

Schriften zum Strafrecht

Heft 111

**Die behördliche Genehmigung
im strafrechtlichen Deliktsaufbau**

Von

Steffen Fortun



Duncker & Humblot · Berlin

STEFFEN FORTUN

**Die behördliche Genehmigung
im strafrechtlichen Deliktsaufbau**

Schriften zum Strafrecht

Heft 111

Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau

Von

Steffen Fortun



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Fortun, Steffen:

Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau /
von Steffen Fortun. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum Strafrecht ; H. 111)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1996

ISBN 3-428-09016-0

Alle Rechte vorbehalten
© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-09016-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Wintersemester 1994/95 als Dissertation vorgelegt. In der Folgezeit erschienene weitere Arbeiten zu den behandelten Problemkreisen wurden in der nunmehr veröffentlichten Version berücksichtigt. Sie ist auf dem Stand Dezember 1996.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Hans-Ludwig Günther*, für wertvolle Anregungen und die reibungslose Betreuung der Dissertation. Herrn Professor Dr. *Ulrich Weber* gilt mein Dank für seine Bereitschaft zur Übernahme des Zweitgutachtens und dessen rasche Erstellung.

Dank schulde ich ferner dem Land Baden-Württemberg, durch dessen Stipendium gemäß dem Landesgraduiertenförderungsgesetz die Dissertation erst ermöglicht wurde.

Nicht zuletzt habe ich Frau *Marlies Krüger* und Frau *Ilona Flebus* zu danken, die das Manuskript in mühevoller Arbeit auf druckfertigen Standard gebracht haben.

Stuttgart, im August 1997

Steffen Fortun

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung 15

- A. *Der Begriff der Genehmigung* 15
- B. *Gliederung der Arbeit* 16

2. Kapitel

Die Unterscheidung von Verwaltungsrechts- und Verwaltungsaktsakzessorietät 19

- A. *Die Verwaltungsrechtsakzessorietät* 19
- B. *Die Verwaltungsaktsakzessorietät* 22
 - I. *Verwaltungsaktsakzessorisch ausgestaltete Tatbestände* 22
 - 1. *Delikte, die einen Verstoß gegen belastende Verwaltungsakte zum Inhalt haben* 22
 - 2. *Delikte, die ungenehmigtes Handeln sanktionieren* 24
 - II. *Die Problematik der behördlichen Duldung* 25
 - III. *Nicht genehmigte, aber genehmigungsfähige Handlungen* 26

3. Kapitel

Die Relevanz behördlicher Genehmigungen auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene 27

- A. *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit* 27
 - I. *Die Lehre von der unrechtsindizierenden Bedeutung des Tatbestandes*... 28
 - II. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* 28
 - III. *Vermittelnde Lehre* 29
 - IV. *Praktische Relevanz der verschiedenen Ansichten* 29
- B. *Strafrechtliche Abgrenzung* 31
 - I. *Unterscheidung nach strafrechtsspezifischen Kriterien* 31
 - II. *Wortlautauslegung des Straftatbestandes* 32
 - III. *Systematische und historische Auslegung des Straftatbestandes* 34

IV. Teleologische Auslegung des Straftatbestandes.....	35
1. Verwaltungsrechtliche Unterscheidung repressiver Verbote mit Befreiungsvorbehalt von präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt	36
a) Einordnung nach gesetzessystematischen Gesichtspunkten.....	38
b) Einordnung nach quantitativen Gesichtspunkten	39
c) Einordnung nach Sinn und Zweck des Verbotes.....	40
2. Abgrenzung anhand einzelner Beispiele	40
a) Beispiele von Genehmigungen mit rechtfertigender Wirkung..	40
aa) Die Genehmigung im Straftatbestand des § 22 a KWKG	40
bb) Die Genehmigung im Straftatbestand des § 16 Kultur SchG.....	42
cc) Genehmigungen in den Strafvorschriften der §§ 52 a, 53 Abs. 1, 3 WaffenG.....	42
dd) Die Genehmigung im Straftatbestand des § 324 StGB...	43
ee) Die abfallrechtliche Genehmigung in § 326 StGB	45
ff) Die Genehmigung im Straftatbestand des § 284 StGB...	46
b) Beispiele von Strafnormen, in denen die Genehmigung zum Tatbestandsausschluß führt	46
aa) Die Genehmigung im Straftatbestand des § 327 Abs. 1 StGB.....	46
bb) Die Genehmigung nach dem BImSchG in den §§ 325, 325 a, 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB.....	46
cc) Die Fahrerlaubnis in § 21 StVG	47

