und Einheit der Rechtsordnung

Bei den unter das Schlagwort von der Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gefassten Fällen geht es um Wechselwirkungen zwischen Zivil-, Straf- und dem sonstigen öffentlichen Recht. Es sind zwei Fragestellungen zu unterscheiden:

1. Erlaubnisse zivil- oder öffentlich-rechtlicher Art

Ist ein bestimmtes Verhalten nach zivil- oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften erlaubt, so wirkt die das Verhalten gestattende Norm wegen der Einheit der Rechtsordnung auch im Strafrecht als Rechtfertigungsgrund (*Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 32). Es wäre ein eklatanter Wertungswiderspruch, jemanden für ein nach anderen Vorschriften erlaubtes Verhalten zu bestrafen.

Bsp.: § 758 ZPO erlaubt dem Gerichtsvollzieher das Betreten einer Wohnung. – Er ist daher nicht nach § 123 I StGB wegen Hausfriedensbruchs strafbar.

Bsp.: § 241a BGB erlaubt dem Empfänger die Beschädigung einer unbestellt zugesandten Sache. – Er ist daher nicht nach § 303 I StGB wegen Sachbeschädigung strafbar (str., siehe für eine Übersicht *Renner* BT I § 5 Rn. 15).

2. Zivil- oder öffentlich-rechtliche Verbote

Umgekehrt kann aber ein bestimmtes Verhalten auch nach zivil- oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften verboten sein. Es fragt sich dann, ob dieses zivil- oder öffentlich-rechtliche Verbot unter allen Umständen

bedeutet, dass das Verhalten auch strafrechtliches Unrecht darstellt, wenn es den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt.

Bsp.: *Die Einwilligung eines Minderjährigen in die Beschädigung seines Eigentums ist mangels voller Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) zivilrechtlich unwirksam, so dass der Täter insoweit zivilrechtswidrig handelt.* Ist daraus aber zwingend zu folgern, dass die Einwilligung des Minderjährigen selbst bei seiner tatsächlichen Einsichtsfähigkeit auch bei strafrechtlicher Betrachtung unwirksam und die Beschädigung daher auch **strafrechtswidrig** ist?

Im Ergebnis ist hier unstreitig, dass der Täter nicht bestraft werden kann. Fraglich ist nur, wie dieses Ergebnis zu begründen ist.

- Die h.L. (LK/Hirsch [11. Aufl. 2003] Vor § 32 Rn. 10; Sch/Sch/Sternberg-Lieben Vor § 32 Rn. 27) versucht diese Lösung dadurch zu erklären, dass sie an der Einheit der Rechtsordnung festhält, den verschiedenen Rechtsgebieten aber die Möglichkeit abweichender Rechtsfolgeregelungen zugesteht.
- Roxin/Greco AT I § 14 Rn. 36; LK/Rönnau Vor § 32 Rn. 26 ff. erkennen dagegen die Möglichkeit unterschiedlicher „Rechtswidrigkeiten“ an: Es werde nicht allein auf die Rechtsfolge der Bestrafung verzichtet, sondern das Strafrecht missbillige von seinen Zwecken her das Täterverhalten überhaupt nicht.

IV. Systematisierung von Rechtfertigungsgründen

Aufgrund der Vielgestaltigkeit von Rechtfertigungsgründen und denkbaren Umständen, die das Unrecht einer Tat ausschließen, konnte bisher noch keine ergiebige Systematisierung von Rechtfertigungsgründen vorgenommen werden.

1. Monistische Theorien

Die monistischen Theorien versuchten, alle Rechtfertigungsgründe auf ein einziges Grundprinzip zurückzuführen, das im Vorrang des gerechtfertigten Verhaltens gegenüber der Tatbestandsverwirklichung gesehen wurde.

