

Schriften zum Strafrecht

Heft 75

**Die strafrechtliche Behandlung
genehmigungsfähigen, aber nicht
genehmigten Verhaltens**

Von

Dr. Jürgen Brauer



Duncker & Humblot · Berlin

JÜRGEN BRAUER

**Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen,
aber nicht genehmigten Verhaltens**

Schriften zum Strafrecht

Heft 75

Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens

**Von
Dr. Jürgen Brauer**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Brauer, Jürgen:

Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens / von Jürgen Brauer. — Berlin :

Duncker u. Humblot, 1988

(Schriften zum Strafrecht ; H. 75)

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06465-8

NE: GT

Geleitwort

Die allgemeine Verdichtung der Sozialkontakte und die Ausbreitung sozialstaatlicher Fürsorge haben dazu geführt, daß der moderne Gesetzgeber immer mehr dazu übergeht, den Ausgleich einander widerstreitender Interessen einem besonderen Verfahren anzuvertrauen. Solche Verfahren zielen darauf ab, die Verfolgung eines der widerstreitenden Interessen zu genehmigen, nachdem geklärt ist, daß es für das andere ungefährlich oder ihm im konkreten Fall vorzuziehen ist.

Diese Entwicklung hat längst auch strafrechtlich geschützte Interessen erfaßt. Die Einführung der Tatbestände des Umweltstrafrechts (§§ 324 ff. StGB) hat dies allgemein zum Bewußtsein gebracht. Diese Normen sollten aber nicht den Blick auf parallele Erscheinungen in anderen Bereichen des Strafrechts verstellen. Genehmigungsverfahren im weitesten Sinne dieses Wortes gibt es im Kernstrafrecht heute z.B. auch beim legalen Schwangerschaftsabbruch nach §§ 218a ff. StGB, bei der Erlaubnis zur Annahme von Geschenken durch einen Beamten nach §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB und bei der Ausschaltung des § 239 StGB durch gerichtliche Freiheitsentziehungsprozeduren, die seit einigen Jahren selbst bei der Unterbringung leiblicher Kinder zu beachten sind (vgl. § 1631 b BGB). Im Nebenstrafrecht kann der Entfall der Strafbarkeit beim Vorliegen einer Genehmigung sogar als typisch angesehen werden.

Die Fälle, in denen eine Genehmigung zu erteilen ist, werden vom materiellen Recht mehr oder minder deutlich festgelegt. Hieraus entsteht das Problem der vorliegenden Arbeit. Es geht um die Frage, wie ein Täter strafrechtlich zu beurteilen ist, der das Genehmigungsverfahren überspringt, indem er eigenmächtig das materiell zulässige Ergebnis herstellt. Man denke daran, daß ein berufstätiger Alleinerziehender sein verhaltensgestörtes Kind eigenmächtig in einer kinderpsychiatrischen Institution unterbringt, ohne die gem. § 1631 b BGB erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsrichters einzuholen. Kann er bei Säumnis von über einer Woche gem. § 239 Abs. 2 StGB als Verbrecher (!) verurteilt werden?

Die praktische Bedeutung des Problems ist vermutlich groß. Nur selten wird sie freilich allgemein sichtbar wie im "Rheinmetall-Prozeß", in dem es um den ungenehmigten, aber nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) genehmigungsfähigen Waffenexport ging. Dies dürfte daran liegen, daß die Strafverfolgungsbehörden sonst oft den Weg der Einstellung des Verfahrens nach § 153 ff. StPO beschreiten. Aber abgesehen davon, daß dieser Weg bei Verbrechen wie §§ 239 Abs. 2 StGB, 16 Abs. 1 KWKG nicht gangbar ist, ist die Abdrängung des Problems in das Prozeßrecht – und hier auch noch in den Arkanbereich des Ermittlungsverfahrens – völlig unbefriedigend.

Wissenschaftlich ist die Frage bislang noch nicht im Zusammenhang behandelt worden. Es gibt nur verstreute, eher beiläufige Äußerungen, die meist nur einzelne Tatbestände oder Tatbestandsgruppen betreffen. Die dabei angebotenen Lösungen suchen einen Ausweg aus unangemessener oder doch unangemessen hoher Strafbarkeit oft außerhalb des dreigliedrigen Verbrechenschemas, insbesondere durch Postulierung von Strafaufhebungsgründen.