4. Kapitel

Überblick über die verwaltungsrechtliche Fehlerlehre in bezug auf Verwaltungsakte

	48
A. Sachwalterfunktion der Exekutive.....	48
B. Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten	50
I. Die nach verwaltungsrechtlichen Kriterien nichtige Genehmigung.....	51
II. Die bloße Rechtswidrigkeit fehlerhafter Verwaltungsakte	52
1. Formelle Fehler einer Genehmigung.....	52
a) Zuständigkeitsfehler.....	52
b) Verfahrens- und Formfehler.....	53
2. Materielle Fehler einer Genehmigung.....	54
a) Ermessensfehler bei der Genehmigungserteilung	55
b) Verstoß gegen drittschützende Normen	57
3. Begründung für die Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte ..	58
a) Überkommene Auffassung: Staatliche Autorität.....	58
b) Neuere Begründungsansätze: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	59

c)	Verobjektivierter Vertrauensschutz als Begründung der Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte	60
d)	Tatbestandswirkung wirksamer Verwaltungsakte	61
C.	<i>Die Aufhebung rechtswidriger Genehmigungen</i>	62
I.	Gesetzliche Grundlagen	62
II.	Zeitliche Wirkung der Rücknahme	63
D.	<i>Genehmigungen, die in Form von Rechtsverordnungen ergehen</i>	64

5. Kapitel

Die behördliche Genehmigung als negatives Tatbestandsmerkmal 66

A.	<i>Handeln aufgrund nach verwaltungsrechtlichen Kategorien nichtiger behördlicher Genehmigung</i>	66
B.	<i>Die Wirkung rechtswidriger behördlicher Genehmigungen auf Tatbestandsebene</i>	69
I.	Abhängigkeit des Tatbestandsausschlusses von der Art der Fehlerhaftigkeit der Genehmigung	70
II.	Tatbestandsausschluß aufgrund jeder wirksamen, wenn auch rechtswidrigen Genehmigung	71
1.	Schutz bloßen Verwaltungsgehorsams	71
2.	Auslegung des Tatbestandes	73
a)	Das Verhältnis von Analogie und Auslegung	74
b)	Nichtbeachtung der rechtswidrigen Genehmigung auf Tatbestandsebene als Auslegung oder Analogie?	75
III.	Auswirkungen der Rücknahme rechtswidriger Genehmigungen auf die strafrechtliche Beurteilung	79
C.	<i>Zurückdrängung der tatbestandsausschließenden Wirkung in Fällen fraudulös erlangter behördlicher Genehmigung</i>	81
I.	Eingrenzung der Problematik	81
II.	Meinungsstand	82
1.	Fallgruppen rechtsmißbräuchlichen Verhaltens	82
2.	Einschränkung der Wirkung einer fraudulös erlangten Genehmigung auf Tatbestandsebene?	83
a)	Argumentation der Mindermeinung	83
b)	Gegenargumente	84
c)	Argumente gegen die Mindermeinung aus § 34 Abs. 8 AWG	87
d)	Argumente gegen die Mindermeinung aus § 330 d Nr. 5 StGB	89
e)	Nicht tragfähige Gegenargumente	90
D.	<i>Zusammenfassung</i>	92