2. Pluralistische Theorien

Pluralistische Theorien führen die Rechtfertigungsgründe dagegen auf mehrere Grundprinzipien zurück:

- Prinzip des überwiegenden Interesses (z.B. § 34 StGB)
- Prinzip des mangelnden Interesses (z.B. die mutmaßliche oder rechtfertigende Einwilligung)

3. Bedeutung

Aus der Systematisierung sind jedoch keine konkreten Ergebnisse ableitbar. Als allumfassendes Prinzip von Rechtfertigungsgründen bleibt nur, dass sie jeweils die sozial richtige Regulierung kollidierender Interessen bezwecken (*Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 41).

Übersicht: Systematisierung von Rechtfertigungsgründen

Monistische Theorie



Nur **ein** Grund für Rechtfertigung:
Vorrang des gerechtfertigten Verhaltens gegenüber der Tatbestandsverwirklichung

Pluralistische Theorie



Mehrere Gründe für Rechtfertigung:
z.B.

- Prinzip des überwiegenden Interesses (z.B. § 34 StGB)
- Prinzip des mangelnden Interesses (z.B. rechtfertigende Einwilligung)

allumfassendes Prinzip: sozial richtige Regulierung kollidierender Interessen

V. Konkurrenzen zwischen Rechtfertigungsgründen

Im Grundsatz gilt, dass von mehreren Rechtfertigungsgründen, die auf denselben Sachverhalt zutreffen, alle zumeist unabhängig voneinander und daher nebeneinander anwendbar sind (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 15 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 439).

Bsp.: Wer einen mit der Beute fliehenden Dieb auf frischer Tat ertappt und festhält, ist sowohl nach § 127 I 1 StPO als auch nach § 32 StGB gerechtfertigt.

Nur in wenigen Konstellationen sind Konkurrenzregeln zwischen den Rechtfertigungsgründen zu beachten:

- §§ 228, 904 BGB sind speziell auf die Beschädigung von Sachen zugeschnitten und daher *leges speciales* gegenüber dem im Hinblick auf die möglichen Tatobjekte tatbestandlich weiteren § 34 StGB.
- In der Regel darf bei § 34 StGB keine andere Interessenabwägung getroffen werden, als sie eine ausdrückliche gesetzliche Konfliktentscheidung an anderer Stelle vorsieht (z.B. keine Rechtfertigung nach § 34 StGB zur Festnahme eines Täters Wochen nach der Tat – sonst würde das Erfordernis der „Tatfrische“ des § 127 StPO unterlaufen).



VI. Das subjektive Element der Rechtfertigung


Alle Rechtfertigungsgründe setzen das Vorliegen objektiver Merkmale – bspw. einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff, sog. Notwehrlage (§ 32 StGB), oder eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr, sog. Notstandslage (§ 34 StGB) – voraus. Uneinheitlich beurteilt wird die Frage, ob sie auch eine subjektive Komponente besitzen (1.) und, wenn ja, welche Rechtsfolgen ihr Fehlen hat (2.).

Bsp.: *T tötet O. Wie sich anschließend herausstellt, wollte O gerade den T erschießen, was dieser aber nicht wusste.* Ist T nach § 32 StGB gerechtfertigt?

1. Erforderlichkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements

Vereinzelt (LK/*Spendel* [11. Aufl. 2003] § 32 Rn. 138 ff.; *ders.* DRiZ 1978, 327, 331 ff.) wird ein subj. Rechtfertigungselement für nicht erforderlich gehalten.

-  Die Rechtsordnung wird durch die Tat und nicht durch die Gesinnung gestört.
-  Zu einer Rechtfertigung muss das Gesamtunrecht der Tat getilgt werden. Die obj. Rechtfertigungselemente kompensieren aber nur den Erfolgswert. Was bei Unkenntnis der obj. Umstände bleibt, ist ein auf die Tatbestandsverwirklichung gerichteter Verwirklichungswille, d.h. der Handlungswert.

 Die h.M. geht deshalb von der Erforderlichkeit eines subj. Rechtfertigungselements aus. Innerhalb der h.M. ist jedoch wieder umstritten, welche Anforderungen an die subj. Komponente zu stellen sind.