Mir erschien es aber evident, daß das Problem etwas mit dem strafrechtlich erheblichen Unrecht zu tun haben muß. Denn es stellt sich die Frage, ob man von einem Unrechtserfolg sprechen kann, wenn der Täter genau das Ergebnis herstellt, das auch bei Einhaltung des Genehmigungsverfahrens herzustellen war. Bei der verbleibenden Mißachtung der Pflicht zur Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens ist weiter zu prüfen, ob darin strafrechtserhebliches Handlungsunrecht oder bloßer Ungehorsam liegt, der üblicherweise als reines Verwaltungsunrecht angesehen wird.

Bei der Beantwortung dieser Fragen dürfte es vor allem auf den Sinn der Genehmigungsverfahren ankommen. Deshalb muß auch untersucht werden, ob die verwaltungsrechtliche Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Verboten für die Lösung der skizzierten Probleme bedeutsam ist. Eine Beschränkung auf verwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren sollte aber nicht vorgenommen werden. Um das Problem in voller Breite im Auge zu behalten, waren vielmehr auch justizielle Genehmigungsprozeduren und Regeln wie §§ 218 b ff. StGB, 5 ff. KastrationsG in die Betrachtung einzubeziehen.

Mit diesen Vorgaben habe ich Herrn Brauer das Thema der vorliegenden Dissertation anvertraut, die dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier im Wintersemester 1987/88 als Doktorarbeit vorgelegen hat. Herr Brauer hat eine eigenständige Lösung entworfen, die durch ihre Spannweite und scharf konturierten Ergebnisse eine gute Grundlage für die strafrechtswissenschaftliche Diskussion der angesprochenen Probleme schafft. Die Arbeit tut damit den hoffentlich entscheidenden Schritt, ein neues und wichtiges Thema der Strafrechtsdogmatik zu etablieren.

Trier, im März 1988

Knut Amelung

Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL

Einleitung	15
I. Problemstellung	15
II. Übersicht über die einschlägigen Normen	18
A. Normen, die eine behördliche Genehmigung vorsehen	19
B. Normen, die eine richterliche Mitwirkung verlangen	29

ZWEITER TEIL

Lösungen und ihre kritische Würdigung	32
I. Die derzeit in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Ansichten	32
1. Allgemeine Einführung	32
2. Der Meinungsstand im Umweltstrafrecht	32
a) Die herrschende Meinung	32
b) Die Auffassung <i>Horns</i>	34
c) Die Ansicht <i>Paplers</i>	34
d) Die Kritik <i>Maihofers</i> an der h.M.	36
e) Die Konzeption <i>Rudolphis</i>	36
f) Die Auffassung <i>Tröndles</i>	37
3. Der Stand der Diskussion in anderen Rechtsgebieten des StGB	37
4. Im Nebenstrafrecht	39

5.	Die Ansicht <i>Cramers</i> und <i>Lenckners</i>	40
6.	Die Ansicht <i>Winckelbauers</i>	40
7.	Die Auffassung der Rechtsprechung	41
II.	Die dogmatische Behandlung der Genehmigung	43
A.	Die behördliche Genehmigung	43
1.	Die Ansicht <i>Goldmanns</i>	43
2.	Die herrschende Meinung	44
3.	<i>Horns</i> Kritik an der h.M.	44
a)	Strukturprinzipien der Rechtfertigung....	45
b)	Verwaltungsrechtliche Genehmigung und Strafverzicht	45
4.	Die Genehmigung mit tatbestandsaus- schließender Wirkung oder als Recht- fertigungsgrund	46
a)	Präventive und repressive Verbote	47
b)	Die strafrechtliche Auswirkung	49
(1)	Die Genehmigung mit tat- bestandsausschließender Wirkung	51
(2)	Die Genehmigung als Recht- fertigungsgrund	52
c)	Ergebnis	52
B.	Die richterliche Genehmigung	53
1.	Die herrschende Ansicht	53
2.	Die Genehmigung als Rechtfertigungsgrund	54
III.	Kritische Würdigung der vorgestellten Ansichten	56
1.	Die Unbeachtlichkeit der Genehmigungs- fähigkeit	56
a)	Beratungs-, Aufklärungs- und reine Kontrollverfahren	56

b)	Die Genehmigung als negatives Tatbestandsmerkmal	58
c)	Die Genehmigung als Rechtfertigungsgrund	63
d)	Ordnungsverstoß und Kriminalstrafe	64
e)	Legitimation und Verfahren	65
2.	Die Genehmigungsfähigkeit als Straufhebungs-/Strafausschließungsgrund	66
3.	Keine Beseitigung der Strafbarkeit ex tunc	69
4.	Die Genehmigungsfähigkeit als Rechtfertigungsgrund	69
a)	Bei behördlichen Genehmigungen	69
b)	Bei der richterlichen Anordnung	70
5.	Die Ansicht <i>Winkelbauers</i>	71
a)	§§ 327, 328 StGB und der Schutz von Ordnungswerten	72
b)	§§ 311 d, 325, 329 StGB und Rechtsgüterschutz	75
c)	§§ 324, 326 StGB als abstrakte Gefährungsdelikte	78
(1)	Schutzgut des § 324 StGB	79
(2)	Schutzgut des § 326 StGB	80
6.	Formeller Normverstoß und Straflosigkeit	81
IV.	Zusammenfassung des 2. Teil	84