6. Kapitel

Die behördliche Genehmigung auf Rechtswidrigkeitsebene	93
<i>A. Einordnung der behördlichen Genehmigung unter anerkannte Prinzipien der Rechtfertigung</i>	94
I. Allgemeine Prinzipien der Rechtfertigung	94
II. Die Einordnung der öffentlich-rechtlichen Genehmigung in das System der Rechtfertigungsgründe	95
1. Die Einordnung der öffentlich-rechtlichen Genehmigung als Spezialfall der Einwilligung	95
2. Die Einordnung der öffentlich-rechtlichen Genehmigung als Unterfall des Prinzips des überwiegenden Interesses	98
III. Lösungsansatz jenseits der Rechtswidrigkeitsebene	100
IV. Zusammenfassung	102
<i>B. Handeln aufgrund nichtiger Genehmigung</i>	102
<i>C. Handeln aufgrund rechtswidriger Genehmigung</i>	103
I. Sperrwirkung des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB auch für Rechtfertigungsgründe?	104
II. Übersicht über den Meinungsstand zur Rechtfertigungswirkung rechtswidriger Genehmigungen	107
1. Die herrschende Meinung und ihre Kritik	107
a) Begründung der herrschenden Meinung	107
b) Kritik an der herrschenden Meinung	108
aa) Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	110
bb) Verwaltungsrechtliche Bewertung eines Handelns aufgrund rechtswidriger Genehmigung - Einheit der Rechtsordnung	110
(1) Der allgemeine Begriff der Rechtswidrigkeit	111
(2) Die Rechtswidrigkeit eines Handelns in verwaltungsrechtlicher Hinsicht	111
cc) Rechtmäßigkeit von Hoheitsakten als Voraussetzung strafrechtlicher Rechtfertigung	114
dd) Berücksichtigung des unterschiedlichen Kontextes	117
2. Abweichende Lösungsansätze	118
a) Lösungsansatz Sozialadäquanz	118
b) Irrtumslösungen	120
aa) Strafrechtswidrigkeit trotz verwaltungsrechtlicher Erlaubnis?	120
bb) Materieller Durchgriff auf die Rechtswidrigkeit der Genehmigung	121
c) Lösungsansatz "persönlicher Strafausschließungsgrund"	128
d) Lösungsansatz "objektive Straflosigkeitsebene"	130
III. Zwischenergebnis	131
IV. Reformgesetzgebung	132
V. Eigener Lösungsweg: Strafunrechtsausschließungsgrund	134
1. Anerkennung einer spezifischen Strafrechtswidrigkeit?	135

	Inhaltsverzeichnis	13
	a) Die derzeit herrschende Dogmatik.....	135
	b) Die im Vordringen begriffene Meinung.....	136
	2. Stellungnahme.....	138
	3. Die rechtswidrige öffentlich-rechtliche Genehmigung als Strafunrechtsausschließungsgrund.....	141
	VI. Weiterer Anwendungsbereich des Strafunrechtsausschließungsgrundes...	143
	VII. Sonderfall der "bestandsgeschützten" Genehmigung.....	144
	VIII. Auswirkungen der Rücknahme rechtswidriger Genehmigungen auf die strafrechtliche Beurteilung.....	145
D.	<i>Zurückdrängung der strafunrechtsausschließenden Wirkung in Fällen fraudulös erlangter Genehmigung</i>	146
	I. Grundsätzliche Einschränkungbarkeit von Strafunrechtsausschließungsgründen.....	146
	II. Rechtsmißbrauchserwägungen als geeignetes Einschränkungskorrektiv?.....	147
	1. Meinungsstand.....	147
	a) Zurückdrängung auf subjektiver Ebene.....	148
	b) Zurückdrängung auf objektiver Ebene.....	149
	2. Kritik an der "objektiven Rechtsmißbrauchslösung".....	151
	3. Versuch einer Kompromißlösung.....	152
	4. Kritik an der Kompromißlösung.....	153
	5. Reformvorschlag.....	155
E.	<i>Zusammenfassung</i>	158

	Literaturverzeichnis	159
--	-----------------------------	-----

	Sachwortverzeichnis	172
--	----------------------------	-----

1. Kapitel

Einleitung

Das in dieser Arbeit behandelte Thema der behördlichen Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau berührt sowohl verwaltungsrechtliche als auch strafrechtliche Problemkreise, insbesondere aber solche der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts. Zur begrifflichen Klarstellung ist vorab kurz auf den im Titel verwendeten Begriff der behördlichen Genehmigung einzugehen, bevor dann die weitere Gliederung der Arbeit umrissen wird.