- Eine vorzugswürdige Ansicht (*Kühl* AT § 7 Rn. 128 ff. und § 8 Rn. 183; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 97; *LK/Rönnau/Hohn* § 32 Rn. 266) lässt es ausreichen, wenn der Täter **Kenntnis** vom Vorliegen einer Rechtfertigungslage hatte.
 - + Das Erfordernis eines Verteidigungswillens i.S. eines Willens, zur Gefahrenabwehr tätig zu werden, führt zu einer Negativbewertung der inneren Einstellung des Täters und damit zu einem verbotenen Gesinnungsstrafrecht. Der Täter würde nur deshalb bestraft, weil er das Erlaubte nicht mit der „richtigen“ Einstellung tut.
 - + Spiegelbild zum *dolus eventualis*: Für den zur Strafbarkeit führenden (bedingten) Vorsatz genügt, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs für möglich hält und ihn billigend in Kauf nimmt. Dann muss für den die „Strafbarkeit ausschließenden Vorsatz“ auch genügen, dass der Täter das Vorliegen einer Rechtfertigungslage für möglich hält und darauf vertraut.
- Die – noch – h.M. (BGHSt 2, 111, 114; BGH NStZ 2016, 333; *Fischer* StGB § 32 Rn. 25; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 413) verlangt über die Kenntnis von der Notwehrlage hinaus auch einen Verteidigungswillen, d.h. den Willen, zur Gefahrenabwehr tätig zu werden. Ausreichend sei dabei jedoch, dass der Wille zur Angriffsabwehr neben anderen Motiven nicht völlig in den Hintergrund trete (BGH NStZ 1996, 29; NJW 2013, 2133, 2135; dazu *Brüning* ZJS 2013, 511; *Jäger* JA 2013, 708).
 - + Der Wortlaut der Rechtfertigungsgründe, insb. die Formulierung des § 32 StGB („um ... zu“), legt das Erfordernis eines Finalzusammenhangs nahe.
 - + Es ist nicht angemessen, den aus rechtsfeindlichen Bestrebungen Handelnden als im Einklang mit dem Recht Handelnden anzusehen.

- ✚ Von einer Bewährung des Rechts kann nicht die Rede sein, wenn der Täter dessen Bewährung nicht will.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Erforderlichkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/subj-element/>
- Einen weiteren Überblick bietet auch das Problemfeld *Umfang des subjektiven Rechtfertigungselements bei Fahrlässigkeitsdelikten*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/fahrlaessig/rw/subj-element/>

2. Rechtsfolgen des Fehlens

Handelt der Täter ohne die erforderliche subj. Rechtfertigungskomponente, so gelangt der überwiegende Teil der Rspr. (RGSt 62, 138; BGHSt 2, 111) zu einer Bestrafung wegen **vollendeter Tat**.

✚ Die Tatbestandsverwirklichung ist nicht gerechtfertigt, so dass eine vollendete Tat gegeben ist.

Nach vorzugswürdiger h.L. (*Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 153; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 104; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 415 f.; *Bock* AT S. 264) und vereinzelter Rspr. (BGH NJW 2017, 1186, 1188) ist der Täter in diesen Fällen wegen **Versuchs** zu bestrafen.

✚ Das Verhalten des Täters ist obj. vom Gesetz gestattet, weshalb zwar der Handlungs-, aber kein Erfolgswert vorliegt. Auch nimmt der Täter wegen des Fehlens des subj. Rechtfertigungselements subj. an,

Unrecht zu verwirklichen. Dies entspricht der Konstellation des Versuchs, bei dem aufgrund eines Mangels im obj. Tatbestand ebenfalls nur Handlungsunwert existiert.

- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Folgen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/fehlen-subj-element/>

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. In welchen Gesetzen findet man Rechtfertigungsgründe?
- II. Die Diskussion um den subjektiven Tatbestand bei Rechtfertigungsgründen: Assoziationen zu einem anderen, bereits behandelten Feld?