DRITTER TEIL

Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens	85
--	-----------

Erster Abschnitt

<u>Das Fehlen der behördlichen Genehmigung</u>	85
---	-----------

I. Die Genehmigungsfähigkeit bei fehlender tatbestandsausschließender Genehmigung	85
--	-----------

A.	Auswirkungen der Genehmigungsfähigkeit im Verwaltungsrecht	85
1.	Voraussetzungen für die Einführung eines Verbotes	85
2.	Der Zweck des präventiven Verbotes	87
3.	Die Genehmigungsfähigkeit im Baurecht	88
B.	Konsequenzen für das Strafrecht	90
1.	Genehmigungsfähigkeit und Tatbestandsausschluß	90
a)	§ 306 StGB und die feststehende Ungefährlichkeit.....	90
b)	Die angebotenen Lösungen des Problems	91
(1)	Abstrakte Gefährungsdelikte und unwiderlegliche Vermutung.....	92
(2)	Abstrakte Gefährungsdelikte und Wahrscheinlichkeit der Gefahr.....	92
(3)	Die heute herrschende Lehre.....	93
c)	Die Anwendbarkeit der Lehre auf die Genehmigungsfähigkeit?.....	96
d)	§ 21 I Nr. 1 StVG und § 60 I Nr. 2 LuftVG.....	99
e)	Die Gefährlichkeit des Täters bei Umgehung des Verfahrens.....	100
(1)	Die Ungefährlichkeit der Tat- handlung.....	100
(2)	Die Zuverlässigkeit des Täters.....	100
f)	Zusammenfassung.....	104
2.	Praktische Auswirkungen und Einzelheiten	105
a)	Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Präjudizien.....	105
b)	Die Behandlung des Irrtums.....	106
II.	Die Genehmigungsfähigkeit bei fehlender rechtfertiger Genehmigung	109
A.	Auswirkungen der Genehmigungsfähigkeit im Verwaltungsrecht	109
1.	Zweck und Voraussetzungen des repressiven Verbotes	109

2.	Die Befreiung	110
3.	Die Genehmigungsfähigkeit im Verwaltungsrecht	112
B.	Konsequenzen für das Strafrecht	114
1.	Genehmigungsfähigkeit und Strafunrechtsausschluß	115
2.	Die Schutzgüter der Tatbestände	118
a)	Einzelne Beispiele	118
	(1) § 16 KWKG	118
	(2) § 47 AuslG	120
b)	Verallgemeinerung der gewonnenen Ergebnisse	121
3.	Die Genehmigungsfähigkeit kompensiert den Erfolgswert	123
a)	Der Unwert des Erfolgdeliktes	123
b)	Der Erfolgswert bei den "Abwägungsdispensen"	124
c)	Der Erfolgswert bei den "Einwilligungsdispensen"	127
4.	Die Genehmigungsfähigkeit läßt den Handlungswert unberührt	128
5.	Lösung in entsprechender Anwendung der §§ 22, 23 StGB	132
a)	Die Anwendung der §§ 22, 23 StGB auf das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes	132
b)	Entsprechende Anwendung und Analogieverbot	134
c)	Die Strafmilderung des Versuchs	135
6.	Ergebnis und praktische Auswirkungen	136
a)	Die lückenhafte Versuchsstrafbarkeit ...	136
b)	Praktikabilität der Lösung	137
	(1) Beweis und Präjudizien	137
	(2) Der Irrtum	138
III.	Ergebnis und Zusammenfassung des ersten Abschnittes	141