A. Der Begriff der Genehmigung

Zum Begriff der Genehmigung im Rechtssinne ist zunächst klarstellend auszuführen, daß dieser in den einzelnen Teilbereichen der Gesamtrechtsordnung keineswegs in einem einheitlichen Sinne verstanden wird. Nach der Legaldefinition des § 184 Abs. 2 BGB wird die Genehmigung im zivilrechtlichen Kontext als "nachträgliche Zustimmung" umschrieben. Sie wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zurück¹. Zu unterscheiden ist sie von der Einwilligung, die die vorherige Zustimmung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts beinhaltet², § 183 BGB.

Anders verhält es sich mit der Genehmigung im öffentlichen Recht, deren Hineinwirken in das Strafrecht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist: Öffentlich-rechtliche Genehmigungen stellen Befreiungstatbestände von unter Genehmigungsvorbehalt gestellten Tätigkeiten dar. Es handelt sich dabei um Erlaubnisse, die vor Vornahme einer genehmigungspflichtigen Handlung eingeholt werden müssen. An zivilrechtlichen Kategorien gemessen, handelt es sich bei der öffentlich-rechtlichen Genehmigung also um eine "Zustimmung", die durch die zuständige Behörde vorab erteilt werden muß. Wird die genehmigungspflichtige

¹ Zur zivilrechtlichen Genehmigung vgl. Palandt - Heinrichs § 184 Rdnr. 1 ff.

² Vgl. hierzu Palandt - Heinrichs § 183 Rdnr. 1 ff.; Oberbegriff für Genehmigung und Einwilligung ist gemäß § 182 BGB der Begriff der "Zustimmung".

Handlung ohne Genehmigung vorgenommen, so kann dies für den Handelnden sowohl öffentlich-rechtliche als auch straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Die öffentlich-rechtliche Genehmigung ergeht in aller Regel³ in der Form eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 VwVfG⁴, denn es handelt sich dabei um eine Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung zur Regelung eines Einzelfalls.

B. Gliederung der Arbeit

Die Diskussion über die Thematik der "Verwaltungsakzessorität des Strafrechts" wurde durch die Eingliederung der Umweltdelikte (§§ 324 - 330d sowie §§ 311d, 311e) aus den einzelnen öffentlich-rechtlichen Fachgesetzen⁵ in den 28. Abschnitt des Strafgesetzbuchs⁶ als "Straftaten gegen die Umwelt" (§§ 324 - 330d StGB)⁷ entfacht. Hieraus resultierende Probleme wurden in einer Vielzahl von Veröffentlichungen aus straf- und öffentlich-rechtlicher Sicht abgehandelt⁸

³ Ein Beispiel dafür, daß öffentlich-rechtliche Genehmigungen nicht ausschließlich in der Form von Verwaltungsakten ergehen, bietet etwa das Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG). Gemäß § 8 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 3 Abs. 4 und 4 Abs. 2 KWKG werden sogenannte Allgemeine Genehmigungen in Form von Rechtsverordnungen erlassen.

⁴ Der Begriff des Verwaltungsaktes wird sowohl im VwVfG des Bundes als auch in den einzelnen VwVfGen der Länder einheitlich definiert. Im folgenden wird aus Gründen der Vereinfachung an den Verwaltungsaktsbegriff des § 35 VwVfG des Bundes angeknüpft.

⁵ Bei den angesprochenen verwaltungsrechtlichen Fachgesetzen handelt es sich um das Wasserhaushaltsgesetz (WHG), das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG), das Abfallgesetz (AbfG) und das Atomgesetz (AtG).

⁶ Die §§ 311d, 311e wurden als gemeingefährliche Straftaten in den 27. Abschnitt des StGB eingegliedert.