Zweiter Abschnitt

Das Fehlen der richterlichen Mitwirkung.....	143
A. Prozeßrechtliche Funktion der Mitwirkung und die prozessualen Auswirkungen ihres Fehlens	143
1. Die Anordnung als Titel der Vollstreckung	143
2. Die prozessualen Auswirkungen ihres Fehlens	144
a) Bei freiheitsentziehenden Maßnahmen ...	144
b) Im Zwangsvollstreckungsverfahren	145
c) Im Strafprozeß	145
d) Fazit	145
B. Die strafrechtlichen Auswirkungen des Fehlens	147
1. Eine Lösung unter Anwendung des "strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffes"?	147
a) Rechtfertigung des Richters durch die Ermächtigungsgrundlage	147
b) Kritik der Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs	148
2. Ein Problem der Kausalität?	150
3. Der Einfluß auf Handlungs- und Erfolgswert	151
a) Der Erfolgswert wird kompensiert	152
b) Der Handlungswert ist grundsätzlich vollständig vorhanden	156
4. Die Lösung in entsprechender Anwendung der §§ 22, 23 StGB	157
5. Praktische Auswirkungen und Einzelheiten	158
a) Die Kenntnis der Anordnungsvoraussetzungen	158
b) Der Irrtum	158
C. Ergebnis und Zusammenfassung des zweiten Abschnittes	159
D. Zusammenfassung des Gesamtergebnisses	160

Anhang I	162
A. Straftatbestände mit rechtfertigender Wirkung der Genehmigung	162
B. Straftatbestände mit tatbestandsausschließender Wirkung der Genehmigung	164
 Anhang II	 166
A. Versuchs- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Straftatbeständen mit rechtfertigender Wirkung der Genehmigung	166
B. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Straftatbeständen mit tatbestandsausschließender Wirkung der Genehmigung	166
 Literaturverzeichnis	 167

ERSTER TEIL

Einleitung

I. Problemstellung

Unsere Rechtsordnung überläßt regelmäßig nicht dem Verletzer die Entscheidung, ob er zur Verfolgung eigener, rechtlich anerkannter Interessen in fremde (Rechts-) Güter eingreifen darf. Vielmehr sieht sie formelle, gesetzlich geregelte Verfahren vor, in deren Verlauf die widerstreitenden Interessen abgewogen werden und an deren Ende entweder eine Erlaubnis oder eine Versagung steht. Nur ausnahmsweise darf zur Selbsthilfe gegriffen werden, wenn für die Durchführung des Verfahrens keine Zeit bleibt¹ oder Entscheidungen in Bereichen zu treffen sind, in die ein hoheitliches, bürokratisches Eindringen unerwünscht ist.²

Die Zahl der interessenausgleichenden Verfahren nimmt in allen Rechtsgebieten ständig zu.³ Das bleibt nicht ohne Auswirkungen auf das Strafrecht. Häufig hat nämlich die Einhaltung des Verfahrens und die Beachtung des Ergebnisses rechtfertigende Wirkung. Die h.M. macht dabei die Rechtfertigung nicht etwa von der "materiellen" Richtigkeit des Ergebnisses, sondern allein von der Tatsache der Verfahrensdurchführung abhängig.⁴ Demgegenüber behandelt die vorliegende Arbeit die strafrechtlichen Auswirkungen der Umgehung des Verfahrens bei gleichzeitig materiell richtigem Ergebnis. Diese im Verwaltungs-, namentlich im Baurecht, als "Genehmigungsfähigkeit" bezeichnete Situation,⁵ ist - soweit ersichtlich - in der Vergangenheit einer strafrechtlichen Untersuchung noch nicht unterzogen worden. Erst in neuerer Zeit hat das Problem Eingang in die strafrechtliche Diskussion gefunden,⁶ was mehrere Gründe hat:

Zum einen dürfte die bereits erwähnte steigende Zahl der Verfahren von Bedeutung sein, zum anderen die Aufnahme einschlägiger Tatbestände aus dem Nebenstrafrecht in das StGB.⁷ Schließlich hat die praktische Bedeutung des Problems zugenommen. Die Zahl der Verstöße gegen die hier zu

1 Z.B. § 859 BGB, § 229 BGB.

2 Z.B. im innerfamiliären Bereich.

3 Dies mag darin begründet liegen, daß man einer, in einem förmlichen Verfahren gefundenen Entscheidung größere Richtigkeit, Akzeptanz und Legitimation zutraut. Vgl.: *Amelung/Brauer*, JR 1985, 474 ff.