⁷ 18. Strafrechtsänderungsgesetz ("Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität"), BGBl. 1980 I, S. 373. Diese Umweltdelikte werden ergänzt durch die §§ 311d und 311e StGB (Freisetzen ionisierender Strahlen, fehlerhafte Herstellung einer kerntechnischen Anlage), die den gemeingefährlichen Straftaten des 27. Abschnitts des StGB zugeordnet wurden.

⁸ Aus öffentlich-rechtlicher Sicht vgl. etwa Breuer DÖV 1987, 179, Gerhardt Bay VBl. 1990, 549 ff., Ossenbühl DVBl 1990, 969 ff., Ossenbühl/Huschens UPR 1991, 161, 166, Schröder VVDStRL 50 (1991), 196 ff.; aus strafrechtlicher Sicht etwa Dölling JZ 1985, 461 ff., Horn UPR 1983, 362 ff., Keller in FS für Rebmann S. 241 ff., Lenckner in FS für Pfeiffer S. 27 ff., Otto Jura 1991, 309 ff., Rengier ZStW 101

und waren Gegenstand sowohl des 57. Deutschen Juristentages in Mainz 1988⁹, der Strafrechtslehrertagung 1989 in Trier ("Problematik der Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts")¹⁰ als auch Thema der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1990 in Zürich, die sich mit dem Verhältnis von Verwaltungsrecht und Strafrecht befaßte¹¹.

Vor der gebündelten Regelung der Straftaten gegen die Umwelt führten die Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts eher ein Schattendasein, obgleich schon zuvor zahlreiche verwaltungsakzessorisch ausgestaltete Tatbestände im sogenannten Nebenstrafrecht¹² geregelt¹³ bzw. als Ordnungswidrigkeitstatbestände in öffentlich-rechtlichen Fachgesetzen ausgestaltet waren¹⁴.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit einem Teilaspekt der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, nämlich der Anbindung des Strafrechts an verwaltungsrechtliche Einzelverfügungen in Form von Verwaltungsakten. Der Schwerpunkt der Arbeit soll dabei auf der strafrechtlichen Behandlung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen liegen. Hierbei können sich Differenzierungen ergeben, je nachdem, ob die Genehmigung auf Tatbestands- oder aber erst auf Rechtswidrigkeitsebene zum Tragen kommt. Zu denken ist hierbei in erster Linie an den Anwendungsbereich der sogenannten Rechtsmißbrauchslehre. Es soll aber insbesondere auch der Frage nachgegangen werden, ob rechtswidrige behördliche Genehmigungen geeignet sind, als echte Rechtfertigungsgründe zu fungieren oder welche Alternativen sich hierzu bieten.

Der Arbeit liegt dabei folgender Aufbau zugrunde: Im 2. Kapitel wird ein kurzer Überblick über die unter dem Stichwort der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts diskutierten Problemstellungen gegeben, um die hier zu behan-

(1989), 874 ff., Samson JZ 1988, 800 ff., Schünemann wistra 1986, 235 ff., Winkelbauer S. 11 ff., ders. NStZ 1988, 201 ff.

⁹ Heine/Meinberg S. D1 ff., Keller, Sitzungsbericht S. L 1, Ossenbühl, Sitzungsbericht S. L 36.

¹⁰ Vgl. hierzu den Sitzungsbericht von Mitsch in JZ 1989, 1047, 1049.

¹¹ Der zweite Beratungsgegenstand der Jahrestagung befaßte sich mit dem Thema "Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht", vgl. VVDStRL 50 (1991), 196 ff.

¹² Zu strafrechtlichen Nebengesetzen vgl. Jescheck § 12 III., Schönke/Schröder - Eser Vorbem. § 1 Rdnr. 3.

¹³ So zum Beispiel § 23 ApothekenG, § 29 BtMG, § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG, § 22a KWKG n.F. (bis zur Änderung des KWKG durch Gesetz vom 5.11.1990, BGBl. I S. 2428 § 16 KWKG), § 51 LMBG, §§ 40, 42 SprengG, § 21 StVG, § 17 TierschutzG, § 53 WaffenG.

¹⁴ Als Beispiel hierfür dienen etwa § 61 PBefG, § 38 GWB.