4 Vergl. unten Zweiter Teil I 2.

5 Vergl. *Friauf-v. Münch*, Verwaltungsrecht, S. 507 f.

6 Vergl. Übersicht bei *Heinz*, S. 255, 256.

7 Namentlich durch das 18. StrAndG, BGBl. I 80, 373.

behandelnden Vorschriften ist gestiegen.⁸ Es ist davon auszugehen, daß damit die Zahl der Fälle steigt, in denen sich der "Täter" darauf beruft, sein Verhalten entspreche den - außerstrafrechtlichen - Vorschriften, es sei genehmigungsfähig. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum 18. StrÄndG ist die Frage aufgetaucht, und kontrovers diskutiert worden, welche - strafrechtlichen - Konsequenzen aus einer kurz nach Aufnahme der verbotenen Tätigkeit erfolgten Genehmigung zu ziehen seien.⁹ Drei Fälle mögen die praktische Relevanz des Problems belegen:

- Drei verantwortliche Geschäftsführer eines Rüstungskonzerns sind wegen eines Verstoßes gegen § 16 I Nr. 2 KWKG verurteilt worden (sog. "Fall Rheinmetall"). Ihnen wurde vorgeworfen, Waffen ohne die erforderlichen Genehmigungen bzw. unter Angabe falscher Tatsachen u.a. nach Argentinien geliefert zu haben. Die entsprechenden Genehmigungen sind später erteilt bzw. wären auch bei richtigen Angaben erteilt worden.¹⁰ Die in der Praxis in gleichgelagerten Fällen übliche Verfahrenseinstellung scheiterte hier an § 153 a I 1 StPO, da die Tatbestände des § 16 I Nr. 1 - 7 KWKG keine Vergehen sondern Verbrechen sind, § 12 I StGB. Eine Herabsetzung dieser Strafandrohung im Mindestmaß auf 6 Monate soll in Fällen, in denen bei der Ausfuhr der Kriegswaffen eine Genehmigung - noch - nicht vorliegt, mit deren Erteilung der Täter aber rechnen konnte, oder er diese "lediglich" verspätet einholt, die Möglichkeit der Einstellung eröffnen.¹¹

- Durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979¹² wurde die Vorschrift des § 1631 b in das BGB eingefügt. Danach bedarf die mit einer Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung eines Kindes der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Fehlt die Genehmigung und wird sie auch nicht unverzüglich nachgeholt, § 1631 b S. 2 BGB, ist das Verhalten der Sorgeberechtigten unter § 239 StGB subsumierbar; dauert die Unterbringung länger als eine Woche, liegt ggf. ein Verbrechen vor, § 239 II StGB. Selbst wenn die Voraussetzungen einer Unterbringung vorlagen und diese dem Kindeswohl entsprach, scheidet dann eine Einstellung des Verfahrens aus.

8 Vergl. das umfangreiche Zahlenmaterial zu §§ 324 ff. bei *Hümbs-Krusche* und *Meinberg*, N + R 1986, S. 56.

9 *Engelhard*, BT-Prot. 8/201 S. 16037 und *Hartmann*, a.a.O., S. 16032.

10 Vergl. "Der Spiegel" Nr. 14, 1984, S. 14 und Nr. 36, 1984, S. 26 f.

11 BRDRs 547/83, S. 45 und BTDrs. 10/1748: Angebliche Zusammenhänge der Novelle mit dem "Fall Rheinmetall" haben den Entwurf in die Öffentlichkeit gebracht, s.o. 10.

12 BGBl. I 1061.

- Im zivilprozeßrechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung war lange umstritten, ob der Gerichtsvollzieher zur Durchsuchung einer Wohnung zum Zwecke der Vollstreckung auch außerhalb des § 761 I ZPO eines richterlichen Beschlusses bedarf.¹³ Diese Frage hat das BVerfG im Jahre 1979 positiv dahin entschieden, daß ein Beschluß für den Fall der Weigerung des Schuldners, den Gerichtsvollzieher in die Wohnung einzulassen, vorliegen muß.¹⁴ Führt der Gerichtsvollzieher dennoch die Vollstreckung durch und durchsucht die Wohnung des Schuldners ohne Durchsuchungsbeschluß und trotz Weigerung, scheint seine Strafbarkeit aus § 123 StGB evident zu sein.

Von Augenscheinlichkeit in diesem und den vorstehenden Beispielen kann nicht mehr gesprochen werden, wenn zwar das Verfahren nicht eingehalten wurde, das Ergebnis jedoch mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Wie bereits kurz skizziert (be-) hilft sich die Praxis mit der Einstellung der Verfahren. Eine solche "Lösung" vermag aber nicht zu überzeugen, auch weil sie nicht immer gangbar ist. Die Arbeit versucht im folgenden, eine bereits materiellrechtliche und nicht erst prozessuale Lösung zu erarbeiten.

13 Übersicht bei *Thomas-Putzo* § 758 Anm. 1c.

14 BVerfG, NJW 1979, 1539 = Urteil vom 3.4.1979, 1 BvR 994/76; nur wenn Gefahr im Verzug ist, bedarf es keines richterlichen Beschlusses.